

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 SOCIALES. XXII. URBANISMO Y VIVIENDA.

Tribunal Supremo (*)

1. ACTO ADMINISTRATIVO

SILENCIO ADMINISTRATIVO

“El TS admite el recurso de casación en interés de la ley interpuesto por el Ayuntamiento de Málaga, fijando la siguiente doctrina legal: “el artículo 242.6 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, y el artículo 8.1.b), último párrafo del Texto Refundido de la Ley de Suelo aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, son normas con rango de leyes básicas estatales, en cuya virtud y conforme a lo dispuesto en el precepto estatal, también básico, contenido en el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificado por Ley 4/1999, de 13 de enero, no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística”.

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

También es un precepto estatal básico el contenido en el artículo 43.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común 30/1992, de 26 de noviembre modificado por Ley 4/1999, de 13 de enero según el cual «los interesados podrán entender estimadas por silencio administrativo sus solicitudes en todos los casos. salvo que una norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario».

Pues bien, la regla general es la del silencio positivo, aunque la propia norma contiene la salvedad de que otra norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario, y esto es lo que sucedía con la vigencia antes, en todo el territorio español, del precepto contenido en el aludido artículo 242.6 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 y ahora con lo dispuesto en el artículo 8.1 h), último párrafo, del Texto Refundido de la Ley de suelo de 2008 y, por consiguiente, conforme a ellos, no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística, de manera que la resolución de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia, al declarar lo contrario, es errónea y gravemente dañosa para el interés general porque elimina una garantía encaminada a preservar la legalidad urbanística.

Mantenemos, por tanto, la misma doctrina jurisprudencial que existía con anterioridad a la Ley 4/1999, que modificó el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, recogida, entre otras, en nuestras Sentencias de fechas 30 de enero de 2002 (recurso de casación 9239/97 15 de octubre de 2002 (recurso de casación 11.763/ 98), 17 de noviembre de 2003 (recurso de casación 11768198), 26 de marzo de 2004 SIC (recurso de casación 4021/01) 3 de diciembre de 2005 SIC AS (recurso de casación 6660/02), 31 de octubre de 2006 (recurso de casación 3289/03 17 de octubre de 2007 (recurso de casación 9828/03) y 17 de octubre de 2007 (recurso de casación 9397/03), lo que corrobora el error de la Sala de instancia y la necesidad de que procedamos a declarar la doctrina legal que nos pide el Ayuntamiento recurrente, y que debemos hacer extensiva al artículo 8.1.b), último párrafo, del Texto Refundido de la Ley de suelo aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio con los efectos que establece el artículo 100.7 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de manera que, respetando la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida, a partir de la publicación de la parte dispositiva de esta nuestra en el Boletín Oficial del Estado, vinculará a todos los jueces y tribunales por ser la Sala Tercera del Tribunal Supremo conforme a lo establecido en el artículo 123.1 de la Constitución el órgano jurisdiccional superior en el Orden contencioso-administrativo en toda España.”

(STS de 28 de enero de 2009. Sala 3ª, Secc. 5ª. F.D. 5º y 6º. Magistrado Ponente Sr. Peces Morate. Ar. 1471).

11. ADMINISTRACIÓN LOCAL

SANCIÓN A LA COMISIÓN DE GOBIERNO

“Sorprende que el TS tenga que anular una sanción impuesta por el Departamento de Ordenación del Territorio y Medio Ambiente del Gobierno Vasco, a la Comisión de Gobierno de un Ayuntamiento por otorgar una licencia contraviniendo el Plan Rector de Uso y Gestión de la Reserva de la Biosfera de Urdaibai y, en consecuencia, casar una sentencia del TSJ del País Vasco. Quizás no sea ajeno a todo ello el contenido singular de la Ley 2/1998, de 20 de febrero, de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

La Sala de instancia declara en el tercer párrafo del fundamento jurídico tercero que «los miembros integrantes de la Comisión de Gobierno, que mediante acuerdo adoptado el 12 de febrero de 1998, por unanimidad otorgaron la licencia de obras con infracción del régimen de usos del PRUG, son responsables a título personal e individual de la infracción que se le imputa, pese a que integran un mero órgano de gobierno sin personalidad jurídica, ya que responden a título personal de conformidad con lo previsto por el artículo 9.1 de la Ley vasca 2/1998, de 20 de febrero, aun cuando sus actos conformen la voluntad de una persona jurídica, cual es el Ayuntamiento que arrostrará las consecuencias inherentes a los mismos, particularmente en lo relativo a la restauración de la legalidad medioambiental alterada».

Pues bien, a pesar de que el procedimiento sustanciado, que ha finalizado con la imposición de una multa y el deber de restaurar la situación mediante la anulación de la licencia concedida a través del procedimiento establecido en el artículo 103 de la Ley 30/1992 se ha seguido exclusivamente frente a un órgano del Ayuntamiento, cual es la Comisión de Gobierno, que carece de personalidad jurídica, lo que el Ayuntamiento ha venido denunciando en sus comparencias tanto en la vía previa como en sede jurisdiccional, el Tribunal a quo considera que tal modo de proceder constituye un mero error irrelevante jurídicamente porque el Ayuntamiento formuló alegaciones en el expediente administrativo y dedujo el oportuno recurso de reposición frente a aquella decisión y después interpuso recurso contencioso-administrativo.

No compartimos nosotros esta tesis de la Sala sentenciadora porque la actuación de la Administración autonómica, al tramitar y resolver el procedimiento sancionador, ha eludido lo establecido en el artículo 130.1 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, según el cual sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas fi-

sicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia.

La Comisión de Gobierno del Ayuntamiento no es una persona jurídica sino un órgano de éste, de manera que, como recabó desde el inicio el Ayuntamiento, el procedimiento sancionador debería haberse seguido frente a las personas físicas integrantes de la Comisión de Gobierno o frente al propio Ayuntamiento, lo que obstinada e incomprensiblemente no se hizo. sin que pueda lícitamente entenderse que. en contra de lo claramente sucedido, el procedimiento se ha dirigido frente al Ayuntamiento recurrente cuando la realidad es que se ha seguido y se ha sancionado a la Comisión de Gobierno, razón por la que este primer motivo de casación debe ser estimado. lo que hace innecesario que entremos a examinar el segundo.

(STS de 25 de noviembre de 2008. Sala 3ª, Secc. 5ª. F.D. 3º. Magistrado Ponente Sr. Peces Morate. Ar. 455/2009).

IV. BIENES PÚBLICOS

USO ESPECIAL

Aprovechamiento especial del dominio público por las entidades financieras que instalan cajeros automáticos con acceso directo desde la vía pública por los usuarios.

“La cuestión litigiosa se centra en determinar si existe un aprovechamiento especial del dominio público local en el servicio de cajeros electrónicos colocados en las fachadas de los locales de las sucursales bancarias y que el cliente utiliza desde la calle. El uso en la vía pública de los cajeros es el que normativamente contiene la Ordenanza reguladora del tributo -que aquí se recurre- para definir el hecho imponible.

El problema ha recibido dos tratamientos distintos:

a) Para unos no hay verdadera utilización o aprovechamiento especial de un reducido espacio de la vía pública en el breve tiempo que dura el servicio del cajero, tiempo que no difiere esencialmente del de los simples transeúntes que hacen un uso colectivo y general de la vía pública. La respuesta negativa supondría la nulidad de la Ordenanza Fiscal que incluyera ese hecho entre los imponibles de la tasa por utilización o aprovechamiento especial del dominio público.

b) Para otros. aunque el cajero esté instalado dentro del local del establecimiento bancario, es utilizado desde fuera de él, ocupándose la vía pública de un modo especial, muy distinto del mero transitar.

Ciertamente, el cajero automático instalado en la fachada de un establecimiento bancario no ocupa la vía pública; sólo mientras los usuarios efectúan las operaciones que tales máquinas permiten, ocuparían la vía en el concreto lugar donde este ubicado el cajero. Pero si la instalación de un cajero automático en la vía pública no cabe calificarla como de utilización privativa, sí comporta un aprovechamiento de aquélla que no cabe asimilarlo a un uso general de la vía pública (sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 29 de marzo de 2006 y es que no cabe desconocer lo peculiar del servicio que realizan estas máquinas, por ejemplo para obtener dinero: éste se expide desde el interior del edificio pero se recibe en la vía pública: Pero aparte de la obtención de dinero efectivo, los cajeros automáticos constituyen auténticas oficinas de urgencia de las entidades financieras (ex sentencia Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de la Jurisdicción de Burgos de 22 de septiembre de 2006, recurso apelación num. 75/2006); en efecto, mediante este sistema operativo, usual en la práctica bancaria, determinados servicios y operaciones propias de los contratos de naturaleza bancaria que tales entidades ofrecen a sus clientes son prestados de forma ininterrumpida no ya en el interior del centro bancario sino con aprovechamiento, de forma no excluyente pero sí especial del espacio exterior, sobre la vía pública, en la que el cliente puede realizar un amplio abanico de operaciones fuera del horario comercial sin necesidad de utilizar las dependencias de la entidad de crédito, que indudablemente obtiene un provecho económico de esta operativa que se realiza en espacio de dominio público local mediante un sistema inteligente que es complemento de su propio centro de actividad (sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 25 de abril de 2005).

En consecuencia, no ofrece dudas que la instalación de cajeros por una entidad bancaria, en línea de fachada y orientados hacia la vía pública, con la evidente finalidad de posibilitar su utilización por todo usuario que posea la tarjeta magnética imprescindible para acceder a la serie de servicios que prestan, tiene como efecto inmediato la realización de operaciones bancarias desde la vía pública a través de tales instrumentos, con la consiguiente ocupación de la vía pública por los clientes receptores de los servicios bancarios, cuya prestación es trasladada así desde el interior de la oficina bancaria a la vía pública. Todo ello permite apreciar que la existencia de esos cajeros automáticos comporta un *aprovechamiento*, no privativo pero *si especial de la vía pública* por parte de la entidad bancaria titular del cajero automático, que es la que obtiene con dicha instalación un beneficio económico específico y exclusivo, *subsumible en el art. 20 de la Ley 39/1988*, Reguladora de las Haciendas Locales, donde se contiene una relación no cerrada sino abierta, es decir, meramente enunciativa, de los conceptos concretos que motivan el cobro de una tasa (ex sentencia de la Sala de la Jurisdicción del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 10 de enero de 2008, recurso de apelación num. 584/2007; en el mismo sentido las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26 de enero y 31 de mayo de 2004).

La finalidad que con los cajeros automáticos se persigue, que conlleva *una mayor intensidad de uso* del dominio público local o, cuando menos, una intensidad de uso superior a lo que sería el uso general colectivo de la vía pública, es lo que permite encontrar una diferencia con el supuesto que contempló esta Sala en su sentencia de 28 de abril de 2004, en la que lo que se dilucidaba era la posibilidad de que el Ayuntamiento de Santa Lucía (Las Palmas de Gran Canaria) pudiese cobrar un precio público por instalación de portadas, escaparates y vitrinas, así como de rótulos y carteles. Esta Sala consideró que siendo patente que las portadas, escaparates y vitrinas se instalan en terrenos de propiedad particular, ello excluye de raíz que exista utilización privativa del dominio público local. Tampoco concurre ningún servicio prestado por la Administración. Del mismo modo, ha de excluirse que se dé un aprovechamiento especial del dominio público, pues la instalación de portadas, escaparates y vitrinas, por llevarse a cabo en propiedad privada, no comporta un aprovechamiento especial del dominio público. El hecho de que las portadas, escaparates y vitrinas sean vistas desde el dominio público no configura un aprovechamiento especial “del” dominio público, sino “desde” el dominio público. Este cambio preposicional es también conceptual lo que priva de cobertura a la Ordenanza cuestionada.

En el caso de instalación de cajeros automáticos que aquí nos ocupa, el supuesto es distinto puesto que la instalación del cajero automático implica una utilización física del dominio público ya que el cajero no es susceptible de ser utilizado con su mera visión sino que exige una parada física ante él para realizar las operaciones solicitadas, de manera que no sólo se usa “desde” el dominio público sino también “en” el dominio público, aunque se encuentre materialmente empotrado en la pared del establecimiento bancario. Su instalación no es para ser visto, como en el caso de los escaparates, sino para ser utilizado”.

(STS de 12 de febrero de 2009. Sala 3ª, Secc. 2ª F.D. 4º y 5º. Magistrado Ponente Sr. Martínez Micó. Ar. 1797).

V. COMUNIDADES AUTÓNOMAS

PARTICIPACIÓN PÚBLICA

Si la legislación estatal básica garantiza la participación pública en el proceso de planeamiento, el ordenamiento autonómico debe ofrecer algún cauce para que el mandato de la norma básica encuentre efectiva realización.

“Precisamente porque el derecho recogido en el artículo 105.a/ de la Constitución, es un derecho de configuración legal -en esto compartimos el criterio de la Sala de instancia-, hemos de acudir a la regulación que del mis-

mo hayan hecho el legislador estatal y autonómico en el ejercicio de sus respectivas competencias. Y en el ámbito al que se refiere la presente controversia, referido al procedimiento de elaboración de un Plan General de Ordenación Urbana, es referencia normativa obligada el artículo 6.1 de la Ley 6/1998, sobre régimen del suelo y valoraciones, por ser este precepto -según determina la disposición final primera de la propia Ley 6/1998- una norma básica dictada en el ejercicio de competencias reservadas al legislador general en el artículo 149.1.1.^a, 13.^a, 18.^a y 23.^a de la Constitución.

Por tanto, es de observancia ineludible la determinación contenida en esa norma básica en la que se dispone que la legislación urbanística garantizará la participación pública en los procesos de planeamiento y gestión. Este precepto tiene sus raíces en la regulación contenida en los artículos 40 y 41 del texto refundido de la Ley del Suelo de 1976 y en los artículos 128, 130, 131 del Reglamento de Planeamiento aprobado por Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio, que, en lo que aquí interesa, establecen que el documento aprobado inicialmente debe ser sometido a información pública, y que ese trámite de información pública debe reiterarse después de la aprobación provisional cuando en ésta se introduzcan modificaciones sustanciales con relación al documento inicialmente aprobado (artículo 130 del Reglamento de Planeamiento citado). Con esos antecedentes, aun admitiendo que la formulación del artículo 6.1 de la Ley 6/1998 deja margen para que la participación pública se garantice por diversas vías, parece claro que no se observa la letra ni el espíritu de esa norma básica, y, en definitiva, que no se garantiza la participación pública en el proceso de planeamiento, cuando la legislación urbanística establece una regulación del procedimiento a seguir que excluye la segunda información pública aun cuando el documento aprobado inicialmente haya sufrido modificaciones sustanciales, y, además, sólo requiere la comunicación de tales modificaciones a los interesados personados en las actuaciones, lo que deja sin conocer las modificaciones acogidas durante la tramitación a todos los afectados que no estuviesen personados en el procedimiento (que quizá no se personaron, ni formularon alegaciones, porque estaban conformes con el documento aprobado inicialmente).

Ya hemos señalado que, dada la formulación abierta del artículo 6.1 de la Ley 6/1998, la legislación urbanística cuenta con un cierto margen para determinar la forma concreta de garantizar la participación pública en el proceso de planeamiento; pero cuando, como aquí sucede, el ordenamiento autonómico no ofrece ningún cauce para que aquel mandato de la norma básica encuentre efectiva realización, resulta procedente aplicar aquella fórmula en la que ese mandato ha encontrado su tradicional plasmación en nuestro ordenamiento y que consiste en la realización de una nueva información pública cuando durante la tramitación del planeamiento se han introducido modificaciones sustanciales.

A lo anterior no cabe oponer el hecho de que las recurrentes hayan conocido finalmente las modificaciones plasmadas en el planeamiento aprobado

definitivamente. En primer lugar, porque ese conocimiento derivado de la publicación del acto de aprobación definitiva no proporcionó a las aquí recurrentes ninguna posibilidad de participar en el proceso de elaboración del planeamiento y no les dejó más opción que la de impugnarlo por no estar conformes con sus determinaciones, como efectivamente hicieron. En segundo lugar, porque el defecto de procedimiento que venimos señalando ha dejado sin posibilidad de participar en la elaboración del planeamiento a la generalidad de los ciudadanos, incluidos los directamente afectados por las modificaciones del planeamiento, exceptuando aquéllos que por estar personados en el expediente hubiesen recibido una comunicación personal sobre las modificaciones introducidas en el acuerdo de aprobación provisional; lo que claramente contraviene el mandato contenido en el tantas veces citado artículo 6.1 de la Ley 6/1998.

Constatado así que la regulación establecida en el artículo 38.2.A de la Ley valenciana 6/1994 no garantiza la participación pública en el proceso de planeamiento, que es lo exigido de manera inequívoca en el artículo 6.1 de la Ley 6/1998 debemos concluir que la sentencia recurrida ha infringido esta norma básica precisamente por no haberla aplicado ni tomado siquiera en consideración.

En definitiva, el respeto al plural y complejo sistema de fuentes de producción normativa característico de la ordenación territorial del Estado establecida en el Título VIII de la Constitución no puede hacer olvidar aquellos principios y postulados, igualmente recogidos en el texto constitucional, tendentes a propiciar una interpretación vertebradora e integrada del ordenamiento jurídico. Y entre esos postulados destaca el recogido en el artículo 149.3. de la Constitución que se invoca en las sentencias antes citadas, del que se deriva la conclusión de que cuando no es posible una interpretación de la norma autonómica que la haga conciliable con la legislación básica, la resolución de la controversia debe basarse en la aplicación de esta última en tanto que norma básica dictada por el legislador estatal en ejercicio de competencias exclusivas.

(STS de 9 de diciembre de 2008. Sala 3ª, Secc. 5ª. F.D. 5º. Magistrado Ponente Sr. Calvo Rojas. Ar. 458/2009).

IX. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO

SUBVENCIONES

El reintegro de una subvención por incumplimiento de las obligaciones impuestas al beneficiario no puede entenderse inserto en el ámbito del Derecho Sancionador, por lo que no se ve afectado el principio non bis in idem, no obstante existir un proceso penal.

“El primer motivo de casación, que descansa en la infracción del principio *non bis in idem*, que garantiza el artículo 25 de la Constitución, no puede ser acogido, pues su formulación carece de fundamento, en la medida en que las garantías que se desprenden del reconocimiento constitucional del principio de legalidad sancionadora no son de aplicación en el ámbito objetivo de los expedientes de reintegro de subvenciones por incumplimiento de las obligaciones legales que se imponen al beneficiario, que no tienen una naturaleza sancionadora, pues la Administración no ejerce, en este supuesto, la potestad sancionadora, sino facultades de control de las subvenciones y ayudas públicas, que se corresponden con la carga jurídica que resulta del otorgamiento de la subvención, que se engarzan en el Derecho subvencional y en el Derecho presupuestario.

En efecto, según una consolidada y reiterada doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, expuesta en la sentencia de 24 de julio de 2007 SIC «el reintegro de una subvención por el incumplimiento de las obligaciones impuestas al beneficiario, no puede considerarse sino como una condición resolutoria del acto administrativo de otorgamiento, y en este aspecto la sentencia de instancia razona adecuadamente, una consecuencia propia del funcionamiento de la relación jurídica administrativa en que la subvención consiste, y con el carácter de una donación modal con un carácter finalístico, lógicamente, el incumplimiento de las condiciones impuestas determina la necesidad de su devolución; pero de ninguna forma puede sostenerse que la devolución de la subvención concedida por el incumplimiento de esa carga, -de las condiciones impuestas y aceptadas-, pueda considerar inserta en el ámbito del derecho sancionador, que es el argumento ahora utilizado para pretender la casación de la sentencia, como también lo había sido en la instancia y que fue correctamente rechazado por la sentencia de instancia».

Nuestra jurisprudencia, según se refiere en la sentencia de 15 de noviembre de 2006 ha reconocido el carácter modal de la subvención o, si se prefiere, su naturaleza como figura de Derecho público, que genera inexcusables obligaciones a la entidad beneficiaria. cuyo incumplimiento determina la procedencia de la devolución de lo percibido sin que ello comporte, en puridad de principios, la revisión de un acto administrativo declarativo de derechos que haya de seguir el procedimiento establecido para dicha revisión en los artículos 102 y siguientes de la LRJ y PAC. Y es que la subvención comporta una atribución dineraria al beneficiario a cambio de adecuar su actuación a los fines perseguidos con la indicada medida de fomento y que sirven de base para su otorgamiento. La subvención no responde a una causa donandi, sino a la finalidad de intervenir la Administración. a través de unos condicionamientos o de un *modus*, libremente aceptado por el beneficiario en la actuación de éste.

Cuando se trata del reintegro de subvenciones por incumplimiento de los requisitos o condiciones establecidas al concederse u otorgarse, esto es, por incumplimiento de la finalidad para la que se conceden u otorgan, basta la

comprobación administrativa de dicho incumplimiento para acordar la devolución de lo percibido.

Por ello, el planteamiento impugnatorio que postula la entidad mercantil recurrente de que cabe considerar que la Consejería de Economía e Innovación Tecnológica de la Comunidad de Madrid debió paralizar el expediente de reintegro de las cantidades indebidamente percibidas mientras pendiera la causa penal, por estar subordinada la Administración a la autoridad judicial, carece de apoyo legal, pues, como acertadamente expone la Sala sentenciadora, no cabe apreciar la existencia de prejudicialidad penal, a tenor de lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del artículo 4 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, que determine la suspensión del proceso administrativo y del proceso contencioso-administrativo de revisión hasta que finalicen las actuaciones penales.

Cabe advertir que en el supuesto de posible duplicidad o coincidencia de sanción administrativa derivada de la comisión de hechos tipificados en el artículo 14 de la Ley de la Asamblea de Madrid 2/1995, de 8 de marzo y de sanción penal por delitos contra la Hacienda Pública, tipificados en los artículos 308 y 309 del Código Penal, sería factible el planteamiento de la existencia de prejudicialidad penal que pudiera fundar la petición de suspensión del procedimiento administrativo sancionador. con base en el principio non bis in idem, si ambas normas -la Ley autonómica administrativa reguladora de las subvenciones y el Código Penal-, tutelaran los mismos bienes jurídico, lo que no acontece en este supuesto en que la actuación administrativa se limita a reclamar el reintegro de las cantidades percibidas por incumplimiento de las obligaciones impuestas, y no está afectada o condicionada la calificación jurídica sobre la concurrencia o no de fuerza mayor. a los efectos de examinar si procede el reintegro, por la decisión que recaiga en el proceso penal.

Por tanto, apreciamos que la Sala de instancia no elude la aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional. formulada en relación con el principio non bis in idem, expuesta en la sentencia 91/2008, de 21 de julio que expone que este principio «se configura como un derecho fundamental. integrado en el art. 25.1 CE, con una doble dimensión material y procesal. La material o sustantiva impide que un mismo sujeto sea sancionado en más de una ocasión con el mismo fundamento y por los mismo hechos, toda vez que ello supondría una reacción punitiva desproporcionada que haría quebrar, además, la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones. La procesal o formal proscribire, en su sentido originario, la duplicidad de procedimientos penales en caso de que exista la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento. Ello implica la imposibilidad de proceder a un nuevo enjuiciamiento penal si el primer proceso ha concluido con una resolución de fondo con efecto de cosa juzgada, ya que, en el ámbito de lo definitivamente resuelto por un órgano judicial, no cabe iniciar un nuevo procedimiento, pues se menoscabaría la tutela judicial dispensada por la anterior decisión firme

y se arroja sobre el reo la carga y la gravosidad de un nuevo enjuiciamiento», pues, como hemos expuesto, en el caso enjuiciado en este recurso de casación, no concurre el presupuesto de duplicidad de procedimientos de carácter sancionador incoados contra el sujeto beneficiario por unos mismos hechos y un idéntico fundamento, que promueva la paralización de las actuaciones de la autoridad administrativa”.

(STS de 10 de marzo de 2009. Sala 3ª, Secc. 3ª F.D. 5º. Magistrado Ponente Sr. Banderés Sánchez-Cruzat. Ar. 1591).

X. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

TIPICIDAD Y CADUCIDAD DE LA INFRACCIÓN

Al tener Andalucía competencia exclusiva en materia de montes, tanto la tipicidad de la infracción como la posible caducidad de la misma, se han de examinar en el marco de la Ley 2/1992, de 15 de junio, Forestal de Andalucía.

“Los dos primeros motivos de casación habremos de examinarlos conjuntamente por estar estrechadamente relacionado, hasta el punto de que en realidad no son sino variaciones o formulaciones apenas diferenciadas de un mismo argumento de impugnación. Así, en el motivo primero se alega Infracción del artículo 25.1 de la Constitución, por entender el recurrente que la conducta realizada no encaja en el tipo de la infracción porque el terreno donde se realizaron las tareas no es en realidad forestal sino agrícola; y luego en el segundo se alega la infracción del artículo 129 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, volviendo a señalar el recurrente que en este caso no se ha producido ningún hecho constitutivo de infracción pues se trata de terreno agrícola.

Ambos motivos deben ser rechazados pues, según hemos visto, la sentencia de instancia expone de forma pormenorizada cuál es, según el artículo 1 de la Ley 2/1992, de 15 de junio Forestal de Andalucía, la definición legal del concepto de montes y terrenos forestales (fundamento quinto de la sentencia); y también se explica en la sentencia (fundamento sexto) que los terrenos del recurrente entran en esa definición legal de terreno forestal pese a que en otra época -muy anterior a la entrada en vigor de la citada norma legal- hubiesen tenido carácter agrícola. No hay, por tanto, infracción del principio de tipicidad, pues la sentencia recurrida explica de manera razonada el encaje de la conducta en el tipo de la infracción por la que se sanciona.

Por último, debe ser igualmente desestimado el cuarto motivo de casación, en el que se alega la infracción de los artículos 149.1.18 de la Constitución,

43.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre y 20.6 del Reglamento de Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, por no haber aplicado la sentencia el plazo de caducidad del procedimiento previsto en la normativa estatal siendo así que la ordenación del procedimiento administrativo común es competencia exclusiva del Estado.

Como explica acertadamente la sentencia recurrida -en respuesta a este mismo argumento, que ya había sido aducido en el proceso de instancia- la competencia en materia de montes es una de las asumidas con carácter exclusivo por la Comunidad Autónoma de Andalucía, por lo que, sin perjuicio de la competencia del Estado de dictar legislación de carácter básico en materia de montes (artículo 149.1.23ª de la Constitución), no se da la condición precisa para la aplicabilidad del plazo de caducidad de seis meses previsto en el artículo 20.6 del Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, pues existe en la regulación autonómica una previsión normativa específica que fija el plazo de un año (artículo único.2 del Decreto 143/1993, de 7 de septiembre, de la Consejería de Presidencia de la Junta de Andalucía, relativo a normas sobre procedimientos administrativos de la Consejería de Agricultura y Pesca, en relación con el Anexo-II del propio Decreto). Y, como señala la Sala de instancia, a la anterior conclusión no cabe oponer la competencia del Estado en materia de procedimiento administrativo común, pues la potestad sancionadora -y el procedimiento para su ejercicio- es de carácter accesorio con relación a la competencia material o sustantiva, por lo que debe atenderse al carácter con que esté atribuida la competencia en materia de montes que, como ya hemos señalado, fue asumida con carácter exclusivo por la Comunidad Autónoma de Andalucía”.

(STS de 2 de marzo de 2009. Sala 3ª, Secc. 5ª. F.D. 2º y 4º. Magistrado Ponente Sr. Calvo Rojas. Ar. 1565).

XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES

PROTECCIÓN DE DATOS

Cesión de datos de los clientes por parte de una empresa al resto de las entidades del grupo, careciendo del consentimiento inequívoco de aquéllos.

“Ya hemos dicho que la resolución de la controversia exige relacionar dichas denuncias con lo preceptuado en el artículo 6.1 de la actual Ley de Protección de Datos (EI tratamiento de datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa) y en el artículo 11.1 de la misma, a fin de determinar si puede o no considerarse cumplido tal principio del consentimiento o autodeterminación.

Para ello hemos de tomar en consideración, además de la doctrina que se ha expuesto en el fundamento jurídico anterior que inequívoco, conforme al Diccionario de la Real Academia de la Lengua, es lo que no admite duda o equivocación, y, por contraposición a equívoco, lo que no puede entenderse o interpretarse en varios sentidos, o que no puede dar ocasión a juicios diversos.

Consideramos, como asimismo estima la resolución impugnada, que dados los poco rigurosos términos de dichos certificados, emitidos por una empresa que no es la que ha preparado, impreso y distribuido las cartas, el consentimiento obtenido por Gas Natural no puede considerarse válido dado el calificativo de «inequívoco» que, como ya se ha indicado, a dicho consentimiento acompaña la nueva Ley de Protección de Datos de 1999.

Ello porque si bien es cierto que no puede exigirse para la obtención del consentimiento de los afectados, a la hora de tratar o ceder sus datos personales, que tal consentimiento se otorgue mediante correo certificado, al no estipularlo así ningún precepto de la normativa de aplicación, la persona física o jurídica que pretenda obtener tal consentimiento sí deberá arbitrar los medios necesarios para que no quepa ninguna duda de que efectivamente tal consentimiento ha sido prestado, es decir, que la cesión de los datos ha sido consentida de modo lo suficientemente claro para que no pueda interpretarse en otro sentido.

Interpretación ésta que es la que más correctamente se acomoda a lo dispuesto, no sólo en el repetido artículo 6.1 de la LOPD, sino también a lo preceptuado en la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995, que en su artículo 7 preceptúa que los Estados miembros dispondrán que el tratamiento de datos personales sólo pueda efectuarse si el interesado ha dado su consentimiento de forma inequívoca. Directiva que, asimismo, en el apartado h) de su artículo 2 define como «consentimiento del interesado»: toda manifestación de voluntad, libre, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernan. Definición que asimismo ha sido incorporada al apartado h) del artículo 3 de la Ley Orgánica 15/1999, legislación interna que enfatiza más, al añadir entre los adjetivos «libre» y «específica» que califican a la manifestación de voluntad, también el de «inequívoca».

Y que en el 33 Considerando de su Preámbulo explica también que, por lo demás, los datos que por su naturaleza puedan atentar contra las libertades fundamentales o la intimidad no deben ser objeto de tratamiento alguno, salvo en caso de que el interesado haya dado su consentimiento explícito: que deberán constar de forma explícita las excepciones a esta prohibición para necesidades específicas, en particular cuando el tratamiento de dichos datos se realice con fines relacionados con la salud, por parte de personas físicas sometidas a una obligación legal de secreto profesional, o para actividades legítimas por parte de ciertas asociaciones o fundaciones cuyo ob-

jetivo sea hacer posible el ejercicio de libertades fundamentales; y aunque efectivamente en el contrato que firmó Gas Natural SA con Gas Natural Servicios, en febrero de 2000, que obra en los folios 237 a 239 del expediente, por el que la recurrente cedía los datos de sus clientes a la segunda, se establecía en su estipulación tercera que el cedente disponía del consentimiento y autorización de todos los afectados para ceder datos a las restantes empresas del grupo, sin embargo, de conformidad con los preceptos de la LOPD anteriormente aludidos y tal y como considera la resolución administrativa impugnada entendemos que no puede considerarse válido el consentimiento obtenido por tal entidad actora dada la falta de acreditación de que los dos denunciados referidos otorgaron, sin duda alguna, y con carácter previo, el repetido consentimiento para la cesión de su datos personales.»

(STS de 27 de enero de 2009. Sala 3ª, Secc. 6ª. F.D. 1º. Magistrado Ponente Sr. Herrero Pina. Ar. 110).

XII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

JURADOS PROVINCIALES DE EXPROPIACIÓN

La declaración de lesividad de los acuerdos de los Jurados Provinciales de Expropiación, por carecer estos de superior jerárquico, corresponde al órgano supremo de la Administración General del Estado, es decir al Consejo de Ministros.

“Abordando ya el único motivo del presente recurso de casación, hay que constatar que la disposición adicional. 16ª de la LOFAGE no atribuye al Consejo de Ministros la declaración de lesividad de los actos de los «Ministerios», como pretende el Abogado del Estado. Le atribuye la declaración de lesividad de los actos de los «Ministros», lo que claramente no es lo mismo. En este sentido, tiene razón la recurrida y la mencionada norma legal, por sí sola, resulta insuficiente para que prospere el recurso de casación. Algo parecido cabe decir, por lo demás, de la cita de la legislación anterior, que en el mejor de los casos sólo tendría un valor orientador con respecto a una tradición jurídica de la que la legislación vigente podría ser continuadora. Las normas legales invocadas por el Abogado del Estado son, así, insuficientes.

No obstante, la jurisprudencia de esta Sala ha admitido siempre que la declaración de lesividad de los acuerdos de los Jurados Provinciales de Expropiación Forzosa corresponde al Consejo de Ministros. Incluso con posterioridad a la aprobación de la LOFAGE en 1997, dicha orientación jurisprudencial se ha mantenido inalterada. Véanse a este propósito nuestras sentencias de 16 de diciembre de 2002, 18 de marzo de 2003 y 30 de mayo de 2003.

Es razonable. además, que dicha competencia le sea reconocida al Consejo de Ministros, dado que los Jurados Provinciales de Expropiación Forzosa; aun siendo indudablemente órganos de la Administración General del Estado, se hallan fuera de la línea jerárquica, precisamente para asegurar su independencia de criterio. El art. 35 LEF dispone que la resolución del Jurado «ultimará la vía gubernativa, y contra la misma procederá tan sólo el recurso contencioso-administrativo», lo que pone claramente de manifiesto que el Jurado carece de superior jerárquico. Así, al no estar incardinados dentro de la jerarquía de ningún departamento ministerial, lo más correcto es concluir que la declaración de lesividad de sus actos debe corresponder al órgano supremo de la Administración General del Estado. que abarca *ratione materiae* la totalidad de la misma: es decir, el Consejo de Ministros.

A mayor abundamiento. cabe observar que la sentencia impugnada, tras considerar que el Consejo de Ministros es manifiestamente incompetente para declarar la lesividad de los acuerdos de los Jurados Provinciales de Expropiación Forzosa, omite significativamente señalar qué órgano debería tenerse por competente.

Por todo ello, el único motivo de este recurso de casación debe ser estimado. lo que comporta la anulación de la sentencia impugnada.”

(STS de 2 de diciembre de 2008. Sala 3ª, Secc. 6ª. F.D. 5º. Magistrado Ponente Sr. Díez-Picazo Jiménez. Ar. 345/2009).

XIV. HACIENDA PÚBLICA

RESPONSABILIDAD CONTABLE

El TS analiza el ámbito subjetivo y objetivo de la responsabilidad contable, competencia del Tribunal de Cuentas.

“Por lo que hace al recurso del Abogado del Estado los razonamientos contenidos en el quinto fundamento de la sentencia, antes transcrito, desvirtúan su viabilidad.

Sobre el problema debatido se ha pronunciado esta Sala en la sentencia de 17 de abril de 2008 donde se afirma: «2. Es de recordar que los denominados elementos calificadores de la responsabilidad contable son los siguientes: En primer lugar, que sólo podrán incidir en responsabilidad contable quienes tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos.

En segundo lugar, que no toda acción u omisión contraria a la Ley que produzca menoscabo de caudales o efectos públicos, realizada por quien está encargado legalmente de su manejo. será suficiente para generar responsabilidad contable, ya que se requerirá. además. que resulte o se desprenda de las cuentas, en sentido amplio, que deben rendir todos aquellos que recau-

den, intervengan. administren, custodien, manejen o utilicen caudales o efectos públicos.

En tercer lugar, que la infracción legal se refiere a las obligaciones impuestas por las Leyes reguladoras de la Contabilidad Pública y del régimen presupuestado aplicables al sector público de que se trate o a las personas o entidades receptoras de ayudas con rango o procedentes de dicho sector.

3. El ámbito subjetivo de los posibles responsables contables se define en el art. 2 de la Ley Orgánica 2/1982, según el cual, corresponde al Tribunal de Cuentas el enjuiciamiento de la responsabilidad contable en que incurran aquellos que tengan a su cargo el manejo de los caudales o efectos públicos. Asimismo, el art. 38.1 de dicha Ley establece que quien por acción u omisión contraria a la Ley origine el menoscabo de los caudales o efectos públicos quedará obligado a la indemnización de los daños y perjuicios causados, y el art. 15 señala que el enjuiciamiento contable se ejerce respecto de las cuentas que deban rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos refiriéndose, también, el art. 49.1 de la Ley 7/1988 a quienes tengan él su cargo el manejo de dichos caudales o efectos.

Una interpretación integradora de tales preceptos lleva a entender que la responsabilidad contable está siempre vinculada al manejo de caudales o efectos públicos. Los arts. 15 y 38 de dicha Ley Orgánica hacen girar la responsabilidad contable en torno a los conceptos de caudales públicos o efectos públicos. Así en la medida que se hayan, originado daños a los fondos públicos se abre la posibilidad de declarar responsabilidades contables siempre que concurran el resto de requisitos establecidos en la Ley.

Por otra parte, cabe resaltar que ninguno de los preceptos reguladores de la responsabilidad contable se refiere exclusivamente a los funcionarios o autoridades como exclusivos sujetos pasivos. Por el contrario, se habla en todos ellos de personas encargadas de la recaudación, custodia, manejo o utilización de los caudales o efectos públicos.

Definido así el ámbito subjetivo de la responsabilidad contable, la participación en la actividad económico financiera de un ente público hace a la persona, sea o no funcionario público, susceptible de ser sujeto de responsabilidades contables, pues la responsabilidad contable deriva no de la forma de personificación, sino del menoscabo de los caudales públicos.

Hay que poner énfasis en que la responsabilidad contable surge, en todo caso en el contexto de la encomienda a ciertas personas de la gestión de fondos públicos teniendo aquélla dos actos o momentos de vital trascendencia, a saber el cargo o entrega de los fondos, y la data, descargo o justificación del destino dado a los caudales recibidos. El que recibe fondos debe justificar la inversión de los mismos, respondiendo de ellos en tanto no se produzca la data, bien sea bajo la forma de justificantes adecuados de su inversión, o bien sea bajo la forma de reintegro de las cantidades no invertidas o entrega de las cantidades recibidas en interés de un tercero. Acreditado un

cargo y constatada la falta de justificantes o de dinerario, según los casos, aparece un descubierto en las cuentas. lo que denominamos un alcance de fondos.

Resulta, pues, obligado concluir que sólo pueden ser sujeto de responsabilidad contable aquéllos que tengan la condición de gestores de fondos públicos, sin perjuicio del supuesto especial de los perceptores de subvenciones u otras ayudas del sector público.

Si se sostuviese la tesis contraria de que la extensión subjetiva de la responsabilidad contable alcanza a cualquier persona, entonces la responsabilidad contable incluiría, en términos generales, la responsabilidad civil de terceros frente a la Administración Pública, con la consiguiente invasión en la esfera de competencias de otros órdenes jurisdiccionales. Pero es que, además, dicha tesis aparece corroborada por el art. 39 y siguientes de la propia Ley; en cuanto recogen, como circunstancias modificativas de la responsabilidad contable, conductas típicas de quienes tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos; así, las alusiones a la obediencia debida -art. 39.1-, al retraso en la rendición, justificación o examen de las cuentas y en la solvencia de los reparos -art. 39.2-, a la falta de medios o esfuerzo a exigir a los funcionales -art. 40-. A mayor abundamiento, el art. 49.1 de la Ley de Funcionamiento atribuye a la jurisdicción contable el conocimiento de las pretensiones que se deduzcan contra «... todos cuantos tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos ...», debiendo comprenderse en dicho concepto tanto los funcionarios como los que no ostenten tal condición, sean o no cuentadantes, y ello porque el término cuentadante es un concepto jurídico determinado que corresponde no sólo a los funcionarios encargados de la gestión de ingresos y gastos de la Administración del Estado, y a los Presidentes o Directores de los Organismos Autónomos o Sociedades del Estado, sino también a los particulares que, excepcionalmente, administren, recauden o custodien fondos o valores del Estado, y a los perceptores de subvenciones corrientes concedidas con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, sean personas o entidades públicas o privadas.

Como ha dicho este Tribunal Supremo, la responsabilidad contable no se identifica, de modo necesario, con la responsabilidad civil o la responsabilidad patrimonial en que puedan incurrir, frente a la Administración, quienes, sin estar vinculados al servicio de la misma o estándolo pero no teniendo a su cargo el manejo de bienes o causales públicos, causen daños a éstos, bien directamente, bien determinando la obligación de la Administración de indemnizar a terceros. En estos casos, no se estará ante supuesto alguno de responsabilidad contable, sino ante una situación de «responsabilidad civil frente a la Administración pública», para cuya determinación ésta, a falta de un precepto legal que la habilite, habrá de acudir a la Jurisdicción civil como cualquier otro sujeto de derecho (sentencia de 7 de junio de 1999)».

(STS de 4 de febrero de 2009. Sala 3ª Secc. 2ª F.D. 7º. Magistrado Ponente Sr. Garzón Herrero. Ar. 591).

XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

DERECHO AL RECURSO

El contenido esencial de la tutela judicial efectiva no exige que en todo caso y circunstancia los pronunciamientos jurisdiccionales sean susceptibles de revisión.

“El supuesto enjuiciado por el Tribunal de instancia y el que se plantea en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina es sustancialmente idéntico al resuelto en Sentencia de esta Sala de 19 de diciembre de 2008. en el recurso 94/2008. donde la misma entidad actora en este recurso, Sociedad Azucarera Larios. SA, interpone recurso de casación para la unificación de doctrina invocando frente a la tesis mantenida por la recurrida en aquel supuesto, la sentencia de la propia Sala sentenciadora de instancia de 15 de diciembre de 2005 dictada en el recurso 1169/00. Por razón del principio de unidad de doctrina, trasunto del constitucional principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución (RCL 1978, 2836), los fundamentos de esta sentencia han de ser pues necesariamente iguales a los contenidos en la aquella otra de 19 de diciembre de 2008.

Decíamos en aquella sentencia, que en el ámbito contencioso-administrativo no existe un derecho al recurso, salvo que el legislador así lo disponga. Dicho de otra manera, el contenido esencial de la tutela judicial efectiva (artículo 24, apartado 1, de la Constitución) no exige que en todo caso y circunstancia los pronunciamientos jurisdiccionales sean susceptibles de revisión. El titular de la potestad legislativa, en la Ley 29/1998. de 13 de julio, reguladora de esta jurisdicción (BOE de 14 de julio). ha dispuesto que las sentencias dictadas en única instancia por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia sólo puedan recurrirse en casación si la cuantía litigiosa supera los veinticinco millones de pesetas (150.253,02 euros), salvo que se hayan dictado en el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales [artículo 86, apartado 2, letra b). Este recurso de casación, común u ordinario, tiene por objeto controlar que el ejercicio de la potestad jurisdiccional se haya desenvuelto de forma correcta, por quien la tiene atribuida para el caso concreto, a través del procedimiento adecuado y respetando las formas y los ritos dispuestos en garantía de los justiciables, así como defender el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia que lo interpreta (artículo 88; apartado 1).

Los demás pronunciamientos en única instancia de las mencionadas Salas jurisdiccionales cuyo interés litigioso no alcance el indicado montante no pueden revisarse por el Tribunal Supremo a través del cauce que representa el recurso de casación común. Ahora bien, el legislador ha querido también que aquellas decisiones que, emanando de litigios cuya importancia

económica no llega a los ciento cincuenta mil euros pero supera los dieciocho mil treinta (tres millones de pesetas), puedan examinarse por el Tribunal Supremo, para fijar la doctrina correcta, siempre y cuando se detecte que contradicen otras decisiones dictadas para los mismo litigantes u otros en idéntica situación, en atención a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales (artículo 96, apartado 1). Aquí ya no se trata de depurar el ordenamiento jurídico expulsando aquellas decisiones que resulten incorrectas, sino de purgarlo mediante la anulación de las sentencias que, además de contener una doctrina equivocada, contradigan la sentada correctamente en otros supuestos sustancialmente iguales, haciendo padecer la seguridad y la igualdad jurídicas que proclama al más alto nivel nuestra Constitución (artículos 9, apartado 3, y 14).

El recurso de casación para la unificación de doctrina constituye, pues, tal y como ha subrayado una jurisprudencia consolidada de esta Sala [véanse las sentencias de 24 de mayo de 1999, 26 de mayo de 1999, 26 de julio de 1999 y 1 de abril de 2008, un remedio extraordinario y subsidiario respecto de la casación ordinaria. Se trata de que determinadas sentencias, que por razón de la cuantía tienen vedado el acceso a esa casación común, puedan revisarse cuando, superando el interés litigioso los dieciocho mil euros, contradicen otros pronunciamientos, a los solos efectos de unificar criterios y de declarar la doctrina correcta.

El objetivo radica, como hemos apuntado, en potenciar la seguridad jurídica, pero no en cualquier circunstancia, como en la modalidad general de casación, sino sólo cuando la inseguridad derive de la oposición en que incurren las resoluciones judiciales en presencia de litigantes en la misma situación procesal y en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales. En consecuencia, la finalidad esencial de esta modalidad de casación no es 'tanto corregir la eventual infracción legal en que haya podido incidir la sentencia impugnada, cuanto en reducir a la unidad los criterios judiciales diseminados y discrepantes.

Siendo tal la meta, resulta imprescindible que en el escrito de interposición se explicita, junto a la infracción legal que se impute a la sentencia discutida, la relación precisa y circunstanciada de las identidades entre los pronunciamientos enfrentados (artículo 97, apartado 1, de la Ley 29/1998, «precisa» en el lenguaje y «circunstanciada» en su objeto y contenido, en clara alusión a las igualdades subjetiva, objetiva y causal determinantes del juicio de contradicción. Sólo cuando los pronunciamientos alegados como incompatibles sean antitéticos con el recurrido, puede declararse la doctrina correcta y, si procediese por exigencias de tal declaración, casar este último. y esa antítesis ha de ser ontológica, es decir, derivada de dos proposiciones que no pueden reunir. al propio tiempo, la condición de verdaderas o correctas jurídicamente y falsas o contrarias a derecho.

No cabe, en consecuencia, apreciar aquella triple identidad sobre supuestos de hecho diversos, entre sujetos en diferente situación o en aplicación de normas distintas. Si se bajara la guardia en la exigencia estricta de esta tria-

da, el recurso de casación para la unificación de doctrina no se distinguiría del ordinario por infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, convirtiéndose en un instrumento espurio para eludir la prohibición de impugnar las sentencias que, pudiendo estimarse contrarias a derecho, no alcanzan los límites establecidos por el legislador para acceder a la casación común”.

(STS de 14 de marzo de 2009. Sala 3ª, Secc. 6ª. F.D. 2º, 3º. Magistrado Ponente Sr. Puente Prieto. Ar. 96).

XIX. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

REGLAMENTO ESTATAL

El trámite de audiencia en la elaboración de disposiciones de carácter general, cuya omisión es determinante de nulidad conforme al artículo 62.2 de la Ley 30/1992, afecta exclusivamente a las asociaciones reconocidas por la Ley que representen intereses que guarden relación directa con el objeto de la disposición y no en el caso de asociaciones de carácter voluntario y naturaleza privada.

“La regulación legal contenida en el mentado artículo 24.1.c) de la Ley del Gobierno, contiene varias exigencias sobre las que hemos de detenernos. Así es, en lo que hace al caso, el trámite de audiencia ha de conferirse a las asociaciones u organizaciones “reconocidas por la Ley”, y, además, que los fines de estas asociaciones “guarden relación directa con el objeto de la disposición”.

Debemos tener en cuenta que el mentado trámite de audiencia cumple la finalidad de contribuir al acierto y legalidad de texto que se aprueba, propiciando que se tengan en cuenta todas las perspectivas desde el que la cuestión objeto de regulación pueda ser analizada, enriqueciendo, en definitiva, la disposición general, mediante las observaciones de los sectores, personas o entidades consultadas. Ahora bien, este objetivo no permite hacer tabla rasa de los requisitos que la propia ley exige para que tenga lugar dicha audiencia, pues no se trata de abrir un trámite de modo indiscriminado ó ilimitado, sin acolar su ámbito. Por el contrario, se trata de conjugar la finalidad apuntada con la seriedad y solvencia de este trámite de audiencia, evitando la duplicidad. A tal fin, la propia Ley 30/1992 regula este llamamiento del procedimiento de elaboración de disposiciones generales mediante su sujeción a las dos delimitaciones esenciales ya citadas, de un lado que se trate de asociaciones u organizaciones “reconocidas por la Ley”, y, de otro, que los fines de estas asociaciones “guarden relación directa con el objeto de la disposición”.

Recordemos que el apartado c) del artículo 24.1 de la Ley del Gobierno se refiere a una audiencia necesaria o preceptiva, con la salvedad “in fine” referida a la concurrencia de “graves razones de interés público”. Por contraposición a la prevista en el artículo 24.1.d) de la misma Ley que permite un trámite no necesario, cuando ya hubieran participado por medio de informes o consultas previas, o la del artículo 24.1.b) también de dicha Ley cuando se refiere a otras consultas que se “estimen convenientes”.

El marco normativo que hemos enunciado ha de completarse con la jurisprudencia de este Tribunal Supremo dictada en su aplicación, pues esta Sala ha venido distinguiendo entre la audiencia que es preceptiva para Asociaciones que no sean de carácter voluntario, de aquellas otras asociaciones, como sucede en el caso examinado, voluntarias de naturaleza privada, que no ostentan “por Ley” la representación a que aquel precepto se refiere, pues es este criterio el que traduce con mayor fidelidad el ámbito subjetivo de aquel precepto. Además, del artículo 24.1 de la Ley del Gobierno se infiere, que las consultas cuando no son preceptivas se solicitarán si “se estiman convenientes”, dejando, por tanto, cierta discrecionalidad a la Administración para solicitarlas o no.

En el sentido apuntado se viene pronunciando esta Sala de forma reiterada, por todas, STS 10 de octubre de 2005 dictada en el recurso de casación núm. 69/2003. Declara que *«En cuanto al alcance de tal previsión legal, esta Sala ha declarado en las sentencias de 11 de mayo 21 y 22 de junio de 2004 acogiendo la doctrina expresada en las precedentes sentencias de 22 de enero de 1998, 13 de noviembre de 2000, 24 de octubre de 2001 y 23 y 26 de septiembre de 2003 que el trámite de audiencia ha de calificarse como participación funcional en la elaboración de disposiciones de carácter general “preceptivamente impuesta” y que “requiere en el Órgano que instruye una actividad configurada técnicamente como carga, concretada en la llamada de las organizaciones y asociaciones que necesariamente deben ser convocadas pues, en otro caso, el procedimiento podría quedar viciado o incluso la disposición resultante podría estar incurso en nulidad”, debiendo distinguir que la audiencia es preceptiva para Asociaciones que no sean de carácter voluntario, pero no cuando se trata, de asociaciones voluntarias de naturaleza privada, que, aunque estén reconocidas por la Ley, no ostentan “por Ley” la representación a que aquel precepto se refiere, pues es este criterio el que traduce con mayor fidelidad el ámbito subjetivo de aquel precepto. (...)*

Por otro lado, del referido artículo 24.1 de la Ley del Gobierno antes citada, se infiere, que las consultas que no sean preceptivas se solicitaron si “se estiman convenientes”, dejando por tanto cierta discrecionalidad a la Administración para solicitarlas o no; porque, como también tenemos dicho, ese trámite para audiencia no puede transformarse en una intervención en el proceso de elaboración reglamentaria que haga a quien se concede, copartícipe de una potestad que constitucionalmente sólo corresponde al Gobierno (S. 21-6-2(04)).

La regulación constitucional y legal del trámite de audiencia en la elaboración de disposiciones de carácter general, así como la interpretación realizada por esta Sala, revelan que no concurre en este caso la nulidad plena

que se invoca en el escrito de demanda, pues las asociaciones recurrentes no son asociaciones “reconocidas por la Ley”, ni tienen el expresado carácter forzoso, ni, en fin, mediante las mismas se agrupan o representan los intereses a que se refiere el artículo 24 de la Ley del Gobierno. Téngase en cuenta que las recurrentes, según consta en los poderes aportados con el escrito de interposición, son asociaciones empresariales, creadas al amparo del artículo 22 de la CE, pero que tienen, en todo caso, un carácter voluntario a los efectos que venimos examinando.

Estamos, en definitiva, ante unas asociaciones voluntarias de naturaleza privada, que no tienen atribuida “por Ley” la representación de derechos e intereses en los términos previstos en el tan citado artículo 24. No obstante, como ya hemos dicho, pueden ser consultadas si se estima “conveniente” y sucede que así fue en el presente caso, en el que se llamó a la Confederación Española de Organizaciones Empresariales, en cuyo seno se encuentra la Federación Española de Industrias de la Alimentación y Bebidas, en la que están integradas las recurrentes. De modo que nos parece significativo destacar que en la elaboración de la disposición general, cuya legalidad se cuestiona, las recurrentes pudieron ser oídas, sin que, por lo demás, pueda hacerse una interpretación tal -“generosa” se califica en el escrito de demanda- que deje sin efecto los requisitos legalmente establecidos y a cuya concurrencia se anuda el carácter preceptivo del trámite.

Siendo las recurrentes, por tanto, asociaciones de carácter voluntario, su llamada o audiencia en el procedimiento de elaboración del Real Decreto impugnado no resulta legalmente exigible y, por lo tanto, la falta de audiencia específica a las mismas no supone un defecto formal o de procedimiento que vicie de nulidad la norma impugnada”.

(STS de 26 de marzo de 2009. Sala 3ª, Secc. 5ª. F.D. 3º, 4º y 5º. Magistrada Ponente Sra. Teso Gamella. Ar. 1816)

XX. RESPONSABILIDAD

POR LA APLICACIÓN DE ACTOS LEGISLATIVOS

La indemnización por la aplicación de actos legislativos, radica en la existencia de una lesión antijurídica, es decir que los particulares no tengan el deber jurídico de soportar.

“Los términos en que se plantea la demanda, cuya falta de claridad pone de manifiesto el Abogado del Estado, no impiden apreciar que la parte recurrente justifica su reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado en la consideración de que las limitaciones al ejercicio de su profesión impuestas por el art. 28 de la Ley 22/2003, de 9 de julio le causan un perjuicio

real, efectivo y evaluable económicamente, que no tiene el deber de soportar, y que le debe ser indemnizado al amparo del art. 139.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre y la jurisprudencia que invoca, manteniendo que la responsabilidad patrimonial del Estado por sus actos legislativos, es procedente en el caso de alteraciones del régimen jurídico del ejercicio de profesiones liberales, con reducción de los casos de posible desempeño, mediante la limitación de los casos en que un profesional como la recurrente pueda ser designado judicialmente para el ejercicio de cargos de administrador judicial, cuando hasta este momento ha sido la actividad profesional básica y esencial que como medio de vida ha venido desempeñando, concluyendo que, cuando mediante medidas legislativas se imponen limitaciones al ejercicio de las profesiones liberales, no se están eliminando meras expectativas sino auténticos derechos consolidados, que en la mayoría de los casos ha supuesto a los profesionales un gran coste de infraestructuras materiales y humanas, actuando sobre la confianza en la no alteración futura de las circunstancias y el Estado, sin otro fundamento que el simple capricho, cercena tales derechos y rendimientos económicos futuros, quedando obligado a indemnizar, y ello es lo que sucede con los Auditores de Cuentas y Censores Jurados, que en virtud del art. 28 de la nueva Ley Concursal han visto eliminados de un plumazo sus derechos consolidados de futuro, sin que exista razón justificativa alguna.

Tal planteamiento, que la parte apoya en la valoración de la jurisprudencia que cita, no puede compartirse.

En primer lugar y en relación con las apreciaciones de la parte, conviene precisar que la jurisprudencia desde el principio (SS. 30-11-1992, 12-7-2, 5-2-1996 puso de manifiesto que el marco de la responsabilidad patrimonial, y concretamente la responsabilidad por acto legislativo, exige una configuración legal, de la que carecía esta última, poniendo de manifiesto la necesidad de un previo desarrollo legislativo que determine en qué casos procede y qué requisitos son exigibles, por faltar cualquier antecedente histórico o regulación que posibilite una decisión sobre tales cuestiones.

No obstante esa falta de desarrollo normativo, que persistió hasta la publicación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, no impidió la formulación de numerosas reclamaciones y la adopción de las correspondientes decisiones por este Tribunal. conformando una jurisprudencia que salvo algunos casos aislados previos (sentencias de 22-5-1970, 1 febrero y 12 noviembre 1971, 30-9-1972 y 29-1-1974, relativas a las medidas adoptadas respecto de las compañías aseguradoras de accidentes de trabajo en cumplimiento de lo dispuesto por el Texto Refundido de la Ley de Seguridad Social de 21-4-1966, adquiere relevancia tras la Constitución de 1978, inicialmente con ocasión de la modificación de la edad de jubilación de los funcionarios públicos, Ley 30/84, de 2 de agosto y de los Jueces y Magistrados, Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial. que dio lugar al planteamiento de diversos recursos de inconstitucionalidad, resueltos

por sentencias del Tribunal Constitucional 108/1986, de 29 de julio, 99/1987, de 11 de junio, y 70/1988, de 19 de abril en las que se rechazan las infracciones de los arts. 9.3, 33.3 Y 35 de la Constitución que se invocaban, en razón de la situación estatutaria a la que están sujetos los recurrentes, que no son titulares de un derecho subjetivo a ser jubilados a la edad establecida en el momento de su acceso a la función. Sin embargo, al examinar la disposición transitoria 28.1ª de la LOPJ, que establecía un sistema escalonado de aplicación de la edad de jubilación, señala que «su finalidad evidente es la de paliar los efectos negativos que el adelanto de la edad de jubilación pueda producir en cuanto origine una frustración de las expectativas existentes y, en muchos casos, perjuicios económicos. Es posible, incluso, que esta finalidad no quede suficientemente asegurada y que esos efectos negativos, de no ser corregidos, puedan merecer algún género de compensación. Pero esta cuestión queda, en todo caso, fuera del ámbito del presente recurso.»

Ante este planteamiento del Tribunal Constitucional, los interesados advirtieron la posibilidad de indemnización aun en el supuesto de constitucionalidad de la norma, formulando las correspondientes reclamaciones ante el Consejo de Ministros, que fueron desestimadas, acudiendo de nuevo ante este Tribunal Supremo, que resolvió sobre el fondo de la cuestión por primera vez en la citada sentencia del Pleno de 30 de noviembre de 1992, que entre otros pronunciamientos y por lo que aquí interesa, termina desestimando las reclamaciones al entender que no se había producido la privación de bienes o derechos, categoría jurídica de la que carecen las expectativas de derechos, además de que, admitir lo contrario conduciría a una petrificación legislativa para evitar las importantes consecuencias económicas que pretendan adaptar la legislación anterior. Criterios que se mantuvieron en numerosas sentencias (1 y 2 de diciembre de 1992, distintas fechas de enero de 1993, 30 de enero de 2001, 1 de julio de 2003 entre otras), que desde esa fecha venían a resolver cuestiones semejantes.

Introducida la regulación positiva en el art. 139.3 de la Ley 30/9.2., de 2.6 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Publicas y del Procedimiento Común, según el cual: «las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que estos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos», en las sentencias de esta Sala se mantiene que tal regulación no es contraria a las conclusiones y criterios marcados por la jurisprudencia, si bien hay que determinar el alcance del nuevo requisito establecido, en el sentido de que la previsión de la indemnización y de su contenido arranque del propio acto legislativo que motiva la lesión (S.S.18-9-1997,17-2-1998, 18-5-2000).

Efectivamente del citado art. 139.3 se deduce que el presupuesto sobre el que descansa el derecho a la indemnización por la aplicación de actos legislativos es la existencia de una lesión antijurídica, es decir, que los parti-

culares «no tengan el deber jurídico de soportar», según expresión del precepto, concepto jurídico ya examinado en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración, plasmado en el art. 141.1 de la Ley 30/1992, que ha de integrarse en cada caso atendiendo a las circunstancias concurrentes y que supone que el carácter indemnizable del daño no se predica en razón de ilicitud del acto causante sino de su falta de justificación, en cuanto el ordenamiento jurídico no impone al perjudicado esa carga patrimonial y singular que el daño implica.

En tal sentido, sentencias como la de 11 de junio de 1993 que cita las de 11 de abril y 18 de diciembre de 1986, señalan que existe ese deber jurídico de soportar el daño «cuando la medida de la Administración constituye un carga de carácter general que todos los administrados incluidos en el ámbito de dicha medida están obligados a cumplir sin derecho a indemnización». Más concretamente, la sentencia de 27 de junio de 1997 establece que «ese deber de soportar el daño o el perjuicio sufrido se da en los supuestos en que la Ley y el grupo normativo de ella derivada justifican dichos detrimentos de un modo expreso o implícito. Así, del examen de las Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de abril, 19 de mayo y 19 de diciembre 1989, entre otras, se infiere que el criterio esencial para determinar la antijuridicidad del daño o perjuicio causado a un particular por la aplicación de un precepto legal o normativo debe ser el de si concurre o no el deber jurídico de soportar el daño, ya que las restricciones o limitaciones impuestas por una norma, precisamente por el carácter de generalidad de la misma, deben ser soportadas, en principio, por cada uno de los individuos que integran el grupo de afectados, en aras del interés público. Por su parte. El Tribunal Constitucional, en sentencias núms. 37/1987, de 26 marzo 65/1987, de 21 mayo, 127/1987, de 16, 170/1989, de 19 octubre y 42/1990, de 5 marzo SIC tiene declarado, en síntesis, que no hay antijuridicidad ni, por tanto, derecho a indemnización cuando, en el ejercicio de las facultades innovatorias del ordenamiento jurídico o de las potestades autoorganizatorias de los servicios públicos, se realiza una modificación en la regulación o configuración de un régimen jurídico anterior o se estructuran sus sistemas de gestión.

En tal sentido la sentencia del Tribunal Constitucional 27/1988, de 29 de noviembre, que resuelve recurso de Inconstitucionalidad formulado contra la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, señala que «el legislador goza de una amplia libertad de configuración normativa para traducir en reglas de Derecho las plurales opciones políticas que el cuerpo electoral libremente expresa a través del sistema de representación parlamentaria», añadiendo que las, medidas legales de delimitación o regulación general del contenido de un derecho que, sin privar singularmente del mismo a sus titulares, constituyen una configuración «ex novo» modificativa de la situación normativa anterior, «aunque impliquen una reforma restrictiva de aquellos derechos individuales o la limitación de algunas de sus facultades, no están prohibidas por la Constitución ni dan lugar por sí solas a una compensación indemnizatoria, Muy al contrario, al establecer con carácter general una

nueva configuración legal de los derechos patrimoniales, el legislador no sólo puede, sino que debe tener en cuenta las exigencias del interés general». En el mismo sentido expresa la STC 112/2006, de 5 de abril, reflejándose en la ya citada sentencia de 18 de septiembre de 1997, al indicar que el sacrificio singular no puede identificarse con las limitaciones que la Ley proyecta sobre el conjunto de los ciudadanos, «aun cuando puedan afectar desigualmente a los grupos en que se integran». Es congruente con todo ello la sentencia de 11 de junio de 2001 que refiriéndose a la jurisprudencia de esta Sala, señala el carácter restrictivo con que se aprecia la responsabilidad patrimonial en estos casos, concluyendo que: «en términos generales excluye el derecho a indemnización y da prevalencia a «la potestad de innovación normativa, con el fin de que no queden petrificadas regulaciones al margen de la evolución real de los intereses generales y del ejercicio de las facultades de apreciación de los Órganos llamados a velar por ellos según las competencias reconocidas por la Constitución y la ley».

(STS de 16 de diciembre de 2008. Sala 3ª, Secc. 6ª F.D. 2º Y 3º, Magistrado Ponente Sr. Herrero Pina. Ar, 90/2009).

XXII. URBANISMO Y VIVIENDA

ALINEACIONES Y DOMINIO PÚBLICO MARÍTIMO-TERRESTRE

Se declara la nulidad de un Estudio de Detalle que establece alineaciones que invaden la zona de protección con omisión del informe preceptivo de la Administración General del Estado.

“Son dos, en realidad, las cuestiones que se suscitan y que afectan a la interpretación de los dos citados preceptos de la LC el 110.c) y el 117.2.

A) En relación con el primero, lo que se suscita es la competencia material de la Administración del Estado -y procesal consiguiente del Abogado del Estado- «en los términos establecidos en la presente Ley» en relación con, «la tutela y policía del dominio público marítimo-terrestre y de sus servidumbres», una vez que el mencionado precepto -como otros tantos- fuera interpretado por el Tribunal Constitucional (desde la perspectiva de su constitucionalidad) en su STC 149/1991, de 4 de julio).

Es cierto que por dicha STC fueron declarados nulos, por inconstitucionales, determinados preceptos de la Ley de Costas, concretamente, y por lo que interesa al enjuiciamiento del presente recurso, el artículo 26.1 y la Disposición Transitoria Cuarta, apartado 2 c). Afirma el Tribunal Constitucional con toda claridad, en la citada Sentencia, que la competencia para regular y controlar estas superficies costeras como la de autos (de protección o de servidumbre), aledañas a la zona marítimo-terrestre de dominio públi-

co estatal, pero exteriores al mismo, corresponde a las Comunidades Autónomas que tengan transferida dicha competencia, como ocurre en el caso que nos ocupa.

Mas, junto a ello, la propia STC viene a reconocer la legitimación procesal para la impugnación de las actuaciones que -vulnerando la normativa sobre costas- afecten a la zona de dominio público o sus servidumbres; en este sentido la STC de referencia señalaba que «en lo que toca a la tutela y policía de las servidumbres demaniales, tampoco cabe negar por las mismas razones expuestas la competencia de la Administración estatal, aunque, como también es evidente, esta competencia ni autoriza a esta Administración para llevar a cabo actuaciones que no estén orientadas por la necesidad de asegurar la protección del dominio público y garantizar su libre utilización, ni excluye en modo alguno la competencia propia de las Comunidades Autónomas para llevar a cabo la tutela y la policía de las actividades que se lleven a cabo en la zona de protección. La eventual duplicidad de actuaciones ha de ser resuelta de acuerdo con los criterios expuestos. en el artículo 116, que no ha sido objeto de impugnación».

En concreto, y por nuestra parte, sobre este particular, hemos puesto de manifiesto (SSTS de 15 de diciembre de 2005 y 25 de octubre de 2007 que la Administración del Estado se encuentra habilitada «para impugnar los actos y acuerdos que infrinjan lo dispuesto en la propia Ley de Costas o las normas que la desarrollan ante los órgano del orden jurisdiccional contencioso- administrativo con petición de suspensión», justificándose tal conclusión sobre la base de que «entre los preceptos de la citada Ley de Costas, su artículo 25.1. a) prohíbe en la zona de servidumbre de protección las edificaciones destinadas a residencia o habitación, a pesar de lo cual el Estudio de Detalle, objeto de impugnación en sede jurisdiccional, autoriza que se alce un edificio sobre un solar afectado por dicha servidumbre de protección». Pues bien. desde esta perspectiva, no podemos compartir la decisión de instancia. en relación con el concreto Estudio de Detalle que nos ocupa, cuando la propia sentencia reconoce que las alineaciones del mismo invaden la zona de protección. Por ello, la legitimación competencial de la Administración del Estado -y de su Abogado del Estado- en relación con el Estudio de Detalle aprobado por el Ayuntamiento de Villagarcía de Arosa, no debe ofrecer duda alguna. Esto es suficiente para el acogimiento del primer motivo esgrimido.

B) Por lo que hace referencia, en segundo término. al artículo 117.2 LC, la sentencia de instancia no llega a afirmar si el informe en dicho precepto previsto -distinto del contemplado en el apartado 1 del mismo- fue o no solicitado de la Dirección General de Costas del Estado, negándolo el Abogado del Estado en el recurso de casación y, por el contrario, manteniendo su cumplimiento las partes recurridas. Pero lo que no ofrece duda -de conformidad con lo que hemos expuesto en el apartado anterior- es que en el ámbito de las competencias materiales del Estado sobre cosas se incluye la exigencia de dicho informe. previsto en el citado artículo 117.2 de la LC, aun

cuando, como veremos, no cuente el mismo con el carácter de vinculante, dado el ámbito espacial (zona o servidumbre de protección) al que -en el supuesto de autos- afecta.

Desde esta perspectiva, y ante tal ausencia de pronunciamiento en la instancia, estaríamos en condiciones de poder proceder a la integración de hechos no tomados en consideración por la Sala de instancia, técnica aceptada por este Tribunal Supremo. Por todas podemos citar la STS de 3 de diciembre de 2001 en la que hemos expuesto que «cabe también integrar la relación de hechos efectuada por la Sala de instancia cuando, respetando la apreciación de la prueba realizada por ésta, sea posible tomar, en consideración algún extremo que figure en las actuaciones omitido por aquélla, el cual sea relevante para apreciar si se ha cometido o no la vulneración del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia denunciada (STS 12 de julio de 1999 (RJ 1999, 8626), en términos parecidos a los que resultan de la redacción del artículo 88.3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativo, Ley 29/1998, de 13 de julio, SSTS 6 y 17 de julio de, 12 de julio, 2 de noviembre, 15 de diciembre de 1999, 20 de marzo, 3 de abril, 3 de octubre y 20 de noviembre de 2000 entre otras muchas) ».

Pues bien, del examen del expediente que acompaña al recurso contencioso-administrativo debemos deducir que el informe previsto en el artículo 117.2 del LC y 205.2 del RC -para el momento de una vez «concluida la tramitación del plan o norma de que se trate e inmediatamente antes de la aprobación definitiva- a emitir por la Administración del Estado, en el plazo de dos meses, no fue ni solicitado por el Ayuntamiento de Villagarcía de Arosa ni emitido por la Dirección General de Costas.

Y en fin, mas recientemente hemos puesto de manifiesto las diferencias entre este informe (del artículo 117.2 de la LC) y el del núm. 1 del mismo precepto (SSTS 25 de junio y 7 de octubre de 2008).

«Debemos aclarar la distinta finalidad de los dos informes a los que se hace referencia en el artículo 117 de la citada LC, para, a la vista de lo que resulte, analizar lo realmente acontecido en el supuesto de autos:

a) En el apartado 1 del citado artículo 117 se contempla la emisión de un informe, por parte de la Administración del Estado (Dirección General de Costas), con anterioridad a la aprobación inicial del instrumento de planeamiento, para lo que la citada Dirección General cuenta con el plazo de un mes y en el que se incluirán «las sugerencias y observaciones que estime convenientes». Se trata de una especie de audiencia previa a la Administración competente en materias que afectan al planeamiento que se aprueba, y que no es el informe que ahora nos ocupa.

b) En el apartado 2 del mismo artículo 117 se contempla un informe a emitir por la misma Administración estatal, pero en un momento posterior y distinto, pues debe llevarse a cabo «inmediatamente antes de la aprobación definitiva». A tal efecto el precepto dispone que «la Administración competente dará traslado a la del Estado del contenido de aquel para que en el plazo de dos meses se pronuncie sobre el mismo»; cuando el precepto se re-

fiere a la «Administración competente» se está refiriendo a la «Administración competente para la aprobación del planeamiento», siendo ello lógico y coherente con el procedimiento aprobatorio, pues lo que se pretende es que la Administración estatal sectorial emita su informe sobre el proyecto que definitivamente va a ser aprobado (por ello se exige que se solicite, por dicha Administración competente para la aprobación «inmediatamente antes de la aprobación definitiva»).

También, pues, desde esta segunda perspectiva, el motivo debería ser acogido por cuanto -al margen de su carácter no vinculante del informe en el supuesto de autos la solicitud- del mismo, prevista en el artículo 117.2 de la LC y 210 de su Reglamento por parte del Ayuntamiento, resultaba imprescindible para la posterior aprobación del Estudio de Detalle, sin que tal trámite resulte cumplimentado en los términos legal y reglamentariamente exigidos”.

(STS de 11 de noviembre de 2008. Sala 3ª, Secc. 5ª. F.D. 4º. Magistrado Ponente Sr. Fernández Valverde. Ar. 57/2009).