

## NOTAS DE JURISPRUDENCIA

### **Tribunal Supremo\***

#### I. ACTO ADMINISTRATIVO

Notificaciones administrativas electrónicas: constitucionalidad y razonabilidad del régimen establecido en la Ley 11/2007, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios públicos; notificaciones tributarias: RD 1363/2010, notificaciones y comunicaciones administrativas obligatorias por medios electrónicos en el ámbito de la AEAT: cumplimiento de los requisitos para la inclusión obligatoria de la recurrente en el sistema de notificaciones electrónicas; eficacia de la notificación.

#### SÉPTIMO. Examen de los motivos de casación primero y segundo.

No son de acoger los reproches de estos dos motivos de casación, al ser acertadas las razones que la sentencia recurrida desarrolla para rechazar la inconstitucionalidad de los artículos 27.6 y 28.1 y 3 de la Ley 11/2007 (LAE), que fue pretendida por la parte recurrente sobre la base de la posible vulneración del derecho fundamental de tutela judicial efectiva del artículo 24 CE y el requisito de reserva de ley para la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales establecido en el artículo 53.1 del propio texto constitucional.

Estas razones figuran en la reseña de la sentencia recurrida que con anterioridad se hizo y, completándolas aquí para hacerlas más explícitas, se resumen en lo siguiente:

1.- Situados en la hipótesis dialéctica de que las notificaciones electrónicas afecten al ejercicio del derecho fundamental de tutela judicial efectiva, ha de decirse que la regulación aquí controvertida, esto es, los mencionados artículos 27.6 y 28.1 y 3 de la Ley 11/2007 (LAE) cumplen el requisito de reserva de ley establecido para la regulación de dicho ejercicio en el artículo 53.1 CE, ya que esos dos preceptos forman parte de un texto normativo que tiene el necesario rango de ley.

2.- Tanto la regulación de la obligación de comunicarse por medios electrónicos con las Administraciones públicas del citado artículo 27.6 LAE, como el régimen y los efectos dispuestos para la notificación por medios

---

\* Subsección preparada por EDUARDO GAMERO CASADO. Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Pablo de Olavide.

electrónicos que se establecen en los apartados 1, 2 y 3 de ese también mencionado artículo 28 del mismo texto legal, tienen, como viene a señalar la Sala de instancia, una justificación razonable y proporcional; y, por ello, no cabe apreciar en estos preceptos una disminución o privación de las garantías que son inherentes al derecho fundamental de tutela judicial efectiva del artículo 24 CE.

Es una regulación razonable porque pretende aprovechar al máximo las posibilidades que en la actualidad ofrece la notificación electrónica para alcanzar, en relación con personas jurídicas o colectivos que tengan garantizado el acceso y disponibilidad de los medios tecnológicos precisos, las más altas cotas en lo que concierne a la meta de eficacia administrativa proclamada por el artículo 103 CE.

Como es también proporcional porque en esa notificación electrónica obligatoria es de apreciar todo lo siguiente: (a) la obtención del antes mencionado resultado de una mayor eficacia administrativa y, de esta manera, una mejor atención de los intereses generales; (b) un sistema de garantías dirigido a acreditar al interesado la puesta a su disposición del acto objeto de notificación y el acceso al contenido de este último, con lo que se cumple la finalidad, que es esencial en toda notificación, de garantizar que llega a su destinatario de manera exacta el conocimiento que lo que la Administración le quiere trasladar; y (c) la no constancia de intereses o derechos relevantes que resulten sacrificados como consecuencia de este sistema de notificación (el recurso no los explica convincentemente).

**OCTAVO.** Examen de los motivos de casación tercero y cuarto.

(...) En lo que se refiere a la validez de las normas reglamentarias cuya falta de cobertura legal se denuncia en el cuarto motivo de casación, ha de estarse a lo que sobre esta cuestión se razonó y resolvió en la sentencia de esta Sala y Sección de 22 de febrero de 2012 (Recurso núm. 7/2011), que desestimó la impugnación planteada contra el Real Decreto 1363/2010, de 29 de octubre [sobre regulación de supuestos de notificaciones y comunicaciones administrativas obligatorias por medios electrónicos en el ámbito de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria].

(...) Y lo que merece transcribirse aquí de esta sentencia es lo siguiente:

(...) el ámbito subjetivo de personas afectadas por la disposición impugnada, y dadas las características de estas, no se puede aceptar que se trate de un requisito técnico que pueda considerarse de imposible cumplimiento para las entidades destinatarias de las notificaciones.

Efectivamente, el texto legal citado establece en su artículo 27.6:

“Reglamentariamente, las Administraciones Públicas podrán establecer la obligatoriedad de comunicarse con ellas utilizando sólo medios electrónicos, cuando los interesados se correspondan con personas jurídicas o colectivos de personas físicas que por razón de su capacidad económica o técnica, dedicación profesional u otros motivos acreditados tengan garantizado el acceso y disponibilidad de los medios tecnológicos precisos”.

Se infiere del texto legal citado que los criterios establecidos en la ley sobre este punto son: “capacidad económica”, “capacidad técnica”, “dedicación profesional” u “otros medios acreditados”.

Pero el precepto añade otra nota de no menor importancia que es la de que esté “garantizado el acceso y disponibilidad de los medios tecnológicos precisos”.

La Sala estima que, aunque en el Decreto impugnado no se contienen esas limitaciones, el ámbito subjetivo establecido impide que las mencionadas limitaciones afecten a las personas que el autor del Reglamento ha decidido incluir en el sistema de notificaciones electrónicas.

Por la naturaleza de las cosas las entidades incluidas en el ámbito de aplicación del Reglamento no están afectadas por las limitaciones que la ley prevé sobre “acceso y disponibilidad” de medios tecnológicos, a efectos de imponer la asunción de las notificaciones electrónicas.

(STS 48/2018, de 17 de enero, Sala 3ª, Secc. 2ª. Ponente Nicolás Maurandi Guillén).

## I. ACTO ADMINISTRATIVO

Suspensión de eficacia: ejecución forzosa: apremio sobre el patrimonio: no puede iniciarse sin resolver antes expresamente la solicitud de suspensión instada con el recurso de reposición.

### TERCERO.-

(..) Cuando en vía de reposición se pretende una medida cautelar, como la suspensión, ajustada o no al elenco de garantías previstas en el artículo 224 LGT, su archivo -que ha de ser inmediato y debidamente notificado-, es el que permite abrir la vía de apremio, esto es, el que sustenta el efecto de que la solicitud se tenga por no presentada, pero tal consecuencia carece de razón de ser si se confunde el momento de resolver el recurso de reposición con el

de proveer acerca de la solicitud cautelar, que es instrumental de la anterior, sobre el que ya no tendría sentido pronunciarse.

Las consecuencias adversas de ese proceder indebido debe afrontarlas la Administración con arreglo al principio jurídico general que impide a los sujetos de derecho beneficiarse de sus propias torpezas o incumplimientos, condensado en el aforismo latino *allegans turpitudinem propriam non auditur*. Dicho de otro modo, no cabe presumir, en contra del administrado, que su solicitud estaba destinada al archivo y que éste, a su vez, obliga a suponer que aquélla no se presentó nunca, cuando no puede hablarse en sentido propio, ni tampoco analógico, de archivo, decisión cuya naturaleza no es sustantiva sino procedimental, en tanto que determinante de la finalización de un procedimiento o, en el caso que examinamos, de un incidente dentro de él, respecto del que conserva su identidad conceptual propia (véanse, al efecto, los artículos 43 , 87 y 92 de la Ley 30/1992, del Procedimiento Administrativo Común), sobre la noción de archivo como medio de terminación de los procedimientos.

QUINTO.- Contenido interpretativo de esta sentencia.

Con arreglo al artículo 93.1 LJCA, estamos en condiciones de responder a la cuestión suscitada en el auto de admisión, consistente en “determinar si, interesada por el obligado tributario la suspensión de la ejecución de la deuda que se le reclama, ya en la vía administrativa o económico-administrativa, ya en la jurisdiccional, puede la Administración iniciar el procedimiento de apremio sin que antes haya adoptado una resolución, debidamente notificada, sobre la solicitud de suspensión”.

La respuesta a tal cuestión ha de ser necesariamente negativa. Conforme a lo que se ha razonado, los preceptos sobre cuyo esclarecimiento nos interroga el auto de admisión deben ser interpretados del modo más favorable a la posibilidad de otorgamiento de la tutela cautelar, en vía administrativa y económico-administrativa (concernidas ambas en este asunto) e igualmente en sede jurisdiccional, en el sentido de que no puede la Administración iniciar la vía de apremio -ni aun notificar la resolución ya adoptada- hasta tanto no se haya producido una resolución, debidamente notificada, sobre la solicitud de suspensión, pues admitir lo contrario sería tanto como frustrar o cercenar toda posibilidad de adoptarla por el órgano competente para ello.

(STS 299/2018, de 27 de febrero, Sala 3ª, Secc. 2ª. Ponente Francisco José Navarro Sanchís).

## I. ACTO ADMINISTRATIVO

Discrecionalidad técnica: recapitulación de la evolución doctrinal y añadido de nueva consideración: el tribunal debe respetar el margen de discrepancia entre opiniones técnicas enfrentadas mientras no conste de manera inequívoca y patente su error; la prueba pericial técnica de ese error ha de hacerse mediante fuentes técnicas de reconocido prestigio en la materia de que se trate que, respecto de esos concretos puntos, hayan puesto de manifiesto que son mayoritariamente valorados en el ámbito científico como expresivos de un evidente e inequívoco error.

SEXTO [realmente es el CUARTO].-

La doctrina jurisprudencial que acaba de recordarse debe ser completada con estas otras consideraciones que continúan.

I.- La primera es que, en el control jurisdiccional en la materia de que se viene hablando, el tribunal de justicia debe respetar siempre el margen de discrepancia que suele reconocerse como inevitable y legítimo en la mayoría de los sectores del saber especializado; y, en consecuencia, no puede convertirse en árbitro que dirima o decida la preferencia entre lo que sean divergencias u opiniones técnicas enfrentadas entre peritos o expertos del específico sector de conocimientos de que se trate cuando estas no rebasen los límites de ese ineludible y respetable margen de apreciación que acaba de indicarse.

Así debe ser por estas razones: (i) un órgano jurisdiccional carece de conocimientos específicos para emitir un definitivo dictamen, desde una evaluación puramente técnica, que dirima lo que sean meras diferencias de criterio exteriorizadas por los expertos; (ii) la solvencia técnica y neutralidad que caracteriza a los órganos calificadoros impone respetar su dictamen mientras no conste de manera inequívoca y patente que incurre en error técnico; y (iii) el principio de igualdad que rige en el acceso a las funciones públicas (artículos 14 y 23.2 CE) reclama que los criterios técnicos que decidan la selección de los aspirantes sean idénticos para todos ellos.

II.- La segunda consideración es complemento o consecuencia de la anterior, y está referida a las exigencias que debe cumplir la prueba pericial que resulta necesaria para demostrar ese inequívoco y patente error técnico que permitiría revisar el dictamen del órgano calificador.

Estas exigencias lo que apuntan es que tal pericia no puede limitarse a revelar una simple opinión técnica diferente, sino que tiene que incorporar elementos que permitan al tribunal de justicia formar con total seguridad su convicción

sobre esa clase de error de que se viene hablando; y para ello será necesario lo siguiente: (a) que la pericia propuesta identifique de manera precisa y clara los concretos puntos de desacierto técnico que advierte en el dictamen del órgano calificador; y (b) que señale fuentes técnicas de reconocido prestigio en la materia de que se trate que, respecto de esos concretos puntos, hayan puesto de manifiesto que son mayoritariamente valorados en el ámbito científico como expresivos de un evidente e inequívoco error.

(STS 410/2018, de 14 de marzo, Sala 3ª, Secc. 4ª. Ponente Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo).

## I. ACTO ADMINISTRATIVO

Motivación: falta en el acto administrativo, motivo de estimación del recurso; pero entrando el recurrente en el fondo del asunto, también debe hacerlo la sala, y revisado el acto en cuanto al fondo, lo declara conforme a Derecho y desestima el recurso; costas procesales: la estimación del primer motivo de casación (aunque finalmente haya desestimación en cuanto al fondo) evidencia las dudas de Derecho y exime de condenar en costas.

### SEGUNDO.-

el contenido del mencionado informe y del acta de la Comisión de Evaluación no fueron comunicados a la entidad recurrente. Por otra parte, las propuestas de resolución (provisional y definitiva) y la propia resolución impugnada no ofrecen explicación alguna sobre la razón de ser de la cuantía de la ayuda que se otorga. Tampoco se menciona en la resolución -ni en las propuestas que la precedieron- la existencia del mencionado informe, ni se hace referencia en la resolución impugnada al acta de la Comisión de Evaluación, por lo que no cabe sostener que haya existido en este caso una motivación in aliunde, esto es, por remisión a informes o documentos obrantes en el expediente. Y, en fin, una vez dictada la resolución y recurrida ésta en reposición, tampoco consta que la recurrente tuviese acceso al contenido del “informe sobre el recurso de reposición” en el que se alude nuevamente al anterior informe y al acta de la Comisión de Evaluación. En definitiva, ha sido ya en el curso del proceso contencioso-administrativo cuando la recurrente ha tenido acceso, por primera vez, a esos informes y al acta de la Comisión de Evaluación en los que se sustenta la decisión adoptada por la Administración.

Por todo ello, no habiendo constancia de que durante la tramitación del procedimiento se hubiesen comunicado a la entidad solicitante las razones por las que se decidió cifrar la ayuda en la cantidad de 199.992€00 euros,

debe concluirse que la resolución administrativa impugnada en el proceso de instancia carece de la debida motivación, con vulneración del artículo 54.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, precepto éste que debe considerarse infringido por la sentencia al no haber apreciado la Sala de instancia el defecto de motivación de la resolución.

### TERCERO

Establecido así que la sentencia recurrida debe ser casada, si la recurrente se hubiese limitado a denunciar la falta de motivación del acto administrativo impugnado nuestro pronunciamiento habría de consistir en la estimación del recurso contencioso-administrativo y la anulación de la resolución impugnada, ordenando a la Administración que dictase nueva resolución debidamente motivada.

Pero sucede que, tanto en el proceso de instancia como ahora en casación, la recurrente no se limita a denunciar la falta de motivación del acto administrativo sino que, una vez concedora de los informes en los que se ha basado la Administración, la recurrente intenta rebatirlos y cuestiona el fondo de la decisión, para terminar formulando la pretensión de que se declare procedente la concesión de la ayuda solicitada por la cantidad total de 1.474.579,50 euros.

Ello significa que habremos de pronunciarnos sobre la controversia de fondo suscitada en el proceso de instancia; y al abordar esa tarea estaremos al mismo tiempo dando respuesta a las cuestiones suscitadas en el motivo de casación segundo, cuyo contenido ya quedó resumido en el antecedente tercero.

(...)

### SEXTO

Por las razones expuestas en los apartados anteriores debemos concluir, en primer lugar, que la sentencia recurrida debe ser casada, por acogimiento del motivo de casación primero. Y entrando entonces a resolver en los términos en que viene planteado el debate ( artículo 95.2.d/ de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa ), el recurso contencioso-administrativo debe ser desestimado.

(STS 1026/2018, de 18 de junio, Sala 3ª, Secc. 3ª. Ponente Eduardo Calvo Rojas).

## I. ACTO ADMINISTRATIVO

Motivación: falta de motivación de la aplicación del procedimiento preferente de expulsión en lugar del ordinario: mera irregularidad no invalidante, al no causar indefensión. Extranjería: régimen de los extranjeros en España: procedimientos de expulsión.

### QUINTO.-

(...) la cuestión a elucidar en esta sede consiste en determinar las consecuencias que en derecho cumple deducir a resultas de la existencia de un déficit en la motivación exteriorizada por el acuerdo de iniciación del procedimiento preferente, esto es, no se trata de terciar en la controversia sobre si hay o no riesgo de incomparecencia en el caso, sino que, dando por inconcusa la existencia de dicho riesgo, lo que hemos de determinar es si no se ha motivado la concurrencia de dicho supuesto suficientemente, o no se ha procedido a efectuar la motivación requerida legalmente de forma suficientemente precisa; y, sobre todo, las consecuencias que habría de deducir de la existencia del indicado “déficit” de motivación.

Pero, como no nos cansamos de repetir, partiendo de la concurrencia de uno de los supuestos de hecho legalmente previstos determinante de la iniciación del procedimiento por esta vía (en el caso de autos, riesgo de incomparecencia), y sin hacer supuesto ahora de esta cuestión.

Así las cosas, y siendo procedente entonces en todo caso el procedimiento preferente, hemos de coincidir con el criterio sustentado por la Sala de apelación.

Se trata, en efecto, el indicado defecto de motivación de una irregularidad no invalidante que no produce indefensión. Porque el recurrente ha podido defenderse y participar en todos los trámites dispuestos a su disposición en el marco de lo establecido para el procedimiento preferente, que era el de aplicación al caso, habida cuenta del riesgo de incomparecencia existente.

Por otra parte, no es que faltara en realidad la requerida motivación, de acuerdo con los términos de la sentencia impugnada ahora en casación, sino que el quicio de la cuestión lo sitúa la Sala de apelación, más limitadamente, en que era insuficiente la que se esgrimía.

Así las cosas, cumple concluir que no se resienten las garantías de los particulares en el ejercicio de los derechos de defensa, en supuestos como el de autos. Porque, al ser objetivos y reglados, y no más que tres los supuestos legales que permiten acudir al procedimiento preferente para la expulsión



de los extranjeros que pudieran encontrarse incursos en situación irregular, cabe deducir los términos en que se sitúa la controversia en cada caso, en función de las circunstancias concurrentes, para determinar si, primero, ha lugar a la tramitación del indicado procedimiento y para apreciar, después, si resulta o no procedente acordar la medida de la expulsión.

Ante la efectiva concurrencia de alguno de tales supuestos, pues, la existencia de una insuficiente motivación en el acuerdo de iniciación del procedimiento carece de trascendencia (virtualidad) invalidante. Así hemos de dar respuesta a la cuestión de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia que se plantea en el presente recurso; y así también hemos de venir ahora, por tanto, a acordar la desestimación el presente recurso.

(STS 1118/2018, de 2 de julio, Sala 3ª, Secc. 5ª. Ponente José Juan Suay Rincón).

## VI. CONTRATOS

Contratos administrativos y contratos privados: para que un contrato tenga la consideración de administrativo no basta que exista una finalidad pública, sino que es preciso que el objeto público del mismo sea el elemento esencial y principal del contrato: análisis del caso: concurrencia; jurisdicción civil: incompetencia para conocer de conflictos sobre ejecución de contratos administrativos; contrato de arrendamiento para explotación del servicio de aparcamiento del Centro Insular del Deporte: reclamación de rentas impagadas.

SEGUNDO.- (...) “al margen de interpretaciones amplias de la visión finalista del negocio - sentencia de 9 de octubre de 1987 -, la Jurisprudencia más reciente ha exigido otros elementos adicionales del contrato celebrado por las Administraciones Públicas para dotarle de una naturaleza administrativa. En términos de la antedicha Sentencia de 24 de enero de 2007, “La visión de la evolución que ha experimentado el concepto legal de los contratos administrativos pone de manifiesto la voluntad del legislador de aquilatar su ámbito, en función de la directa vinculación de su objeto con la satisfacción del interés público, al que están ordenadas las potestades administrativas, y que son las que revisten de “imperium” la actuación de la Administración y justifican las facultades - interpretativas y modificativas- de que disfruta en las relaciones contractuales. Así, se aprecia que se ha pasado del desenvolvimiento regular de un servicio público o de la presencia de características intrínsecas que hagan necesaria la especial tutela del interés público en la ejecución del contrato - artículos 112 del Texto refundido de las disposiciones en materia de régimen local, y 4 de la Ley de Contratos del

Estado -, a la vinculación al giro o tráfico específico de la Administración contratante, y a la directa o inmediata satisfacción de una finalidad pública de la específica competencia de aquélla, como elementos definitorios de la naturaleza administrativa del contrato que, si bien no son expresión por sí mismos de una reducción conceptual, sí permiten apreciar sin embargo un abandono de las posiciones basadas en un concepto amplio del servicio público, y así como de consideración de la vinculación a la satisfacción de un interés general, para atender al específico ámbito de actuación y de competencias de la Administración contratante y para exigir una más directa relación entre el objeto del contrato y el servicio o la finalidad pública”. Por tanto, no basta con que, en última instancia, exista una finalidad pública, sino que es preciso que el objeto público sea el elemento esencial y principal del contrato para su consideración como administrativo.”

3.- Si se aplica la anterior doctrina al contrato que se enjuicia, a partir de la interpretación del mismo, como interesa la parte recurrente, y como ha hecho la sala de lo contencioso Administrativo del Tribunal Superior de las Palmas de Gran Canaria, sin que contra la decisión de éste haya hecho ninguna objeción la parte recurrida, la conclusión ha de ser la estimación del motivo del recurso.

En contra de lo que sostiene la sentencia recurrida no estamos en presencia de un contrato de arrendamiento de un inmueble para prestar el arrendatario al público un servicio de aparcamiento, sino del arrendamiento de un servicio público de aparcamiento, en el que se recoge, dentro de la teoría de los actos separables, no solo lo relativo a los actos de preparación y adjudicación sino también lo relativo a sus efectos y extinción.

4.- Se colige la finalidad y naturaleza del contrato de lo siguiente:

(i) Al denominar el objeto del contrato, según la manifestación I y cláusula primera, lo que se cede en arrendamiento es “el servicio de aparcamiento del Centro Insular de Deportes de Gran Canaria...”, con las instalaciones que detalla, y no el arrendamiento de un inmueble que el arrendatario destinara a aparcamiento.

(ii) En caso de incumplimiento -efectos y ejecución del contrato- prevé la cláusula segunda que pasados tres días desde su vencimiento, la Corporación Insular queda expresamente autorizada para posesionarse del aparcamiento e instalaciones, “con o sin ausencia del arrendatario.” (iii) Son significativas de la finalidad que se prevé con el servicio que se arrienda las condiciones que se imponen para su prestación.

Se ha de prestar con regularidad y ha de mantener abierto y en funcionamiento durante un horario continuado de 24 horas, los 365 días del año (cláusula quinta d)).

Ha de contratar personal suficiente a su cargo para una diligente y rápida atención al servicio (cláusula quinta g)).

(iv) Para que la explotación de las plazas de aparcamiento del Centro Insular de Deportes no perjudique a este por gestionarlo un tercero, se prevé la reserva de treinta plazas de aparcamiento de las personas que designe el Instituto Insular de Deportes así como la concreción de las plazas (cláusula quinta h)).

(v) Precisamente por tratarse de un servicio no ordenado finalísticamente a un mero lucro de las partes, sino a facilitar aparcamiento a los ciudadanos de modo ordenado y solidario, se impone que no se arriende, de forma permanente, más del 25% del total de las plazas de aparcamiento (cláusula quinta i)).

(vi) Es sumamente relevante de lo que mantenemos que, al preverse las causas de extinción del contrato, se incluya la de “supresión del servicio” (cláusula séptima).

(vii) En abono de lo que mantenemos se prevé como causa de resolución el “abandono por la adjudicataria del servicio, entendiéndose por tal suspensión del mismo por plazo superior a cinco días, sin causa justificada a juicio de la Administración”.

Los efectos de la resolución, y dentro de la teoría de los actos separables resulta llamativo, serán, según el contrato, los previstos en el art. 113 del Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

5.- Por todo lo expuesto el motivo merece ser estimado, sin que quepa enjuiciar el resto de ambos recursos.

(STS 443/2018, de 12 de julio, Sala 1ª, Ponente Eduardo Baena Ruiz).

## IX. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO

Energía eléctrica: empresas de distribución: determinación del coeficiente libase para retribución: aplicación de metodología de cálculo declarada nula por sentencia firme: nulidad; responsabilidad patrimonial: indemnización por daños y

perjuicios procedente: cuantía: remisión en ejecución de sentencia al momento en que se fije un nuevo coeficiente base.

### TERCERO

.- En primer lugar, la demandante pide la anulación del valor del concepto libase fijado para Endesa Distribución Eléctrica, S.L. en el Anexo I de la Orden IET/980/2016. Y ello sobre la base de afirmar la demandante la invalidez del sistema establecido por el Anexo VII de la Orden IET/2660/2015 para el cálculo de las inversiones financiadas por terceros.

La pretensión anulatoria debe ser acogida pues, como las partes sin duda conocen, la sentencia de esta Sala de 25 de octubre de 2017 (RJ 2017, 5212) (recurso contencioso-administrativo nº 1379/2016) declaró la nulidad del inciso “y los otros activos” que figura al final del primer punto de la metodología de cálculo del coeficiente libase establecida en el Anexo VII de la Orden IET/2660/2015, estableciendo asimismo aquella sentencia que la Administración debía aprobar en el plazo de cuatro meses la regulación sustitutiva de la que ahora se declara nula.

Por tanto, debe anularse el valor del coeficiente libase establecido para Endesa Distribución Eléctrica, S.L. en el Anexo I de la Orden IET/980/2016, al haber sido fijado aplicando la metodología de cálculo establecida en el Anexo VII de la Orden IET/2660/2015, que en parte ha sido declarada nula por sentencia firme.

Como consecuencia de lo anterior, entendemos que la demandante habrá de ser indemnizada por los daños y perjuicios derivados de la aplicación del coeficiente base que le asigna la Orden IET/980/2016 y que ha sido fijado con arreglo a una metodología de cálculo que por sentencia firme ha sido en parte declarada nula. Pero el resarcimiento que se postula no puede ser acogido en los términos en que la pretensión indemnizatoria viene formulada en los apartados 1.b/ y 1.c/ del suplico de la demanda, pues si bien la parte actora, con el respaldo de la prueba pericial practicada, ha cuantificado los perjuicios derivados de la aplicación de la norma, no cabe atribuir a esa cuantificación un grado tal de acierto y fijeza que permita afirmar que es ese y no otro el importe de los daños y perjuicios soportados. Y dado que corresponde a la Administración decidir sobre el contenido que deba darse a la regulación que sustituya a la que se declaró nula por la sentencia de 25 de octubre de 2017 (artículo 71.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa), sólo cuando, en cumplimiento de esta sentencia, se establezca la nueva metodología de cálculo del coeficiente

base podrán cuantificarse los daños perjuicios derivados de la aplicación de aquélla otra que se declara nula. La cuantía indemnizatoria -que se fijará en ejecución de sentencia- vendrá determinada por la diferencia que resulte entre la aplicación de una y otra metodología.

(STS 309/2018, de 27 de febrero, Sala 3ª, Secc. 3ª. Ponente Eduardo Calvo Rojas). En análogo sentido, otros varios pronunciamientos durante el período.

## IX. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO

Autorizaciones y licencias: autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor (clase VTC): el desarrollo reglamentario del art.48.2 LOTT en la redacción conferida por la Ley 9/2013 tuvo lugar mediante RD 1057/2015, de 20 de noviembre, cuyas limitaciones no son aplicables a las solicitudes presentadas con anterioridad a su aprobación.

### SEGUNDO.-

(..) no cabe aceptar que los artículos 181.2 del Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres aprobado por Real Decreto 1211/1990 y 14.1 de la Orden FOM/36/2008, de 9 de enero, hayan renacido y vuelvan a ser de aplicación a raíz de la nueva redacción dada al artículo 48.2 LOTT, redactado por Ley 9/2013, de 4 de julio, pues las limitaciones y restricciones establecidas en tales preceptos reglamentarios no se ajustan a las pautas y criterios establecidos en las normas de rango legal a las que acabamos de referirnos, lo que, por lo demás, no debe extrañar habida cuenta que tanto Real Decreto 1211/1990 como la Orden FOM/36/2008 son anteriores en el tiempo a esas normas legales que deben ser tomadas en consideración para llevar a cabo el desarrollo reglamentario previsto en el artículo 48.2 LOTT redactado por Ley 9/2013.

El desarrollo reglamentario previsto en el artículo 48.2 de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres redactado por Ley 9/2013 se produjo finalmente, como sabemos, por Real Decreto 1057/2015, de 21 [sic] de noviembre. Pero no procede que entremos a examinar aquí el contenido de sus disposiciones ni su acomodo a las normas legales antes señaladas, pues es claro que el citado Reglamento no es aplicable *ratione temporis* al caso que nos ocupa.

Conforme a los razonamientos jurídicos expuestos, esta Sala, dando respuesta a la cuestión planteada en este recurso de casación, que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, declara que:

El artículo 48.2 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, en la redacción introducida por la Ley 9/2013, de 4 de julio, debe interpretarse en el sentido de que la aplicación de las limitaciones reglamentarias establecidas al ejercicio de la actividad de transporte de viajeros realizada en la modalidad de arrendamiento de vehículos con conductor se encuentra condicionada al desarrollo reglamentario ulterior, que ha sido objeto de adopción con la publicación del Real Decreto 1057/2015, de 20 de noviembre, por el que se modifica el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, aprobado por RD 1211/1990, de 28 de septiembre, en materia de arrendamiento de vehículos con conductor, para adaptarlo a la Ley 9/2013, de 4 de julio, y la Orden FOM/36/2008, de 9 de enero, 164), por la que se desarrolla la sección segunda del capítulo IV del título V, en materia de arrendamiento de vehículos con conductor, del Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, aprobado por RD 1211/1990, de 28 de septiembre.

(STS 786/2018, de 16 de mayo, Sala 3ª, Secc. 3ª. Magistrado ponente José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat).

### IX. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO

Procedimiento especial en defensa de la unidad de mercado: impugnación por la CNMC del RD 1057/2015, de 20 de noviembre, en relación con el arrendamiento de vehículos con conductor: razones imperiosas de interés general: existencia; principios de proporcionalidad y necesidad: concurrencia; conformidad con la Ley 20/2013, de Garantía de la Unidad del Mercado en cuanto a las restricciones cuantitativas (proporción 1/30 en el número de licencias VTC/taxis), y restricción territorial (exigencia de que el 80% de los servicios se desarrollen en el ámbito territorial de la comunidad autónoma donde está domiciliada la autorización); disconformidad con la LGUM de la exigencia de flota mínima de vehículos (siete vehículos): estimación parcial.

CUARTO.- Sobre los parámetros de la revisión de legalidad del Real Decreto 1057/2015.

(...) los recursos no se dirigen tanto a confrontar los preceptos impugnados con la Ley de la que son desarrollo, sino con las disposiciones de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado. Pues bien, no cabe duda de que dicho planteamiento ha de ser atendido tanto por razones de carácter general como por expresa disposición tanto de la Ley 9/2013, de reforma de la LOTT, como de los preceptos de la propia LGUM. (...)

## SEXTO

(...) c. Posición de la Sala. Esta Sala acepta en lo esencial el planteamiento de la Administración y considera que el presente recurso ha de resolverse a partir de las siguientes premisas:

- El servicio de taxis está concebido en la actualidad como una modalidad de transporte urbano mediante vehículos de turismo que constituye un servicio de interés público y respecto al que las administraciones responsables tratan de garantizar unos determinados niveles de calidad, seguridad y accesibilidad. En consecuencia, está sometido a una intensa regulación (que incluye la contingentación de licencias y el establecimiento de tarifas reguladas) destinada a asegurar dichas características.

- El mantenimiento de un servicio de transporte urbano semejante es un objetivo legítimo de los poderes públicos, cuyo aseguramiento puede considerarse una razón imperiosa de interés general que justifica medidas regulatorias respecto a servicios análogos en el mismo segmento del mercado, a pesar de que tales medidas afecten a la competencia y a la libertad de establecimiento, siempre que las concretas medidas adoptadas sean necesarias y proporcionadas.

- Por último, estando concebido y regulado el servicio de taxis de la manera antedicha y siendo así que el servicio de taxis y el de VTC constituyen dos formas de transporte urbano que hoy en día compiten directamente en el mismo mercado y que prestan un servicio semejante, el objetivo de mantener un equilibrio entre las dos modalidades de transporte urbano aparece como una forma de garantizar el mantenimiento del servicio de taxis como un servicio de interés general y, por tanto, amparado en la razón imperiosa de interés general de asegurar el modelo de transporte urbano antes señalado.

Tales premisas requieren fundamentar que la calificación de dicho objetivo como razón imperiosa de interés general no resulta contraria, no tanto directamente a la regulación comunitaria sobre transporte, dado que dicha materia de transportes queda fuera de la Directiva de Servicios, cuanto a las premisas de la LGUM, las cuales sí responden a la orientación de dicha Directiva.

(...) el referido objetivo de mantener un servicio de transporte urbano sometido a ciertas exigencias en beneficio del interés general puede sin duda considerarse comprendido de manera más o menos directa o intensa en varias de las razones enumeradas por dicho precepto, como la seguridad pública, la protección de los destinatarios de los servicios, la protección del

medio ambiente y el entorno urbano y los objetivos de la política social. Así, consideramos que el mantenimiento de un servicio de transporte urbano regulado con el sentido y finalidad dichos es, desde luego, un objetivo de política de transporte urbano de los poderes públicos con competencias en la materia que trata de garantizar de una manera más eficaz y efectiva la protección de los intereses y la seguridad de los destinatarios de los servicios y la protección del entorno urbano.

Rechazamos por tanto la concepción expresada por la CNMC de que el interés público en la materia está indefectiblemente ligado a la plena desregulación de ambas modalidades del servicio de transporte urbano para que compitan entre sí y que excluye cualquier tipo de control regulatorio destinado a asegurar el equilibrio entre ambos o el mantenimiento de un servicio de transporte urbano con vehículos de turismo sometido a determinadas exigencias de calidad y seguridad, como lo es hoy día la opción de los poderes públicos sobre el servicio de taxis. Creemos, por el contrario, que los poderes públicos pueden optar entre el modelo vigente de asegurar un servicio de taxi con dichas características (en cuyo caso tal opción puede admitirse como una razón imperiosa de interés general) o bien dejar el transporte urbano sometido exclusivamente a la libre competencia: la opción escogida constituye una decisión de política sobre el transporte urbano cuyo límite está configurado por la necesidad, proporcionalidad y carácter no discriminatorio de las medidas regulatorias impuestas (...)

**SÉPTIMO** .- Sobre las restricciones cuantitativas a las autorizaciones de vehículos con conductor (proporción 1/30 en el número de licencias VTC/taxis o regla de la proporcionalidad).

(...) Como se observa, el precepto reglamentario impugnado habilitaba al órgano competente de una comunidad autónoma o municipio a denegar autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor cuando en el correspondiente ámbito territorial existiesen limitaciones cuantitativas en la oferta de transporte público de viajeros de turismo, esto es, del servicio de taxis «a fin de mantener el adecuado equilibrio entre la oferta de ambas modalidades de transporte en su territorio».

A lo cual se añadían dos reglas:

- la presunción de que existe desequilibrio (lo que habilita automáticamente a la posibilidad de denegar nuevas autorizaciones) cuando la relación en la Comunidad Autónoma entre autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor y taxis sea superior a 1 de aquéllas por 30 taxis. O, dicho



de otra manera, si cada 30 taxis hay más de una autorización de VTC, se presume que existe desequilibrio entre ambas modalidades de transporte;

- la segunda regla es que el órgano competente para otorgar las autorizaciones (autonómico o municipal), puede modificar esa proporción en un sentido menos restrictivo, esto es, admitir más de 1 autorización VTC por cada 30 taxis

De acuerdo con lo dicho en el anterior fundamento de derecho, debemos examinar si esta limitación cuantitativa responde a los principios de necesidad y proporcionalidad contemplados en el artículo 5 LGUM; si su carácter respeta las prohibiciones estipuladas en el artículo 18.g) LGUM; y, finalmente, si se trata de una limitación discriminatoria.

En cuanto a lo primero, una vez admitida la justificación de preservar un equilibrio entre las dos modalidades de transporte urbano a fin de asegurar una modalidad como la del taxi, la previsión de una proporción entre el número de licencias es sin duda una medida idónea y proporcionada, sin que parezca fácil arbitrar una medida alternativa que pudiera ser menos restrictiva ni corresponda hacerlo a esta Sala.

Otra cosa es la consideración que pudiera recibir la proporción escogida (1/30), toda vez que la justificación que la Administración ha ofrecido ha sido exclusivamente la histórica, que fue la proporción acordada reglamentariamente en 1998 y también sin que entonces se explicitara ninguna justificación de tal cifra, que ha venido manteniéndose inalterada. (...) si tomamos en consideración las circunstancias descritas, esto es, que ninguna de las partes demandadas aporta criterios útiles para poder determinar una proporción ideal entre ambos tipos de transporte urbano, que tampoco los recurrentes desvirtúan que dicha proporción máxima pueda servir para mantener el objetivo de una relación equilibrada entre ambas modalidades de transporte y, finalmente, que se trata de un límite máximo que puede ser adaptado a las concretas circunstancias municipales por las comunidades autónomas o los ayuntamientos competentes, hemos de concluir que no se acredita la disconformidad a derecho de dicha proporción.

Por otra parte, y según lo que anticipamos en el fundamento anterior, tampoco es un requisito de naturaleza económica en el sentido de la Ley 17/2009. Sin duda es esta medida la que podría plantear más problemas si se entendiera como una ordenación del sector. Sin embargo, es una limitación a priori -aunque pueda ser adaptada por los órganos competentes en un sentido menos restrictivo- que no condiciona la concesión de las autorizaciones a la prueba o acreditación en cada momento de las circunstancias especificadas en el artículo 10.e) de la Ley 17/2009 a «la prueba» de una necesidad

económica o de una demanda en el mercado, a que «se evalúen» los efectos económicos o, en fin, a que «se aprecie» si la autorización se ajusta a objetivos de programación. La autorización ha de concederse preceptivamente sin ningún condicionamiento cuando se cumplen las condiciones legales y reglamentarias (art. 48.1 LOTT), condiciones que incluyen que no se supere la relación 1/30, pero no ningún tipo de decisión de política económica que responda a una posible planificación y objetivo económico.

Finalmente, tampoco puede afirmarse que el reparto pueda calificarse de discriminatorio una vez admitida la legitimidad de alcanzar un equilibrio entre las diversas modalidades en la prestación del servicio urbano de vehículos con conductor.

Sobre la prohibición de que los requisitos no deben suponer la intervención de competidores en la concesión de autorizaciones es evidente que nada tiene que ver con la limitación cuantitativa que examinamos.

Hemos de desestimar, por tanto, la impugnación de la regla de la proporcionalidad.

**OCTAVO** .- Sobre la restricción territorial 80/20 para los VTC (regla de la habitualidad).

La regla de la habitualidad, o exigencia de que el 80% de los servicios se desarrollen en el ámbito territorial de la comunidad autónoma donde está domiciliada la autorización no tiene una cobertura legal específica, aunque sí una genérica en el artículo 91 LOTT, además de la remisión genérica que la misma Ley efectúa al reglamento en el artículo 99.

La regla de la territorialidad es sometida a iguales críticas que las dirigidas contra la regla de la proporcionalidad, mientras que la memoria la justifica al igual que ésta en la necesaria garantía del equilibrio en la oferta del transporte urbano mediante vehículos. Admitida dicha finalidad como garantía de la razón imperiosa de interés general consistente en garantizar un determinado servicio de vehículos con conductor ajustado a ciertas características, debe aceptarse también como una justificación válida para las medidas concretas adoptadas en relación con los VTC. En particular, esta limitación tiene la finalidad de evitar que la utilización de autorizaciones de VTC en localidades de otras comunidades autónomas como una forma fraudulenta de incumplir la regla de la proporcionalidad.

Tiene razón la CNMC en su demanda respecto a la falta de justificación de la exacta proporción 80/20 más allá de la histórica, aunque tampoco ofrece razones por las cuales dicha proporción deba considerarse inadecuada.

Si se acepta que el objetivo es que las autorizaciones sean utilizadas de forma habitual en la comunidad autónoma de origen, no hay razones para considerar excesiva o abusiva la proporción por la que ha optado el reglamento impugnado

NOVENO .- Sobre la exigencia de una flota mínima de vehículos.

El Real Decreto impugnado ha exigido que las empresas dedicadas a la actividad de transporte urbano mediante VTC dispongan al menos de una flota de siete vehículos dedicados a esta actividad.

(...) la exigencia de una flota mínima de siete vehículos constituye una limitación a la actividad de VTC que excluye a pequeños empresarios del ejercicio de la misma y que carece, sin embargo, de una razón de interés general o de necesidad que la justifique. Resulta por tanto contraria a derecho y ha de ser anulada. Hemos de estimar por tanto el recurso en este punto y anular los dos primeros párrafos del apartado 2 del artículo 181 ROTT, en la redacción que le dio el Real Decreto impugnado en el apartado uno de su artículo único.

(STS 1913/2018, de 4 de junio, Sala 3ª, Secc. 3ª. Magistrado ponente Eduardo Espín Templado).

## IX. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO

Energía eléctrica: peajes de acceso y parámetros retributivos de energías renovables: devengo de intereses y metodología de contabilización de pérdidas según coeficientes horarios o punta/valle establecidos en la Orden IET/2735/2015: nulidad.

SEXTO.- Sobre las conclusiones del recurso.

De acuerdo con lo expuesto en los anteriores fundamentos de derecho, y tal y como se acordó en la sentencia de 4 de diciembre de 2017, a la que estrictamente nos ajustamos ahora, procede estimar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por GAS NATURAL SDG, S.A. contra la Orden IET/2735/2015, por la que se establecen los peajes de acceso de energía eléctrica para 2016, y anular los artículos 5 y 8 de la misma, en cuanto, respectivamente, determinan en relación con GAS NATURAL SDG, S.A. las cantidades previstas para satisfacer durante el ejercicio 2016 los derechos de cobro del sistema eléctrico derivados del déficit de 2013, y el importe de la penalización de reducción de pérdidas correspondiente a la retribución de la distribución del año 2015, asociada a los niveles de pérdidas de la red del año 2013. Y desestimar el recurso en lo demás.

Asimismo procede ordenar a la Administración que calcule de nuevo: 1) los intereses correspondientes a las cantidades aportadas por GAS NATURAL SDG, S.A. para la financiación del déficit de 2013, desde la fecha de su respectiva aportación, en la forma indicada en el fundamento de derecho tercero de la presente resolución cuando recoge el fundamento de derecho cuarto de la sentencia de 4 de diciembre de 2017 -; y 2) la diferencia entre las cantidades resultantes del incentivo o penalización para GAS NATURAL SDG, S.A. por reducción de pérdidas correspondiente a la retribución de la distribución del año 2015, asociada a los niveles de pérdidas de la red del año 2013, recogido en la Orden impugnada y las que resulten de la aplicación del criterio horario para el cálculo del incentivo o penalización allí donde disponga de tal información, según lo indicado en el fundamento de derecho quinto de esta sentencia -que recoge el fundamento de derecho quinto de la sentencia de 4 de diciembre de 2017-, reconociendo a la parte recurrente el derecho a cobrar las cantidades resultantes por dichos conceptos, con los intereses moratorios que correspondan, calculados en el primer caso desde la fecha de interposición del presente recurso, y en el segundo desde la fecha en que la recurrente efectuó el pago de la penalización por pérdidas del año 2013.

(STS 599/2018, de 13 de abril, Sala 3ª, Secc. 3ª. Magistrado ponente Ángel Arozamena Laso).

## IX. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO

Horarios comerciales: zonas de gran afluencia turística: una vez declaradas solo pueden revocarse cuando desaparezcan las circunstancias y a petición del Ayuntamiento; los supuestos para su declaración son de diversa naturaleza: en unos casos, automáticos, y en otros, requieren apreciación y justificación motivada; Cáceres: ciudad Patrimonio de la Humanidad: causa automática de declaración como zona de gran afluencia turística: estimación del recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento.

QUINTO.- Sobre la interpretación de interés casacional del artículo 5.4 de la Ley de Horarios Comerciales.

De conformidad con las razones expuestas en el anterior fundamento, el apartado 4 del artículo 5 de la Ley de Horarios Comerciales ha de interpretarse en el sentido de que la concurrencia de alguna de las circunstancias que se enumeran en las letras del apartado son suficientes por sí mismas para la declaración de zona de gran afluencia turística cuando lo solicite un ayuntamiento, según dispone el párrafo primero de dicho

apartado. Asimismo, el precepto debe entenderse en el sentido de que una vez efectuada la declaración de un municipio o parte del mismo como zona de gran afluencia turística, dicha declaración sólo puede ser revocada en caso de que tal circunstancia desaparezca o de que así lo solicite el Ayuntamiento.

Ha de tenerse en cuenta, además, que las circunstancias enumeradas en las letras comprendidas en el apartado son de diversa naturaleza, de forma que mientras que algunas se limitan a la constatación de un hecho incontrovertible (que una localidad haya sido declarada patrimonio de la humanidad), otras requieren la apreciación y justificación motivada de la concurrencia de determinadas circunstancias de hecho. Ahora bien, de concurrir estas circunstancias, la declaración de zona de gran afluencia turística es obligada en caso de solicitarlo el ayuntamiento correspondiente, tal como prevé el párrafo primero del apartado 4 del artículo 5.

(STS 1272/2018, de 17 de julio, Sala 3ª, Secc. 3ª. Magistrado ponente Eduardo Espín Templado).

En sentido similar, STS 1328/2018, de 19 de julio, Sala 3ª, Secc. 3ª. Magistrado ponente José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, sobre revocación de la declaración de zona de gran afluencia turística de Badajoz: estima el recurso de casación presentado por el Ayuntamiento al mantener esta localidad la circunstancia de área de influencia de zona fronteriza.

## X. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Infracciones continuadas y permanentes: diferenciación: tipo infractor de presentar en un concreto plazo un plan de adaptación al nuevo marco normativo: es infracción permanente, que perdura una vez superado el plazo y por la mera conducta omisiva, no requiriendo concurso de ilícitos; en tanto que la infracción continuada exige una pluralidad de acciones que infrinjan el mismo precepto y constituye concurso real de ilícitos.

### SEGUNDO.-

La Sala de instancia considera que en el caso que nos ocupa no cabe reiterar la sanción al amparo de lo previsto en el artículo 4.6 del Real Decreto 1398/1993, pues, a su entender, la conducta que consiste en prolongar en el tiempo la falta de plan de adaptación no encaja ya en el tipo de la infracción. La sentencia recurrida lo explica así:

«[...] la lectura de la disposición transitoria única analizada revela que el apartado 5 sanciona “el incumplimiento de la obligación de adaptación en

la forma y plazos establecidos”, de manera que el tipo infractor se integra por un elemento material, consistente en la falta de presentación del plan de adaptación arreglado a las exigencias del propio apartado 1 de la DTU, y por un elemento temporal referido al plazo de un año previsto en el mismo apartado 1. Más allá de este término de un año, el incumplimiento de la obligación de presentar el plan de adaptación resulta antijurídico pero no típico, de manera que la Administración podrá hacer uso de sus potestades para lograr que los sujetos obligados por la norma cumplan las obligaciones que la ley les impone, pero carece de cobertura legal la imposición de una segunda sanción porque el tipo infractor, tal como aparece redactado, no es susceptible de integrar una infracción permanente al haber acotado la ley el incumplimiento que se sanciona en él por un límite temporal de un año».

No podemos compartir esa interpretación que hace la sentencia recurrida que conduce, por lo demás, a un resultado que nos parece inasumible como sería que, una vez impuesta una primera sanción por no haberse presentado el plan de adaptación en el plazo de un año señalado en la norma, las entidades titulares de la instalación podrían persistir en su incumplimiento de manera indefinida, sin temor ya a recibir ningún otro reproche sancionador.

Frente a esa interpretación de la Sala de instancia, entendemos acertado el planteamiento de la Administración recurrente, que, utilizando la formulación del propio Abogado del Estado, se resume así: el tipo de la infracción no es no adaptarse en plazo sino no adaptarse; de manera que el transcurso del plazo sin adaptarse constituye una infracción grave y mantenerse en esa situación sigue constituyendo infracción grave que puede ser sancionada de nuevo siempre que se respete lo dispuesto en el artículo 4.6 del Real Decreto 1398/1993.

El tipo infractor es la obligación de adaptarse a dicha normativa, para lo que se otorga un plazo superado el mismo se comete la infracción, pero dicho incumplimiento y la consiguiente obligación de adaptarse permanece en el tiempo hasta tanto dicha adaptación se produzca, pues se trata de una infracción permanente. A diferencia de la infracción continuada que exige pluralidad de acciones que infrinjan el mismo precepto, y por ello constituye un concurso real de ilícitos, la infracción permanente no requiere un concurso de ilícitos, sino una única acción de carácter duradero, cuyo contenido antijurídico se prolongue a lo largo del tiempo, en tanto el sujeto activo no decida cesar en la ejecución de su conducta. STS, de 4 de noviembre de 2013 (rec. 251/2011). Como acertadamente señala el Abogado del Estado, si la persistencia en el incumplimiento no pudiera ser sancionada se estaría

premiando la impunidad, pues el cumplimiento de la obligación dependería de la ponderación entre el coste del cumplimiento y el importe de la multa, y una vez impuesta la sanción el cumplimiento de la obligación solo dependería de la voluntad del infractor sin posibilidad de ser sancionado por ello.

(STS 724/2018, de 3 de mayo, Sala 3ª, Secc. 3ª. Magistrado ponente Diego Córdoba Castroverde).

## XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES

Extranjería: doctrina sobre art.74.2 Ley Orgánica de Extranjería: expulsión de extranjeros como consecuencia de condena penal: sólo procede cuando la condena sea de privación de libertad superior a un año.

### NOVENO

De acuerdo, pues, con todo lo expuesto, rechazamos la interpretación realizada por la Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad valenciana, y, modulamos la interpretación que mantiene el Juzgado de lo Contencioso administrativo nº 4 de los de Alicante, considerando como interpretación más acertada del artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEX) ---y, en concreto, su inciso “delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año”--- la que señala que debe ser interpretado en el sentido de que el precepto se refiere a la pena prevista en abstracto en el Código Penal para el delito correspondiente, si bien, sólo en aquellos supuestos en los que la totalidad de la pena establecida en el Código Penal sea “una pena privativa de libertad superior a un año”, esto es, excluyendo aquellos delitos en los que, con independencia de máximo previsto para la pena de privación de libertad, el mínimo, igualmente previsto, es de un año o menos.

Esta, pues, es la doctrina que resulta procedente establecer, como doctrina jurisprudencial, y que es reiteración de la ya establecida en la reciente STS 893/2018, de 31 de mayo.

(STS 962/2018, de 11 de junio, Sala 3ª, Secc. 5ª. Magistrado ponente Rafael Fernández Valverde).

## XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES

Extranjería: permiso de residencia de larga duración: la sola existencia de algún antecedente penal determina sin más la denegación de la solicitud.

### NOVENO.-

(...) para los supuestos de expulsión de residentes de larga duración, sí resulta exigible valorar una serie de circunstancias, valoración que no aparece expresamente recogida en el caso de la concesión de la autorización.

En definitiva, de acuerdo con el tenor literal de la Ley y con los razonamientos de la citada sentencia, para el caso de la expulsión de los residentes de larga duración, ha de mantenerse la tesis contraria a hacer derivar de los meros antecedentes penales consecuencias dotadas de automatismo, siendo pertinente una valoración del resto de las circunstancias concurrentes, sin embargo tal valoración no alcanza a aquellos extranjeros que tratan de lograr su condición de residentes de larga duración, resultando proporcionado un mayor rigor en las exigencias y requisitos necesarios para obtener tal condición que para la expulsión del extranjero que ya ostentaba la misma.

### DÉCIMO.-

Con base en los anteriores razonamientos debemos proceder a dar respuesta a la cuestión que presentaba interés casacional objetivo concretada en: «si conforme al régimen jurídico que resulta de aplicación, la sola existencia de algún antecedente penal determina sin más la denegación de la solicitud de autorización de larga duración o si, por el contrario, procede considerar y ponderar las circunstancias concurrentes en la persona del extranjero concernido, a los efectos de concluir en su caso que no constituye una amenaza suficientemente grave y de otorgar en su consecuencia la indicada autorización», declarando que la sola existencia de algún antecedente penal determina sin más la denegación de la solicitud de autorización de larga duración.

(STS 1150/2018, de 5 de julio, Sala 3ª, Secc. 5ª. Magistrado ponente César Tolosa Tribiño).

## XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES

Decisiones de la Unión Europea: imposición de obligaciones directas a los Estados: viabilidad de control por los tribunales internos sin necesidad de plantear cuestión prejudicial; Extranjería: obligaciones de España de reubicación de refugiados: incumplimiento, condena de cumplimiento.



SÉPTIMO: A partir de los anteriores razonamientos debemos concluir que, dada la eficacia directa de las Decisiones objeto de la presente controversia, resulta posible que el control de su cumplimiento pueda realizarse por los tribunales nacionales, atendiendo a la acción ejercitada por personas o entidades legitimadas, posibilidad que no contradice los poderes y competencias de la Comisión para plantear, si lo considera oportuno y de forma potestativa, un procedimiento por incumplimiento frente al Estado miembro (...)

DECIMOCTAVO: Como ya hemos dejado señalado, la pretensión ejercitada consiste en que se «declare que la desestimación del mencionado requerimiento es contraria a derecho, la anule, y declare que el Gobierno de España ha incumplido las obligaciones periódicas establecidas en las mencionadas Decisiones; que le ordene al Gobierno de España que las cumpla inmediatamente y con carácter urgente; y, concretamente, y al amparo de lo dispuesto en el art. 71 de la LJCA, que le ordene que ofrezca de forma inmediata a Grecia e Italia las plazas de reubicación derivadas de las decisiones que todavía no se hayan ofertado y a reubicar efectivamente los solicitantes de asilo correspondientes, lo que se traduce en 10.586 plazas a favor de Grecia y 5.738 a favor de Italia».

La complejidad del proceso de reubicación, la necesidad de cooperación de Grecia e Italia y las medidas a adoptar por las instituciones europeas imponen, a juicio de la Sala, que la declaración de incumplimiento parcial de las obligaciones periódicas de las decisiones conlleve la condena el Estado español a continuar la tramitación en los términos previstos en las Decisiones y, de conformidad con los acuerdos, que en lo sucesivo adopten las Instituciones comunitarias.

(STS 1168/2018, de 9 de julio, Sala 3ª, Secc. 5ª. Magistrado ponente César Tolosa Tribiño).

### XIII. FUENTES

Procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general: Orden IET/618/2014: el Estado debe articular la participación de las Comunidades Autónomas en la elaboración de normas que afectan al reparto competencial: nulidad procedente; Industria: apoyo financiero a la inversión industrial: reparto competencial: extralimitación del Estado: nulidad procedente.

CUARTO.- Proyección de la doctrina constitucional sobre la delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas al caso ahora examinado.

I. La Orden impugnada tiene por objeto el establecimiento de las bases para la concesión de apoyo financiero a la inversión industrial en el marco de la política pública de reindustrialización y fomento de la competitividad industrial, por lo que la materia “industria” está afectada directamente por las subvenciones controvertidas en este litigio.

II. El análisis de la estructura y contenido de la Orden permite colegir que el Capítulo I de ésta (“ Disposiciones generales “) incorpora en los artículos 1 a 12 la regulación básica para el otorgamiento de las subvenciones.

Examinando esta regulación básica a la luz de la referida doctrina constitucional y, teniendo en cuenta que nos encontramos ante el segundo de los supuestos a que se refiere la STC 13/1992 y no ante el cuarto (como precisaremos más adelante), no advertimos que el Estado se haya extralimitado en el ejercicio de las competencias que tiene constitucionalmente atribuidas pues, en esencia, mediante dicha regulación aquél ha concretado la potestad que ostenta para decidir sobre la asignación de parte de sus fondos presupuestarios (en este caso a la materia de industria) y para regular los aspectos centrales del régimen subvencional.

III. Sin embargo, no ocurre lo mismo con el Capítulo II (“ Procedimiento de gestión “) y, más concretamente, con los artículos 13 a 27 (ambos incluidos), en cuanto éstos configuran un procedimiento de gestión de las subvenciones que elimina completamente el necesario e ineludible margen de actuación de la Comunidad Autónoma de Cataluña en una materia -como es la de industria- que es de su exclusiva competencia.

En consecuencia, conforme a la doctrina constitucional antes referida, cabe apreciar que el Estado ha incurrido en extralimitación de las competencias que tiene constitucionalmente reconocidas. (...)

QUINTO.- Sobre la falta de participación de la Comunidad Autónoma de Cataluña en el procedimiento de elaboración de la Orden.

I. Alega también la Generalidad de Cataluña en su demanda que, en la tramitación de la elaboración de la Orden impugnada se ha vulnerado la preceptiva participación de la Comunidad de Cataluña (...).

III. A la vista de los términos en que se plantea la cuestión, este motivo de impugnación también debe ser acogido.

(...) la cuestión aquí controvertida no es si la Comunidad Autónoma de Cataluña debe ser oída en el trámite de información pública por entenderse que representa a los ciudadanos de Cataluña frente al Estado; lo que debemos resolver es si la Comunidad Autónoma de Cataluña tenía derecho a que el Estado le diera participación en el trámite de elaboración de la Orden por proyectar ésta sus efectos sobre la materia de industria, que legalmente está asignada a la competencia exclusiva de aquélla.

Al respecto, debemos tener en cuenta que el artículo 24.3 de la Ley del Gobierno (en la redacción entonces vigente) establecía: “Será necesario informe previo del Ministerio de Administraciones Públicas cuando la norma reglamentaria pudiera afectar a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas”.

Pues bien, a ese Informe, que fue emitido por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en fecha 17 de marzo de 2014, se adjuntó el emitido el 5 de marzo de 2014 por la Dirección General de Coordinación de Competencias del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, en el que se hizo constar:

“c) Análisis de la participación autonómica en la elaboración del proyecto. No consta, en la documentación que acompaña al proyecto examinado, que se haya dado participación a las Comunidades Autónomas en su tramitación”.

Partiendo de esta realidad, que ha quedado debidamente acreditada, no podemos aceptar el planteamiento de la Abogacía del Estado, que trata de desplazar hacia la Comunidad Autónoma recurrente la carga de probar que hizo valer su derecho a participar en la tramitación de la Orden a través de la Conferencia Sectorial correspondiente. Es al Estado a quien correspondía acreditar que proporcionó a la Comunidad Autónoma la posibilidad de participar en la elaboración de una Orden que, pese a dictarse por el Estado en ejercicio de la competencia atribuida por el artículo 149.1.13<sup>a</sup>, incidía directamente en una materia de la exclusiva competencia de la Comunidad Autónoma (y ello con independencia de si la gestión de las subvenciones debía hacerse, o no, en forma centralizada por el Estado).

Y, en este sentido, es claro que el EAC prevé en su Título V (al que se remite el artículo 152 de dicho texto) mecanismos de colaboración y cooperación suficientes entre el Estado y la Comunidad Autónoma de Cataluña (singularmente, el establecido en el artículo 183, la Comisión Bilateral) para poder conciliar y articular debidamente las competencias estatal y autonómica concurrentes.

Por tanto, en la medida en que el Estado no ha dado cumplimiento a las previsiones incluidas en los mencionados preceptos del EAC y ha excluido la participación de la Comunidad Autónoma recurrente en el procedimiento de elaboración de la Orden, puede afirmarse que ha incurrido en la causa de nulidad de pleno derecho prevista en el artículo 62.2 de la Ley 30/1992 .

(STS 873/2018, de 28 de mayo, Sala 3ª, Secc. 3ª. Ponente Fernando Román García).

### XIII. FUENTES

Disposiciones administrativas generales: procedimiento de elaboración: Orden General 10/2015, de 28 de diciembre, de la Dirección General de la Guardia Civil, sobre desarrollo de los derechos de las asociaciones profesionales de Guardias Civiles: es reglamento ejecutivo de la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, por lo que no puede llevarse a cabo mediante Orden sino con forma de Real Decreto: exigencia de Dictamen de Consejo de Estado: inexistencia: nulidad de la Orden.

DECIMOSEXTO.- En consecuencia atendiendo a lo razonado y a los efectos del artículo 93.1 de la LJCA procede responder a las cuestiones suscitadas en el auto de admisión en los siguientes términos:

1.º El contenido de la Orden General 10/2015 se identifica con el desarrollo reglamentario de la Ley Orgánica 11/2015, al dictarse en desarrollo de los preceptos relacionados en el artículo 1 de la citada ley orgánica, luego una orden general no puede emplearse como instrumento para el desarrollo normativo de la citada ley orgánica.

2.º Por razón de su contenido normativo de ejecución y desarrollo de la Ley Orgánica 11/2007, tal reglamentación debe efectuarse mediante una norma aprobada mediante real decreto del Consejo de Ministros, previo dictamen del Consejo de Estado, siguiendo las reglas del Título V de la Ley del Gobierno.

(STS 1161/2018, de 9 de julio, Sala 3ª, Secc.4ª, Ponente: José Luis Requero Ibáñez).

### XIV. HACIENDA PÚBLICA

Tributos: impuesto sobre ventas minoristas de determinados hidrocarburos (céntimo sanitario): derecho del sujeto pasivo de un tributo nacional contrario al Derecho de la Unión Europea a obtener devolución de las cuotas que ingresó pero fueron satisfechas por un consumidor final que no interesó la devolución: inexistencia.

PRIMERO. Objeto del presente recurso de casación.

El objeto de esta sentencia consiste en determinar si la pronunciada por la Sala de este orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, impugnada en casación por el abogado del Estado, es o no conforme a Derecho, para lo cual resulta forzoso recordar que la mencionada sentencia reconoce, en contra del criterio de la Administración, el derecho del sujeto pasivo de un tributo nacional contrario al Derecho de la Unión Europea (el Impuesto sobre Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos) a obtener la devolución de las cuotas que ingresó en el Tesoro Público y que satisfizo -a través del sistema de la repercusión- un consumidor final del hidrocarburo que no interesó la devolución de aquellas sumas. (...)

TERCERO.- La devolución de ingresos indebidos en los casos en que la normativa del impuesto (indirecto) impone al sujeto pasivo la repercusión

(...) ese tributo ilegal era un impuesto indirecto que recaía directamente sobre el consumidor y que gravaba en una única fase las ventas minoristas de determinados hidrocarburos, siendo así que el sujeto pasivo (por lo que hace al caso, el vendedor del producto al consumidor final) tenía la obligación de ingresar en el Tesoro la cuota que había repercutido sobre el consumidor final que era, en puridad, el que soportaba la carga correspondiente.

Resulta obligado distinguir en estos casos, a nuestro juicio, entre los obligados al pago que soportan la carga tributaria derivada del hecho imponible y aquellos otros que no se encuentran en tal situación, por liberarse por vía de la repercusión. Y resulta forzoso concluir que, en el caso, el que soporta en su patrimonio el tributo (ilegal) es el consumidor, repercutido por un sujeto pasivo que se ha visto liberado -por esa repercusión- de la carga fiscal.

Dicho de otro modo, no ha habido impacto alguno del gravamen fiscal en el patrimonio del repercutidor pues, en realidad, éste no ha sido más que una correa de transmisión entre quien efectivamente pagó/soportó el Impuesto sobre Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos y la Hacienda Pública que, formalmente, tenía entonces derecho a la exacción de aquel tributo.

Si ello es así, debemos anticipar que no entendemos que el sujeto pasivo (repercutidor) tenga derecho a obtener la devolución de las cuotas del impuesto ilegal que ingresó. Y ello por una razón esencial: porque no ha soportado la carga tributaria correspondiente, ni se ha visto afectado su patrimonio como consecuencia del gravamen que ingresó.

Y aunque resulta muy interesante la discusión dogmática sobre si, a tenor del artículo 14 de continua cita, cabría distinguir entre un derecho a solicitar y un derecho a obtener (la devolución, en ambos casos), entendemos que tal polémica prescinde de la verdadera naturaleza y significación de la solicitud que se ejercitó ante la Administración: una entidad que ingresó un tributo ilegal en el Tesoro Público sin que tal ingreso supusiera merma alguna en su patrimonio (porque lo repercutió a un tercero, consumidor final) interesa que le devuelvan una suma (coincidente con aquel ingreso) que, en realidad, nunca pagó (porque quien lo hizo fue un tercero que no ha podido o no ha querido solicitar la devolución).

(STS 217/2018, de 13 de febrero, Sala 3ª, Secc. 2ª. Ponente Jesús Cudero Blas).

---

#### XIV. HACIENDA PÚBLICA

Tributos: impuesto sobre transmisiones patrimoniales: método de comprobación del valor real de los bienes: fijación de doctrina.

SEXTO.- Contenido interpretativo de esta sentencia.

Con arreglo a lo que establece el artículo 93.1 LJCA, procede, en función de todo lo razonado precedentemente, responder a las cuestiones suscitadas en el auto de admisión.

A. La primera cuestión consiste en “determinar si la aplicación de un método de comprobación del valor real de transmisión de un inmueble urbano consistente en aplicar de un coeficiente multiplicador sobre el valor catastral asignado al mismo, para comprobar el valor declarado a efectos del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, permite a la Administración tributaria invertir la carga de la prueba, obligando al interesado a probar que el valor comprobado obtenido no se corresponde con el valor real”.

La respuesta a esa primera pregunta exige que trascendamos de los literales términos en que ha sido formulada, lo que resulta imprescindible para satisfacer el propósito legal de formar jurisprudencia sobre la aplicación del método legal de comprobación del artículo 57.1.b) LGT, consistente en la estimación por referencia a los valores que figuren en los registros oficiales de carácter fiscal, aquí los que figuran en el Catastro Inmobiliario. A tal efecto, la respuesta es la siguiente:

1) El método de comprobación consistente en la estimación por referencia a valores catastrales, multiplicados por índices o coeficientes (artículo 57.1.b) LGT) no es idóneo, por su generalidad y falta de relación con el bien concreto de cuya estimación se trata, para la valoración de bienes inmuebles en aquellos impuestos en que la base imponible viene determinada legalmente por su valor real, salvo que tal método se complemente con la realización de una actividad estrictamente comprobadora directamente relacionada con el inmueble singular que se someta a avalúo.

2) La aplicación del método de comprobación establecido en el artículo 57.1.b) LGT no dota a la Administración de una presunción reforzada de veracidad y acierto de los valores incluidos en los coeficientes, figuren en disposiciones generales o no.

3) La aplicación de tal método para rectificar el valor declarado por el contribuyente exige que la Administración exprese motivadamente las razones por las que, a su juicio, tal valor declarado no se corresponde con el valor real, sin que baste para justificar el inicio de la comprobación la mera discordancia con los valores o coeficientes generales publicados por los que se multiplica el valor catastral.

4) El interesado no está legalmente obligado a acreditar que el valor que figura en la declaración o autoliquidación del impuesto coincide con el valor real, siendo la Administración la que debe probar esa falta de coincidencia.

B. La segunda cuestión se formula así: “determinar si, en caso de no estar conforme, el interesado puede utilizar cualquier medio de prueba admitido en Derecho o resulta obligado a promover una tasación pericial contradictoria para desvirtuar el valor real comprobado por la Administración tributaria a través del expresado método, habida cuenta de que es el medio específicamente regulado para cuestionar el valor comprobado por la Administración tributaria en caso de discrepancia”.

En armonía con una reiterada y constante jurisprudencia de este Tribunal Supremo, la respuesta a tal pregunta debe ser la siguiente:

1) La tasación pericial contradictoria no es una carga del interesado para desvirtuar las conclusiones del acto de liquidación en que se aplican los mencionados coeficientes sobre el valor catastral, sino que su utilización es meramente potestativa.

2) Para oponerse a la valoración del bien derivada de la comprobación de la Administración basada en el medio consistente en los valores catastrales multiplicados por índices o coeficientes, el interesado puede valerse de

cualquier medio admisible en derecho, debiendo tenerse en cuenta lo respondido en la pregunta anterior sobre la carga de la prueba.

3) En el seno del proceso judicial contra el acto de valoración o contra la liquidación derivada de aquél el interesado puede valerse de cualesquiera medios de prueba admisibles en Derecho, hayan sido o no propuestos o practicados en la obligatoria vía impugnatoria previa.

4) La decisión del Tribunal de instancia que considera que el valor declarado por el interesado se ajusta al valor real, o lo hace en mayor medida que el establecido por la Administración, constituye una cuestión de apreciación probatoria que no puede ser revisada en el recurso de casación.

C. Finalmente, consideramos que la respuesta a la tercera pregunta, consistente en “determinar si puede ser considerado como precio medio de mercado del inmueble urbano transmitido, que refleja su valor real, el precio satisfecho por el adquirente en una situación puntual y excepcional en el mercado local” , resulta innecesaria, no sólo porque esa valoración se sitúa igualmente en el terreno de la valoración probatoria, sino porque, además, debe entenderse ya contestada en las respuestas a las preguntas anteriores.

(STS 942/2018, de 5 de junio, Sala 3ª, Secc. 2ª. Ponente Jesús Cudero Blas).

#### XIV. HACIENDA PÚBLICA

Tributos: Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana («IIVTNU»): alcance de la inconstitucionalidad declarada en la STC 59/2017: para la liquidación del impuesto cabe probar el valor real y la consiguiente inexistencia de plusvalía.

SÉPTIMO.- Criterios interpretativos sobre los artículos 107.1, 107.2 a) y 110.4, todos ellos del TRLHL, a la luz de la STC 59/2017.

Conforme a lo hasta aquí expuesto, y según ordena el artículo 93.1 LJCA, procede fijar la siguiente interpretación de los preceptos legales concernidos en este litigio:

1º) Los artículos 107.1 y 107.2 a) del TRLHL, a tenor de la interpretación que hemos hecho del fallo y del fundamento jurídico 5 de la STC 59/2017, adolecen solo de una inconstitucionalidad y nulidad parcial. En este sentido, son constitucionales y resultan, pues, plenamente aplicables, en todos aquellos supuestos en los que el obligado tributario no ha logrado acreditar, por cualquiera de los medios que hemos expresado en el fundamento de



derecho Quinto, que la transmisión de la propiedad de los terrenos por cualquier título (o la constitución o transmisión de cualquier derecho real de goce, limitativo del dominio, sobre los referidos terrenos), no ha puesto de manifiesto un incremento de su valor o, lo que es igual, una capacidad económica susceptible de ser gravada con fundamento en el artículo 31.1 CE.

2º) El artículo 110.4 del TRLHL, sin embargo, es inconstitucional y nulo en todo caso (inconstitucionalidad total) porque, como señala la STC 59/2017, «no permite acreditar un resultado diferente al resultante de la aplicación de las reglas de valoración que contiene», o, dicho de otro modo, porque «imp[ide] a los sujetos pasivos que puedan acreditar la existencia de una situación inexpressiva de capacidad económica ( SSTC 26/2017, FJ 7, y 37/2017, FJ 5)». Esa nulidad total de dicho precepto, precisamente, es la que posibilita que los obligados tributarios puedan probar, desde la STC 59/2017, la inexistencia de un aumento del valor del terreno ante la Administración municipal o, en su caso, ante el órgano judicial, y, en caso contrario, es la que habilita la plena aplicación de los artículos 107.1 y 107.2 a) del TRLHL.

(STS 1163/2018, de 9 de julio, Sala 3ª, Secc. 2ª. Ponente Ángel Agualló Avilés).

## XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Carácter revisor y carácter preclusivo de la vía administrativa previa: apreciación por la sentencia impugnada de motivos de nulidad que no habían sido invocados por la recurrente en vía administrativa y en su demanda: incongruencia: estimación del recurso

CUARTO .-La revisión de actos tributarios nulos de pleno Derecho y las facultades del órgano jurisdiccional de revisión

(...) 6. La Sra. Palmira pidió la nulidad de su liquidación tributaria porque en el recurso de reposición entablado por su hermano contra la suya no fue oída, circunstancia que, en su criterio, la hacía (a su liquidación) incurso en la causa de nulidad del artículo 217.1.e) LGT : haberse adoptado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. Sin embargo, la Sala de instancia, después de rechazar que concurriera tal razón para declarar la nulidad de la liquidación, atendiendo a unos datos de hecho diferentes (la circunstancia de que por la adquisición hereditaria a partes iguales del mismo bien soportaran cuotas tributarias distintas) y sin plantear la tesis, resolvió que la liquidación girada a la misma era nula de pleno Derecho por incurrir en vulneración del derecho fundamental a la igualdad en la aplicación de la ley, causa contemplada en el artículo 217.1.a) LJCA .

7. Al proceder de tal modo, la Sala de instancia ha hecho caso omiso del talante estricto con el que han de ser abordados las causas de nulidad de pleno Derecho de los actos tributarios y el procedimiento de revisión de los actos firmes que padecen una de esas tachas, además de desconocer la configuración de la jurisdicción contencioso-administrativa, que impide resolver sobre pretensiones distintas de las suscitadas en la vía administrativa con fundamento en un sustrato fáctico diferente del esgrimido por la interesada en esa vía y en su demanda. En definitiva, la sentencia impugnada ha incurrido en una incongruencia por exceso al interpretar y aplicar al caso enjuiciado lo dispuesto en el artículo 217 LGT.

SEXTO .- Contenido interpretativo de esta sentencia

Conforme lo hasta aquí expuesto y según ordena el artículo 93.1 LJCA, procede declarar que, interpretando los artículos 217 LGT y 33 LJCA, ante una situación como la de este litigio, en la vía contencioso-administrativa y al revisar la declaración de nulidad de pleno Derecho de actos firmes en materia tributaria, el órgano jurisdiccional no puede declarar esa nulidad por razones distintas a las invocadas en la vía administrativa y en la demanda, haciéndolo con sustento en un sustrato fáctico diferente.

(STS 251/2018, de 19 de febrero, Sala 3ª, Secc. 2ª. Ponente Joaquín Huelin Martínez de Velasco).

## XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Consejo General del Poder Judicial: actividad inspectora: orden a un juzgado de señalar juicios de los procedimientos abreviados al menos un día a la semana: potestad exclusiva de los titulares de los órganos jurisdiccionales unipersonales y de los Presidentes de Sala o Sección: anulación procedente.

SÉPTIMO

En materia de señalamientos, esto es lo que se deduce, sin ningún género de dudas, de la regulación contenida en el artículo 182 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (redactado conforme a la Ley 13/2009, de 3 de noviembre), de aplicación supletoria en el proceso contencioso-administrativo ( artículo 78.3, párrafo segundo y Disposición Final 1ª de la Ley Jurisdiccional 29/98 (...)

Esta regulación es muy clara al atribuir a los titulares de los órganos jurisdiccionales unipersonales y a los Presidentes de Sala o de Sección de los Tribunales colegiados, la potestad de fijar los criterios generales conforme

a los que han de realizarse los señalamientos, hasta el punto de que el concreto señalamiento que no se ajuste a ellos debe ser rechazado por el Juez o Presidente, quien decidirá en definitiva. Y esta atribución al Juez o Presidente de la potestad de fijar los criterios generales y dar las instrucciones concretas y específicas para la práctica de los señalamientos (entre los cuales puede incluirse sin duda la agenda de los mismos), excluye del todo la posibilidad de que el CGPJ fije la periodicidad de los señalamientos, lo que infringiría notoriamente el citado artículo 182 de la L.E.Civil, y, por derivación, el artículo 117.3 de la CE que reserva la actividad de “juzgar y hacer ejecutar lo juzgado” (con el alcance dicho) a los Jueces y Magistrados que conforman el Poder Judicial del Estado.

No quiere decirse con esto que la Inspección carezca de margen de actuación ante una eventual insuficiencia en la actividad jurisdiccional del órgano inspeccionado. Si así lo constata puede reflejarlo en el acta que se extienda, y puede hacer sugerencias sobre posibles vías para corregir las distorsiones apreciadas. Puede también disponer una actividad de seguimiento para verificar si el titular del órgano judicial enmienda la situación detectada de forma adecuada. Puede incluso promover por los cauces pertinentes la indagación de eventuales responsabilidades disciplinarias o de otro orden ante un incumplimiento o desatención punible. Lo que no puede es impartir órdenes al órgano judicial inspeccionado sobre cuántos señalamientos ha de hacer o con qué periodicidad, porque esa es cuestión que sólo atañe al titular del Juzgado. Corresponde, en efecto, a este último acordar, impulsar y llevar a cabo las iniciativas que procedan para corregir las insuficiencias que la Inspección haya detectado (bien las medidas sugeridas por la Inspección, bien las de otro orden que considere más adecuadas para el logro del fin pretendido), y si no lo hace tendrá que asumir las responsabilidades que de su inactividad o falta de diligencia puedan derivar, pero, cabe insistir en ello, el Juez, situado en la tesitura de fijar la agenda de señalamientos de su órgano jurisdiccional, no puede quedar bajo una suerte de dirección jerárquica de la Inspección. Corresponde a la potestad y también a la responsabilidad personal de cada Juez fijar esa agenda para cumplir un ritmo de trabajo que pueda considerarse aceptable.

(STS 136/2018, de 1 de febrero, Sala 3ª, Secc. 6ª. Ponente Pedro José Yagüe Gil).

## XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Objeto del recurso contencioso-administrativo y alcance revisor de la jurisdicción: es el contenido dispositivo de las resoluciones impugnadas, no su motivación; adoptada una resolución en vía administrativa o judicial, cabe recurrir su contenido dispositivo, pero no la motivación.

### TERCERO.-

(...) Digamos primero, de acuerdo con una consolidada jurisprudencia, que los recursos tanto administrativos como contencioso administrativos se formulan contra la parte dispositiva de los actos y resoluciones judiciales, no contra su fundamentación, pues es la parte dispositiva la que constituye la decisión que modifica la realidad jurídica. La motivación, aun siendo imprescindible y obligada, constituye tan solo la explicación de las razones del acto administrativo o de la resolución judicial propiamente tales, configurados por la parte dispositiva. Así pues, la parte dispositiva se justifica en la motivación del acto o resolución impugnada, pero no cabe sustantivar la motivación e impugnar ésta por sí misma aunque la parte dispositiva haya resultado favorable a las pretensiones deducidas en el recurso. Sea o no errónea una motivación, como regla general el acto administrativo o la resolución administrativa será conforme a derecho si lo es la decisión que se adopta en su parte dispositiva. Así resulta de los artículos 107 y siguientes de la Ley 30/1992 en los que se establece que son los actos administrativos el objeto de los recursos de esa naturaleza, o el artículo 1 de la Ley de esta Jurisdicción cuando establece que son los actos administrativos el objeto de las pretensiones que se pueden formular ante la misma, no las razones que justifican las resoluciones de que se trate.

En el caso de autos, la parte solicitó la devolución de la documentación requisada y mediante el acuerdo de la División de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia de 26 de septiembre de 2009 obtuvo lo que pretendía, a excepción de cuatro correos electrónicos. (...)

En tales circunstancias, hemos de señalar que en puridad, frente al acuerdo de 26 de septiembre de 2009 de la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia devolviendo la documentación a excepción de cuatro correos electrónicos, solo cabía impugnar la no devolución de estos correos, no la motivación por la que se justificaba la devolución del resto, aspecto del recurso que bien podría haber sido inadmitido.

(STS 200/2018, de 12 de febrero, Sala 3ª, Secc. 3ª. Ponente Eduardo Espín Templado).

## XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa: actos políticos: retirada del exequatur al Cónsul de Letonia en España tras colocar una “estelada” en el edificio consular: falta de jurisdicción de los tribunales contencioso-administrativos; acto enteramente libre, no sujeto a trámite alguno, siendo insusceptible de control en lo relativo a los elementos reglados: inadmisión a trámite del recurso.

### CUARTO.-

(...) el otorgamiento y la retirada del exequátur -es decir, del consentimiento o beneplácito- a los representantes consulares no es materia regulada por el Derecho Administrativo, tal como exige el art. 1 LJCA para que los tribunales contencioso-administrativos puedan conocer de un asunto. Se trata de una materia regulada por el Derecho Internacional, codificado en este extremo por el Convenio de Viena sobre Relaciones Consulares de 24 de abril de 1963.

El art. 12 del Convenio dispone que «el jefe de la oficina consular será admitido al ejercicio de sus funciones por una autorización del Estado receptor llamada exequátur, cualquiera que se la forma de esa autorización». Y más adelante añade que «el Estado que se niegue a otorgar el exequátur no estará obligado a comunicar al Estado que envía los motivos de esa negativa». Es claro que otorgar o denegar el exequátur es un acto libérrimo del Estado receptor, que no está obligado a dar explicación alguna.

Y si esto vale para el momento inicial del ejercicio de la función consular, vale igualmente para el momento de su terminación. En efecto, el art. 23 del Convenio establece que «el Estado receptor podrá comunicar en todo momento al Estado que envía que un funcionario consular es persona non grata, o que cualquier otro miembro del personal ya no es aceptable», reiterando después que «el Estado receptor no estará obligado a exponer al Estado que envía los motivos de su decisión». Por cierto, a tenor del art. 1 del Convenio, «funcionario consular» es «toda persona, incluido el jefe de la oficina consular, encargada con ese carácter de funciones consulares».

A la vista de cuanto queda expuesto, cabe extraer una segunda conclusión: no sólo la decisión de retirar el exequátur pertenece al puro ámbito del Derecho Internacional, sino que es absolutamente libre y no necesitada de justificación. De aquí se infiere que no hay elementos reglados, ni expediente administrativo alguno: se trata de una decisión que, con arreglo a las normas jurídico-internacionales que la regulan, se adopta sin ningún trámite. Ello significa que ni siquiera desde el punto de vista de los elementos reglados

de que habla el art. 2 LJCA cabría fundamentar la jurisdicción del orden contencioso-administrativo en el presente caso

(ATS de 19 de febrero de 2018 (rec.48/2017), Sala 3ª, Secc. 1ª. Ponente Luis María Díez-Picazo Giménez).

## XVI. MEDIO AMBIENTE.

Medio ambiente: Plan de Recuperación del Urogallo Cantábrico: procedimiento de aprobación: omisión de audiencia a Ayuntamientos y Juntas Vecinales: nulidad.

### TERCERO

.- En el tercero de los motivos se entra realmente a analizar la decisión de la Sala territorial por el valor dado a la omisión procedimental que venimos citando, ello por considerar, no que la Sala territorial ha aplicado o interpretado indebida o erróneamente el artículo 70 de la Ley 4/2006 , de Conservación de la Naturaleza de Cantabria , sino afirmando que ha aplicado indebidamente la sentencia dictada por la sección 5ª de esta Sala Tercera el 25 de mayo de 2015 al resolver el recurso de casación 1699/2013, que examinó un supuesto de hecho diferente pues se enfrentaba a un caso de omisión de informes preceptivos en la elaboración de disposiciones generales de naturaleza urbanística y que, a juicio de la recurrente, no es comparable con el caso de autos porque estamos simplemente ante una omisión de un trámite de audiencia singularizada.

Tampoco este motivo puede ser admitido puesto que:

(1) la Ley autonómica 4/2006 regula no una mera audiencia singularizada sino un trámite preceptivo de informe en la elaboración de una disposición general en materia de protección de una especie en peligro de extinción y con la máxima protección según el Real Decreto 139/2011, de 4 de febrero. Estamos por ello ante una norma de notable importancia tal y como se pone de manifiesto en el Preámbulo del Decreto autonómico impugnado en la instancia, cita que contiene la propia contestación a la demanda en el apartado IV de sus fundamentos de derecho al plasmar las razones que llevan a la aprobación del Decreto. Y también esa importancia deriva de su propio contenido que conlleva, al igual que las normas urbanística, importantes limitaciones a la propiedad de los afectados, entre ellos de los municipios llamados a informar en el trámite omitido.

La Sala territorial ha considerado que el citado artículo 70 regula un trámite esencial de informe preceptivo y su decisión sobre ello no es que no se

impugne, que no podría serlo a tenor del artículo 86.4 de la ley jurisdiccional 29/1998, sino que en ningún momento es cuestionado a lo largo del recurso.

(2) el citado escrito de contestación a la demanda reconoce la omisión del trámite con cita del folio 160 del expediente y pretende salvarlo, degradando su relevancia, con una supuesta subsanación a través un trámite previo de información pública general que la sentencia rechaza expresamente en su fundamento de derecho cuarto, cuando dice que «Sin embargo, la Sala no puede apreciar esta subsanación pues el previsto en la normativa autonómica es un trámite necesario, siendo preceptivo el traslado a los afectados para efectuar alegaciones además de la información pública. Y dado el tenor del recurso, es evidente que éstas se hubieran producido, tanto en relación a informes y estudios que se considerasen apropiados, como en cuanto al grado de detalle y resto de óbices apuntados en la demanda. La publicación en el Boletín Oficial de Cantabria permite un acceso genérico al contenido del Decreto pero no garantiza, y eso es lo que la Ley persigue, que las personas o entidades llamadas obligatoria y específicamente a ser oídas, tengan efectivo conocimiento de su contenido (por argumentos análogos a los esgrimidos por la STC 97/1991, de 9 de mayo. Es más. Aun cuando lo hubieran tenido, el plazo para ser oídas comienza desde el momento del traslado efectivo, no desde que se abre a información pública el Decreto. De ahí que en ninguno de los casos pueda considerarse subsanado este trámite cuando los entes recurrentes no han presentado alegaciones, posiblemente confiados en que este traslado se produciría». Y este argumento tampoco es atacado en el recurso.

(STS 848/2018, de 24 de mayo, Sala 3ª, Secc.4ª, Ponente: Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo).

## XVIII. PERSONAL

Función pública y personal estatutario y laboral: jornada laboral mínima establecida en norma básica estatal: las Administraciones públicas no pueden reducir esa jornada mínima estableciendo otra inferior; Decreto 12/2016, del Gobierno vasco: anulación precedente.

OCTAVO. La doctrina sobre la cuestión de interés casacional.

Por todo ello, no ha lugar al recurso de casación debiendo declarar que las Administraciones públicas, como es el caso de la Administración autonómica de la Comunidad Autónoma de Euskadi aquí recurrente, al establecer una jornada de trabajo anual para los empleados públicos a su servicio deben

respetar los límites establecidos en la disposición final septuagésimo primera de la Ley 2/2012, de 29 de, de Presupuestos Generales del Estado para 2012, que está vigente.

(STS 114/2018, de 29 de enero, Sala 3ª, Secc.4ª, Ponente: Rafael Toledano Cantero).

### XVIII. PERSONAL

Empleo público: negociación colectiva: incremento de las *ratios* de alumnado y del horario lectivo: materia requerida de negociación: inexistencia: Decreto 73/2012 del Consejo de Gobierno de la Comunidad Valenciana: anulación procedente.

#### SÉPTIMO

Es más, lo cierto es que en el caso examinado no se ha producido dicha negociación, a pesar de los que declara el Preámbulo del Decreto 73/2012, pues, como aduce el sindicato recurrente en casación y advirtió también en la instancia, el expediente administrativo se inicia mediante resolución del día 7 de mayo de 2012, (...) de manera que cuando se celebra la Mesa Sectorial, el día 4 de mayo de 2012, a que hace referencia la certificación de la Jefa de Negociado de Relaciones Institucionales de la Subdirección General de Personal, mal podría haberse producido dicha negociación. Sobre todo si tenemos en cuenta el contenido de las actas que se acompañaron al escrito de demanda en el recurso contencioso administrativo, y a las exigencias que ha venido estableciendo nuestra jurisprudencia.

Así es, al margen de otras exigencias que no vienen al caso, resulta insoslayable que la negociación supone un real y efectivo contraste de las posiciones de cada una de diferentes partes, que sostienen planteamientos dispares, en defensa de sus respectivos intereses, sobre lo que es objeto de negociación. Estas exigencias inherentes a toda negociación exigen que los interlocutores hayan recibido adecuadamente toda la información necesaria y relevante para poder formar su posición y defender los intereses que representa.

#### OCTAVO

En el sentido expresado se viene pronunciando esta Sala, en Sentencias de 23 de abril de 2014 y 27 de octubre de 2014, dictadas, respectivamente, en los recursos de casación nº 1252/2013 y nº 3452/2013 (...). En consecuencia procede haber lugar al recurso de casación, y estimar el recurso contencioso administrativo, con imposición de las costas causadas en la instancia.

(STS 216/2018, de 13 de febrero, Sala 3ª, Secc.4ª, Ponente: Pilar Teso Gamella).



## XVIII. PERSONAL

Empleo público: personal interino de centros docentes no universitarios: expiración de contrato en los meses de julio y agosto y correlativo cese: nulidad de pleno derecho

DECIMOCUARTO.- (...) el empleo, la relación laboral entre el funcionario docente interino y la Administración educativa queda trunca, a diferencia de lo que ocurre para el funcionario de carrera, cuando aún no han concluido las funciones, cometidos y actividades que son propias de ese concreto puesto de trabajo para el que el funcionario interino fue nombrado, que no son sólo las de estricto carácter lectivo, sino también otras que normalmente se llevan a cabo en el mes de julio del curso escolar y que, además, contribuyen a la mejor preparación del profesorado y a la mejor o más eficaz prestación del servicio educativo, como pueden ser las de análisis del curso, elaboración de la memoria escolar, programación del curso siguiente, etc., con las consiguientes reuniones del profesorado, de todo lo cual se priva al funcionario docente interino que fue nombrado para aquella situación descrita en aquel párrafo segundo. Amén de ello, esas consecuencias nada deseables para la preparación del profesorado y para la más eficaz prestación del servicio educativo, se agravarían sobremanera si fuera cierta aquella práctica de la Administración educativa de acudir de nuevo en el siguiente curso escolar al nombramiento de funcionarios docentes interinos nombrados en el curso anterior y que fueron privados de realizar esas otras actividades.

DECIMOQUINTO .- Alcanzada la conclusión expuesta en el fundamento de derecho anterior, ninguna duda puede subsistir acerca de que la desigualdad de trato denunciada en este proceso no está justificada por razones objetivas. Basta con remitirnos a la jurisprudencia del TJUE de la que dimos cuenta en el fundamento de derecho décimo de esta sentencia para llegar a tal afirmación, sin necesidad de añadir otros razonamientos.

DECIMOSEXTO .- Por tanto, ese Acuerdo, en cuanto decidió suspender los derechos retributivos correspondientes a los meses de julio y agosto del curso escolar y ordenó que con fecha 30 de junio de 2012 se extinguieran los contratos vigentes, extendiendo tales decisiones, o incluyendo en ellas, a los funcionarios docentes interinos no universitarios que hubieran sido nombrados al principio del curso escolar y con el designio de que desempeñaran las funciones propias de un profesor docente durante todo él, vulneró el principio de no discriminación que impone la Cláusula 4 del

repetido Acuerdo marco. Alcanzada esa conclusión respecto de la pretensión principal, deviene innecesario abordar la deducida con carácter subsidiario.

DECIMOSÉPTIMO.- Tal vulneración es merecedora de la sanción de nulidad de pleno derecho. Tanto por la naturaleza de disposición administrativa que es propia de aquel Acuerdo (art. 62.2 de la Ley 30/1992, entonces vigente). Como, si lo anterior se pusiera en cuestión, por lesionar los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional [art. 62.1.a) de la misma ley].

(STS 966/2018, de 11 de junio, Sala 3ª, Secc.4ª, Ponente: Segundo Menéndez Pérez).

## XVIII. PERSONAL

Funcionario público: extinción de relación funcional: condena penal de inhabilitación especial para profesión: inhabilitación relativa al ejercicio de profesión relacionada con menores y no para el empleo público de maestro en su totalidad: consecuencias: privación de ejercicio durante cumplimiento de condena sin privación definitiva de la condición de empleado público.

QUINTO.- La presente sentencia, a los efectos del artículo 93.1 de la LJCA, ha establecido en los precedentes fundamentos la interpretación de aquellas normas sobre las que el auto de admisión consideró necesario el enjuiciamiento del presente recurso de casación por esta Salsa Tercera del Tribunal Supremo y, conforme a ello, declarará:

1º) que la pena accesoria de “ inhabilitación especial para el ejercicio de profesión relacionada con la educación de menores “, impuesta en sentencia penal a un funcionario de carrera del Cuerpo de Maestros, no puede ser interpretada en el sentido de que conlleva como efecto jurídico la inhabilitación especial para dicho empleo o cargo público.

(STS 114/2018, de 29 de enero, Sala 3ª, Secc.4ª, Ponente: Rafael Toledano Cantero).

## XVIII. PERSONAL

Cuerpos docentes universitarios: complemento de productividad por actividad investigadora (sexenios): criterios para la evaluación positiva por la CNEAI: interpretación de la Resolución de la CNEAI de 26 de noviembre de 2014 y de la Orden de 2 de diciembre de 1994, por la que se establece el procedimiento para la evaluación de la actividad investigadora en desarrollo del Real Decreto 1086/1989, de 28 de

agosto: las aportaciones deben evaluarse atendiendo a su contenido y no según el lugar (medio de publicación) en que se han dado a conocer

QUINTO.- El juicio de la Sala. Las premisas.

Según se ha visto, la razón por la que la Comisión Nacional evaluó negativamente las aportaciones presentadas por la Sra. Graciela por el sexenio 2008- 2013 fue la de que las valoró atendiendo al medio en que se publicaron, en particular a si figuraba o no en los índices señalados en la resolución de 26 de noviembre de 2014. No hay controversia al respecto ni tampoco la hay sobre que la motivación recogida en el informe del comité de expertos se limita a ese extremo, a relacionar la calidad con la publicación en tales revistas. Es decir, las aportaciones no se han evaluado atendiendo a su contenido sino al lugar en que se han dado a conocer.

(...) No cuesta especial esfuerzo advertir --su sola lectura lo pone de manifiesto-- que según los preceptos de la Orden el objeto de la evaluación son los trabajos o aportaciones incluidos en el curriculum vitae abreviado. Y lo mismo resulta de la resolución aunque ofrezca una serie de criterios para valorar preferentemente las aportaciones que se ajusten a ellos y, en particular, establezca pero solamente “con carácter orientador” las dos condiciones para la evaluación positiva incluidas en los apartados a) y b) del n.º 6 transcrito. (...)

SEXTO.- El juicio de la Sala. Procede estimar el recurso de casación y el recurso contencioso-administrativo.

De la exposición anterior se desprende, sin dificultad, que no es suficiente para decidir si las aportaciones sometidas a la evaluación de la Comisión Nacional merecen o no un juicio técnico favorable o positivo la consideración de la publicación en la que han aparecido.

(...) Así, pues, las investigaciones, las aportaciones presentadas por los interesados, no pueden dejar de examinarse sólo por el hecho de que no se publicaran en las revistas o medios incluidos en los índices o listados identificados en la resolución de 26 de noviembre de 2014. Ni tampoco están excluidos por esa sola razón de la máxima valoración permitida por la Orden de 2 de diciembre de 1994. Dependerá de su contenido la evaluación que merezcan. Y a ello han de referirse el comité de expertos o los especialistas en los informes que emitan al respecto y en los que se fundamente la decisión de la Comisión Nacional de Evaluación de la Actividad Investigadora.

(STS 986/2018, de 12 de junio, Sala 3ª, Secc.4ª, Ponente: Pablo María Lucas Murillo de la Cueva).

## XIX. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Procedimiento de reintegro de subvenciones: caducidad por transcurso del plazo de 12 meses para su resolución y notificación: exigencia de reanudación formal del procedimiento para que pueda dictarse una resolución válida sobre el fondo: modificación de la doctrina jurisprudencial previa relativa al art.42.4 de la Ley 38/2003, general de subvenciones.

SEGUNDO.- (...) estos pronunciamientos no abordan, al menos con la claridad necesaria, la interpretación que ha de darse al artículo 42.4 de la Ley General de Subvenciones ni acometen o plantean la modificación de la doctrina fijada en la STS de 30 de julio de 2013 (rec. 213/2012 ). Corresponde, por tanto, reconsiderar la interpretación y alcanzar una conclusión distinta por las razones que pasamos a exponer:

1º) El precepto comentado fija un plazo máximo de 12 meses para resolver y notificar la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento de reintegro, y al incumplimiento de dicho plazo le anuda una consecuencia jurídica: la caducidad del procedimiento. Pese a ello, inmediatamente después sostiene «sin perjuicio de continuar las actuaciones hasta su terminación y sin que se considere interrumpida la prescripción por las actuaciones realizadas hasta la finalización del citado plazo» .

En una primera aproximación al precepto debe afirmarse que no tiene sentido fijar un plazo máximo de duración del procedimiento, cuyo incumplimiento genera la caducidad del mismo, si la Administración puede continuar con su tramitación sin tener que iniciar uno nuevo. Es más, si la Administración puede dictar una resolución de fondo en un procedimiento caducado y esta es válida, tal y como afirma la sentencia la STS de 30 de julio de 2013, carece de sentido añadir que las actuaciones realizadas «hasta la finalización del citado plazo» no interrumpen la prescripción, pues ya no es necesario reiniciar uno nuevo. Bastaría, caso de ser esta la interpretación correcta, con afirmar que las resoluciones de reintegro tienen que dictarse y notificarse en el plazo de prescripción de la acción para reclamar el reintegro, sin fijar plazo alguno de duración del procedimiento, pero no ha sido esta la previsión ni la voluntad del legislador que ha querido limitar el plazo máximo de duración del procedimiento y acordar la caducidad del procedimiento que incumpla dicho plazo.

El ejercicio por la Administración de sus potestades de intervención está sujeto a límites, uno de ellos es el establecimiento de un plazo máximo para resolver los procedimientos. Su razón de ser obedece al deber de las Administraciones

públicas de dictar resolución expresa en los plazos marcados por la ley, con ello se pretende garantizar que los procedimientos administrativos se resuelvan en un tiempo concreto, evitando la prolongación indefinida de los mismos por razones de seguridad jurídica. El incumplimiento de estos plazos conlleva como consecuencia jurídica la caducidad del procedimiento y el consiguiente archivo de las actuaciones ( artículo 44.2 de la Ley 30/1992 ), lo que no impide la apertura de nuevo expediente sobre el mismo objeto, siempre que no haya transcurrido el plazo de prescripción.

La caducidad del procedimiento se constituye así como una forma de terminación del procedimiento que penaliza la falta de diligencia de la Administración en el cumplimiento de los plazos legalmente establecidos para tramitar y resolver. La esencia de la caducidad de un procedimiento es que queda inhabilitado como cauce adecuado en el que poder dictar una resolución válida sobre el fondo. Esta ha sido la regla general y ha motivado que numerosas sentencias de este Tribunal hayan venido sosteniendo, con carácter general, la invalidez de las resoluciones administrativas dictadas en un procedimiento caducado al entender que «debía considerarse extinguido, y consecuentemente nula la resolución administrativa recurrida» (STS, de 24 de septiembre de 2008, rec. 4455/2004 ), o como se sostiene en la STS de 3 de febrero de 2010 (rec. 4709/2005 ) la obligación impuesta en una resolución administrativa dictada en un procedimiento caducado «ha perdido su soporte procedimental, y, por tanto, también, su validez y eficacia». Es más, en nuestra STS nº 9/2017, de 10 de enero (rec. 1943/2016 ) se afirmaba que «el procedimiento caducado se hace inexistente».

Pues bien, en un procedimiento extinguido e inexistente no es posible dictar una resolución de fondo válida, salvo aquella que tenga como único objeto declarar la caducidad del procedimiento, tal y como dispone el art. 42.1 y 44.2 de la Ley 30/1992. Y si Administración pese al transcurso del plazo de caducidad no la aprecia de oficio, tal y como era su deber, será el afectado el que deba ejercer las acciones destinadas a obtener una declaración de caducidad, pero una vez declarada la solución no puede ser otra que la nulidad de la resolución de fondo dictada en dicho procedimiento.

Sostener que en un procedimiento caducado la Administración puede dictar una resolución de fondo válida implica desconocer la propia institución de la caducidad y sus efectos, tal y como ha sido entendida y definida por el legislador y avalada en su interpretación y aplicación por una constante jurisprudencia. Esta interpretación desvirtúa la institución de la caducidad de los procedimientos, atacando su esencia hasta dejarla irreconocible y la

priva de todo efecto práctico, pues pese al transcurso del plazo de caducidad la Administración no estaría obligada a declararla ni a dar por finalizado el procedimiento y podría dictar una resolución de fondo válida. En definitiva, conforme a esta interpretación, los términos y plazos no obligarían a la Administración pública, contradiciendo la previsión general contenida en el art. 47 de la Ley 30/1992, y la declaración de caducidad sería irrelevante por carente de consecuencia alguna.

2º) Es cierto que el tenor literal del precepto permite que, pese a la caducidad del procedimiento, se pueda «continuar las actuaciones hasta su terminación», lo cual es ya de por sí anómalo, pero lo que el precepto no afirma es que en el procedimiento caducado se pueda dictar una resolución de fondo válida sin haber reiniciado otro nuevo, o que, caso de declararse a posteriori la caducidad del mismo, la resolución dictada en un procedimiento caducado sigue siendo válida, tal y como sostuvo la sentencia STS de 30 de julio de 2013 y pretende ahora el Abogado del Estado.

El Tribunal no puede acoger una interpretación que conduzca a un resultado ilógico o absurdo y esto es precisamente lo que se produciría si entendiésemos que la Administración puede continuar actuando válidamente en un procedimiento caducado y dictar una resolución de fondo como si la caducidad no se hubiese producido.

Los actos y resoluciones administrativas han de dictarse en un procedimiento válido, ello constituye una exigencia básica de nuestro ordenamiento administrativo que se plasma en numerosos preceptos (art. 53 de la LRJPAC) llegándose a sancionar con la nulidad de pleno derecho los actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido (art. 62.1.e) de la LRJPAC). De modo que si el procedimiento ha devenido inválido o inexistente, como consecuencia de su caducidad, ha dejado de ser un cauce adecuado para dictar una resolución administrativa válida que decida sobre el fondo, por lo que la Administración está obligada a reiniciar uno nuevo. Así se establece también en el art 95.3 de la nueva Ley de Procedimiento Administrativo Común (Ley 39/2015).

(...)

4º) Debe finalmente añadirse que la interpretación sostenida por el Abogado del Estado y fijada en la STS de 30 de julio de 2013 (rec. 213/2012), dejaría sin sentido la previsión final de este mismo precepto cuando añade «y sin que se considere interrumpida la prescripción por las actuaciones realizadas hasta la finalización del citado plazo». Esta previsión parece querer reproducir lo que con mucha más precisión se afirma en el art. 93.2 de la Ley 30/1992

cuando establece «los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de prescripción» (y en similares términos se pronuncia el actual artículo 95.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre).

Tales previsiones tienen sentido si se parte de que la caducidad del procedimiento conlleva el archivo de las actuaciones y el inicio de otro procedimiento con el mismo objeto. De modo que si bien lo actuado en el procedimiento caducado no sirve para interrumpir la prescripción, una vez reiniciado uno nuevo se interrumpe el plazo de prescripción. (...)

Por todo ello, dando respuesta a la cuestión respecto de la que se apreció interés casacional, se considera que es necesario modificar la doctrina fijada en la STS de 30 de julio de 2013 (rec. 213/2012), entendiendo el artículo 42.4 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones ha de interpretarse en el sentido de que la declaración de caducidad de un procedimiento de reintegro ha de tener como lógica consecuencia la invalidez de la resolución de fondo dictada en el mismo. De modo que la Administración para poder adoptar una decisión de fondo sobre la procedencia del reintegro está obligada a iniciar un nuevo procedimiento, siempre que no haya transcurrido el plazo de prescripción fijado.

(STS 438/2018, de 19 de marzo, Sala 3ª, Secc.3ª, Ponente: Diego Córdoba Castroverde).

## XIX. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Recurso de reposición: carácter preceptivo: no se puede predicar cuando se discute únicamente la inconstitucionalidad o ilegalidad de las normas que sustentan los actos tributarios de las entidades locales, al tratarse de cuestiones respecto de las que éstas carecen de competencia para pronunciarse: estimación del recurso.

### QUINTO. Contenido interpretativo de la sentencia

Atendiendo a lo hasta aquí expuesto, y conforme ordena el artículo 93.1, procede fijar la siguiente interpretación de los preceptos legales concernidos en este litigio.

Los artículos 108 LBRL, 14.2 LRHL y 25.1 LJCA, en relación con los artículos 24.1 y 106.1 CE (RCL 1978, 2836), deben ser interpretados en el sentido de que: «Cuando se discute exclusivamente la inconstitucionalidad de las disposiciones legales que dan cobertura a los actos de aplicación de los tributos y restantes ingresos de Derecho Público de las entidades locales, cuestión respecto de la que éstas carecen de competencia para pronunciarse o

para proponerla a quien tiene competencia para ello, quedando constreñidas a aplicar la norma legal de que se trate, no resulta obligatorio interponer, como presupuesto de procedibilidad del ulterior recurso contencioso-administrativo, el correspondiente recurso administrativo previsto como preceptivo».

(STS 815/2018, de 21 de mayo, Sala 3ª, Secc.2ª, Ponente: Joaquín Huelin Martínez de Velasco).

### XX. RESPONSABILIDAD

Funcionamiento anormal de la Administración de Justicia: mujer asesinada por su expareja: muerte que se habría evitado de mantenerse el régimen de visitas vigiladas: Dictamen favorable del Comité de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW): infracción del derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo, del derecho a la integridad física y moral, y del derecho a la tutela judicial efectiva: indemnización de 600.000 euros procedente.

#### OCTAVO.- La conclusión

La presente sentencia, a los efectos del artículo 93.1 de la LJCA, ha establecido en los precedentes fundamentos la interpretación de aquellas normas sobre las que el auto de admisión consideró necesario el enjuiciamiento del presente recurso de casación por esta Salsa Tercera del Tribunal Supremo y, conforme a ello, declarará:

1º) que la inexistencia de un cauce específico y autónomo para hacer efectivas en el ordenamiento español las recomendaciones de un Dictamen del Comité de la CEDAW por vulneración de derechos fundamentales reconocidos en La Convención por parte del Estado español, impide exigir autónomamente el cumplimiento de aquellos dictámenes.

2º) que, no obstante esa afirmación, dado que la existencia de un cauce adecuado y eficaz para hacer valer el reconocimiento de la vulneración de derechos fundamentales ante los órganos judiciales españoles atañe directamente al respeto y observancia por los poderes públicos españoles de los derechos fundamentales, es posible admitir en este caso que ese Dictamen sea el presupuesto habilitante para formular una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia como último cauce para obtener la reparación, ello con independencia de la decisión que resulte procedente en cada caso



e, incluso, de la posible procedencia de otros en los supuestos de hecho que puedan llegar a plantearse.

3º) que, en este caso y en el ámbito de la responsabilidad patrimonial del Estado, concluimos que la Administración vulneró derechos fundamentales de la recurrente, concretamente sus derechos a la igualdad y a no ser discriminada por razón de sexo, a la integridad física y moral, y a la tutela judicial efectiva, y ello por no asumir la demanda de reclamación de responsabilidad patrimonial y poner fin a los efectos de una declaración de lesión de derechos de la mujer por haber sufrido un acto de discriminación derivado de una situación de violencia sobre la mujer, que le vinculaba en los términos de La Convención y El Protocolo Facultativo.

4º) que casamos y anulamos la sentencia impugnada en cuanto no apreció tal vulneración de derechos fundamentales, así como la inicial decisión administrativa por silencio, y declaramos la obligación de la Administración de reparar esa vulneración imponiéndole directamente una condena por importe de seiscientos mil (600.000) euros por los daños morales padecidos.

(STS 1263/2018, 17 de julio, Sala 3ª, Secc.4ª, Ponente: Antonio Jesús Fonseca Herrero Raimundo).

## XXI. SALUD Y SERVICIOS SOCIALES.

Clases pasivas: pensión de viudedad: ciudadano extranjero polígamo: pese a ser contraria a Derecho la poligamia en España, en virtud del Convenio de Seguridad Social entre España y Marruecos, la pensión de viudedad será repartida entre todas las esposas a partes iguales.

### SEXTO.- La conclusión

La presente sentencia, a los efectos del artículo 93.1 de la LJCA, ha establecido en los precedentes fundamentos la interpretación de aquellas normas sobre las que el auto de admisión consideró necesario el enjuiciamiento del presente recurso de casación por esta Salsa Tercera del Tribunal Supremo y, conforme a ello, declarará:

1º) que la constatación de una situación de poligamia de un súbdito marroquí no impide, por razones de orden público, el reconocimiento del derecho a una pensión de viudedad en el régimen de clases pasivas del Estado, regulado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, a favor de todas las esposas que, de acuerdo con su ley personal, estuvieran simultáneamente

casadas con el causante perceptor de una pensión con cargo al Estado español.

2º) que el artículo 23 del Convenio sobre Seguridad Social entre España y Marruecos, de 8 de noviembre de 1979, por la posición jerárquica que tiene en nuestro ordenamiento jurídico tras ser publicado en el Boletín Oficial del Estado de 13 de octubre de 1982 y por el reconocimiento que le otorga el artículo 96 de la Constitución Española, permite que por vía interpretativa se pueda ampliar o extender la condición de beneficiarias de pensión de viudedad en el régimen de clases pasivas del Estado a todas las esposas que, de acuerdo con su ley personal, estuvieran simultáneamente casadas, en una situación de poligamia, con el causante perceptor de una pensión con cargo al Estado español que tenga origen marroquí, y que fuesen beneficiarias de la pensión según la legislación marroquí.

3º) que el cálculo del importe de la pensión se efectuará partiendo de que la pensión se distribuye por partes iguales entre las viudas que hayan estado simultáneamente casadas con el mismo causante.

4º) que el recurso de casación debe ser estimado y, con anulación de la sentencia, apreciando la vulneración del principio de igualdad denunciada en la instancia y por no haber sido cuestionada en ningún momento por la Administración la condición de beneficiaria de la esposa reclamante según la legislación marroquí, se reconocerá a doña Maribel el derecho a la percepción de la pensión de viudedad generada por su fallecido esposo de origen marroquí, don Argimiro, con efectos económicos desde el primer día del mes siguiente a su fallecimiento, acaecido el 24 de enero de 2013, y calculándose su importe partiendo de que la pensión se distribuye por partes iguales entre las viudas que hayan estado simultáneamente casadas con el mismo causante. Así mismo, se reconocerá su derecho al cobro de los haberes dejados de percibir desde esa fecha y hasta la efectiva percepción de la pensión que se le reconoce, más los intereses legales que procedan desde la presentación de la solicitud y hasta su efectivo pago.

(STS 84/2018, 24 de enero, Sala 3ª, Secc.4ª, Ponente: Antonio Jesús Fonseca Herrero Raimundo).

## XXII. URBANISMO Y VIVIENDA

Demolición de viviendas: garantías en ejecución de sentencia: no precisa expediente contradictorio, ni procedimiento de responsabilidad patrimonial, ni incidente de ejecución, siendo determinadas por el juzgador; controversias suscitadas por la

determinación de las garantías: susceptibles de tramitarse mediante incidente de ejecución.

OCTAVO. De acuerdo con todo lo expuesto y rechazando la interpretación que mantiene la Administración recurrente, consideramos como interpretación más acertada del artículo 108.3, que la exigencia de la prestación de garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, a la que se refiere el precepto como condición previa a la demolición de un inmueble ordenada por un Juez o Tribunal, no precisa la tramitación de un procedimiento contradictorio ni requiere que tales indemnizaciones hayan sido fijadas como debidas en un procedimiento de responsabilidad patrimonial o en un incidente de ejecución de sentencia en el que se declare y reconozca el derecho del tercero y determine la cantidad líquida que resulte exigible por el mismo, sino que se configura como un trámite integrado en la ejecución de sentencia, que consiste en la adopción por el órgano jurisdiccional de las medidas de aseguramiento que resulten suficientes para responder del pago de las indemnizaciones que puedan reconocerse a terceros de buena fe al margen del proceso, medidas de aseguramiento que han de ser valoradas, en su existencia y alcance, por el órgano judicial atendiendo a los datos y elementos de juicio de que disponga y pueda recabar en el procedimiento, resolviéndose las controversias que puedan surgir al respecto, en el correspondiente incidente de ejecución de sentencia, como dispone el artículo 109.1 de la LRJCA.

(STS 476/2018, 21 de marzo, Sala 3ª, Secc.5ª, Ponente: Rafael Fernández Valverde).