

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

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

### I. ACTO ADMINISTRATIVO

#### DISTINCIÓN ENTRE DISPOSICIÓN Y ACTO

La disposición administrativa, a diferencia del acto, no se agota con su cumplimiento sino que sigue desplegando sus efectos con vocación de permanencia, regulando futuras situaciones.

“Es en este marco normativo en el que se dicta la Orden EHA/3124/2011 de 16 de noviembre, ahora impugnada, aprobando el pliego de bases que regirá la convocatoria de las licencias generales para el desarrollo y explotación de las actividades de juego.

La Orden no establece, por tanto, las normas generales por las que han de regir los procedimientos para la concesión de las licencias generales necesarias para la explotación del juego, que están contenidas en la Ley del 13/2011, de 27 de mayo y en el RD 1614/2011, sino que en desarrollo de esta previsión legal y reglamentaria se limita a aprobar las bases de la convocatoria por las que ha de regir este concreto procedimiento de adjudicación de licencias de juego.

Como acertadamente señala en este punto la sentencia de instancia, citando la jurisprudencia de este Tribunal, la diferencia entre una disposición de carácter general y un acto administrativo singular no viene dada por la el número de destinatarios o su indeterminación, pues resulta perfectamente admisible la figura del acto administrativo que tiene como destinatarios a una pluralidad indeterminada de sujetos, sino por la vocación de permanencia para regular situaciones futuras, de modo que mientras la eficacia del acto se agota con su cumplimiento, siendo necesario para regular una nueva situación dictar uno nuevo, la disposición general no se consume sino que sigue desplegando sus efectos con vocación de permanecer y regular futuras situaciones.

---

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

Y en el supuesto que nos ocupa, la Orden regula un concreto procedimiento de obtención de licencias agotando sus efectos con la resolución de este, pudiéndose convocar en el futuro nuevos procedimientos que exigirá la aprobación de las correspondientes bases a las que habrán de sujetarse los que a él concurran. Así se desprende de lo dispuesto en el art. 15 del RD 1614/2011 al disponer la procedencia de convocar nuevos procedimientos de otorgamiento de licencias generales para la explotación y comercialización del juego, de oficio o a instancia de los interesados, y en este último caso fija un plazo de seis meses contados desde la recepción de la solicitud, disponiendo además que párrafo siguiente que “los interesados podrán solicitar la convocatoria de un nuevo procedimiento de otorgamiento de licencias generales para la explotación y comercialización de determinados juegos transcurridos al menos 18 meses contados desde la fecha de la anterior convocatoria en relación con la misma modalidad de juego”. Y de conformidad con el art. 15.1 de dicha norma las nuevas convocatorias de un nuevo procedimiento se registrarán por el pliego de bases que, a propuesta de la Comisión Nacional del Juego, sea aprobado por el titular del Ministerio de Economía y Hacienda, y que se publicará en el «Boletín Oficial del Estado».

En definitiva, nos encontramos ante un acto administrativo, aunque dirigido a una pluralidad de personas como es propio de todos los actos que convocan un concurso o procedimiento competitivo, que no tiene la consideración de disposición de carácter general o reglamentaria y al que no le resulta aplicable, en consecuencia, el procedimiento de elaboración de los reglamentos previsto en el art. 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, ni precisa de la comunicación a la Comisión prevista en el R.D 1337/1999, de 31 de julio que se circunscribe a la información “en materia de normas y reglamentaciones técnicas y de reglamentos relativos a los servicios de la sociedad de la información”. Ello determina también la imposibilidad de aplicar la prohibición de delegar en otros órganos de la Administración la competencia para la adopción de disposiciones generales contenida en el art. 13.2.b) de la Ley 30/1992, pues ni se trata de una disposición general ni la Orden impugnada se dicta por delegación sino en el ejercicio de las competencias atribuidas por la disposición transitoria primera de la ley 13/2011 a la Dirección General de Ordenación del Juego del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en tanto no se constituya la Comisión Nacional del Juego.

Tampoco el grado de detalle en la regulación constituye un elemento indicativo de que nos encontremos ante una disposición general. Conforme a las previsiones generales sentadas en las normas legales y reglamentarias, existe una remisión expresa a las bases de cada convocatoria de cada proceso pa-

ra la regulación de determinados aspectos por la que se ha de regir el mismo, sin que ese contenido regulador, que necesariamente comporta una precisión de algunos aspectos concretos del mismo, modifique su naturaleza jurídica, pues no tiene la finalidad de establecer normas generales y abstractas para todos los procedimientos destinados a obtener licencias generales de juego ni vocación de permanencia en el tiempo sino regular ese proceso selectivo (en tal sentido se ha pronunciado STS de 30 de noviembre de 2015, rea 794/2014).

La empresa recurrente considera que la Orden innova el ordenamiento jurídico y se aparta de las previsiones contenidas en la Ley y el Real Decreto que la desarrolla, pero esta argumentación no sirve para sustentar su pretensión de que nos encontramos ante una disposición general, sino ante la eventual infracción de las normas de superior rango en la que se sustenta, lo cual trataremos más adelante.

Y finalmente tampoco puede constituirse como un argumento definitivo la publicación de la Orden impugnada en el BOE en el apartado referido a “Disposiciones Generales”, pues la publicación de las bases de la convocatoria en el BOE ya estaba contemplada en el art. 10.2 de la Ley 13/2011, previsión que encuentra su razón de ser en el intento de dar la mayor publicidad posible a una convocatoria dirigida a una pluralidad de empresas que pueden estar interesadas en la obtención de este tipo de licencias, sin que resulte relevante y mucho menos determinante su ubicación concreta en un apartado de dicho periódico oficial, pues ello no modifica la naturaleza jurídica de allí publicado”.

*STS de 28 de enero de 2016. Sala 3ª, Secc. 3ª. F. D. 4º. Magistrado Ponente Sr. Córdoba Castroverde.*

ROJ: STS 138/2016. Nº Recurso: 440/2014.<http://www.poderjudicial.es>.

### III. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

#### POTESTAD REGLAMENTARIA DE LOS MINISTROS

La expresión materias propias de su departamento no debe interpretarse exclusivamente referida a aspectos internos u organizativos, sino también al ámbito de su competencia material.

“A los efectos de este primer motivo de casación la jurisprudencia de esta Sala es copiosa; valga así la cita de las Sentencias dictadas en casación por esta Sala por la Sección Tercera de 30 de diciembre de 2004, 20 de enero de 2005, de 29 de enero y 3

de junio de 2015; por esta Sección Cuarta de 16 de diciembre de 2011 Recurso 2306/2009), de 1 de julio de 2014; por la Sección Quinta de 4 de o por la Sección Sexta de 30 de noviembre de 1996. Su contenido puede resumirse en los siguientes términos:

1º La referencia a que los ministros ejercen su potestad reglamentaria respecto de las “materias propias de su Departamento”, sin duda es un reconocimiento de la potestad reglamentaria autoorganizativa o doméstica, pero por sí solo no supone una interdicción de su potestad reglamentaria ad extra. Tal referencia no debe interpretarse referida exclusivamente a los aspectos internos u organizativos, sino también el ámbito de su competencia material.

2º Esta ampliación del ámbito de tal potestad se ha justificado, por ejemplo, en el artículo 12.2.d) de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado en cuanto que determina el ejercicio de la potestad reglamentaria de los ministros en los términos previstos en la legislación específica.

3º Es lícito que el Consejo de Ministros, al promulgar un reglamento, apodere al ministro para que en el ejercicio de su potestad reglamentaria regule puntos concretos, accesorios, que no supongan una modificación o alteración sustantiva de aquél, y se ciña ese reglamento ministerial al mero desarrollo objetivo y puntual de las normas reglamentarias en aspectos más estrictamente técnicos y organizativos propios del sector funcional homogéneo que constituye cada Ministerio.

4º Lo que se ha venido censurando es un desarrollo per saltum , esto es, que un reglamento del Consejo de Ministros no contuviera una regulación material reconocible como de desarrollo y ejecución de una ley; que se limitase a formular una remisión prácticamente acondicionada al posterior y sucesivo desarrollo reglamentario a través de una Orden Ministerial de manera que fueran ésta la que, de hecho, incorporasen la regulación material de desarrollo pues la realidad sería que ese desarrollo se habría hecho, en lo que tiene de funcional y operativo, a través de las Ordenes Ministeriales.

5º Tal afirmación ha sido matizada en la Sentencia de esta Sección de 1 de julio de 2014. No es el caso de autos, pero se deja constancia pues arroja luz sobre la cuestión litigiosa al afirmar que si bien lo normal es que las llamadas que las leyes hacen para su desarrollo reglamentario se dirijan al Gobierno, no hay norma alguna que, expresamente, lo exija siempre así, exigencia que no se encuentra ni en la Constitución ni en la Ley del Gobierno. Será inusual, excepcional, pero no cabe negar tal posibilidad cuando la norma legal que hace la llamada al desarrollo reglamentario no se dirige específicamente al Gobierno”.

STS de 2 de diciembre de 2015. Sala 3ª, Secc. 4ª. F. D. 8º. Magistrado Ponente Sr. Requero Ibáñez.

ROJ: STS 5190/2015. Nº Recurso: 3595/2013. <http://www.poderjudicial.es>.

## IX. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO

### PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA

El principio de buena fe protege la confianza legítima que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno e impone el deber de coherencia en el comportamiento propio.

“Acorde con los hechos sucintamente expuestos no podemos considerar lesionada la confianza legítima, pues la Administración no puede adoptar decisiones que contravengan las perspectivas y esperanzas fundadas en las propias decisiones anteriores de la Administración. Cuando se confía en la estabilidad de su criterio, evidenciado en múltiples actos anteriores en un mismo sentido, que lleva al administrado a adoptar determinadas decisiones, se genera una confianza basada en la coherencia del comportamiento administrativo, que no puede defraudarse mediante una actuación sorprendente. La invitación a formalizar una subvención y las actuaciones posteriores necesarias y favorables, todas ellas, a su conclusión, forja una fundada esperanza de lo que era razonable y coherente esperar.

Conviene tener en cuenta que confianza legítima requiere, en definitiva, de la concurrencia de tres requisitos esenciales. A saber, que se base en signos innegables y externos (1); que las esperanzas generadas en el administrado han de ser legítimas (2); y que la conducta final de la Administración resulte contradictoria con los actos anteriores, sea sorprendente e incoherente (3). Exactamente lo que acontece en el caso examinado, a tenor de los hechos antes relatados, que no hace al caso insistir.

Recordemos que, respecto de la confianza legítima, venimos declarando de modo reiterado, por todas, Sentencia de 22 de diciembre de 2010 (recurso contencioso administrativo nº 257 /2009), que «el principio de la buena fe protege la confianza legítima que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno e impone el deber de coherencia en el comportamiento propio. Lo que es tanto como decir que el principio implica la exigencia de un deber de comportamiento que consiste en la necesidad de observar de cara al futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever y

aceptarlas consecuencias vinculantes que se desprenden de los propios actos constituyendo un supuesto de lesión a la confianza legítima de las partes “venire contra factumproprium”.»

*STS de 22 de febrero de 2016. Sala 3ª, Secc. 5ª. F. D. 9º. Magistrada Ponente Sra. Teso Gamella. ROJ: STS 561/2016. Nº Recurso: 1354/2014. <http://www.poderjudicial.es>.*

## X. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

### PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD

El comportamiento anticompetitivo de la sociedad filial puede imputarse a la sociedad matriz, cuando la sociedad filial no determina de forma autónoma su conducta en el mercado.

“El cuarto motivo de casación, basado en la infracción de la jurisprudencia formulada respecto de la exigencia de responsabilidad a la empresa matriz por las conductas anticompetitivas imputadas a la sociedad filial, no puede ser acogido, puesto que consideramos que la Sala de instancia ha realizado, en la determinación del sujeto infractor, una aplicación adecuada del artículo 61.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que, atendiendo a las circunstancias específicas concurrentes en este supuesto, que desvelan las relaciones societarias entre Cementos Portland Valderrivas, S.A. y Canteras de Alaiz, S.A., resulta plenamente acorde con la doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En efecto, estimamos que la Sala de instancia, al sostener, con base en las pruebas obrantes en el expediente administrativo, que Cementos Portland Valderrivas, S.A., es el sujeto infractor, en cuanto sociedad que encabeza el grupo empresarial que actúa a través de sus sociedades filiales en los mercados de suministro de materiales de construcción de hormigón, mortero y áridos, y no la sociedad Canteras de Alaiz, S.A. no ha ignorado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que exige que se acredite que la empresa matriz ha ejercido una «influencia decisiva» sobre la empresa filial, a los efectos de imputar a aquella sociedad la responsabilidad de las conductas realizadas por ésta, ya que dicho pronunciamiento se basa en datos objetivos que evidencian los vínculos societarios entre ambas empresas, pues CPV ostenta el 70% del capital social de Canteras de Alaiz, como el

poder de dirección de CPV sobre la empresa filial, que recaba instrucciones de la matriz (como lo pone de relieve el correo electrónico interno de CPV de 4 de mayo de 2009 sobre cómo actuar frente a un miembro del cártel que se aparta de los precios fijados).

En este sentido, cabe señalar que en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de marzo de 2015 (C-93/13 ), se concluye, siguiendo la doctrina consolidada de ese Tribunal, que el comportamiento anti-competitivo de la sociedad filial puede imputarse a la sociedad matriz cuando la sociedad filial no determina de forma autónoma su conducta en el mercado, con la exposición de los siguientes razonamientos jurídicos:

« [...] Tal y como recordó el Tribunal de Justicia [en el apartado 46 de la sentencia *Eni/Comisión* (EU:C:2013:289), invocada por la Comisión, según jurisprudencia reiterada, a efectos de aplicar el artículo 81 CE , el comportamiento de una filial puede imputarse a la sociedad matriz en particular cuando, aunque tenga personalidad jurídica separada, esa filial no determina de manera autónoma su conducta en el mercado sino que aplica, esencialmente, las instrucciones que le imparte la sociedad matriz, teniendo en cuenta concretamente los vínculos económicos, organizativos y jurídicos que unen a esas dos entidades jurídicas. En efecto, en tal situación, al formar parte la sociedad matriz y su filial de una misma unidad económica y constituir, por lo tanto, una única empresa en el sentido de lo dispuesto en el artículo 81 CE, la Comisión puede, a través de una decisión, imponer multas a la sociedad matriz sin que sea necesario demostrar la implicación personal de ésta en la infracción.

También se desprende de reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia que, en el caso específico de que una sociedad matriz sea titular de la totalidad o la casi totalidad del capital de la filial que ha infringido las normas del Derecho de la Unión en materia de competencia, existe una presunción *iuris tantum* de que dicha sociedad matriz ejerce efectivamente una influencia determinante en su filial (sentencia *Eni/Comisión*, EU:C:2013:289, apartado 47).

En tales circunstancias, basta que la Comisión demuestre que todo o casi todo el capital de una filial pertenece a su sociedad matriz para concluir que concurre tal presunción. La Comisión podrá, seguidamente, declarar que la sociedad matriz está obligada solidariamente al pago de la multa impuesta a su filial, a no ser que dicha sociedad matriz, a la que incumbe destruir tal presunción, aporte suficientes elementos probatorios que demuestren que su filial se conduce de manera autónoma en el mercado (véanse las sentencias *Akzo Nobel y otros/Comisión*, EU:C:2009:536, apartado 61, y *Elf Aquitaine/Comisión*, C-521/09 P, EU:C:2011:620, apartado 57).

43 Además, en el caso concreto de que una sociedad holding posea todo o casi todo el capital de una sociedad interpuesta que posee, a su vez, todo el capital de una filial de su grupo que ha cometido una infracción de las normas de la Unión en materia de competencia, existe asimismo una presunción iuris tantum de que dicha sociedad holding ejerce una influencia determinante en el comportamiento de la sociedad interpuesta e indirectamente, a través de ésta última, también sobre el comportamiento de dicha filial (véase, en este sentido, la sentencia *Eni/Comisión*, EU:C:2013:289, apartados 48 y 49 y jurisprudencia citada) . »

*STS de 7 de diciembre de 2015. Sala 3ª, Secc. 3ª. F. D. 5º. Magistrado Ponente Sr. Bandrés Sánchez-Cruza.*

ROJ: STS 5313/2015. Nº Recurso: 586/2014. <http://www.poderjudicial.es>.

## XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES

### MEDIDAS CAUTELARES

Como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, no tienen carácter excepcional, para garantizar la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano judicial.

“No debe cuestionarse que las medidas cautelares son una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva ( art. 24.1 CE ) y que, por ello, la suspensión cautelar no tiene carácter excepcional, de suerte que sin desvirtuar la doctrina de los autos impugnados en la parte que se relaciona con el primero de los fundamentos de las medidas cautelares, el *periculum in mora*, que se reputa correcta, ha de tenerse en cuenta, sin embargo, la evolución que ha supuesto, respecto de los criterios tradicionales, la toma en consideración del llamado *fumus bonis iuris* o apariencia del buen derecho como elemento integrador del artículo 130 LJCA .

El *fumus bonis iuris* o apariencia de buen derecho es considerado en el derecho común de la justicia cautelar como un requisito exigible para que pueda adoptarse una resolución de esta naturaleza, pues no parece que a quien, manifiestamente, asiste la razón a limine *Litis* deba resultar perjudicado por el retraso en obtener una resolución de fondo. En principio constituye, pues, un requisito de carácter negativo para integrar las perspectivas mínimas indispensables de buen éxito que debe reunir la pretensión principal a la que accesoriamente está ligada la pretensión cautelar, pues mientras el ejercicio

de la acción no está sujeta a restricción alguna, por imperativo del art. 24 CE, el ejercicio de la pretensión cautelar, en cuanto supone en cierto modo la anticipación provisional de una resolución favorable a la pretensión de fondo, exige una justificación, prima facie o en apariencia, de su fundamento.

En el derecho público las prerrogativas exorbitantes de la Administración y la consiguiente necesidad de la justicia cautelar de constituir un contrapeso o límite a dichas prerrogativas, especialmente de la ejecutividad de la actuación administrativa, ha determinado, entre otras consecuencias, que el *fumus bonis iuris* o apariencia de buen derecho se desdibuje como requisito de carácter negativo (limitándose a casos extraordinarios) y se convierta en un criterio positivo, junto con otros, para determinar la procedencia de la medida cautelar.

La doctrina del *fumus bonis iuris* o «apariencia del buen derecho» supone una gran innovación respecto a los criterios que tradicionalmente venían siendo considerados a la hora de acordar o denegar la suspensión. Dicha doctrina permite valorar con carácter provisional, dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día se declare en la sentencia definitiva, entre otros factores, las posiciones de las partes y los fundamentos jurídicos de su pretensión a los meros fines de la tutela cautelar.

Este Tribunal Supremo ha admitido este criterio en algunas resoluciones a veces con gran amplitud (ATS 20 diciembre de 1990, 17 ene. 1991, 23 abril 1991, 16 julio 1991, 19 diciembre 1991, 11 marzo 1992, 14 mayo 1992, 22 marzo 1996 y 7 junio 1996), si bien en el actual estado de la jurisprudencia prevalece una doctrina que acentúa sus límites y aconseja prudencia y restricción en su aplicación.

La LJCA, en efecto, suprime todo apoyo normativo al criterio de *fumus bonis iuris*, cuya aplicación queda confiada a esta jurisprudencia. Se elimina, en efecto, del Proyecto LJCA el precepto que disponía que «la adopción de las medidas cautelares podrá acordarse cuando existan dudas razonables sobre la legalidad de la actividad administrativa a que se refieran» (art. 124.2 Proyecto LJCA). En su lugar, la LJCA dispone que «previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso» (art. 130.1 LJCA). El sentido restrictivo de esta omisión respecto al criterio de *fumus bonis iuris* resulta subrayado por la palabra «únicamente» y confirmado por el art. 132.2 LJCA (también introducido en el trámite parlamentario), en el cual se dispone que «no podrán modificarse o revocarse las medidas cautelares en razón de los distintos avances que se vayan haciendo durante el pro-

ceso respecto al análisis de las cuestiones formales o de fondo que configuran el debate; y, tampoco, en razón de la modificación de los criterios de valoración que el Juez o Tribunal aplicó a los hechos al decidir el incidente cautelar». Esto equivale a decir que si durante el transcurso del proceso se produce o incrementa la apariencia de buen derecho del demandante el tribunal no podrá fundar en esta modificación la adopción de una medida cautelar antes denegada.

Pues bien, en la actualidad, la jurisprudencia del Tribunal Supremo admite el criterio de apariencia de buen derecho, entre otros, en supuestos de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta; de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula; de existencia de una sentencia que anula el acto en una anterior instancia aunque no sea firme; de existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz o, de modo muy excepcional, de prosperabilidad ostensible de la demanda.

En efecto, nuestra jurisprudencia advierte frente a los riesgos de perjuicios (*Dogma vom Vorwegnahmeverbot* en la doctrina alemana), declarando que «la doctrina de la apariencia de buen derecho, tan difundida, cuan necesitada de prudente aplicación, debe ser tenida en cuenta al solicitarse la nulidad de un acto dictado en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general, declarada previamente nula de pleno derecho o bien cuando se impugna un acto idéntico a otro que ya fue anulado jurisdiccionalmente, pero no al predicarse la nulidad de un acto, en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión en el proceso principal, pues, de lo contrario se prejuzgaría la cuestión de fondo, de manera que por amparar el derecho a una efectiva tutela judicial, se vulneraría otro derecho, también fundamental y recogido en el propio artículo 24 de la Constitución, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba, porque el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito».

En definitiva, no es la pieza de suspensión el lugar indicado para enjuiciar de manera definitiva la legalidad de la actuación administrativa impugnada. Ahora bien, la doctrina de que se trata permite valorar la existencia del derecho con carácter provisional, dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza, y sin prejuzgarlo que en su día declare la sentencia definitiva, a los meros fines de la tutela cautelar.

Y es que existen supuestos singulares en los que la apariencia de buen derecho, dentro de los límites en que cabe realizar en la pieza de medidas cautelares, se impone con tal intensidad que si con carácter general la pérdida de la finalidad legítima del recurso es el elemento central de la decisión caute-

lar, debe ponderarse el posible resultado del asunto principal y el desvalor que representa desde el punto de vista de la tutela judicial efectiva la ejecución del acto administrativo impugnado.

Por otra parte, desde las sentencias *Factortame* y *Zuckerfabrik*, de 19 junio 1990 y 21 febrero 1991, respectivamente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea reconoce la competencia del juez nacional para suspender cautelarmente la ejecución de las leyes del país que estuvieran en contra del Derecho Europeo y, más aún de los actos administrativos cuando existieran fundadas dudas sobre su validez, e incluso adoptar medidas cautelares positivas frente a su aplicación. De esta doctrina se deduce que en aquellos casos en que el acto impugnado pueda estar en contradicción con el derecho europeo el principio de primacía de dicho derecho sobre el interno permite al órgano jurisdiccional acordar una medida cautelar encaminada a suspender la aplicación del expresado acto o a garantizar la eficacia de la resolución que pueda dictarse”.

*STS de 24 de febrero de 2016. Sala 3ª, Secc. 2ª. F. D. 2º. Magistrado Ponente Sr. Montero Fernández.*

ROJ: STS 694/2016. Nº Recurso: 2517/2015. <http://www.poderjudicial.es>.

## XII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

### JURADO PROVINCIAL DE EXPROPIACIÓN

Los acuerdos de los Jurados Provinciales de Expropiación gozan de la presunción de veracidad, legalidad y acierto.

“En todo caso, aun soslayando tales deficiencias formales, dichos motivos no pueden prosperar porque, de una parte, en cuanto al motivo segundo, no se ha infringido el principio de presunción de acierto de los acuerdos del Jurado que se alega por el recurrente, pues a este respecto es preciso partir de la doctrina reiterada de esta Sala, que recogen las sentencias de 9 de junio de 2012 (recurso 3245/2009) y 4 de diciembre de 2012 (recurso 1849/2012), entre otras muchas, según la cual los acuerdos de los Jurados de Expropiación Forzosa gozan de la presunción de veracidad, legalidad y acierto, por lo que sus decisiones merecen ser acogidas con el crédito y autoridad que se desprende de su doble composición técnica y jurídica, y de su permanencia y especialización, si bien siendo tal presunción de naturaleza *iuris tantum*, puede y debe ser revisada en vía jurisdiccional. Ahora bien, para que esta

presunción sea desvirtuada es necesario que se haga prueba suficiente de infracción legal, un notorio error de hecho o desafortunada apreciación de los elementos de prueba existentes en el expediente, cuya acreditación corresponde a la parte que impugna los acuerdos del Jurado de Expropiación, en la que recae el “onus probandi”, que es quien debe ofrecer los elementos de prueba con todas las garantías procesales. Y en el presente caso, como quiera que el Tribunal “a quo” considera que la prueba practicada no permite sostener la pretensión de valoración del suelo como urbano que propugna el expropiado, no resta otra solución que confirmar el acuerdo del Jurado objeto de impugnación jurisdiccional.

Y por lo que se refiere al motivo cuarto, además de la falta de claridad del argumento que en él se expone, no se aprecia que lo razonado por la Sala de instancia en cuanto a la pretendida valoración del suelo tomando como referencia eventuales mutuos acuerdos entre las partes sea erróneo pues como acertadamente señala dicho órgano jurisdiccional, la jurisprudencia de este Tribunal Supremo rechaza la aplicación analógica de los precios convenidos entre la administración expropiante y los expropiados en otros expedientes, por no tratarse de ninguno de los criterios de valoración previstos en la legislación, con fundamento en que estos convenios expropiatorios sólo producen efectos entre las partes, no extensibles a terceros, puesto que en ellos pueden concurrir muchas circunstancias ajenas a la verdadera valoración de los bienes expropiados, puesto que no se trata de una compraventa concertada en base al encuentro espontáneo y libre de la oferta y la demanda, sino de una transacción realizada mediante avenencia después de iniciado el expediente expropiatorio ( sentencias de 30 de junio de 1986 , 14 de diciembre de 1987 , 18 de marzo de 1993 , entre otras). En particular, la sentencia de 19 de septiembre de 2002 declara que “es manifiesto que el instituto de la expropiación es radicalmente diferente en su naturaleza al contrato de compraventa, sin que la expropiación pierda tal condición por el hecho de que el justiprecio se fije por mutuo acuerdo. En la expropiación concurren razones de utilidad pública que condicionan o pueden condicionar el actuar de la Administración expropiante que puede encontrarse urgido por la necesidad de satisfacer aquella necesidad y, por otra parte, se da en el expropiado una situación condicionada por la fuerza del expediente expropiatorio que en todo caso determinará que se vea privado de su propiedad. No son, en consecuencia, los justiprecios establecidos por mutuo acuerdo el valor en venta a que se refiere el artículo 38.2 de la Ley de Expropiación”. Criterio este que se reitera, entre otras, en sentencias de 13 de junio de 2011 (recurso 885/2008) y 18 de diciembre de 2012 (recurso 896/2010).”

*STS de 26 de octubre de 2015. Sala 3ª, Secc. 1ª. F. D. 3º. Magistrado Ponente Sr. Herrero Pina.*

ROJ: STS 4332/2015. Nº Recurso 2309/2014. <http://www.poderjudicial.es>.

### XIII. FUENTES

#### REGLAMENTO AUTONÓMICO

Se omite el preceptivo trámite de audiencia a los interesados en el procedimiento de elaboración de un reglamento: se trata del Decreto 15/2011, de 1 de febrero, por el que se establece el régimen general de planificación de los usos y actividades en los parques naturales. La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Andalucía, con sede en Sevilla, anuló esta disposición en 2013.

“Como primer motivo de casación, al amparo del artículo 88.1.c) de nuestra Ley Jurisdiccional, la Junta de Andalucía denuncia que la sentencia impugnada incurre en un vicio de incongruencia y de falta de motivación causando indefensión, porque la anulación se basa en un vicio que como tal no fue invocado por la entidad recurrente en la instancia, ni fue sometido por la Sala sentenciadora a la consideración de las partes antes de resolver, por lo que no tuvo la Junta modo de combatir tal motivo de nulidad determinante a la postre del fallo; y, por otra parte también, desde la perspectiva ahora de la motivación, la anulación de la norma reglamentaria impugnada se basa en el incumplimiento de un trámite, sin concretar el precepto que imponía el trámite y que, por tanto, resultaba infringido.

No es exactamente cierto esto último, toda vez la sentencia deja expresa constancia su “ratio decidendi”, que sitúa concretamente en el ámbito del artículo 21 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, cuyo apartado segundo dispone que: “El procedimiento de elaboración de los Planes incluirá necesariamente trámites de audiencia a los interesados, información pública y consulta de los intereses sociales e institucionales afectados y de las organizaciones sin fines lucrativos que persigan el logro de los objetivos de esta Ley”.

Sobre este precepto funda así la Sala su conclusión de que, en la medida en que las corporaciones locales incluidas total o parcialmente en el ámbito territorial de los distintos PORN de los Parques Naturales de Andalucía reúnen las condiciones legalmente establecidas para su consideración como interesadas, resulta perentorio el otorgamiento del trámite de audiencia a todas y cada una de tales corporaciones.

Lejos está la sentencia impugnada de estar inadecuadamente fundamentada, por tanto. No podemos compartir que esta resolución carezca de la mo-

tivación que le resulta exigible.

Por otra parte, y desde la perspectiva de la incongruencia, la cuestión, cuyo tratamiento se dice soslayado en el curso del debate sustanciado en la instancia, aparecía ya suscitada desde el escrito de demanda, que en efecto reprocha a la administración autonómica la omisión en el procedimiento de la participación de las corporaciones locales afectadas, trámite que resulta exigible según la asociación recurrente en la instancia, atendiendo a la normativa que resulta de aplicación.

Es cierto que la demanda cimenta después su construcción argumental, esencialmente con base en la Ley 2/1992, de 15 de agosto, Forestal de Andalucía, y en el Reglamento dictado en su desarrollo (Decreto 208/1997, de 9 de septiembre), normativa que, según la Junta de Andalucía, regula un procedimiento diferente, relativo a la tramitación de los PORN de los terrenos forestales distintos de los PORN de los parques naturales.

Pero el error no fue sino entender que, en desarrollo de las previsiones establecidas por la normativa básica (Ley 42/2007: artículo 21), a esa normativa era a la que había que acudir. Por eso, en apreciación de la Sala:

“Al margen de las diversas interpretaciones sobre el procedimiento adecuado, sí es claro que tanto el citado artículo 21 de la Ley 42/2007 como el art. 6 de la Ley 4/1989 establecen en todo caso la necesaria observancia de los trámites procedimentales de audiencia de los interesados, información pública y consulta de los intereses sociales e institucionales afectados”.

Es decir, la cuestión estaba conveniente y suficientemente planteada desde el principio, y por eso la Sala no encuentra razones para proceder a la apertura de un trámite complementario en aras de la salvaguardia del principio de congruencia procesal.

No está de más recordar la virtualidad de la regla “iura novit curia”, por otra parte, en el ejercicio de la función jurisdiccional, tal y como este Tribunal Supremo tiene reiteradamente dicho (entre otras, STS de 3 de junio de 2004, 2 de febrero de 2005 y 23 de marzo de 2005

Así, pues, al margen de la corrección de la normativa puntualmente invocada, la cuestión sobre la intervención de las corporaciones locales en el procedimiento de aprobación de la normativa reglamentaria impugnada en la instancia estaba adecuadamente suscitada desde el inicio del litigio y, por tanto, no cabe apreciar la producción del vicio de incongruencia (por exceso) que también el recurso pretende hacer valer al socaire de este motivo”

*STS de 3 de julio de 2015. Sala 3ª, Secc. 5ª. F. D. 4º. Magistrado Ponente Sr. Suay Rincón.*  
 ROJ: STS 3362/2015. Nº Recurso: 3554/2013. <http://www.poderjudicial.es>.

## XIV. HACIENDA PÚBLICA

### TASAS

La forma gestora de prestación del servicio público es irrelevante para delimitar el ámbito de aplicación de las tasas.

“Debe precisarse, ante todo, que la sentencia previa en que se apoya el Tribunal de instancia para desestimar el recurso contencioso administrativo se refería a una modificación de la Ordenanza, operada antes de la entrada en vigor de la ley 2/2011 de Economía Sostenible, que modificó el art. 2.2 apartado a) de la Ley General Tributaria, suprimiendo el apartado en relación con lo que debía de entenderse por actividades o servicios prestados en régimen de derecho público.

En esta situación, el Tribunal Supremo en sentencia de 22 de mayo de 2014, siguiendo su doctrina sintetizada en la sentencia de 3 de diciembre de 2012, enjuiciando supuestos de hecho posteriores a la ley 25/1998, de 13 de julio, de modificación del Régimen Legal de las tasas estatales y locales y de ordenación de las prestaciones patrimoniales de carácter público, y que superaba la distinción entre contraprestaciones que generaban ingresos de Derecho público y las que no tenían esta naturaleza, confirma la calificación como tasa de la retribución abonada por los usuarios al Ayuntamiento de Santa Cruz de la Palma, aunque el servicio público fuera prestado mediante concesión, por ser indiferente el modo de gestión del mismo.

Sin embargo, ahora nos encontramos con una modificación de una Ordenanza que se aprueba una vez en vigor la ley 2/2011, por lo que habrá que determinar el alcance de la supresión del apartado segundo del art. 2.2 a) de la Ley 58/2003, que llevó a cabo su disposición final quincuagésima octava, en lo que respecta a la tasa local.

Ante esta regulación, esta Sala, siguiendo la doctrina constitucional de que la forma o régimen con que se preste el servicio público por parte de su titular no afecta a la naturaleza de la contraprestación, se vio obligada a modificar su criterio tradicional de que no podían considerarse como tasas las prestaciones por servicios prestados en régimen concesional, haciéndolo incluso antes de la entrada en vigor del segundo párrafo del art. 2.2 a) de la Ley General Tributaria de 2003, declarando que la forma gestora es irrelevante para delimitar el ámbito de aplicación de las tasas; y que lo esencial era determinar si estamos ante prestaciones coactivas por servicios de carácter obligatorio, indispensables o monopolísticos, doctrina que hay que seguir manteniendo, pese a la derogación de dicho párrafo por la disposición adi-

cional 58 de la Ley de Economía Sostenible , máxime cuando los conceptos de prestaciones patrimoniales de carácter público y de tributos son recordados también por el Tribunal Constitucional en la sentencia 102/2005, de 20 de abril, que estima la cuestión de inconstitucionalidad y declara inconstitucionales y nulos los apartados 1 y 2 del art. 70 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante , en la medida en que califica como “precios privados” contraprestaciones por servicios portuarios que constituyen prestaciones patrimoniales de carácter público, siendo tributos, con independencia de que los denominados servicios portuarios sean prestados por la Autoridad portuaria de forma directa o indirecta.

En suma, si en la sentencia de 20 de julio de 2009, examinando el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Ávila de 22 de diciembre de 2000 se aprobó definitivamente la modificación de Ordenanzas y Regulación de Precios Intervenidos por la Administración para el ejercicio 2001, esto es, antes de que se aprobase la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, dijimos con rotundidad que « el servicio de suministro y distribución de agua potable, debe ser objeto de una tasa (art. 20.4.t) LHL). Poco importa que el servicio público de suministro de agua potable sea prestado mediante concesión administrativa. Las contraprestaciones que satisface el usuario del servicio de suministro de agua potable prestado mediante concesión deben ser calificadas como tasas, con independencia de la modalidad de gestión empleada. Incluso en los casos en que el servicio es gestionado por un ente público que actúa en régimen de Derecho privado -las entidades públicas empresariales-, a través de sociedades municipales o por un concesionario, lo exigido a los ciudadanos tiene la calificación de tasa, no de precio privado o tarifa. La forma de gestión del servicio no afecta a la naturaleza de la prestación, siempre que su titularidad siga siendo pública, como sucede en los supuestos de concesión» (FD Cinco.3); y la reforma operada por la Ley 2/2011 de Economía Sostenible se limita a dejar el concepto de tasa contemplado en la Ley General Tributaria de 2003, tal y como estaba recogido anteriormente en la derogada Ley General Tributaria de 1963, no vemos razones suficientes para modificar aquel resultado hermenéutico. Ni la doctrina constitucional ha cambiado, ni la específica regulación de las tasas locales lo ha hecho en este particular, ni tampoco su consideración como servicio público de prestación obligatoria por los municipios ex artículo 26.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. Esta posición implica matizar lo que declaramos en la reciente sentencia de 28 de septiembre de 2015 (casación 2042/2013 ), cuyo alcance ha de entenderse en relación con el supuesto de servicio funerario allí examinado, pres-

tado por empresa de capital mixto, participada por mancomunidad municipal, en tanto que fue liberalizado por el Real Decreto Ley 7/1996 y, por tanto, de la prestación de servicios en régimen de derecho privado.

*STS de 23 de noviembre de 2015. Sala 3ª, Secc. 2ª. F. D. 3º y 7º. Magistrado Ponente Sr. Frías Ponce.*

ROJ: STS 5037/2015. Nº Recurso: 4091/2013. <http://www.poderjudicial.es>.

## XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

### DECLARACIÓN DE INTERÉS COMUNITARIO

La presente sentencia evidencia el control jurisdiccional de las potestades discrecionales de la Administración.

“La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana dictó, con fecha 5 de diciembre de 2013, sentencia en el recurso contencioso-administrativo número 77 de 2010 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «FALLAMOS: Estimamos el recurso contencioso núm. 77/2010 , interpuesto por ARISTARIA SL , contra la resolución de fecha 15.12.2009, dictada en el expediente de Declaración de Interés Comunitario, dictada por Conseller de Medio Ambiente Agua Urbanismo y Vivienda, declarándola nula y dejándola sin efecto. No procede pronunciamiento en costas».

Dicha sentencia se basa, entre otros, en el siguiente fundamento jurídico tercero: «Con carácter general sobre la naturaleza de la DIC esta Sala y Sección se ha pronunciado sobre la excepcionalidad de atribuciones de usos no agropecuarios en suelo rústico que ha sido una constante de nuestra jurisprudencia. Y así hemos dicho: ligada a la naturaleza del suelo no urbanizable se impuso una interpretación restrictiva de los supuestos en los que cabía levantar la prohibición general.

»Por lo demás, ya desde 1978, la CE consideró necesaria la utilización racional de los recursos naturales (entre los que se incluye el territorio), y la preservación y mejora del medio ambiente. Es este marco, donde se encuadra la ordenación del suelo no urbanizable acometida por la legislación Valenciana entre 1992 y 2004.

»La DIC, siempre se ha situado, en el marco de los actos administrativos constitutivos, esto es, que atribuyen ex novo, por ministerio de la Ley, un derecho subjetivo del que carecía el interesado al iniciar el procedimiento. La

Ley, antes de la DIC, no reconoce al propietario de un suelo rústico, más derecho que el de la explotación agropecuaria de su finca. Este y no otro, es el contenido natural, normal, de su derecho de propiedad sobre esta clase de suelo. Solo cuando, determinadas circunstancias objetivas concurren, podrá la administración, valorar y decidir respecto de la atribución de un uso que originalmente le estaba vedado.

»Así las cosas, la DIC se puede configurar como una suerte de planeamiento puntual, mediante el cual la administración decide, con idéntica discrecionalidad que la ampara a la hora de ejercer su potestad de planeamiento, respecto de un uso concreto, especial, que otorga a una parcela determinada de suelo rústico, por considerar que ese uso es de “interés comunitario” y por ello, protegible por el ordenamiento jurídico, como una excepción a la norma común que rige la determinación de los usos en cada categoría de suelo”.

*STS de 24 de noviembre de 2015. Sala 3ª, Secc. 5ª. F. D. 2º. Magistrado Ponente Sr. Peces Morate.*

ROJ: STS 5338/2015. Nº Recurso: 427/2014. <http://www.poderjudicial.es>.

## XVI. MEDIO AMBIENTE

### LEGITIMACIÓN ACTIVA

Se le reconoce a una Asociación para la conservación del medio ambiente acuático, para impugnar un Decreto que declara de interés general la transformación regable de una determinada zona. Una vez más el procedimiento de elaboración del reglamento adolece de la omisión del trámite de información pública, exigido por la Ley 6/2006 del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

“El presente recurso de casación es interpuesto por la Letrada de la Junta de Andalucía contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso- Administrativo (Sección 3ª) del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, de 16 de enero de 2014.

La sentencia ahora impugnada estima el recurso contencioso-administrativo promovido por la Asociación para la Conservación Piscícola y de los Ecosistemas Acuáticos del Sur contra el Decreto 373/2009 pública en el procedimiento de elaboración de los reglamentos, añadiendo que “sólo podrá omitirse dicho trámite cuando graves razones de interés público, que asimismo habrán de explicitarse, lo exijan”. En el presente caso, este trámite fue ob-

viado, sin que se adujesen razones de interés público para ello; lo que conduce al fallo anulatorio.

Se basa este recurso de casación en dos motivos, articulados al amparo del art. 88.1 .d) LJCA . En el motivo primero, se alega infracción del art. 19.1.a) LJCA . Sostiene la recurrente que la sentencia impugnada habría debido acoger la excepción de falta de legitimación activa formulada en la instancia, por carecer la demandante del necesario interés legítimo. Subraya, en especial, el hecho de que la finalidad principal perseguida por la demandante es la conservación piscícola, mientras que la disposición general recurrida -lejos de regular cuestiones de esa naturaleza-se limita a declarar de interés general la transformación en regable de una determinada zona.

Este motivo no puede prosperar. La sentencia impugnada es clara al señalar que la demandante es una asociación entre cuyos fines se encuentra la conservación del medio ambiente acuático y la colaboración con las Administraciones competentes en esta materia. Dice a este respecto:

“En este sentido examinados los estatutos de la asociación accionante, se observa que entre sus fines se encuentran el de “conservación del medio ambiente en general”, así como “la participación activa en los órganos de las administraciones con competencias ambientales, de aguas, de pesca y cualquiera otras relacionadas con los fines de la asociación”, “la colaboración de las Consejerías competentes en materia de medio ambiente...”.

Pues bien, siendo esto así, no puede por menos que reconocerse legitimación activa de la adora, puesto que el Decreto, como quiera que incluye 2.000 hectáreas de nuevos regadíos, con el consumo de agua que ello supone, al menos, desde el punto de vista teórico, pudiera tener incidencia en los ecosistemas y medio ambiente afectados, que es lo que pretende demostrar y defenderla parte adora. De hecho, el apartado cuarto (folios 10 a 13 de la demanda) se dedica por la parte adora a poner en evidencia, según su criterio, la afección que esa puesta en regadío podría suponer para la planificación hidrológica, así como “para el medio ambiente, y más concretamente, para un espacio protegido como es el Parque Natural de la Sierra de Castril y el corredor ecológico que supone en la actualidad el río Castril en los espacios protegidos del PN de Castril y PN de Baza.”

Así las cosas, aunque el interés de la demandante tal vez no sea directo, está encuadrado dentro de sus fines asociativos y, por ello mismo, no se trata de una mera defensa objetiva de la legalidad. En su condición de entidad sin ánimo de lucro que persigue la conservación medioambiental en el área geográfica afectada por el Decreto 373/2009, la demandante ostenta un interés legítimo en las cuestiones reguladas por aquél y, en consecuencia, debe reputarse legitimada para pretender su anulación.

En el motivo segundo, se alega infracción del art. 24.1.C) de la Ley estatal 50/1997, del Gobierno. Argumenta la recurrente que todo el procedimiento de elaboración del Decreto 373/2009, desde su iniciación misma, se hizo con arreglo al precepto estatal invocado como infringido; y no con base en el art. 45.1.c) de la Ley andaluza 6/2006, cuya inobservancia conduce a la sentencia impugnada a estimar el recurso contencioso-administrativo. Para sustentar su argumentación, solicita la recurrente que esta Sala integre los hechos declarados por la sentencia impugnada y, teniendo a la vista el expediente administrativo, compruebe que efectivamente el procedimiento de elaboración del Decreto 373/2009 se llevó a cabo apoyándose en la ley estatal. Ello es importante porque ésta última, a diferencia de la ley andaluza, permite -sin necesidad de justificación específica- que el trámite de audiencia se efectúe “a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley (...) cuyos fines guarden relación directa con el objeto de la disposición”. Y consta que, en el presente caso, se había oído a diversas organizaciones representativas del sector.

Tampoco este motivo puede ser acogido. Aun siendo cierto que el Decreto 373/2009 fue elaborado con arreglo al art. 24.1.c) de la Ley estatal del Gobierno y que, tal como éste prevé, se dio audiencia a organizaciones representativas, lo crucial es que la sentencia impugnada entiende que la norma reguladora del procedimiento de elaboración de disposiciones generales no era la estatal, sino la autonómica. Así, para que este motivo casacional pudiera estimarse, sería necesario mostrar que la sentencia impugnada yerra sobre este punto de derecho; es decir, sería necesario argumentar convincentemente que la Administración autonómica podía válidamente apoyarse en el art. 24.1.c) de la Ley estatal del Gobierno—eludiendo así el más exigente precepto autonómico— para la elaboración del Decreto 373/2009. Sólo de esta manera podría concluirse que la sentencia impugnada infringe, por inaplicación, el art. 24.1.c) de la Ley estatal del Gobierno. Pero la recurrente nada dice a este respecto, dando injustificadamente por supuesto que la Administración autonómica podía optar entre seguir el procedimiento establecido en la ley autonómica o el recogido en la ley estatal”.

*STS de 29 de diciembre de 2015. Sala 3ª, Secc. 4ª. F. D. 1º, 2º y 3º. Magistrado Ponente Sr. Díez-Picazo Giménez.*

ROJ: STS 5633/2015. Nº Recurso: 878/2014. <http://www.poderjudicial.es>.

## XX. RESPONSABILIDAD

### RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO LEGISLADOR

Se trata de la reclamación por daños que tiene su origen en el Real Decreto-Ley 1/2012, por el que se procede a la suspensión de los procedimientos de preasignación de retribución y a la supresión de los incentivos económicos para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de cogeneración, fuentes de energía renovables y residuos.

“Aun siendo esto así no hay norma alguna que permita sostener que la medida sorpresiva que supuso el Real Decreto-ley 1/2012 haya dado paso a un proceso de pre-asignación estable y predecible; al contrario, el proceso que han supuesto las Disposiciones adicionales decimocuarta y cuarta de la Ley del Sector Eléctrico de 2013 y del Real Decreto 413/2014 , respectivamente, aparece como consecuencia de una decisión excepcional -se denomina “régimen retributivo específico”- que no genera la certeza de que se vaya a mantener una periodicidad en el régimen de pre-asignación que elimine la antijuridicidad que ahora supone la inutilidad de los gastos efectuados al amparo del artículo 4.3 del Real Decreto-ley 6/2009 para los titulares de instalaciones incluidas en el Anexo II de la Resolución de 15 de julio de 2015 o que no hicieron solicitud alguna antes de la vigencia del Real Decreto-ley 1/2012.

Llegados a este punto, procede determinar el alcance indemnizatorio de la anterior declaración. A estos efectos, esta Sala en su Sentencia de 9 de diciembre de 2015 (recurso contencioso-administrativo 6/2014 ) ha entendido que el único perjuicio indemnizable es el que deriva de los gastos que las compañías correspondientes hubieron de efectuar para conseguir su inscripción en el Registro de pre-asignación, sin incluir en tales perjuicios ni los gastos asociados a la efectiva puesta en funcionamiento de las instalaciones, ni el lucro cesante derivado de la prima adicional al precio de la energía que se dejó de ingresar.

Esa limitación de lo resarcible se basa en las siguientes razones:

1º Del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, se deducen los siguientes títulos (artículo 115 ): autorización administrativa, que opera sobre el anteproyecto; aprobación del concreto proyecto de instalación, que permite la construcción o establecimiento y la autorización de explotación, que se otorga una vez ejecutado el proyecto y va seguido de acta de puesta en servicio (artículo 132).

2º El Real Decreto 661/2007 en cuanto a la autorización de instalaciones se remite al Real Decreto 1955/2000 (artículo 5) y exigía la inscripción en el Registro mediante una inscripción previa -que empieza con acta de puesta en servicio provisional (artículo 11.2)- y la inscripción definitiva (artículo 12). 3º Es obvio que la inscripción en el Registro de pre-asignación exigía a los interesados que cumpliesen los requisitos previstos en el artículo 4.3 del Real Decreto-ley 6/2009 (punto de acceso y conexión firme, autorización administrativa de instalación, avales, punto de suministro, etc.); y el cumplimiento de esos requisitos exigía incurrir en unos gastos que deben ser indemnizados, precisamente porque la imprevisible suspensión del régimen determinó la inutilidad, en principio, de la realización de tales pastos.

4º Por tanto y como ya se razonó, el régimen derivado del Real Decreto-ley 6/2009 determinó que las compañías del sector confiaran legítimamente en que obtendrían la inscripción en el repetido Registro de pre-asignación si cumplían las exigencias previstas en aquella disposición legal. Y si ello es así, es claro que los gastos asociados a aquella petición de inscripción (cuya suspensión determinó su inutilidad a efectos de la inscripción misma) deban ser resarcidos.

5º Cosa distinta sucede con los gastos asociados a la efectiva puesta en marcha de la instalación. En el sistema anterior al Real Decreto-ley 1/2012, el derecho a vender la energía a régimen primado no se asociaba automática e indefectiblemente, en modo alguno, al cumplimiento de los requisitos para obtener la inscripción en el Registro de pre-asignación. Tan es así que el propio artículo 4.5 del Real Decreto-ley 6/2009 disponía expresamente que « las instalaciones [que reúnan los requisitos correspondientes] inscritas en el Registro de pre-asignación de retribución dispondrán de un plazo máximo de treinta y seis meses a contar desde la fecha de su notificación, para ser inscritas con carácter definitivo en el Registro administrativo de instalaciones de producción en régimen especial dependiente del órgano competente y comenzarla venta de energía », añadiendo que “ en caso contrario les será revocado el derecho económico asociado a la inclusión en el Registro de pre-asignación de retribución ».

6º Portante, el Real decreto-ley 6/2009 no opera sobre instalaciones ya ejecutadas sino sobre proyectos (artículo 4.4), refiriéndose la Disposición transitoria quinta a “proyectos inscritos” y así en el debate de convalidación del Real Decreto-ley 1/2012 expresamente se recordó que para ejecutar la instalación había unos plazos entre dieciséis y treinta y seis meses desde su inscripción, luego la pre-asignación no es un requisito para construir, lo que se confirma con la Disposición adicional cuarta.<sup>8</sup> del Real Decreto 413/2014.

7º A juicio de la Sala, la decisión empresarial de poner en marcha la insta-

lación -y la realización de los gastos asociados a esa puesta en funcionamiento- es cuestión que afecta, exclusivamente, a la compañía misma y que, desde luego no derivaba, ni estaba asociada al régimen jurídico vigente cuando se produce la suspensión de los procedimientos de inscripción. Dicho de otro modo, la solicitud de incorporarse al Registro de pre-asignación Vio implicaba el derecho a poner en funcionamiento la instalación, sino la expectativa de que, obtenida la inscripción, pudiera comenzarse a vender energía al régimen primado que el ordenamiento establecía entonces. Si el empresario decide “adelantarse”, valga la expresión, y efectuar unas obras y acometer unos gastos para que una instalación (que ni siquiera había sido inscrita) entre en efectivo funcionamiento, tal decisión no puede ser imputable a la normativa que resulta de aplicación, sino al propio riesgo inherente a la actividad empresarial...”

*STS de 10 de diciembre de 2015. Sala 3ª, Secc. 4ª. F. D. 23 a 25. Magistrado Ponente Sr. Requero Ibáñez.*

ROJ: STS 5374/2015. Nº Recurso: 40/2014. <http://www.poderjudicial.es>.

## XXI. SALUD Y SERVICIOS SOCIALES

### RESPONSABILIDAD DEL SERVICIO PÚBLICO DE SALUD

La privación de expectativas, denominada en nuestra jurisprudencia doctrina de la pérdida de oportunidad, constituye un daño antijurídico.

“En lo esencial, la sentencia, después de un minucioso relato de los antecedentes y de la valoración de la prueba pericial practicada, considera:

«“(…) Pues bien, en el presente supuesto, la conclusión que, a la vista de cuanto antecede, alcanza la Sala, es que, si bien no parece dudoso que se trataba de un caso raro en el que concurrieron una serie de circunstancias que dificultaron el diagnóstico, y como dice el perito judicial no hubo infracciones francas (entendemos que quiere decir claras o evidentes) de la *lex artis*, se aprecia un déficit en el funcionamiento de los servicios sanitarios. Como ha quedado ya expuesto, cuando en 20 de octubre de 2010 y ante el empeoramiento del enfermo se le practica una RM dorsolumbar tras la que se informa que ... Parece una evolución atípica para un infarto ...en este teórico contexto de progresión y posible malformación vascular asociada a la mielopatía habría que considerar la posibilidad diagnóstica de mielopatía venosa congestiva (Foix Alajouanine ). La angiografía negativa no excluye este

diagnóstico, la respuesta que dio neuroradiología fue que ya se había practicado una arteriografía con resultado negativo. Pero esto no parece suficiente ante la importante pista que se estaba dando de posible malformación a pesar de ese resultado negativo y que debió haber determinado alguna actuación complementaria, con independencia de su eficacia”.

En todo caso, no puede afirmarse que un diagnóstico temprano (eventualmente conseguido con una actitud más diligente) hubiese evitado el mal:

En este sentido la actora apunta en su demanda e insiste en ello en conclusiones, que el retraso diagnóstico fue debido a problemas de intracomunicación hospitalaria, que dio lugar al retraso de 5 meses en realizar una angiografía que pudiera establecer el verdadero diagnóstico de la fistula. Y ello la conduce a afirmar que estamos ante un caso de “pérdida de oportunidad” en el tratamiento médico. Otra cosa será -indica- que esa dificultosa localización y el que no hubiera quedado al 100%, influya en la valoración o tanto por ciento que pueda aplicarse a la cuantificación de la indemnización. Dicho criterio lo dejamos a la sana crítica del juzgador.

En efecto, esta privación de expectativas, denominada en nuestra jurisprudencia doctrina de la pérdida de oportunidad, constituye, como afirma la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3a, Sección 6a, de 7 de julio de 2.008, recurso 4776/2004 , con cita de las de 7 de septiembre de 2005 (casación 1304/01 ) y 26 de junio de 2008 (casación 4429/04), un daño antijurídico puesto que, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación), los ciudadanos deben contar, frente a sus servicios públicos de la salud, con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica pone a disposición de las administraciones sanitarias.

En definitiva, se ha producido la pérdida de oportunidad cuyas consecuencias no pueden determinarse con seguridad pero que obligan a indemnizar. Así lo afirma la sentencia del Tribunal Supremo antes reseñada:

“Con cita de jurisprudencia anterior, esta Sala y Sección en Sentencia de 16 de febrero de 2011, rec. casación 3747/2009, dice que la “privación de expectativas, denominada por nuestra jurisprudencia “pérdida de oportunidad” se concreta en que basta con cierta probabilidad de que la actuación médica pudiera evitar el daño, aunque no quepa afirmarlo con certeza para que proceda la indemnización, por la totalidad del daño sufrido, pero sí para reconocerla en una cifra que estimativamente tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación que el paciente sufrió como consecuencia de ese diagnóstico tardío de su enfermedad, pues, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que

explica la inexistencia de un derecho a la curación) los ciudadanos deben contar frente a sus servicios públicos de la salud con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica posee a disposición de las administraciones sanitarias.”

Por todo lo anterior, y valorando ponderadamente todas las circunstancias indicadas, se fija la cantidad de 35.000 euros como indemnización actualizada al momento presente, sin intereses dada la falta de liquidez de la cantidad señalada y la actualización a la fecha actual”

*STS de 21 de diciembre de 2015. Sala 3ª, Secc. 4ª. F. D. 1º. Magistrado Ponente Sr. Arozamena Laso.*

ROJ: STS 5640/2015. Nº Recurso: 1247/2014. <http://www.poderjudicial.es>.

## XXII. URBANISMO Y VIVIENDA

### PGOU DE MARBELLA

El TS reitera los argumentos por los que se anula la aprobación definitiva de la revisión del PGOU de Marbella.

“No contestaremos, sin embargo, de forma expresa a los motivos de impugnación cuyo enjuiciamiento correspondería efectuar en este trance, pues la Orden de 25 de febrero de 2010, del Consejero de Vivienda y Ordenación del Territorio de la Junta de Andalucía -por la que se aprobó definitivamente la Revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Marbella, con la reserva de la subsanación de las deficiencias observadas en el instrumento de planeamiento-, y la posterior Orden de 7 de mayo de 2010, de la Consejería de Obras Públicas y Vivienda de la misma Junta de Andalucía -por la que se dispuso la publicación de la Normativa Urbanística de la Revisión del Plan General de Ordenación Urbanística de Marbella, aprobada por Orden antes citada de 25 de febrero de 2010-, han sido anuladas por recientes SSTS de esta Sala y Sección.

En consecuencia, de conformidad con los principios de unidad de doctrina y economía procesal, hemos de proceder a ratificar la nulidad decidida con base en las mismas argumentaciones contenidas en las SSTS de 27 (2) y 28 de octubre de 2015 pasado, cuyos fundamentos de anulación procedemos a reiterar de forma muy resumida.

A) En nuestra Sentencia de 27 de octubre de 2015 vinimos a cuestionar la

finalidad perseguida que se invoca para justificar las determinaciones de ordenación incorporadas al planeamiento impugnado:

«1º. No corresponde al ámbito de la potestad de planeamiento modular la legalización de lo ilegalmente construido:

“Se olvida, con tal actuación, que, a diferencia del sistema tradicional, que se contenía en el artículo 103 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956 (LRJCA 56)“ (...) “la vigente Ley 28/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LRJCA), dando un giro trascendental, proclama, en el artículo 103.1 que “la potestad de hacer ejecutar las sentencias y demás resoluciones judiciales corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales de éste orden jurisdiccional”“

“No resulta de recibo pretender aislar o blindar jurídicamente situaciones de infracción judicialmente declaradas al socaire de un nuevo —e incluso integral y completo— planeamiento frente a la potencialidad jurídica de una resolución judicial”

“No resulta posible, pues, compatibilizar la normalización (vía obtención dotacional) sin tomar en consideración, con toda su potencialidad y eficacia, las nulidades jurisdiccionalmente declaradas, se insiste, no resulta posible legalización alguna, en función -sin más- del nuevo planeamiento”

“El cometido de todo plan consiste en la consecución de una ordenación racional del espacio físico comprendido dentro de su respectivo ámbito” (...) De este modo, se desnaturaliza la auténtica finalidad de los planes si se apartan de la finalidad que les es propia y buscan satisfacer otra en su lugar o junto a ella. En definitiva, sólo en la medida en que sirvan a su finalidad típica vendrá a estar justificado el ejercicio de la potestad de planeamiento por parte de la Administración”.

“Atendiendo a los datos proporcionados por la Memoria de referencia, en el caso que nos ocupa, la “Normalización” viene a erigirse, como se ha expuesto, en una de las directrices básicas del PGOU de Marbella, y, de este modo, puede colegirse, el PGOU se aparta de la finalidad típica que le es propia y que tiene asignada por el ordenamiento jurídico”

2º. No está en manos del planificador alterar o desfigurar el concepto de SUC: “Si que es cierto que, en determinados supuestos, no se realizaron todas las cesiones de obligado cumplimiento, o, si las realizadas lo fueron de forma deficiente, ello fue, en todo caso, imputable no sólo a la ilegalidad de las licencias concedidas, sino también a la deficiente gestión en el control de que lo construido, en la realidad, al menos, se ajustaba a lo indebidamente autorizado. Imputación que, obviamente, no excluye la de los iniciales promotores de las edificaciones”

“En tal situación, la configuración en el planeamiento del concepto de SUNC Transitorio (caracterizado por tratarse de un proceso o tránsito de ejecución hacia el complemento de dotaciones), no previsto expresamente en la LOUA, con el que delimitar situaciones como las descritas, y con las consecuencias que ello implica, se nos presenta como contraria a la jurisprudencia de esta Sala”.

“Conforme a lo expuesto, no resulta jurídicamente aceptable —constituyendo una técnica acreedora de censura por nuestra parte— el expuesto y generalizado recurso a la categoría del SUNC, como fórmula empleada de manera indiscriminada y como modo de tratar de solventar todas las patologías en que ha podido incurrirse con anterioridad a la Revisión del PGOU”.

3º. No resulta jurídicamente posible proceder a la alteración por el planificador de los mecanismos legales de responsabilidad por el incumplimiento de los deberes urbanísticos, considerando como principio esencial la atribución de la misma a los promotores de las construcciones en contra de lo previsto en el artículo 19 del TRLS08:

“Obvio es que las cargas cuya imposición se pretende —con independencia de su viabilidad jurídica— sólo corresponden a quienes, en la actualidad, figuran como propietarios o titulares de los inmuebles”.

“La imposición de tales cargas lo es —tiene su fundamento— en función del interés público propio de la potestad de planeamiento, pero no para “sancionar” actuaciones anteriores que lesionaron tal interés público”.

“Esta atribución de cargas a los no propietarios rompe con el estatuto de la propiedad inmobiliaria, pues se imponen obligaciones conectadas con la propiedad a quien ya no es propietario: el principio de la equidistribución de beneficios y cargas no puede convertirse en la finalidad del plan, antes bien, constituye su consecuencia necesaria”.

4º. Por último, igualmente carece de apoyo la exigencia de nuevas prestaciones que alteran el equilibrio del derecho de propiedad y que además dependen de la modulación del nivel de legalización realizado por el propio planificador:

“Se procede a una imputación de cargas y gravámenes individuales —incluso, como hemos examinado antes, a quienes ya no son propietarios—, que carece de respaldo en norma alguna con rango de ley, desarrollándose tal imputación sin el seguimiento de ningún procedimiento tramitado de forma individual y con todas las garantías previstas para este tipo de exacciones económicas”».

B) También en nuestra Sentencia de 27 de octubre de 2015, en relación con la exigencia de incorporar al plan un estudio de sostenibilidad económica, vinimos a agregar:

«“El concepto de sostenibilidad económica a que se refiere el legislador estatal en el artículo 15.4 del Texto Refundido de la Ley de Suelo no debe confundirse con el de viabilidad económica, más ligado al sentido y finalidad del estudio económico-financiero, sino que va relacionado con dos aspectos distintos, la justificación de la suficiencia del suelo productivo previsto y, el análisis del impacto de las actuaciones previstas en las Haciendas de las Administraciones Públicas intervinientes y receptoras de las nuevas infraestructuras y responsables de los servicios resultantes. Por otra parte, desde una perspectiva temporal el informe de sostenibilidad económica ha de considerar el coste público del mantenimiento y conservación de los nuevos ámbitos resultantes en función de los ingresos que la puesta en marcha de la actuación vaya a generar para las arcas de la Administración de que se trate. Es decir, mientras el estudio económico- financiero preverá el coste de ejecución de la actuación y las fuentes de financiación de la misma, el análisis de sostenibilidad económica no se ha de limitar aun momento o período temporal limitado, sino que ha de justificar la sostenibilidad de la actuación para las arcas públicas desde el momento de su puesta en marcha y en tanto siga generando responsabilidad para la Administración competente respecto de las nuevas infraestructuras y servicios necesarios”.

“En el presente caso, la sentencia de instancia no contiene ninguna referencia a la denunciada ausencia del informe de sostenibilidad económica; no obstante, un estudio del expediente administrativo, nos permite concluir que, el mismo, resulta ser inexistente en este caso”.

“Los fundamentos que informan tal directiva son el principio de cautela y la necesidad de protección del medio ambiente a través de la integración de esta componente en las políticas y actividades sectoriales”.

“Cabe reiterar aquí cuanto hemos razonado hasta ahora en relación con la pérdida de razón de ser y de sentido útil que representan estos trámites esenciales como la EAE cuando se proyectan sobre un plan urbanístico que, en realidad, mira más al pasado que al futuro, desnaturalizando así las ideas capitales de cautela, previsión, prevención y planificación -económica o ambiental, según el caso- que justifican su obligatoriedad”.

“En otras palabras, la EAE que la Ley 9/2006 preceptúa no sólo no existe porque no se haya emitido en el curso de la elaboración del PGOU de Marbella sino que, atendida la vocación de legalización, normalización o, en palabras de la memoria,”... comprensión urbanística... en un contexto con múltiples particularidades de naturaleza política, social, económica, institucional, fruto de una gestión anómala y de un desentendimiento en las décadas pasadas “(...), el documento ambiental que se hubiera podido emitir no podría, dada la situación preexistente, alcanzar la finalidad que le es propia”».

D) Declarada la nulidad del PGOU de Marbella de 2010 también en este recurso por virtud de lo expresado, no resulta procedente y carece de sentido venir ahora a pronunciarnos sobre el resto de las pretensiones esgrimidas en la demanda, más allá de la estrictamente anulatoria sobre la que acabamos de resolver, porque el efecto típico y característico que la anulación de todo plan comporta es que recobra su vigencia la ordenación urbanística preexistente (PGOU de 1986), conforme a una jurisprudencia que tenemos reiteradamente establecida y cuya cita resulta innecesaria”.

*STS de 11 de diciembre de 2015. Sala 3ª, Secc. 5ª. F. D. 4º. Magistrado Ponente Sr. Suay Rincón. ROJ: STS 5308/2015. Nº Recurso: 2188/2014. <http://www.poderjudicial.es>.*