

# Tribunal Supremo y Tribunal Superior de Justicia de Andalucía

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

## Tribunal Supremo (\*)

### II. ADMINISTRACIÓN LOCAL

#### AUTONOMÍA LOCAL

No es un título de atribución competencial y su ámbito se encomienda al legislador, respetando el contenido indisponible de esta garantía institucional

“Y, sin embargo, la Entidad local recurrente no proporciona ningún sustento normativo sobre el que asentar las determinaciones que, sobre horarios comerciales, se incluyen en la ordenanza complementaria impugnada.

Esta carencia desde luego no puede ser suplida indiscriminadamente por referencias retóricas a la autonomía local, que no es un título de atribución competencial en los términos invocados. Recordemos que la

---

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

autonomía local supone el reconocimiento de un ámbito competencial propio, aunque ese ámbito no se defina por la Constitución sino que se encomiende al legislador que debe, no obstante, aceptar ese contenido indisponible que constituye esta garantía institucional (STC 214/1989, de 21 de diciembre).

Las invocaciones a la Ley de Bases de Régimen Local, por otro lado, revisten un carácter genérico e indeterminado en la medida que conducen su discurso a lo dispuesto en el artículo 2 de la mentada Ley: Lo mismo sucede con la cita de los supuestos relativos a la seguridad en lugares públicos, la ordenación urbanística, la protección del medio ambiente, o bien la protección de la salubridad pública (apartados a), d), f) y h) del artículo 25.2 de la LJCA), pues ninguna de las competencias descritas en tales apartados pueden prestar cobertura a la fijación de horarios comerciales, para una zona del municipio, en una ordenanza complementaria de un plan parcial. Pasando por alto, pues no se suscita ahora en casación y sería una cuestión subsiguiente a la competencia, si un plan parcial es un instrumento adecuado para incluir normas no urbanísticas como es la fijación de horarios de apertura y cierre de establecimiento comerciales.

OCTAVO:– Los municipios, como los demás entes públicos territoriales previstos en el artículo 137 de la CE, gozan de autonomía “ para la gestión de sus respectivos intereses”.

En este sentido, la autonomía local –definida en el artículo 3 la Carta Europea de Autonomía Local como el” derecho y la capacidad efectiva para las entidades locales de regular ya administrar, en el marco de la Ley, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de su población, una parte importante de los asuntos públicos “–se configura como una forma de autogobierno que se traduce en decidir entre diversas opciones legalmente posibles. Como señala el Tribunal Constitucional “ la autonomía municipal consiste, fundamentalmente, en la capacidad de decidir libremente entre varias opciones legalmente posibles, de acuerdo con un criterio de naturaleza esencialmente política “ (STC 193/1987, de 9 de diciembre).

De manera que el reconocimiento de la autonomía local no se desvincula del marco legal –”legalmente posibles” declara el Tribunal Constitucional– sobre atribución de competencias, pues su aplicación únicamente procede, como es natural, dentro del ámbito de dichas competencias locales que, como antes señalamos y ahora insistimos, no prestan cobertura alguna a la fijación de horarios comerciales por un Ayuntamiento al aprobar las normas de un plan parcial.

Ni que decir tiene que nada añade a este caso, como antes adelanta-

mos, las referencias a la garantía institucional de la autonomía local, pues dicha garantía, como viene declarándose desde la STC 32/1981, y tras señalarse que la concreción de dichas competencias corresponde al legislador estatal y legisladores autonómicos, supone reconocer un núcleo indisponible para el legislador sin el cual las Administraciones Locales no sería reconocibles como tales. Cuestión que no guarda la debida relación con lo alegado por el Ayuntamiento recurrente que, al socaire de la invocación de dicha garantía institucional, lo que se pretende es atribuir a la autonomía local la naturaleza de un título competencial, para ejercitar competencias que ni la Constitución ni la ley atribuye”.

*(STS de 14 de diciembre de 2012. Sala 3ª, Secc. 5ª. F.D. 7º y 8º. Magistrada Ponente Sra. Tésa Gamella)*

(ROJ: STS 8460/2012. Nº Recurso: 3382/2009. <http://www.poderjudicial.es>)

## IV. BIENES PÚBLICOS

### APROVECHAMIENTOS MINEROS

El derecho a indemnización tiene como presupuesto la declaración de incompatibilidad entre el permiso de investigación y el posterior permiso de explotación, cuando el titular del primero se viera privado de la facultad de ocupar el terreno comprendido en el citado permiso de investigación.

“**TERCERO.**– Para resolver el primer motivo debemos remitirnos necesariamente a nuestra reciente sentencia de 19 de noviembre de 2012, recaída en el recurso de casación 4584/2009, interpuesto también por «Herederos de Juan Acuña, S.L.» contra la sentencia estimatoria parcial de la impugnación de la resolución de la Dirección General de Minas que declaraba la compatibilidad entre los trabajos del permiso de investigación San Rafael (Pl 116) y cinco autorizaciones de explotación de los recursos de la sección A), entre ellas la autorización aquí recurrida, otorgada a «Hormigones Orinoco» (A-377).

En el sexto fundamento de esa sentencia dijimos:

*«La prioridad entre aprovechamientos mineros no se determina en función del momento de la solicitud cuando se trata de autorizaciones de distinta naturaleza, sino del que resulte preferente para el interés público en caso de incompatibilidad. Ya de-*

*claramos en nuestra Sentencia de 29 de septiembre de 1994 (RA 725/1992) que el enfrenamiento de aprovechamientos «debe resolverse no por el principio de prioridad en la solicitud (que era el aceptado por la vieja Ley de Minas de 1944) “sino por el principio de prevalencia del mayor interés o utilidad pública que la nueva Ley de Minas establece [...]”».*

*Por ello dispone el artículo 22.1 de esta Ley que «si dentro del perímetro de un permiso de investigación [...] se solicitara autorización para recursos de la sección A), antes de concederse esta última deberá declararse la compatibilidad de los trabajos respectivos, con audiencia de las partes interesadas [y] Si fueran declarados incompatibles, deberán determinarse los que son de mayor interés o utilidad pública, que serán los que prevalezcan».*

*La prioridad temporal queda restringida a los supuestos previstos en los artículos 60.1, 66.2 y 84.2 del citado Reglamento, relativos a los permisos de exploración e investigación y concesiones directas de explotación, preceptos que se corresponden con los aprovechamientos mencionados en el artículo 77 de la Ley de Minas y 100 del Reglamento. Estos dos últimos artículos establecen que en el libro registro se inscribirán, «por el riguroso orden en que fueren presentadas», «las solicitudes de permisos de exploración, de permisos de investigación y de concesiones directas de explotación». De todos modos, la antelación temporal de una autorización puede originar el derecho a la indemnización a que se refiere el artículo 29.4 del Reglamento de Minas. Ahora bien, tal eventualidad depende inexcusablemente de la declaración de incompatibilidad entre el permiso de investigación preexistente y el posterior permiso de explotación, que es lo que conduciría a que el titular del primero se viera privado de la facultad de ocupar el terreno comprendido en el permiso. Por esta causa también dijimos en nuestra precedente sentencia:*

*« [...] El derecho a la indemnización a que se alude en el escrito de interposición del recurso exige una precedente declaración de incompatibilidad. El hecho que genera el derecho a ser indemnizado consiste en la desposesión del terreno y la consiguiente imposibilidad de proseguir la actividad minera de que se trate, por cuya razón la Ley de Minas y el Reglamento acuden a la normativa de expropiación forzosa para determinar el importe del resarcimiento, que debe verificarse «a partir del trámite del justiprecio» (artículo 29.4 del Reglamento). Dado que en este caso los trabajos de investigación son compatibles con las autorizaciones de explotación y no hay desposesión, y ni siquiera limitación de la ocupación, para ninguno de los titulares, no confluyen las circunstancias para que surja el derecho de la recurrente a ser indemnizada. »*

Efectivamente, fue declarada en el presente supuesto la compatibilidad del permiso de investigación PI166 y la autorización de explotación de la sección A) A-377. Impugnada tal declaración en vía jurisdiccional, fue confirmada por el Tribunal de instancia en una sentencia que

ha devenido firme al rechazar esta Sala el recurso de casación interpuesto contra ella (en el seno del ya mencionado recurso 4584/2009). Por tanto, el supuesto de hecho para que nazca el derecho a ser indemnizado no se ha producido”.

*(STS de 21 de noviembre de 2012. Sala 3ª, Secc. 3ª. F. D. 3º. Magistrada Ponente Sra. Perelló Domenech)*

(ROJ: STS 8271/2012. N° Recurso: 4576/2009. <http://www.poderjudicial.es>)

## V. COMUNIDADES AUTÓNOMAS

### COMPETENCIAS TRANSFERIDAS

El ejercicio de la potestad de revisión de oficio corresponde en principio a la propia Administración de la que emana el acto; sin embargo, el ejercicio de esta facultad revisora corresponderá a la Administración de la Comunidad Autónoma, cuando se hayan transferido las competencias en la materia objeto de la petición de revisión de oficio

“El recurso contencioso-administrativo debe ser desestimado, pues, como pone de relieve la defensa letrada del Ayuntamiento de Sevilla en su escrito de contestación a la demanda, la parte actora ha incurrido, en el planteamiento de su recurso, en desviación procesal, ya que se limita a formular alegaciones respecto de la supuesta nulidad de pleno derecho del Decreto del General Franco, número 331, de 28 de julio de 1937, sin argumentar sobre la invalidez del Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de enero de 2011, denegatorio de la solicitud de revisión de oficio, que constituye el verdadero objeto de las presentes actuaciones.

En efecto, constatamos que en los escritos procesales de demanda y de conclusiones formulados por la representación procesal del Ayuntamiento de Dos Hermanas no se cuestiona con la exposición de argumentos concretos y convincentes la decisión del Consejo de Ministros de inadmitir la solicitud instada de revisión de oficio del mencionado Decreto número 331, de 28 de julio de 1937.

Por ello, ante la falta de crítica a la fundamentación jurídica que sustenta el Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de enero de 2011, no procedería entrar a analizar si concurren en este caso los presupuestos

que autorizan al órgano competente para la revisión de oficio acordar motivadamente la inadmisión a trámite de la solicitud formulada, conforme a lo dispuesto en el artículo 102.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en la redacción introducida por la Ley 4/1999, de 14 de enero, por no basarse la petición en alguna de la causas de nulidad del artículo 62 LRJAP –PAC, o por carecer manifiestamente de fundamento o por haberse desestimado, en cuanto al fondo, otras solicitudes sustancialmente iguales.

Cabe, en todo caso, recordar que, conforme a la doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Contencioso–Administrativo del Tribunal Supremo, expuesta en la sentencia de 28 de abril de 2011, la inadmisión que autoriza el artículo 102.3 de la Ley 30/1992, por la falta de fundamento de la solicitud, no permite anticipar el juicio que tendría lugar tras la sustanciación del procedimiento de revisión de oficio al deber ceñirse a valorar si concurren los presupuestos para acordar la inadmisión. Por ello, únicamente se permite el juicio anticipado de carácter negativo cuando la falta de fundamento de la petición de revisión de oficio aparece como “manifiesta”.

No obstante, cabe significar que el Acuerdo gubernamental de 21 de enero de 2011 se fundamentaba al amparo de lo dispuesto en el artículo 102.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en la apreciación de que, conforme con la jurisprudencia del Tribunal Supremo expuesta en la sentencia de 5 de mayo de 2005, la Administración General del Estado carecía de competencia para entrar en el fondo de la revisión solicitada y declarar la nulidad del referido Decreto, puesto que el titular de la competencia para la alteración de términos municipales, pertenecientes a una misma Comunidad Autónoma, corresponde, en el supuesto examinado, a la Comunidad Autónoma de Andalucía, en virtud de lo dispuesto en los artículos 59 y 91 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, aprobado por la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo:

Al respecto, cabe poner de relieve que ninguna tacha de ilegalidad podría suscitarse en relación con el Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de enero de 2011, pues la decisión de inadmisión se revela acorde con la doctrina de la Sala de lo Contencioso–Administrativo del Tribunal Supremo expuesta en la sentencia de 24 de febrero de 2009, en la que sostuvimos que, aunque la potestad de revisión de oficio corresponde en principio a la propia Administración de la que ha emanado el acto, sin embargo, el ejercicio de esta facultad revisora corresponde-

rá a la Administración de la Comunidad Autónoma cuando se hayan transferido las competencias en la materia objeto de la petición de revisión de oficio, al incluirse sin distinción todas las potestades administrativas inherentes a dicha atribución, lo que en el supuesto enjuiciado determina la competencia de la Comunidad Autónoma de Andalucía. La extensión de la pretensión deducida con el objeto de que se declare por esta Sala jurisdiccional del Tribunal Supremo la nulidad de pleno Derecho del Decreto del General Franco de 28 de julio de 1937, por incurrir en los supuestos de nulidad enunciados en el artículo 62.1 a), b) y e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, no puede ser acogida, pues ello supondría eludir las formalidades establecidas en el artículo 102 de la citada Ley procedimental, que exige que se haya emitido Dictamen favorable del Consejo de Estado y resolver sobre la delimitación de los términos municipales de Dos Hermanas y Sevilla, y contradecir la decisión de la Junta de Andalucía, que rechazó expresamente la petición de agregación de los terrenos controvertidos al término municipal de Dos Hermanas.

En efecto, cabe poner de relieve que esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo no podía suplir los trámites formales exigidos para la revisión de actos administrativos en los supuestos de nulidad de pleno derecho, previstos en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, enunciados en el artículo 102 de la referida Ley procedimental administrativa, pues, frente a una resolución del órgano competente para la revisión de oficio de inadmisión a trámite de la solicitud formulada por las causas tasadas establecidas en dicha disposición legal, únicamente podría acordar, por razones de seguridad jurídica, salvo en supuestos excepcionales, la retroacción del procedimiento para que se sigan las formalidades requeridas, entre las que resulta imprescindible recabar Dictamen del Consejo de Estado o el órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, sin prejuzgar per saltum los criterios de fondo (STS 8 de abril de 2008, 14 de enero de 2010 y 8 de febrero de 2012.”

*(STS de 5 de julio de 2012. Sala 3ª, Secc. 3ª. F. D. 2º. Magistrado Ponente Sr. Banderés Sánchez-Cruzat)*

(ROJ: STS 4813/2012. N° Recurso: 216/2011. <http://www.poderjudicial.es>)

## VI. CONTRATOS

### ADJUDICACIÓN DE CONTRATO

El TS recuerda la evolución de la doctrina de la discrecionalidad técnica y su control jurisdiccional

El planteamiento del primer motivo de casación que ha quedado expuesto pone de manifiesto que la primera cuestión que aquí ha de abordarse es la referida al significado y ámbito que han de reconocerse a la llamada doctrina de la discrecionalidad técnica, y a las posibilidades del control jurisdiccional que debe ser ejercitado frente a los actos de calificación especializada sobre los que se proyecta dicha doctrina.

Como ya recordó la sentencia de 1 de abril de 2009 de esta Sala y sección, ya debe decirse que sobre la cuestión que acaba de apuntarse hay una consolidada jurisprudencia de este Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, caracterizada por el permanente esfuerzo de ampliar al máximo y perfeccionar el control jurisdiccional previsto constitucionalmente frente a toda actuación administrativa (artículo 106.1 CE); y cuyas líneas maestras e hitos evolutivos se pueden resumir en lo que sigue:

1.- La legitimidad de lo que doctrinalmente se conoce como discrecionalidad técnica fue objeto de reconocimiento por la STC 39/1983, de 16 de mayo, que justificó y explicó su alcance respecto al control jurisdiccional con esta declaración:

“Pero no puede olvidarse tampoco que ese control puede encontrar en algunos casos límites determinados. Así ocurre en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración y que en sí mismo escapa por su propia naturaleza al control jurídico, que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales, y que, naturalmente, deberán ejercerlo en la medida en que el juicio afecte al marco legal en que se encuadra, es decir, sobre las cuestiones de legalidad, (...)”.

2.- La jurisprudencia inicial de esta Sala, desde el mismo momento del reconocimiento de esa discrecionalidad técnica, ya se preocupó en señalar unos límites para la misma, que vinieron a consistir en la aplicación también a ella de las técnicas de control que significan los elementos reglados, los hechos determinantes y los principios generales del derecho. Así lo hizo la STS de 5 de octubre de 1989, que se expresa así:



“Los órganos administrativos a quienes corresponde la valoración de las pruebas de acceso a la función pública gozan de un cierto margen de discrecionalidad en la apreciación de las pruebas, que incluso merece la calificación de técnica no revisable jurisdiccionalmente en lo que se refiere a los juicios que la Administración emita acerca de la apreciación de los méritos aportados o ejercicios realizados, pero ello no excluye el que los Tribunales puedan controlar la concurrencia de los límites generales jurídicamente impuestos a la actividad discrecional no técnica de la Administración que se refieren a la competencia del órgano, procedimiento, hechos determinantes, adecuación al fin perseguido y al juego de los principios generales del derecho, entre los que, en estos casos, cobran especial interés los de mérito y capacidad expresamente señalados al efecto por el artículo 103 CE”.

3.— La evolución jurisprudencial posterior, en aras de perfeccionar el control jurisdiccional y definir los espacios donde este control puede operar con normalidad, completó y aclaró esos límites inicialmente enunciados mediante la distinción, dentro de la actuación de valoración técnica, entre el “núcleo material de la decisión” y sus “aledaños”. El primero estaría representado por el estricto dictamen o juicio de valor técnico, y los segundos (los aledaños) comprenderían, de un lado, las actividades preparatorias o instrumentales que rodean a ese estricto juicio técnico para hacerlo posible y, de otro, las pautas jurídicas que también son exigibles a dichas actividades.

Esas actividades preparatorias o instrumentales serían las encaminadas a delimitar la materia que vaya a ser objeto de ese juicio técnico, a fijar los criterios de calificación que vayan a ser utilizados y a aplicar individualizadamente dichos criterios a cada uno de los elementos materiales que constituyan el objeto de la valoración; esto es, serían los pasos que resultan necesarios para llegar a la estimación cualitativa finalmente contenida en el estricto juicio técnico.

Y esas pautas jurídicas estarían encarnadas por el derecho a la igualdad de condiciones que asiste a todos los aspirantes, por la necesidad de que el criterio de calificación responda a los principios de mérito y capacidad y por el obligado cumplimiento también del mandato constitucional de interdicción de la arbitrariedad.

La anterior distinción está presente en la STC 215/1991, de 14 de noviembre, como también en numerosas sentencias de esta Sala (entre otras, en las SsTS de 28 de enero de 1992, de 11 de diciembre de 1995, 15 de enero de 1996, y 1 de julio de 1996).

4.— Un punto más en esa línea evolutiva de la jurisprudencia lo representa la necesidad de motivar el juicio técnico.

Como ya se ha puesto de manifiesto, uno de los aledaños de ese juicio técnico está representado por la obligación de cumplir el mandato constitucional (artículo 9.3 CE) de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y, en el criterio de este Tribunal Supremo, ese cumplimiento conlleva la necesidad de motivar el juicio cuando así sea solicitado por algún aspirante o cuando sea objeto de impugnación.

Así se expresa STS de 10 de mayo de 2007

(...) Tiene razón el recurso de casación en que la sentencia de instancia no enjuició correctamente la cuestión de fondo que le fue suscitada y en la infracción del artículo 24 de la Constitución que con ese argumento se denuncia.

La doctrina de la discrecionalidad técnica con que la Sala de Zaragoza justifica principalmente su pronunciamiento no ha sido correctamente aplicada; y no lo ha sido porque, en relación a la actuación administrativa para la que se ha hecho esa aplicación, no se ha observado el límite constitucional de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3 CE).

Como es bien sabido, dicha discrecionalidad técnica significa, por un lado, respetar las valoraciones de esa índole que hayan sido realizadas por los órganos cualificados por la posesión del correspondiente saber especializado y, por otro, admitir el margen de polémica o discrepancia que sobre determinadas cuestiones venga siendo tolerado en el concreto sector de conocimientos técnicos de que se trate.

Pero una cosa es el núcleo del juicio técnico sobre el que opera esa clase de discrecionalidad y otra diferente la obligación de explicar las razones de ese juicio técnico cuando expresamente hayan sido demandadas o cuando se haya planteado la revisión de la calificación que exteriorice ese juicio técnico. Esto último queda fuera del ámbito propio del llamado juicio de discrecionalidad técnica, ya que, ante la expresa petición de que dicho juicio sea explicado o ante su revisión, la constitucional prohibición de arbitrariedad hace intolerable el silencio sobre las razones que hayan conducido a emitir el concreto juicio de que se trate”.

5.- La fase final de la evolución jurisprudencial la constituye la definición de cual debe ser el contenido de la motivación para que, cuando sea exigible, pueda ser considerada válidamente realizada.

Y a este respecto se ha declarado que ese contenido debe cumplir al menos estas principales exigencias: (a) expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico; (b) consignar los criterios de valoración cualitativa que se utilizarán para emitir el juicio técnico; y (c) expresar por qué la aplicación de esos criterios

conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un candidato frente a los demás.

Son exponente de este último criterio jurisprudencial los recientes pronunciamientos de este Tribunal Supremo sobre nombramientos de altos cargos jurisdiccionales (STS de 27 de noviembre de 2007, sobre concursos de personal docente universitario (STS de 19 de mayo de 2008) y sobre convocatorias del Consejo General del Poder Judicial para puestos en sus órganos técnicos (STS de 10 de octubre de 2007)”

*(STS de 17 de diciembre de 2012. Sala 3ª, Sec. 7ª. F. D. 7ª. Magistrado Ponente Sr. Maurandi Guillén)*

(ROJ: STS 8584/2012. N° Recurso: 3804/2010. <http://www.poderjudicial.es>)

## VII. CORPORACIONES DE DERECHO PÚBLICO

### VISADO COLEGIAL OBLIGATORIO

La sentencia declara la plena adecuación a la legalidad del Real Decreto 1000/2010, sobre visado colegial obligatorio. Se recogen aquí tan sólo los argumentos en que se fundamenta la facultad de las Administraciones Públicas para eximir de la obligación de visado, en determinados casos, a los trabajos profesionales objeto de un contrato del sector público.

En cuanto a las alegaciones que en el mismo motivo tercero de su recurso formula la Unión Profesional de Colegios de Ingenieros sobre la exclusión del visado obligatorio para los supuestos previstos por el artículo 4 del Real Decreto 1000/2010, nuestra sentencia de 17 de septiembre de 2012 (recurso número 474/2010, interpuesto por Consejo Superior de los Colegios de Arquitectos de España) se ha expresado en los siguientes términos, que bastarán para rechazar el contenido de esta parte de la presente demanda:

“[...] La pretensión de nulidad del artículo 4 del Real Decreto 1000/2010 se argumenta en el fundamento jurídico tercero de la demanda sobre dos bases: por un lado, excedería del ámbito de la habilitación normativa y de los títulos competenciales del Estado y, por otro lado, resultaría ilegal “al otorgar a los informes de las oficinas de supervisión de proyectos el mismo alcance que el contenido del visado colegial obligatorio”.

El referido artículo 4 permite, en su apartado primero, sustituir el visado colegial obligatorio por los informes que las oficinas de supervisión de proyectos de las administraciones públicas hayan emitido en aplicación de las normas sobre contratación del sector público. Y en el apartado segundo extiende esta misma posibilidad a aquellos trabajos que, sin encontrarse en el supuesto anterior, fueran objeto de contratos públicos respecto de los cuales las administraciones cuenten con mecanismos de supervisión o control análogos a los prestados por los Colegios profesionales al visar los respectivos proyectos.

En definitiva, según el régimen instaurado por el Real Decreto 1000/2010 no será preciso el visado colegial obligatorio de los proyectos correspondientes a contratos del sector público si los dos objetos exclusivos de la intervención colegial (comprobar la identidad; y habilitación profesional del autor del trabajo y la corrección e integridad formal de la documentación del trabajo profesional) ya han sido verificados por las administraciones públicas contratantes.

Ante una impugnación análoga de este mismo precepto, efectuada en el recurso 463/2010, dijimos en la sentencia de 9 de marzo de 2012 lo siguiente: "[...] La pretensión anulatoria del artículo 4.1 y de la disposición adicional única del Real Decreto 1000/2010, de 5 de agosto sustentada en la infracción de los artículos 5, 9 y 13 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales, en cuanto se excluyen de la exigencia de obtención de visado colegial obligatorio los trabajos profesionales que formen parte del objeto de un contrato con la Administración General del Estado, al estipular que basta el Informe de la Oficina de Supervisión de Proyectos de la Administración Pública competente, no puede prosperar, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 109 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, pues entendemos que el referido Informe permite comprobar tanto la idoneidad y habilitación profesional del autor del trabajo como la corrección e integridad formal de la documentación del trabajo profesional de acuerdo con la normativa de carácter legal o reglamentaria aplicable al proyecto de que se trate.

La pretensión anulatoria del artículo 4.2 del Real Decreto 1000/2010, de 5 de agosto, basada en la argumentación de que esta disposición reglamentaria, que estipula la facultad de las Administraciones Públicas de eximir de la obligación de visado a los trabajos profesionales objeto de un contrato del sector público en determinados casos, vulnera el principio de reserva de Ley y el principio de jerarquía normativa, en relación con lo dispuesto en los artículos 103 y 149.1.18a de la Constitución, y el artículo 3.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Ré-

gimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, no puede ser acogida, en cuanto que no se justifica, ni de forma indiciaría, en que medida no tiene cobertura legal la prescindencia de la intervención del Colegio Profesional, respecto de trabajos profesionales desarrollados en el ámbito de la contratación pública.

[...] Reiteramos ahora esta misma conclusión pues, en efecto, la amplia habilitación legal dada al Gobierno para establecer los trabajos profesionales sometidos a visado colegial obligatorio le permite excluir de esta exigencia aquellos supuestos –como el de los trabajos objeto de contratos del sector público– en que los mismos objetivos están ya garantizados por otros medios. Es legítimo, en consecuencia, que bien porque la normativa específica en materia de contratación pública así lo prevea, bien porque las Administraciones públicas se hayan dotado de instrumentos propios para garantizar el mismo objetivo, el visado colegial no sea exigible respecto de aquellos trabajos si la propia Administración dispone de medios que le permitan comprobar la idoneidad y habilitación profesional del autor del trabajo y la corrección e integridad formal de la documentación del trabajo.

En contra de lo que sostiene el Consejo Superior de los Colegios de Arquitectos de España, las normas reguladoras de las oficinas de supervisión de proyectos (en concreto, el artículo 109 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público) posibilitan que las unidades de supervisión de los proyectos correspondientes a los contratos de obras verifiquen, entre otros extremos, aquellos dos. Dichas oficinas o unidades han de comprobar, en efecto, “[...] que se han tenido en cuenta las disposiciones generales de carácter legal o reglamentario así como la normativa técnica que resulten de aplicación para cada tipo de proyecto”. En la medida en que una determinada obra, objeto de un contrato del sector público, requiera un proyecto de edificación sujeto a sus propias pautas normativas (esto es, exija preceptivamente la intervención profesional de un técnico competente y un determinado contenido documental) la supervisión previa del proyecto a cargo de aquellas oficinas o unidades ha de comprender su ajuste a dichas pautas mínimas, además de extenderse a los aspectos estrictamente técnicos en los que los colegios profesionales no pueden entrar.

Este mismo esquema argumental es aplicable a los casos (apartado segundo del artículo 4) en que, sin existir las oficinas o unidades de supervisión en cuanto tales, las Administraciones Públicas contratantes cuenten con instrumentos organizativos bastantes para verificar por sí, en relación con las obras objeto de sus contratos, la idoneidad y habi-

litación profesional del autor del trabajo y la corrección e integridad formal de la documentación. Si en un determinado caso aquellos instrumentos no fueran suficientes no se respetaría el artículo 4 del Real Decreto 1000/2010, que impone un nivel de control análogo al que los colegios profesionales llevarían a cabo en otro caso (siempre limitado a aquellos dos aspectos no estrictamente técnicos).

Ninguno de ambos apartados incurre, pues, en la vulneración de las normas que se le imputa. La regulación de esta materia no excede de la habilitación normativa –ni, en esa misma medida, de los títulos competenciales del Estado– pues el Gobierno queda autorizado para decidir, en un sentido o en otro, qué trabajos profesionales requieren visado colegial obligatorio, lo que le permite excluir aquellos supuestos en que las funciones de esta figura aparezcan ya cubiertas por otros medios. Y nada impide, como hemos expuesto, que los informes de las oficinas o unidades de supervisión –o de otros instrumentos similares– sobre los proyectos de las obras objeto de contratos administrativos incluyan la verificación de la idoneidad y habilitación: profesional del autor del trabajo y la corrección e integridad formal de la documentación presentada.”

*(STS de 24 de septiembre de 2012. Sala 3ª, Secc. 3ª. F. D. 6º JM Magistrado Ponente Sr. Campos Sánchez-Bordona)*

(ROJ: STS 5973/2012. Nº Recurso: 473/2010. <http://www.poderjudicial.es>)

## X. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

### PRESCRIPCIÓN DE SANCIONES

El inicio del cómputo del plazo de prescripción de las resoluciones sancionadoras firmes en vía administrativa, que han sido objeto de recurso jurisdiccional con solicitud de suspensión de la sanción impuesta, es el día siguiente a la denegación por el órgano jurisdiccional de la medida cautelar solicitada, por tener la Administración –a partir de ese momento– expedita su acción para proceder a la ejecución del acto

“Tercero.– El debate en la instancia se reproduce ahora en casación y consiste básicamente, según ya hemos avanzado, en determinar si como día inicial para el cómputo de la prescripción de las sanciones hay

que tomar, cuando se hayan interpuesto recursos jurisdiccionales, la fecha de la denominada “firmeza administrativa” del acto impugnado o, por el contrario, la fecha en que se produzca la “firmeza de la sentencia judicial” que hubiera rechazado el recurso interpuesto contra la validez del acto administrativo sancionador.

Tanto la Administración como el tribunal de instancia interpretan el artículo 132.3 de la Ley 30/1992 en el sentido de que el plazo de prescripción de las sanciones comienza a correr cuando el recurso jurisdiccional contra el acto sancionador haya concluido por sentencia firme que corrobore la validez de aquél. A su juicio, el “día siguiente a aquel en que adquiriera firmeza la resolución por la cual se impone la sanción” es la fecha inmediata posterior a la firmeza de la decisión judicial, si es que se interpuso el oportuno recurso jurisdiccional frente a la decisión administrativa. En el caso de autos, pues, habiendo estado sub iudice la validez del acto sancionador desde 1999 hasta la sentencia de 30 de mayo de 2006, no habría prescrito la sanción impuesta cuando el Tribunal de Defensa de la Competencia exigió su pago el 8 de marzo de 2007.

La tesis de la sociedad recurrente es, por el contrario, que la “firmeza” a la que se refiere el artículo 132.3 de la Ley 30/1992 es la que se produce en vía administrativa, previo agotamiento de los recursos internos en su caso, pues es entonces cuando la Administración puede ejecutar sus actos. Si estos tienen carácter sancionador, son recurridos en vía judicial y el juez no accede a la suspensión cautelar (como en este caso ocurrió) se abre la posibilidad de que la Administración ejecute sus propias decisiones a partir de aquel momento, que se convierte en la fecha de comienzo o *dies a quo* para el cómputo del plazo prescriptivo. Dado que la demora de la Administración en ejecutar sus actos se prolongó en este supuesto desde 1999 (año en que la Sala de la Audiencia Nacional resolvió no suspender la ejecución de la multa impuesta) hasta 2007, transcurrió con exceso el plazo de cuatro años que la Ley de Defensa de la Competencia fija para que prescriban las sanciones. Este es, en síntesis, el planteamiento argumental de los dos motivos casacionales, que abordaremos de modo conjunto al estar entrelazados.

Cuarto.— La denominada “prescripción de la sanción” describe un efecto jurídico vinculado al transcurso del tiempo sin que la sanción misma, una vez alcanzada la firmeza de la resolución en cuya virtud se impone, haya sido ejecutada. En realidad se trata de una modalidad de prescripción de la acción administrativa: lo que prescribe o se extingue es la acción de la Administración para proceder, en este caso, a la ejecución y cobro de la multa impuesta. La sanción propiamente dicha

subsiste (e incluso podría eventualmente producir ciertos efectos) mientras no sea cancelada, pero deviene ya inejecutable cuando se ha consumido el lapso de tiempo que la Ley marca al efecto.

Como toda institución de este género, el substrato o fundamento jurídico de la prescripción en materia sancionadora es debatido: para algunos hace prevalecer el valor de la seguridad jurídica sobre el de la justicia retributiva “imperecedera” y para otros se trata de un instrumento pragmático cuyo designio es simplemente evitar los efectos no deseados de situaciones que se mantienen en el tiempo más allá de lo razonable. Con uno u otro fundamento lo cierto es que el legislador considera preferible o bien que no sean sancionadas ciertas conductas antijurídicas una vez que ha transcurrido “demasiado” tiempo desde su comisión (prescripción de las infracciones), o bien que la tardanza “excesiva” en ejecutar las sanciones ya impuestas, sobrepasado un plazo determinado, se traduzca en su definitiva extinción (prescripción de las sanciones). En este último caso, los sancionados conocen de antemano, por virtud de la previsión legal, durante cuánto tiempo permite la Ley que las sanciones impuestas y dotadas de “firmeza” puedan ser ejecutadas por la Administración.

Si la sujeción de las sanciones en materia de defensa de la competencia a límites temporales (tres años en la redacción originaria de la Ley 16/1989, cuatro años tras la reforma de ésta por la Ley 52/1999 y en la vigente en la Ley 15/2007, habiendo aplicado el tribunal de instancia al caso de autos el plazo trienal por razones temporales) no es discutida en el proceso, si lo es cuándo se inicia el cómputo del plazo y cuándo puede considerarse interrumpido, cuestiones que ante el silencio de la Ley específicamente aplicable deben ser resueltas apelando a las cláusulas generales de la Ley 30/1992 sobre la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas.

Quinto.— A los efectos que siguen entenderemos por actos firmes en vía administrativa aquellos contra los que no cabe ya ulterior recurso administrativo. En la práctica puede considerarse que coinciden con los actos que “ponen fin a la vía administrativa” (artículo 109 de la Ley 30/1992), aunque resulte posible que ganen firmeza en vía administrativa actos que en principio no la agotarían, por caber contra ellos recursos de alzada, pero frente a los cuales se haya aquietado su destinatario.

La “firmeza” de las resoluciones a la que se refiere el artículo 132.3 de la Ley 30/1992 es la que se produce en vía administrativa. Que ello es así se aprecia con claridad cuando se trate de resoluciones sancionadoras que hayan agotado, en su caso, la vía administrativa contra las



que no se haya interpuesto recurso jurisdiccional. En dichos supuestos nadie discute que si el plazo de prescripción de la sanción impuesta comienza a contarse “desde el día siguiente a aquel en que adquiera firmeza la resolución por la cual se impone la sanción” (por seguir la dicción literal del precepto), el dies a quo es justamente la fecha siguiente a aquella en que la resolución sancionadora ha “ganado” firmeza en vía administrativa.

Un segundo argumento en favor de la tesis sobre la naturaleza administrativa de la firmeza a la que se refiere el artículo 132.3 de la Ley 30/1992 es que este cuerpo legal regula tan sólo las incidencias propias del procedimiento administrativo hasta su conclusión (esto es, hasta que los actos a los que se preordena el procedimiento culminan su itinerario en vía administrativa) y no se refiere a las vicisitudes posteriores derivadas de su impugnación jurisdiccional.

Los diversos preceptos de la Ley 30/1992 que aluden a los actos administrativos “firmes” se aplican a los que lo son en vía administrativa, tanto si algunos de aquellos preceptos utilizan precisamente esta última expresión (es el caso del artículo 108 que permite el recurso extraordinario de revisión contra actos “firmes en vía administrativa”) como si aluden simplemente a “actos firmes”. Cuando el artículo 102.4 de la Ley 30/1992 establece la subsistencia de los “actos firmes” anteriores a la declaración de nulidad de una disposición general; el artículo 115 dispone que la falta de interposición del recurso de alzada implica que la resolución sea “firme a todos los efectos”; o el artículo 131.3 trata de la agravante de reincidencia por la comisión de una infracción precedente de la misma naturaleza así declarada en “resolución firme”, unos y otros se refieren a aquellos actos que han ganado firmeza en vía administrativa.

En este mismo sentido, y a los efectos de la agravante de reincidencia en conductas sancionables a título de la Ley de Defensa de la Competencia, analizamos los términos “resolución administrativa firme” dentro del contexto de la Ley 30/1992 en nuestra sentencia de 23 de marzo de 2005 que se hace eco de las en ella citadas, así como en sentencias posteriores.

Sexto.— La consecuencia derivada de la firmeza administrativa del acto sancionador es, en nuestro sistema, su ejecutividad (artículo 138.3 de la Ley 30/1992), cualidad no necesariamente asociada a aquella pues caben, en efecto, actos ejecutivos aún no firmes. Hasta aquí el esquema conceptual de la Ley 30/1992 es congruente y, repetimos, se limita a regular los efectos jurídicos que se anudan a los actos administrativos firmes en vía administrativa y ejecutivos. El reverso del binomio

firmeza— ejecutividad es, precisamente, el comienzo del cómputo del plazo de prescripción de la sanción administrativa, una vez que la resolución en cuya virtud se impone goza de aquellas dos cualidades sin restricción alguna (artículo 132.3 de la Ley 30/1992).

Destacaremos, en este momento, que la Administración “facultada” para ejecutar sus propias decisiones sancionadoras está también condicionada a hacerlo dentro de los plazos legales, salvo que las deje sin efecto o las suspenda (artículos 94,111 y 138 de la Ley 30/1992). Si no las ejecuta dentro del lapso marcado por la Ley para la prescripción de la acción tendente a exigir su cumplimiento, dicha acción se extingue. Séptimo.— Los problemas surgen cuando las resoluciones sancionadoras “firmes en vía administrativa” y, por lo tanto, ya ejecutivas en principio, son objeto de recurso jurisdiccional. Y sobre ello no se pronuncia en realidad la Ley 30/1992, salvo de modo colateral en el artículo 111.4 (introducido por la reforma de 1999), remitiendo todo lo relativo al régimen de impugnación jurisdiccional de aquellas resoluciones, también en sede cautelar, a lo que disponga la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso—Administrativa.

Consideraciones ligadas al derecho a la tutela judicial efectiva determinaron que el Tribunal Constitucional (por todas, sentencia constitucional 78/1996) reputase contraria al artículo 24 de la Constitución la ejecutividad inmediata de las resoluciones administrativas sancionadoras contra las que se hubiera interpuesto un recurso jurisdiccional con petición de suspensión de aquéllas, mientras no recayese la decisión cautelar del juez. Si esta última fuese contraria a la suspensión de las sanciones impuestas, el carácter ejecutivo de la resolución administrativa, hasta entonces diferido, recobra su virtualidad plena.

En este mismo sentido el ya citado artículo 111.4 de la Ley 30/1992 permite que la suspensión acordada en vía administrativa “pueda prolongarse sin solución de continuidad hasta la sede jurisdiccional”, esto es, hasta que el juez resuelva lo procedente. En concreto, dispone aquel precepto que “la suspensión podrá prolongarse después de agotada la vía administrativa cuando exista medida cautelar y los efectos de ésta se extiendan a la vía contencioso—administrativa. Si el interesado interpusiera recurso contencioso—administrativo, solicitando la suspensión del acto objeto del proceso, se mantendrá la suspensión hasta que se produzca el correspondiente pronunciamiento judicial sobre la solicitud.”

La conexión de los dos sistemas normativos (el aplicable al procedimiento administrativo y el aplicable a la revisión jurisdiccional) en este punto implica que debe, obviamente, estarse a lo que resulte de la de-

cisión cautelar adoptada por el juez. Si ésta resulta contraria a la suspensión de la resolución sancionadora, dicha resolución, que nunca perdió su cualidad de “firme en vía administrativa” (sin la que no podría ser impugnada), despliega de nuevo su carácter ejecutivo. El inicial obstáculo a su ejecutividad, derivado de la interposición del recurso judicial con solicitud de medida cautelar, resulta en tales casos desbloqueado o desactivado por virtud de la decisión del órgano jurisdiccional llamado precisamente a resolver sobre la suspensión del acto impugnado, que la deniega. Y desde ese mismo momento la Administración tiene expedita su acción para proceder a la ejecución del acto (en lo que aquí importa, al cobro de la multa impuesta), con la consecuencia de que su demora más allá del plazo fijado en la ley para hacerlo (esto es, para que prescriba la sanción) acarrea el efecto extintivo de la acción de cobro.

La conclusión anterior resulta, por lo demás, coherente con el principio que inspira el régimen general de la prescripción extintiva: el tiempo para la prescripción de las acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará “desde el día en que pudieron ejercitarse” (artículo 1969 del Código Civil”).

*(STS de 20 de diciembre de 2012. Sala 3ª, Secc. 3ª. F. D. 3º a 7º. Magistrado Ponente Sr. Campos Sánchez-Bordona)*

(ROJ: STS 8445/2012. Nº Recurso: 3495/2009. <http://www.poderjudicial.es>)

## XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES

### DERECHO A LA TUTELA CAUTELAR

El Tribunal Supremo expone el fundamento constitucional y fines del derecho a la tutela cautelar

Entre otros muchos aspectos de la jurisdicción y del proceso contencioso-administrativo que experimentaron el influjo directo de la Constitución se encuentra el de las medidas cautelares, a través de las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva que se reconoce en el artículo 24.1 de dicha Norma Fundamental, de tal manera que la suspensión cautelar de la ejecutividad de la disposición o del acto administrativo deja de tener carácter excepcional y se convierte en ins-

trumento de la tutela judicial ordinaria. De esta forma, sin producirse una modificación formal del artículo 122 Ley de la Jurisdicción de 1956, cristaliza una evolución jurisprudencial que acoge la doctrina del llamado *fumus bonis iuris* o apariencia del buen derecho respecto de la que resulta obligada la cita del ATS de 20 de diciembre de 1990. Esta resolución proclama lo que llama “derecho a la tutela cautelar”, inserto en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, “lo que, visto por su envés, significa el deber que tienen tanto la Administración como los Tribunales de acordar la medida cautelar que sea necesaria para asegurar la plena efectividad del acto terminal (resolución administrativa o, en su caso, judicial)”. Y esta fuerza expansiva del artículo 24.1 CE viene también impuesta por el principio de Derecho Comunitario europeo recogido en la Sentencia Factortame del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, de 19 de junio de 1990, principio que hace suyo nuestro Tribunal Supremo y que se resume en que “la necesidad del proceso para obtener la razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón”.

La decisión sobre medidas cautelares debe adoptarse ponderando las circunstancias del caso, según la justificación ofrecida en el momento de solicitar la medida cautelar, en relación con los distintos criterios que deben ser tomados en consideración según la LJ y teniendo en cuenta la finalidad de la medida cautelar y su fundamento constitucional, que, según nuestra jurisprudencia, puede resumirse en los siguientes puntos:

« a) Necesidad de justificación o prueba, aun incompleta o por indicios de aquellas circunstancias que puedan permitir al Tribunal efectuar la valoración de la procedencia de la medida cautelar. Como señala un ATS de 3 de junio de 1997: “la mera alegación, sin prueba alguna, no permite estimar como probado, que la ejecución del acto impugnado [o la vigencia de la disposición impugnada] le pueda ocasionar perjuicios, ni menos que éstos sean de difícil o imposible reparación “. El interesado en obtener la suspensión tiene la carga de probar adecuadamente qué daños y perjuicios de reparación imposible o difícil concurren en el caso para acordar la suspensión, sin que baste una mera invocación genérica.

b) Imposibilidad de prejuzgar el fondo del asunto. Las medidas cautelares tienen como finalidad que no resulten irreparables las consecuencias derivadas de la duración del proceso. De modo que la adopción de tales medidas no puede confundirse con un enjuiciamiento sobre el fondo del proceso. Como señala la STC 148/1993 “el incidente cautelar entraña un juicio de cognición ilimitada en el que el órga-

no judicial no debe pronunciarse sobre las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal” (Cfr. ATS de 20 de mayo de 1993).

c) El *periculum in mora*, constituye el primer criterio a considerar para la adopción de la medida cautelar. Si bien, ha de tenerse en cuenta que el aseguramiento del proceso, no se agota, en la fórmula clásica de la irreparabilidad del perjuicio, sino que su justificación puede presentarse, con abstracción de eventuales perjuicios, siempre que se advierta que, de modo inmediato, puede producirse una situación que haga ineficaz el proceso. Si bien se debe tener en cuenta que la finalidad asegurable a través de las medidas cautelares es la finalidad legítima que se deriva de la pretensión formulada ante los Tribunales.

d) El criterio de ponderación de los intereses concurrentes es complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso y ha sido destacado frecuentemente por la jurisprudencia: “al juzgar sobre la procedencia [de la suspensión] se debe ponderar, ante todo, la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar la suspensión, con mayor o menor amplitud, según el grado en que el interés público esté en juego”. Por consiguiente, en la pieza de medidas cautelares deben ponderarse las circunstancias que concurren en cada caso y los intereses en juego, tanto los públicos como los particulares en forma circunstanciada. Como reitera hasta la saciedad la jurisprudencia “cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son tenues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión; por el contrario, cuando aquella exigencia es de gran intensidad, sólo perjuicios de elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución del acto” (ATS 3 de junio de 1997, entre otros muchos).

e) La apariencia de buen derecho (*fumus bonis iuris*) supuso una gran innovación respecto a los criterios tradicionales utilizados para la adopción de las medidas cautelares. Dicha doctrina permite valorar con carácter provisional, dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar»”

(STS de 29 de noviembre de 2012. Sala 3ª, Secc. 3ª. ED. 2º. Magistrado Ponente Sr. Bandrés Sánchez-Cruzat)

(ROJ: STS 7861/2012. Nº Recurso: 5487/2011. <http://www.poderjudicial.es>)

### XIII. FUENTES

#### RETROACTIVIDAD

No entran dentro del ámbito de la retroactividad prohibida las disposiciones que, carentes de efectos ablativos o peyorativos hacia el pasado, despliegan su eficacia inmediata hacia el futuro aunque ello suponga incidir en una relación o situación jurídica aún en curso

“**TERCERO**.— Sobre otros recursos contra el Real Decreto 1565/2010 y la doctrina sentada por la Sala.

La Sala ha conocido ya de otros recursos dirigidos contra el mismo Real Decreto 1565/2010 que se impugna en este recurso; asimismo, el presente recurso ha sido deliberado conjuntamente con otros dirigidos también contra la misma disposición. En varios casos, las alegaciones formuladas en los precitados recursos son substancialmente análogas a las del que ahora conocemos y, en algún caso, literalmente idénticas.

En consecuencia, procede que nos remitamos ahora a las razones expuestas en la Sentencia de 12 de abril de 2.012, asimismo dirigido contra el Real Decreto 1565/2010:

Los motivos de impugnación alegados para interesar que anulemos la supresión, a partir del año 30, del derecho al cobro de la tarifa regulada en el Real Decreto 661/2007 por los titulares de las instalaciones fotovoltaicas son variados, pero la mayoría de ellos tienen un punto común: a juicio de los recurrentes la medida adoptada es retroactiva y vulnera los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima.

La calificación de “retroactiva” aplicada a la medida objeto de litigio se hace para, a continuación, tratar de deslegitimar su validez apelando o bien al artículo 9.3 de la Constitución (que garantiza la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales) o bien al artículo 62.2 de la Ley 30/1992 (que reitera esta misma proscripción para las “disposiciones administrativas [...] que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales”). En otros casos se invoca el artículo 2.3 del Código Civil, a tenor del cual las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario.

El concepto de “retroactividad prohibida” es mucho más limitado que el de la mera “retroactividad” a secas, por más que este último se utilice con frecuencia en el debate no jurídico (incluso a veces por quienes asumen responsabilidades públicas) con finalidad descalificadora frente a las innovaciones del ordenamiento.

Si a ello sumamos que la misma equívocidad del término ha planteado desde tiempo inmemorial problemas de dogmática jurídica bien conocidos, fácilmente se deducirá que el debate puede convertirse en una serie de disquisiciones más o menos interesadas sobre una noción jurídica respecto de la cual cada interlocutor parece hablar de realidades diferentes. Los intentos doctrinales de analizar con rigor los contornos de aquel concepto (entre nosotros el estudio del “principio de irretroactividad en las normas jurídico administrativas” se hizo ya, en términos no superados, hace treinta años) no se tienen debidamente en cuenta, lo que propicia que las apelaciones a la retroactividad carezcan en muchos casos de la necesaria precisión. En éste, como en otros supuestos, el “lenguaje” que se emplea no resulta indiferente.

Es cierto, por lo demás, que para quien no esté familiarizado con el uso de las categorías jurídicas, las distinciones entre retroactividad de grado máximo, medio o mínimo, o los adjetivos de “propia” e “impropia” aplicados a aquel término, suelen pasarse por alto y todo se engloba en una indiferenciada noción, de connotaciones negativas, aplicada a medidas normativas de alcance bien diferente. Para mayor confusión, se parte de la errónea premisa de identificar de modo automático retroactividad con ilicitud o prohibición y no se deslinda suficientemente aquel concepto de principios con un significado autónomo, como son el de seguridad jurídica o el de confianza legítima. Las normas incurtidas en la prohibición de retroactividad normalmente atenderán también contra estos principios, pero no viceversa.

Sin necesidad de hacer en este momento un resumen o compendio de la doctrina jurisprudencial recaída en interpretación de los preceptos antes citados, ni ceder a la tentación de transcribir innumerables fragmentos de sentencias al uso, baste decir que, conforme a aquélla, no entran dentro del ámbito de la retroactividad prohibida las disposiciones que, carentes de efectos ablativos o peyorativos hacia el pasado (no obligan a revisar ni remueven los hechos pretéritos, no alteran la realidad ya consumada en el tiempo, no anulan los efectos jurídicos agotados), despliegan su eficacia inmediata hacia el futuro aunque ello suponga incidir en una relación o situación jurídica aún en curso.

A partir de esta premisa, una medida normativa como la impugnada en el presente litigio, cuya eficacia se proyecta no “hacia atrás” en el tiempo sino “hacia adelante”, a partir de su aprobación, no entra en el ámbito de la retroactividad prohibida. La proyección hacia el futuro es particularmente destacable en este caso con sólo advertir que los efectos “reales” de la medida se producirán dentro de treinta años, momento hasta el cual se mantiene para los titulares de las instalaciones

fotovoltaicas la tarifa regulada según sus términos originarios. Calificar de retroactivo en el tiempo algo que, aprobado hoy, no tendrá plena eficacia hasta dentro de treinta años es un ejemplo de uso inadecuado de aquel adjetivo. La retroactividad se produciría si la nueva norma obligase a los titulares de las instalaciones fotovoltaicas a devolver el importe de las tarifas ya percibidas en ejercicios anteriores, pero no cuando se limita a disponer que el cobro de éstas cesará dentro de treinta años. En rigor, ni siquiera podría calificarse de medida retroactiva y mucho menos si utilizamos este concepto jurídico en su acepción “propia”.”

*(STS de 13 de diciembre de 2012. Sala 3ª, Secc. 3ª. F. D. 3º. Magistrado Ponente Sr. Espín Templado)*

(ROJ: STS 8203/2012. Nº Recurso: 140/2011. <http://www.poderjudicial.es>)

#### XIV. HACIENDA PÚBLICA

##### DOMINIO PÚBLICO MUNICIPAL

Los operadores de telefonía móvil no tendrán que abonar tasas municipales por el uso del dominio público municipal si se limitan a utilizar las instalaciones de terceros titulares de redes.

“Primero.– Las cuestiones que se plantean en el presente recurso de casación reproducen en buena medida las ya analizadas con ocasión de nuestra Sentencia de 10 de octubre de 2012, si bien referidas a una ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Santa Amalia (Badajoz).

En dicho recurso se planteó por esta Sala una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en los siguientes términos:

1a) ¿El artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva autorización), debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite exigir un canon por derechos de instalación de recursos sobre el dominio público municipal a las empresas operadoras que, sin ser titulares de la red, la usan para prestar servicios de telefonía móvil?

2a) Para el caso de que se estime compatible la exacción con el men-



cionado, artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE, las condiciones en las que el canon es exigido por la ordenanza local controvertida ¿satisfacen los requerimientos de objetividad, proporcionalidad y no discriminación que dicho precepto exige, así como la necesidad de garantizar el uso óptimo de los recursos concernidos?

3a) ¿Cabe reconocer al repetido artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE efecto directo? Pues bien, en su respuesta al reenvío prejudicial el Tribunal de Justicia (Sentencia con fecha 12 de julio de 2012) pone de manifiesto que el artículo 13 de la Directiva autorización debe interpretarse en el sentido de que se opone a la aplicación de un canon por derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma, a los operadores que, sin ser propietarios de dichos recursos, los utilizan para prestar servicios de telefonía móvil.

Razona al respecto el Tribunal de Justicia lo siguiente:

“26. Mediante su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en lo sustancial, si dentro del ámbito de la posibilidad que ofrece a los Estados miembros el artículo 13 de la Directiva autorización, de imponer un canon por «los derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma», que refleje la necesidad de garantizar el reparto óptimo de esos recursos, está incluida una normativa nacional que impone una tasa por la utilización del dominio público local no sólo a los operadores que son propietarios de las redes de telefonía desplegadas en dicho dominio, sino también a los operadores titulares de derechos de uso, de acceso o de interconexión con esas redes.

27. En particular, dicho órgano jurisdiccional interroga al Tribunal de Justicia acerca de si puede gravarse con una tasa como ésta no sólo al operador que, conforme al artículo 11, apartado 1, de la Directiva marco, es titular de los derechos de instalación de recursos en una propiedad pública, o por encima o por debajo de la misma, y que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 12 de dicha Directiva y en el artículo 12 de la Directiva acceso, puede verse obligado a compartir esos recursos, sino también a los operadores que prestan servicios de telefonía móvil utilizando tales recursos.

28. Con carácter preliminar, ha de observarse que, en el marco de la Directiva autorización, los Estados miembros no pueden percibir cánones ni gravámenes sobre el suministro de redes y de servicios de comunicaciones electrónicas distintos de los previstos en ella (véanse, por analogía, las sentencias de 18 de julio de 2006, *Nuova società di telecomunicazioni*, y de 10 de marzo de 2011, *Telefónica Móviles España*).

29. Según se desprende de los considerandos 30 a 32 y de los artículos 12 y 13 de la Directiva autorización, los Estados miembros únicamente están facultados, pues, para imponer o bien tasas administrativas destinadas a cubrir en total los gastos administrativos ocasionados por la gestión, el control y la ejecución del régimen de autorización general, o bien cánones por los derechos de uso de radiofrecuencias o números, o también por los derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma.

30. En el procedimiento principal, el órgano jurisdiccional remitente parece partir de la idea de que las tasas controvertidas no están comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 12 de dicha Directiva ni en el concepto de cánones por los derechos de uso de radiofrecuencias o números en el sentido del artículo 13 de la misma. Por lo tanto, la cuestión radica únicamente en determinar si la posibilidad que tienen los Estados miembros de gravar con un canon los «derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma» en virtud del citado artículo 13 permite la aplicación de cánones como los del procedimiento principal, en tanto en cuanto se aplican a los operadores que, sin ser propietarios de esos recursos, los utilizan para la prestación de servicios de telefonía móvil explotando así ese dominio público.

31. Si bien en la Directiva autorización no se definen, como tales, ni el concepto de instalación de recursos en una propiedad pública o privada o por encima o por debajo de la misma, ni el obligado al pago del canon devengado por los derechos correspondientes a esa instalación, procede señalar, por una parte, que resulta del artículo 11, apartado 1, primer guión, de la Directiva marco que los derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma, se conceden a la empresa autorizada a suministrar redes públicas de comunicaciones, es decir, a aquella que está habilitada para instalar los recursos necesarios en el suelo, el subsuelo o el espacio situado por encima del suelo.

32. Por otra parte, como señaló la Abogado General en los puntos 52 y 54 de sus conclusiones, los términos «recursos» e «instalación» remiten, respectivamente, a las infraestructuras físicas que permiten el suministro de redes y servicios de comunicaciones electrónicas y a su colocación física en la propiedad pública o privada de que se trate.

33. De ello se desprende que únicamente puede ser deudor del canon por derechos de instalación de recursos contemplado en el artículo 13 de la Directiva autorización el titular de dichos derechos, que es asimismo el propietario de los recursos instalados en la propiedad públi-

ca o privada de que se trate, o por encima o por debajo de ella.

34. Por lo tanto, no puede admitirse la percepción de cánones como los que son objeto del procedimiento principal en concepto de «canon por los derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma», puesto que se aplican a los operadores que, sin ser propietarios de dichos recursos, los utilizan para la prestación de servicios de telefonía móvil explotando así ese dominio público”.

Por otra parte, habiendo quedado sin objeto la segunda cuestión prejudicial planteada (que preguntaba, para el supuesto de que la tasa se considerara compatible con el artículo 13 de la Directiva, si las condiciones en que la misma era exigida en la ordenanza satisfacen los requerimientos de objetividad, proporcionalidad y no discriminación), el Tribunal de Justicia aborda la respuesta a la tercera cuestión relativa a si cabe reconocer al citado artículo 13 de la Directiva autorización efecto directo y, por lo tanto, si un particular puede invocarlo ante los órganos jurisdiccionales nacionales.

La respuesta del Tribunal es positiva, reconociendo que el artículo 13 de la Directiva tiene efecto directo, de suerte que confiere a los particulares el derecho a invocarlo directamente ante los órganos jurisdiccionales nacionales para oponerse a la aplicación de una resolución de los poderes públicos incompatible con dicho artículo.

Ello es así por cuanto dicha disposición “(...) establece, en términos incondicionales y precisos, que los Estados miembros pueden imponer un canon en tres supuestos específicos, a saber, por los derechos de uso de radiofrecuencias o números o por los derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma”.

En definitiva, el Tribunal de Justicia, en respuesta a las preguntas formuladas por esta Sala, declaró que:

“1) El artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva autorización), debe interpretarse en el sentido de que se opone a la aplicación de un canon por derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma, a los operadores que, sin ser propietarios de dichos recursos, los utilizan para prestar servicios de telefonía móvil.

2) El artículo 13 de la Directiva 2002/20 tiene efecto directo, de suerte que confiere a los particulares el derecho a invocarlo directamente ante los órganos jurisdiccionales nacionales para oponerse a la aplica-

ción de una resolución de los poderes públicos incompatible con dicho artículo”.

Segundo.— En nuestra Sentencia de 10 de octubre de 2012, que resolvió el recurso de casación número 4307/2009, tras analizar el marco normativo aplicable así como la respuesta prejudicial ofrecida por el Tribunal de Justicia de la Unión antes aludida, estimamos el último motivo del recurso de casación con la consiguiente estimación parcial del recurso contencioso-administrativo interpuesto, anulando determinados preceptos de la Ordenanza impugnada (en ese caso del Ayuntamiento de Santa Amalia).

La solución a la que debemos llegar hoy, por unidad de doctrina, es la misma, de tal manera que procede la anulación de los siguientes preceptos de la Ordenanza impugnada:

a) Del artículo 2.2 en cuanto incluye dentro del hecho imponible de la tasa la utilización de antenas, instalaciones o redes que materialmente ocupen el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales, por parte de empresas explotadoras de servicios de telefonía móvil que no sean titulares de aquellos elementos a las que implícitamente se refiere el artículo 2.2 de la Ordenanza en el inciso final “con independencia de quien sea el titular de aquéllas” (de las antenas, instalaciones o redes). La extensión del hecho imponible a los operadores que, sin ser propietarios de dichos recursos, los utilizan para prestar servicios de telefonía móvil, resulta contraria al artículo 13 de la Directiva autorización.

b) Del artículo 3.2 en cuanto atribuye la consideración de sujeto pasivo de la tasa de telefonía móvil a las empresas o entidades explotadoras a que se refiere el apartado 1 del propio artículo 3, “tanto si son titulares de las correspondientes instalaciones o redes, que transcurran por el dominio público local o que estén instaladas en el mismo y a través de las cuales se efectúe la explotación o prestación del servicio de telefonía móvil como si, no siendo titulares de dichas redes, lo son de derechos de uso, acceso o interconexión a las mismas”.

La solución a que se llega, tal y como se señaló en la Sentencia de 10 de octubre de 2012 “(...) es consecuencia inmediata de la sentencia de TJUE de 12 de julio de 2012 que obligará a los tribunales españoles a corregir su doctrina e incluso al legislador a modificar el TRLHL para excluir expresamente a los operadores de telefonía móvil no sólo del régimen especial de cuantificación de la tasa, sino también de la obligación de pagar la tasa cuestionada cuando, no siendo titulares de redes, lo sean de derechos de uso, acceso o interconexión a éstas. De esta forma, los operadores de telefonía móvil no tendrán que abonar ta-

sas municipales por el uso del dominio público municipal si se limitan a utilizar las instalaciones de terceros. La normativa sectorial debe prevalecer sobre la Ley de Haciendas Locales. Obviamente deberá modificarse también la regulación de las ordenanzas municipales para ajustarse a lo parámetros de la Directiva autorización y al conjunto de las Directivas del sector dictada en el año 2002”.

(STS de 7 de diciembre de 2012. Sala 3<sup>a</sup>, Sec. 1<sup>a</sup>. F. D. 1<sup>o</sup> y 2<sup>o</sup>. Magistrado Ponente Sr. Fernández Montalvo)

(ROJ: STS 8221/2012. N<sup>o</sup> Recurso: 2800/2011. <http://www.poderjudicial.es>)

## XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

### RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN

En la presente sentencia el TS sintetiza la interpretación de los apartados a) y b) del artículo 102.1 LJ

“SEGUNDO.– Dado que la recurrente funda el recurso de revisión en los motivos recogidos en las letras

a) y b) del art. 102.1 LJCA, conviene recordar la doctrina que sobre dichos motivos ha sentado reiteradamente esta Sala.

Así, en relación con el art. 102.1:a) –en virtud del cual, habrá lugar a la revisión de una sentencia firme si «después de pronunciada se recobraren documentos decisivos, no aportados por causa de fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado»–, como ha dejado establecido una reiterada jurisprudencia, es preciso que concurren los siguientes requisitos:

a) En primer lugar, que «los documentos hayan sido “recobrados” con posterioridad al momento en que haya precluido la posibilidad de aportarlos al proceso».

b) En segundo lugar, que «tales documentos sean “anteriores” a la fecha de la sentencia firme objeto de la revisión, habiendo estado “retenidos” por fuerza mayor o por obra o acto de la parte favorecida con la resolución firme (circunstancias que deben ser plenamente acreditadas por el solicitante de la revisión)».

c) Y, en tercer y último lugar, que «se trate de documentos “decisivos” para resolver la controversia, en el sentido de que, mediante una pro-

visional apreciación, pueda inferirse que, de haber sido presentados en el litigio, la decisión recaída tendría un sesgo diferente (por lo que el motivo no puede prosperar y es inoperante si el fallo cuestionado no variaría aun estando unidos aquéllos a los autos –juicio ponderativo que debe realizar, prima facie, el Tribunal al decidir sobre la procedencia de la revisión entablada–)» (por todas, Sentencias de 18 de abril de 2005, FD Cuarto; de 13 de noviembre de 2006, FD Tercero; y de 20 de marzo de 2007, FD Segundo; en el mismo sentido, Sentencias de 11 de octubre de 2007, FD Tercero; de 29 de abril de 2008, FD Cuarto. 1; y de 2 de julio de 2008, FD Tercero).

Además, debe precisarse asimismo que el art. 102.1.a) LJCA «se refiere a los documentos mismos, es decir, al soporte material que los constituye y no, de entrada, a los datos en ellos constatados; de modo que los que han de estar ocultados o retenidos por fuerza mayor o por obra de la contraparte a quien favorecen son los papeles, no sus contenidos directos o indirectos, que pueden acreditarse por cualquier otro medio de prueba –cuya potencial deficiencia no es posible suplir en vía de revisión–» (Sentencias de 13 de noviembre de 2006, FD Tercero; de 20 de marzo de 2007, FD Segundo; y de 11 de octubre de 2007, FD Tercero).

Y en relación con la causa prevista en la letra b) del art. 102.1 LJCA –que dispone habrá lugar a la revisión de una sentencia firme «si hubiera recaído en virtud de documentos que, al tiempo de dictarse aquélla, ignoraba una de las partes haber sido reconocidos y declarados falsos o cuya falsedad se reconociese o declarase después» –, hemos venido señalando que «la redacción de este motivo difiere del que se contempla en la causa segunda de revisión en el art. 510 de la Ley 1/2000, de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil, que exige que el documento haya sido declarado falso en un proceso penal, o cuya falsedad se declarase después penalmente, de ahí que la jurisprudencia de esta Sala Tercera haya aceptado la falsedad en procesos civiles, sin necesidad de la intervención de la Jurisdicción Penal en orden a la declaración formal del documento de que se trate, e incluso la “retractación” de aquél que lo redactó, pero siempre que ésta se efectúe de forma expresa, de manera que no haya lugar a duda alguna sobre su veracidad». Y también hemos señalado que «[la justificación de este motivo se halla en que si el Tribunal que dictó la sentencia hubiera sabido que el documento o documentos que tuvo en cuenta para dictarla era falso, es muy probable que el sentido de la sentencia hubiera sido diferente, pero el recurso de revisión, por esa causa, exige que el reconocimiento o declaración de la falsedad le sea dado al Tribunal, bien en una sentencia

firme civil o penal, bien por la retractación o reconocimiento del que lo redactó de que existió falsedad» [ Sentencia de 8 de julio de 2008,FD Tercero; en el mismo sentido, entre muchas otras, Sentencias de 11 de enero de 2008), FD Tercero; y de 6 de julio de 2006”

(*STS de 18 de octubre de 2012. Sala 3ª, Secc. 3ª. F. D. 2º. Magistrado Ponente Sr. Fernández Montalvo*)

(ROJ: STS 7188/2012. Nº Recurso: 27/2011. <http://www.poderjudicial.es>)

## XVI. MEDIO AMBIENTE

### ESTUDIOS DE IMPACTO AMBIENTAL

Constituye una exigencia de carácter esencial que en el Estudio de Impacto Ambiental, se incluya un examen de las diferentes alternativas para el emplazamiento de la obra proyectada.

QUINTO:– El quinto motivo que, recordemos, se esgrime al amparo del artículo 88.1.d) de la LJCA reprocha a la sentencia la infracción de los artículos 7, 8 y 9 del Real Decreto 1131/1998, de 30 de septiembre que aprobó el Reglamento de ejecución del Real Decreto Legislativo 1302/1986.

Se sostiene que los citados artículos, y con concreto el apartado 3 del artículo 7, imponen que el estudio de impacto ambiental debe incluir un examen de las alternativas posibles y, en concreto, de la solución adoptada. La supresión de tal exigencia, que establece el citado Reglamento y que también se recoge luego en el artículo 7.1) de la Ley de Evaluación Ambiental de Castilla–La Mancha de 1999, y que se deduce de la sentencia es, ajuicio de la recurrente, una omisión grave que debe ser corregida en casación.

Antes de nada conviene señalar que la “*ratio decidendi*” de la sentencia en este punto, expresada en el fundamento de derecho octavo, gravita sobre la aplicación de la legislación básica del Estado, como es Real Decreto Legislativo 1320/1986, de 28 de junio, de Evaluación de Impacto Ambiental. Es cierto que la sentencia indica, en el citado fundamento, que sería aplicable la Ley ambiental castellano manchega, pero lo cierto es que no aplica dicha ley autonómica, sino que interpreta y aplica el expresado Real Decreto Legislativo y el Reglamento de ejecución que,

por tanto, proporcionan el soporte normativo sobre el que construye la sentencia su argumentación y la conclusión que expresa en el fallo.

SEXTO:— Pues bien, la sentencia reconoce que no se ha realizado tal estudio de alternativas, pero disculpa tal omisión porque el mismo no resultaba necesario. En concreto, se declara que “no se contempla la eliminación de especies arbóreas ni se alteran hábitats ni elementos geomorfológicos de protección especial, ni se alteran las zonas sensibles, ni afecta a especies protegidas ni a pasos o rutas migratorias “. Y se concluye que “no existía razón para admitir varias alternativas, ni existe prueba que venga a cuestionar que la declaración realizada no sea la que desde el punto medio–ambiental más se acomode a las exigencias de la Ley”. De modo que esa falta de afectación ambiental que la sentencia aprecia en este caso determina que resulte innecesario el examen de alternativas y, por tanto, su omisión no constituya un vicio de invalidez del proyecto.

Esta fundamentación se opone a la interpretación que esta Sala Tercera viene realizando de la citada norma básica –RD Legislativo de 1986 y Reglamento de ejecución–, toda vez que venimos exigiendo, con el carácter de exigencia esencial, que en los estudios de impacto ambiental deba incluirse un examen de las diferentes alternativas para el emplazamiento de la obra proyectada, proporcionando de este modo una perspectiva global que mejor salvaguarda los intereses generales medioambientales. Ello es así, incluso en casos, como el examinado, en que los que la sentencia indica que la ubicación elegida no comporta apenas quebranto al medio ambiente, pues se desconoce si se ha realizado el necesario contraste con otros emplazamientos igualmente inocuos para el medio ambiente, para determinar exactamente el grado, aunque sea mínimo, de afectación al medio ambiente que tiene el elegido y los otros tomados en consideración y finalmente rechazados. Dicho de otro modo, la elección del emplazamiento siempre ha de ser posterior a dicho contraste de alternativas, pues sólo tras el examen de las mismas se puede tener constancia de aquellas que son menos nocivas desde el punto de vista medioambiental.

SÉPTIMO:— Téngase en cuenta que el Real Decreto Legislativo 1302/1986, que tiene el carácter de legislación básica ex artículo 1, ya en su exposición de motivos explica que para “evitar los atentados a la naturaleza, proporcionando una mayor fiabilidad y confianza a las decisiones que deban adoptarse, al poder elegir, entre las diferentes alternativas posibles, aquella que mejor salvaguarde los intereses generales desde una perspectiva global e integrada y teniendo en cuenta todos los efectos derivados de la actividad proyectada”.



Sobre estos cimientos, en concordancia y coherencia con los que establece la exposición y los artículos 4.2, 5 y 6.2 de la Directiva 85/337/CEE, el artículo 2.1.c) del Real Decreto Legislativo 1302/1986, de evaluación de impacto ambiental de tanta cita y los artículos 7, 8 y 9 del Reglamento de ejecución de aquel, aprobado por el Real Decreto 1131/1988, debe construirse la interpretación de la exigencia de alternativas sobre la ubicación o emplazamiento de lo proyectado. Ello nos conduce en este caso, como en otros anteriores que citamos en el fundamento siguiente, a estimar la infracción normativa reglamentaria invocada, porque no puede prescindirse del estudio de alternativas sobre el emplazamiento simplemente señalando que el elegido no causa perjuicio al medio ambiente. Tal conclusión sólo puede alcanzarse, insistimos, tras la comparación y el contraste que permite precisamente el estudio de alternativas”

(*STS de 30 de noviembre de 2012. Sala 3ª, Secc. 5ª. F. D. 5º, 6º y 7º. Magistrada Ponente Sra. Tésa Gamella*)

(ROJ: STS 7844/2012. Nº Recurso: 2482/2009. <http://www.poderjudicial.es>)

## XX. RESPONSABILIDAD

### DOCTRINA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

Esta doctrina permite una respuesta indemnizatoria ante la actuación médica omitida, que sin quebrar la *lex artis*, pudiera haber evitado o mejorado el deficiente estado de salud del paciente

“TERCERO.– Podemos recordar la Sentencia de esta Sala y Sección de veintisiete de septiembre de dos mil once, en la que se define la doctrina de la pérdida de oportunidad, recordando otras anteriores:

“Como hemos dicho en la Sentencia de 24 de noviembre de 2009:

“La doctrina de la pérdida de oportunidad ha sido acogida en la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, así en las sentencias de 13 de julio y 7 de septiembre de 2005, como en las recientes de 4 y 12 de julio de 2007, configurándose como una figura alternativa a la quiebra de la *lex artis* que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio. Sin

embargo, en estos casos, el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera. En la pérdida de oportunidad hay, así pues, una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable. En definitiva, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación, que deben ser indemnizadas, pero reduciendo el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado diligentemente”. (FD 7°).

También esta sentencia nos ha de servir de referente a los efectos de fijar la indemnización correspondiente a lo que se considera daño indemnizable:

“Para la fijación de la indemnización procedente, ha de tenerse en cuenta que no se indemniza por el fallecimiento de..., esposo de la recurrente, ocasionado por un carcinoma epidermoide, sino, como hemos dicho, por la pérdida de oportunidad sufrida pues, a la vista de los referidos informes cabe sostener que en este caso, el retraso en la práctica del “estudio neumológico del paciente hizo imposible su tratamiento con posibilidades de curación por la extensión tumoral”, una vez acreditada “la presencia de un nódulo pulmonar solitario de bordes irregulares y ya de un tamaño de 12 mm”, unido a las especiales circunstancias del paciente, sus antecedentes personales de haber sido trabajador de asbesto y disolventes orgánico, además de los antecedentes familiares de neoplasia pulmonar del padre y un hermano”.

Por lo tanto, no cabe duda que la Sentencia recurrida contiene una doctrina contraria a la recogida en las sentencias de contraste, las cuales por el contrario, se pronuncian en los términos que hemos recogido.

CUARTO.— Apreciándose pues esa infracción de doctrina en la Sentencia recurrida, procede entrar en el fondo de la cuestión debatida en los términos en que queda planteado el debate que no son otros que determinar la indemnización por la pérdida de oportunidad apreciada por la sentencia recurrida.

Como dice la Sentencia de esta Sala de lo Contencioso—Administrativo del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2011, y reitera la de 22 de mayo de 2012 la denominada “pérdida de oportunidad” se carac-

teriza por la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o mejorado el deficiente estado de salud del paciente, con la consecuente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido el efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste mismo.

Lo anterior nos obliga a analizar los elementos de juicio obrantes en las actuaciones, y al respecto debemos destacar que cabe tener por probada en este proceso, pues así lo declaró la sentencia recurrida, que desde que se tiene la primera noticia de la existencia del cáncer de pulmón hasta que se inicia el primer ciclo de quimioterapia transcurren siete meses, lo que a juicio de todos los peritos ha acertado considerablemente la vida del paciente, por lo que debemos dar por bueno que el diagnóstico más temprano del cáncer, al menos, habría alargado la vida del paciente, aunque no sus posibilidades de curación”

*(STS de 3 de diciembre de 2012. Sala 3ª, Secc. 4ª. F. D. 2º, 3º y 4º. Magistrado Ponente Sr. Enríquez Sancho)*

(ROJ: STS 8508/2012. Nº Recurso: 2892/2011. <http://www.poderjudicial.es>)

## XXII. URBANISMO Y VIVIENDA

### CLASIFICACIÓN DEL SUELO

La aprobación de un Proyecto supramunicipal que autoriza la ejecución de obras de urbanización en suelo no urbanizable, no le convierte directamente en suelo urbanizable delimitado o urbano

“QUINTO:– En el segundo de los motivos planteados por el apartado d) del mismo precepto citado, denuncia la recurrente la infracción de las normas de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, la Ley de Valoraciones de 1998 y la Orden Ministerial ECO 805/2003, al deber de valorarse el suelo como urbanizable, aludiendo a la infracción de las mismas disposiciones legales en cuanto a los puntos que no han sido objeto de expreso pronunciamiento.

Comenzando por la valoración del suelo, entiende la recurrente que el suelo expropiado debía haberse valorado como suelo urbanizable deli-

mitado como consecuencia de la aprobación del Proyecto Supramunicipal de la Plataforma Logístico-Industrial y Centro de Transportes de Fraga en vez de estar a la clasificación asignada por el Plan General Municipal como suelo no urbanizable genérico, y ello por entender que el suelo apto para urbanización no puede ser un suelo no urbanizable ni valorarse como tal por deducirse así del art. 81.3 de la Ley Urbanística de Aragón al establecer que las determinaciones de los Proyectos Supramunicipales vincularán a los instrumentos de planeamiento municipales, por lo que el cambio en la clasificación del suelo se produce con la aprobación del Proyecto Supramunicipal sin necesidad de esperar a la ejecución del mismo. Aduce también la infracción de la doctrina jurisprudencial sobre sistemas generales que crean ciudad y la del artículo 36 de la LEF, pues considera que este precepto no le es de aplicación.

El motivo de casación coincide con el que ya ha sido objeto de resolución por esta Sala en su reciente sentencia de fecha 30 de octubre de 2012, recurso 1466/2010, referente al mismo proyecto expropiatorio, en la cual, con remisión a la sentencia de esta Sala de fecha 18 de abril de 2012, dictada en el recurso para la unificación de doctrina nº 5576/2011, se resolvía la cuestión discutida en sentido desestimatorio y que no era otra que determinar si la aprobación del Proyecto Supramunicipal de la Plataforma Logístico-Industrial y Centro de Transportes de Fraga conllevaba la modificación de la clasificación del suelo afectado por el mismo.

Decíamos en dicho recurso: “...*La mencionada sentencia, aplicable al presente caso por ser idéntico al resuelto en aquella, establecía lo siguiente: «En el caso ahora analizado, la doctrina correcta sobre la clasificación del suelo expropiado a efectos de su valoración es la mantenida por la Sentencia de contraste. La razón fundamental expuesta en el pasaje transcrito de la sentencia de 17 de febrero de 2010 es que, el solo hecho de la aprobación de un Proyecto Supramunicipal no determina por sí un cambio en la clasificación del suelo.*

*Esta clasificación del suelo, según lo dispuesto en la propia normativa urbanística a la que se remite la Sentencia, es una cuestión que debe ser ordenada por el Plan General de Ordenación del Municipio o, en este caso, por la Modificación Aislada del PGOU de 28 de abril de 2005, que precisamente cambia la clasificación del suelo a no urbanizable genérico, teniendo en cuenta que esta zona se desarrollará mediante un Proyecto Supramunicipal. El hecho de que mediante un Proyecto Supramunicipal se autorice la ejecución de obras de urbanización en suelo no urbanizable genérico o urbanizable no delimitado no lo convierte directamente en suelo urbanizable delimitado o urbano, sin perjuicio de que a efectos valorativos y de conformidad con el específico destino dado a los terrenos expropiados pudiera incrementarse el valor de los citados terrenos que el propio de no urbanizable.*

*De lo anterior se desprende que la premisa de la que parte la Sentencia recurrida, esto es, que la mera aprobación del Proyecto Supramunicipal cambia la clasificación inicial del suelo no urbanizable genérico, no puede ser aceptada en los términos citados, y ello deriva de la propia naturaleza de los Proyectos Supramunicipales, que no pueden sustituir al Plan General como instrumento de ordenación, por lo que no pueden clasificar suelo. También hemos de destacar que anteriormente a la aprobación del Proyecto Supramunicipal, se aprueba por el Ayuntamiento de Fraga, el Texto Refundido de la Modificación aislada del Plan General Municipal de Ordenación Urbana, clasificando a la zona en cuestión como suelo urbanizable no delimitado y suelo no urbanizable genérico, de lo que se desprende que este Proyecto Supramunicipal no altera la naturaleza del suelo determinada por la Modificación Aislada del Plan General, siendo precisamente el Proyecto Supramunicipal el instrumento necesario para producirse la declaración de interés supramunicipal que permite la expropiación de los terrenos y mediante el cual podrá autorizarse la urbanización.*

*Por todo ello, debe entenderse que debe valorarse el suelo, en atención a las solas circunstancias señaladas con anterioridad, conforme su clasificación urbanística de suelo no urbanizable genérico. Así, el presente recurso de casación para la unificación de doctrina debe ser estimado, con la consiguiente anulación de la Sentencia impugnada”*

*(STS de 19 de diciembre de 2012. Sala 3ª, Secc. 6ª. F. D. 5º. Magistrado Ponente Sr. Trillo Alonso)*

(ROJ: STS 8583/2012. Nº Recurso: 1205/2010. <http://www.poderjudicial.es>)