

ACTUALIDAD JURÍDICA: RECOPIACIÓN DE JURISPRUDENCIA

I. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

DESPIDO DE UNA TRABAJADORA EMBARAZADA CON MOTIVO DE UN DESPIDO COLECTIVO. CONFORMIDAD DE LA NORMATIVA ESPAÑOLA CON LA EUROPEA.

*Sentencia de 22 de febrero de 2018 de la Sala Tercera del Tribunal de Justicia de la
Unión Europea.*

Cuestión prejudicial.

Ponente: M. Saflan

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña insta el pronunciamiento de cuestión prejudicial al TSJUE, que tiene por objeto la interpretación del artículo 10, puntos 1 y 2, de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. Esta petición se presentó en el ámbito de un litigio entre la trabajadora, Bankia, S.A., diferentes secciones sindicales y FOGASA, en el marco de un despido colectivo, estando embarazada la trabajadora.

El artículo 10 de la Directiva dispone que los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras embarazadas, las que hayan dado a luz, y las que estén en período de lactancia, salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones. Por otra parte, el artículo 1 de la Directiva 98/59 dispone que se entenderán despidos colectivos los efectuados por un empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores.

El artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, dispone que se entenderá por despido colectivo la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

El TSJ de Cataluña plantea al TJUE, entre otras, la siguiente cuestión prejudicial:

¿Debe interpretarse el art. 10.1 de la Directiva 92/85 en el sentido de que el supuesto de “casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales”, en tanto que excepción a la prohibición del

despido de trabajadoras embarazadas, que han dado a luz o en período de lactancia, es un supuesto no equiparable a “uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores” a que se refiere el art. 1.1a) de la Directiva 98/59/CE (de 20 de julio de 1998, sino un supuesto más restringido?

A esta cuestión considera el TSJUE que en caso de que la decisión de despido se haya tomado por razones esencialmente relacionadas con el embarazo de la interesada, tal decisión es incompatible con la prohibición de despido establecida en el artículo 10 de la Directiva. En cambio, una decisión de despido durante el período comprendido entre el comienzo del embarazo y el final del permiso de maternidad por razones no relacionadas con el embarazo de la trabajadora no será contrario al citado artículo 10, a condición, no obstante, de que el empresario comunique por escrito motivos justificados de despido y de que el despido de la interesada esté admitido por la legislación o práctica nacional en cuestión.

Por consiguiente, los motivos no inherentes a la persona de los trabajadores por los cuales se efectúan los despidos colectivos, en el sentido del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 98/59, constituyen casos excepcionales no inherentes al estado de las trabajadoras, a efectos del artículo 10, punto 1, de la Directiva 92/85.

Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la cuestión prejudicial que el artículo 10, punto 1, de la Directiva 92/85 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que permite el despido de una trabajadora embarazada con motivo de un despido colectivo, en el sentido del artículo 1, apartado 1, letra a), de la Directiva 98/59.

II. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

NORMA AUTONÓMICA, COMUNIDAD AUTÓNOMA, QUE MODIFICA A LA BAJA EL CÁLCULO ANUAL DE LA JORNADA ORDINARIA DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS CON RESPECTO A LA ESTABLECIDA EN LOS PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO. INCONSTITUCIONALIDAD Y NULIDAD DE LA NORMATIVA AUTONÓMICA.

Sentencia número 142/2017 de 12 de diciembre del Pleno del Tribunal Constitucional.

Recurso de Inconstitucionalidad 3719/2017.

Ponente: Santiago Martínez-Vares García

El Presidente del Gobierno interpone recurso de inconstitucionalidad contra el Decreto-ley 5/2016, de 11 de octubre de la Junta de Andalucía, por el que se regula la jornada de trabajo del personal empleado público de la Junta de Andalucía,

estableciendo la recuperación de la jornada ordinaria de trabajo de treinta y cinco horas semanales de promedio en cómputo anual, cuando así lo tuviese reconocido con anterioridad en su regulación específica.

El recurso se basa, en lo que aquí interesa, en la extralimitación competencial por parte de la Junta de Andalucía con vulneración de las competencias estatales del artículo 149.1.7, 18 y 30 de la Constitución, así como por no concurrir en el Decreto-ley el presupuesto de hecho habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad a que se refieren los artículos 86.1 de la Constitución y 110 del Estatuto de Autonomía de Andalucía.

Con respecto a la primera cuestión, el TC declara que para que dicha infracción constitucional exista será necesaria la concurrencia de dos circunstancias: que la norma estatal infringida por la ley autonómica sea, en el doble sentido material y formal, una norma básica y, por tanto, dictada legítimamente al amparo del correspondiente título competencial que la Constitución haya reservado al Estado; así como, en segundo lugar, que la contradicción entre ambas normas, estatal y autonómica, sea efectiva e insalvable por vía interpretativa.

Así, comenzando con la jornada ordinaria de treinta y cinco horas semanales, se ha de determinar si su establecimiento por el Decreto-ley impugnado vulnera lo dispuesto en la disposición adicional septuagésima primera de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012, norma dictada al amparo del artículo 149.1.7 y 18 CE. Declara el TC que resulta incompatible con la disposición adicional septuagésima primera de la Ley 2/2012 una norma autonómica que determine una duración de la jornada de trabajo que sea inferior a la prevista en la misma, esto es, que sea inferior a treinta y siete horas y media semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual, como sucede en el Decreto-ley impugnado que prevé la jornada de trabajo de treinta y cinco horas semanales de promedio en cómputo anual. Procede, pues, estimar este motivo de impugnación.

III. TRIBUNAL SUPREMO

IMPUESTO SOBRE BIENES INMUEBLES. TIPO DE GRAVAMEN DIFERENCIADO EN LA CORRESPONDIENTE ORDENANZA FISCAL. CONFORMIDAD A DERECHO

*Sentencia número 1911/2017 de 5 de diciembre de la Sección 2ª de la Sala de lo
Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.*

Recurso de Casación 1710/2016.

Ponente: José Díaz Delgado

El TS declara que el artículo 72 de la Ley de Haciendas Locales determina la posibilidad de aplicación de tipos diferenciados del IBI atendiendo a los usos establecidos en la normativa catastral para la valoración de las construcciones. El referido artículo establece que dichos tipos diferenciados del IBI solo podrán aplicarse, como máximo, al diez por ciento de los bienes inmuebles urbanos del término municipal que, para cada uso, tenga mayor valor catastral, a cuyo efecto la ordenanza fiscal del impuesto señalara el correspondiente umbral de valor para todos o cada uno de los usos, a partir del cual serán de aplicación los tipos incrementados.

Reconoce el TS que a lo largo del procedimiento de elaboración de la Ordenanza fiscal número 2, reguladora del Impuesto sobre Bienes Inmuebles de Zaragoza para el ejercicio 2012, objeto del recurso, no existe ninguna referencia que acredite la existencia, al tiempo de elaborarse la misma, de un estudio económico que garantice que los umbrales económicos fijados en la Ordenanza IBI a cada tipo de uso de bienes inmuebles, a partir de los cuales se van a aplicar los tipos diferenciados, impide sobrepasar el límite legalmente establecido, de tal forma que no se vean sujetos a los referidos tipos diferenciados, más del 10% de los inmuebles del municipio según la clase de uso; es más, no solo no consta en el expediente el referido estudio económico, sino que tampoco consta ninguna referencia de donde presumir que el mismo existía al tiempo de aprobar la Ordenanza IBI en fecha 23 de diciembre de 2011, aunque por los motivos que fuera no se hubiera incorporado.

Sin embargo, continúa diciendo, la normativa no establece, la alegada necesidad, por parte de la recurrente, del estudio económico, y por ello se llevó a cabo la determinación del umbral de valor catastral a partir del contenido del Padrón de Bienes Inmuebles de Naturaleza Urbana, y que habiendo obtenido dicho Padrón publicidad, es suficiente para justificar que los umbrales máximos para respetar el 10% establecido en el artículo 72, y en todo caso como razona la sentencia recurrida, habiéndose concretado en febrero del año siguiente, con el nuevo padrón del catastro, aquellos inmuebles que estaban dentro del umbral del 10% hubiera correspondido a la recurrente probar que no

lo estaba ya el día de la aprobación de la Ordenanza, y que la aplicación del nuevo catastro le había incluido.

LIMPIEZA Y CONSERVACIÓN DE LOS CAUCES DE LOS ARROYOS DE DOMINIO PÚBLICO EN EL TÉRMINO MUNICIPAL. COMPETENCIA MUNICIPAL

Sentencia número 1962/2017 de 13 de diciembre de la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.

Recurso de Casación 2297/2015.

Ponente: Pablo Lucas Murillo de la Cueva

El TSJ de Andalucía con sede en Málaga dictó sentencia por la que declaró competencia de la Junta de Andalucía la conservación y adecuación de los arroyos del término municipal de Málaga, conforme a las competencias que legalmente tiene atribuidas, sin perjuicio de que el Ayuntamiento de Málaga deba efectuar la recogida de los residuos sólidos arrojados a los citados arroyos. Acogía así las pretensiones de este último que había requerido en dos ocasiones a la Administración autonómica para que se hiciese cargo de la limpieza de esos cauces sin obtener respuesta de la Consejería de Agricultura, Pesca y Medio Ambiente a la que se había dirigido. Ante ello, conforme a los artículos 44 y 46.6 de la Ley de Jurisdicción, interpuso los recursos que la sentencia cuya casación pretende la Junta de Andalucía estimó. A partir de ahí, la Sala de Málaga reproduce el párrafo del preámbulo del Decreto 189/2002, de 2 de julio, por el que se aprueba el Plan de Prevención de Avenidas e Inundaciones en cauces urbanos andaluces, en el que se relacionan los preceptos sobre las competencias propias de la Comunidad Autónoma de Andalucía en esta materia --los artículos 13.8, 13.9, 13.12, y 15.1.7 del Estatuto de Autonomía de 1981, el artículo 11.3 del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Aguas, y el artículo 28.4 de la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional, competencias materializadas por el traspaso de funciones y servicios operado por el Real Decreto 1132/1984, de 26 de marzo -- y reproduce, a continuación, el artículo 13 del citado Decreto 189/2002 dedicado a la conservación de cauces.

Dice así:

“Artículo 13. Conservación de cauces.

1. La conservación de los cauces públicos corresponde a la Administración competente en la gestión de la cuenca correspondiente, de acuerdo con la normativa vigente.

2. De acuerdo con lo establecido en los artículos 25 y 26 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, corresponde a los municipios la recogida de los residuos sólidos arrojados a los cauces públicos en tramos urbanos.

3. Sin perjuicio de las bases generales a que hace referencia el artículo 2.2 del presente Plan, en los convenios entre la Administración de la Junta de Andalucía y la Administración del Estado se podrá considerar como base específica la aprobación por el Órgano estatal competente en materia hidráulica de un programa de conservación extraordinaria de cauces urbanos”.

Seguidamente, la sentencia da como razón de la estimación de los recursos acumulados la siguiente:

“Dada la claridad del precepto y dado que las actuaciones que se pretenden corresponden a cauces urbanos en cuenca intracomunitaria dependiente de la Administración Autónoma Andaluza, es necesario la estimación de la presente demanda”.

Contra la anterior sentencia interpone el presente recurso de casación la Junta de Andalucía, que es estimado por el TS.

La resolución, dice el TS, requiere decidir dos cuestiones íntimamente relacionadas: la de a quién corresponde la competencia para la conservación y adecuación de los arroyos en el término municipal de Málaga y la de si las normas que deciden esa competencia son exclusivamente autonómicas o bien depende del Derecho estatal la solución de la controversia. Respecto a esta última cuestión, la sentencia de instancia parece asumir la idea de que es el Derecho autonómico el único relevante, posición que defiende el Ayuntamiento de Málaga, mientras que el motivo de casación sostiene justamente lo contrario.

La Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional, dedica el artículo 28 a la "Protección del dominio público hidráulico y actuaciones en zonas inundables" y su apartado 4 dice así:

“4. Las actuaciones en cauces públicos situados en zonas urbanas corresponderán a las Administraciones competentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo, sin perjuicio de las competencias de la Administración hidráulica sobre el dominio público hidráulico.

El Ministerio de Medio Ambiente y las Administraciones Autonómicas y Locales podrán suscribir convenios para la financiación de estas actuaciones”.

Se trata, pues, de identificar la Administración competente en materia de ordenación del territorio y urbanismo.

Para ello la sentencia de esta Sala de 10 de junio de 2014 (casación 1489/2012) nos da algunas claves: (i) de los artículos 25 y 26 de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local no se desprende que la competencia para la limpieza del cauce de un río a su paso por el término municipal sea de la Confederación Hidrográfica; (ii) los artículos 23 y 24 del texto refundido de la Ley de Aguas aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2001 no dicen que los trabajos cotidianos de limpieza de los ríos sean competencia del organismo de cuenca; (iii) las actuaciones contempladas por el artículo 28.4 de la Ley 10/2001 son las que no suponen invasión de las competencias de la Administración hidráulica sobre el dominio público hidráulico; (iv) las zonas urbanas a que se refiere este precepto no equivalen a lo que la antigua legislación urbanística consideraba "suelo urbano", sino que son los espacios materialmente urbanos, esto es "de un pueblo o ciudad y de sus aldeaños"; (v) determinar cuál sea la Administración competente en materia de ordenación del territorio y urbanismo es una cuestión de Derecho autonómico.

Mirando ahora al artículo 13.1 del Decreto 189/2002, nos encontramos con que no resuelve el problema pues remite la conservación y adecuación de cauces a la Administración competente en la gestión de cuenca correspondiente según la normativa vigente y solamente precisa que corresponde a los municipios la retirada de los residuos sólidos arrojados a los cauces en los tramos urbanos y esto último no por propio imperio sino porque así resulta de los artículos 25 y 26 del Real Decreto Legislativo 2/2001.

Esa Administración competente en la gestión de la cuenca a la que se remite el artículo 13.1 del Decreto 189/2002 no puede ser la encargada de la limpieza ordinaria de los cauces en los tramos urbanos. Acabamos de ver que, según la sentencia de 10 de junio de 2014 (casación 1489/2012), no le corresponde esa tarea. Al contrario, encamina esas actuaciones hacia quien tenga competencia en materia de ordenación del territorio y el urbanismo. Además, el artículo 13.1, cuando la refiere a la Administración competente para la gestión de la cuenca, incluye la precisión de que esa atribución sea de acuerdo con la legislación vigente. Así, lo que, en realidad, hacen los apartados 1 y 2 de este artículo 13 es una remisión a la normativa vigente en materia de organismos de cuenca y de aguas. Es decir, a las normas generales sobre esas materias.

De este modo, volvemos a la interpretación del artículo 28.4 de la Ley 10/2001 -- que es el que las establece en lo que ahora importa-- y al afrontarla en las condiciones descritas, debemos dar un paso más respecto de los dados por la sentencia de 10 de junio de 2014 (casación 1489/2012), si bien conducirá, en este caso, al mismo resultado.

No es otro que el de afirmar que, a efectos de actuaciones en los cauces públicos cuando de zonas urbanas se trata, la competencia no puede ser otra que la municipal pues así resulta de los principios que informan el régimen local a partir del postulado

constitucional de la autonomía local tal como la ha entendido el Tribunal Constitucional (sentencias 37/2014, 121/2012 y 240/2006 y las que en ellas se citan). A falta de disposición expresa de sentido contrario y tratándose de actuaciones de ejecución en zonas urbanas, puede considerarse que la regla es la competencia municipal y la excepción la competencia autonómica. Tal conclusión es coherente, además, con las atribuciones que las normas legales estatales en materia de régimen local confieren a los ayuntamientos respecto del urbanismo. En efecto, el artículo 25.2 a) de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local, con el cual sintoniza, por lo demás, el artículo 92.2 a) del Estatuto de Autonomía de Andalucía, les atribuye competencias, entre otras materias propias del urbanismo, en: planeamiento, gestión, ejecución y disciplina urbanística.

Añadiremos que no cabe aceptar el argumento del Ayuntamiento de Málaga para oponerse a la utilización de la sentencia del Tribunal Supremo mencionada de que se refiere a la limpieza ordinaria de un río mientras que aquí se habla de conservación y adecuación de cauces porque lo que Ayuntamiento pidió a la Consejería de Agricultura, Pesca y Alimentación, fue, precisamente, la limpieza de los arroyos del término municipal y así lo dice.

Es verdad que en sus requerimientos el Ayuntamiento de Málaga, además de a la limpieza, alude a la corrección de los elementos de conservación y que, luego, en el pleito, se ha olvidado de esa primera reclamación de limpieza e incidido en la conservación y adecuación de los arroyos. No obstante, podemos decir que, al igual que sucedió en el litigio al que puso fin la sentencia de 10 de junio de 2014 (casación 1489/2012), aquí no se habla de actuaciones extraordinarias en el cauce de los arroyos en los tramos urbanos. Por tanto, el problema es el mismo y, tal como sucedió entonces, el precepto del que se debe partir es el artículo 28.4 de la Ley 10/2001 en la interpretación que le da este Tribunal Supremo.

Y, como se trata de estar a lo que resulta del ordenamiento jurídico, no es relevante el proceder que hubiera observado con anterioridad la Junta de Andalucía ya que, de haber mantenido antes una posición opuesta a la que defiende ahora, eso solamente significaría que con anterioridad obró de forma distinta a la que deriva de ese ordenamiento.

En definitiva, el motivo debe prosperar, con la consecuencia de que procede anular la sentencia recurrida y, desestimar los recursos mediante los cuales el Ayuntamiento de Málaga ha promovido este litigio entre Administraciones públicas contra la Junta de Andalucía a propósito de la competencia sobre la limpieza y conservación de los cauces de los arroyos en el término municipal y declarar que corresponde al Ayuntamiento recurrente en la instancia la realización de las actuaciones que motivaron sus requerimientos.

**PLAN ESPECIAL. ESTUDIO ECONÓMICO FINANCIERO. NECESIDAD.
NULIDAD POR AUSENCIA O INSUFICIENCIA**

Sentencia número 1986/2017 de 14 de diciembre de la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.

Recurso de Casación 1670/2016.

Ponente: César Tolosa Tribiño

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, -Sección Segunda- dictó Sentencia, en fecha 31-03-2016, desestimatoria del recurso deducido contra una Resolución del Pleno del Ayuntamiento de Jerez de la Frontera de 27-06-2014, por la que se aprueba un Plan Especial Parque Comercial.

El TS declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por falta de estudio económico financiero; casa y anula la Sentencia de instancia y estima el recurso contencioso-administrativo.

El TS declara, en la sentencia que comentamos, que su sentencia de 19 de abril de 2012 (Recurso de Casación 51/2009) sintetiza la doctrina de la Sala Tercera sobre la exigencia del Estudio Económico Financiero, en los distintos instrumentos de planeamiento, en los siguientes términos:

1º. Que la jurisprudencia no ha devaluado o reducido dicha exigencia del Estudio Económico Financiero, habiendo ratificado, por el contrario, como regla general, la necesidad y exigencia de su concurrencia como elemento esencial de los diversos instrumentos de planeamiento.

En efecto, la STS de 29 de septiembre de 2011 (RC 1238/2008) ha insistido en que "La jurisprudencia de esta Sala, señala que la exigencia del estudio económico financiero es inconcusa en las leyes urbanísticas, que lo imponen en toda clase de instrumentos de planeamiento. También, hemos señalado que el alcance y especificidad del estudio económico financiero es distinto en función del instrumento de planeamiento de que se trate, siendo más genérico en el caso de instrumentos de ordenación general, papel que desempeñan las Normas Subsidiarias, mientras que los Planes Parciales y Especiales ha de concretar con mayor grado de precisión los medios o recursos de los que se dispone y realizar una singularizada adscripción de los mismos a la ejecución de la ordenación prevista".

2º. Que ninguno de los instrumentos de planeamientos está exceptuado del Estudio Económico Financiero.

3º. Que hemos tratado de perfilar el contenido del necesario Estudio Económico Financiero, que pretende conocer "la viabilidad económica de la actuación concernida". Así en la STS de 19 de marzo de 1994 ya se decía y exigía: "requiriéndose no ya una cuenta analítica exhaustiva sino que es suficiente con que indique las fuentes de financiación que quedarán afectas a la ejecución del Plan, de acuerdo con la previsión lógica y ponderada que garantice la real posibilidad de su realización, en función de la importancia de la determinaciones del planeamiento".

Sobre esta cuestión sostiene la sentencia objeto de este recurso que "En lo referente a la falta de estudio económico financiero, debe indicarse que el referido estudio tiene por finalidad la evaluación y cuantificación de los medios económicos necesarios para poder llevar a cabo la ejecución del plan, así se dispone en el art. 42 del Reglamento de Planeamiento y 19 de la Ley 7/2002, pero como con acierto se indica en la contestación a la demanda por la dirección jurídica del Ayuntamiento, con anterioridad a la aprobación del plan especial, las obras de urbanización estaban concluidas y, por ende, los terrenos tenían la consideración de urbanos, al tiempo que la innovación no requería de obra alguna que requiriera inversión, por lo que ha de concluirse la innecesariedad del mentado documento".

Por su parte mantiene el Ayuntamiento que "Al margen de lo que hemos reseñado en el apartado cuarto anterior, respecto a la posición que ocupa en el sistema de fuentes el Reglamento de Planeamiento urbanístico, se da la circunstancia (como hemos señalado en el apartado segundo referente a la contextualización de la controversia) que el plan especial que nos ocupa tiene un alcance muy limitado, pues no contiene la previsión de ejecución de obra alguna, ni de urbanización de ningún tipo, entre otras razones porque la obra urbanizadora se encontraba ya finalizada; simplemente tenía por finalidad habilitar la redistribución de los volúmenes edificatorios contenidos en las parcelas afectadas que conformaban su ámbito territorial".

Por su parte, IKEA razona que "tal y como se expone en la Memoria del Plan Especial y ratifica la Sentencia objeto del presente recurso, en el presente supuesto, la elaboración de un nuevo estudio económico-financiero era innecesario por cuanto el Plan Especial no tenía por objeto ninguna obra de urbanización, sino la mera distribución de volúmenes entre dos parcelas privadas. La Modificación nº 31 del Plan General de Jerez de la Frontera, que contenía la ordenación pormenorizada, sí incluyó el correspondiente Estudio Económico-Financiero, y las obras de urbanización se ejecutaron conforme a dicho instrumento de planeamiento y al correspondiente Proyecto de Urbanización, sin que ninguno de esos instrumentos urbanísticos fueran discutidos ni impugnados ...

Dicha circunstancia no pasó desapercibida en el procedimiento de tramitación del Plan Especial pues, en el apartado tercero de la Memoria se hace expresa alusión al

"Estudio Económico-Financiero" dando estricto cumplimiento al artículo 14.4 de la LOUA y 77 del RPU, en los siguientes términos: "De igual manera que para el Estudio Económico- Financiero, el PE se limita a ratificar la ordenación pormenorizada existente de la zona, establecida, en la Modificación nº 31, y además ya ejecutada físicamente por estar llevado a efecto el Proyecto de Urbanización y jurídicamente por estar aprobado y ejecutado el Proyecto de Reparcelación, por lo que el PE remite al Estudio de sostenibilidad económica de dicha Modificación nº 31".

Por tanto, no es cierto que el Plan Especial carezca de tal reflexión respecto del Estudio Económico Financiero, sino que la propia Memoria efectúa dicha consideración y la remite a la Modificación Puntual núm. 31 del PGOU de Jerez, pues aquél instrumento de planeamiento general, que a su vez aportaba la ordenación pormenorizada, fue el que incorporó tales determinaciones. La intención formalista del recurrente parece pretender que dicha argumentación, con idéntico resultado, fuera expresada en un apartado independiente, cuando tal argumentación está expresada en la Memoria. Un criterio éste excesivamente rigorista para deducir de ello la nulidad de pleno de derecho de un instrumento de planeamiento que razona porque dicho instrumento no tiene efectos económicos-financieros ni para los promotores, para la Administración ni para terceros. No en vano, como bien dice la Sentencia del TSJA (FJ 3º) los intereses públicos en este caso no se ven afectados".

El motivo debe ser estimado. Si se analizan y sintetizan las razones por las que se considera que el plan especial aprobado no necesita de estudio económico financiero, podemos concluir que dos son los argumentos en los que coincide la sentencia con las partes que se oponen al motivo:

a) "Que con anterioridad a la aprobación del plan especial, las obras de urbanización estaban concluidas y, por ende, los terrenos tenían la consideración de urbanos, al tiempo que la innovación no requería de obra alguna que requiriera inversión", esto es, que el Plan "simplemente tenía por finalidad habilitar la redistribución de los volúmenes edificatorios contenidos en las parcelas afectadas que conformaban su ámbito territorial".

b) Que "no es cierto que el Plan Especial carezca de tal reflexión respecto del Estudio Económico Financiero, sino que la propia Memoria efectúa dicha consideración y la remite a la Modificación Puntual núm. 31 del PGOU de Jerez, pues aquél instrumento de planeamiento general, que a su vez aportaba la ordenación pormenorizada, fue el que incorporó tales determinaciones".

Basta la lectura de las sentencias que anularon el estudio de detalle previo, cuyo contenido es idéntico al del presente Plan especial, para comprobar que la operación urbanística que se está autorizando excede de la "simplicidad" que predicen tanto las

partes como la propia sentencia. En efecto, en la sentencia de la Sala de Sevilla de 19 de septiembre de 2013, se dice textualmente que "De acuerdo con la posición jurisprudencial acabada de exponer es incuestionable que en el caso del Estudio de Detalle modifica de manera improcedente y carente de justificación las determinaciones citadas de la Modificación puntual nº 31. No estamos ante un mero ajuste, desarrollo o concreción de éstas, sino ante una modificación importante que de los parámetros de aquella inciden significativamente en la configuración real de las distintas parcelas en donde se concentran la edificabilidad, que se varía para unas y otras"

La citada sentencia recoge además, en su Fundamento de derecho cuarto, el contenido específico de la nueva ordenación, concluyendo que "Por tanto, si cotejamos las previsiones referenciadas de la modificación Puntual nº 31 con el Estudio de Detalle comprobamos que, aunque la edificabilidad de las parcelas T1 a T4 no se incrementan en cómputo global (como así defienden los apelantes), si varía la configuración y edificabilidad de las parcelas T1 a T3 (no así en el caso de la T4), produciéndose en el caso de la parcela T2 a la que se refiere la licencia de obras objeto de autos la unificación en una sola parcela de las subparcelas que la integraban y un aumento de edificabilidad de 4.054,00 m²".

En consecuencia, no puede sostenerse la validez del estudio económico contenido en la modificación nº 31, porque su alteración es precisamente el contenido perseguido por el Plan impugnado (las propias resoluciones anteriores recaídas sobre este tema, dejaban suficientemente claro que "existían diferencias notables entre la Modificación y el estudio de Detalle, tanto en lo relativo a la conformación del ámbito afectado en parcelas y subparcelas como en lo referente a la edificabilidad prevista"), ni que una modificación como la que hemos descrito que afecta a la edificabilidad, superficies, parcelas y usos lucrativos, no exija, al menos una reflexión acerca de las previsiones económicas para su ejecución, siendo de todo punto rechazable la conclusión de que, en este caso, no están en juego intereses públicos por mucho que la operación afecte a las parcelas de un mismo propietario.

Por otra parte, no resulta de recibo sostener que no es preciso el estudio por el hecho de que las obras ya han sido ejecutadas, pues ello supone admitir la posibilidad de su realización con anterioridad a la aprobación de los instrumentos de planeamiento que le sirven de cobertura.

En consecuencia, el TS declara la nulidad del Plan impugnado.

DECLARACIÓN JUDICIAL FIRME DE NULIDAD DE PLENO DERECHO DE UNAS CONCRETAS DETERMINACIONES DE UN PLAN GENERAL. EJECUCIÓN DE SENTENCIA. CONSERVACION Y CONVALIDACIÓN DE ACTOS: INAPLICACIÓN CUANDO SE TRATA DE ELABORACIÓN DE NORMAS GENERALES COMO SON LOS INSTRUMENTOS DE PLANEAMIENTO

Sentencia número 2064/2017 de 21 de diciembre de la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.

Recurso de Casación 128/2016.

Ponente: Rafael Fernández Valverde

La sentencia del TS que comentamos declara la nulidad del Plan General de Ordenación Urbana de Isla Cristina (Huelva) por omisión de informe preceptivo de la Comisión Interdepartamental de Valoración Territorial, informe necesario para valorar un aspecto tan estructurante como el crecimiento previsto para el municipio. No obstante, nos interesa destacar las consideraciones que hace el TS respecto a la imposibilidad de subsanación de deficiencias a posteriori, y de la no aplicación de los principios de convalidación y conservación de los actos administrativos a la elaboración y aprobación de los instrumentos de planeamiento, dada su naturaleza jurídica de normas y no de actos administrativos.

Así, el TS hace referencia a la circunstancia de que la compleja aprobación del PGOU revisada en la instancia se refiriera, solo, a un aspecto parcial del planeamiento, y que así lo dijo en las SSTs de 28 de septiembre de 2012 (RRCC 2092/2011 y 1099/2011) en relación con la ejecución de la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que en parte había anulado su Plan General de Ordenación Urbana.

Su doctrina puede resumirse en los siguientes términos, de plena aplicación al supuesto de autos:

A) Imposibilidad de subsanación a posteriori de disposiciones de carácter general.

"Ciertamente cuando se declara judicialmente la nulidad de unas concretas determinaciones del plan general, de algunas de sus normas, la aprobación posterior, en ejecución de sentencia, de una justificación, que pretende paliar esa ausencia de explicación en el procedimiento de elaboración de la disposición general, no puede considerarse que cumple y ejecuta la sentencia que declara la nulidad de una parte del plan general. Así es, no se puede subsanar, enmendar, o convalidar el plan nulo. Tampoco pueden conservarse los acuerdos de aprobación definitiva y otros que se mantienen como si las determinaciones del plan no hubieran sido declaradas nulas de

pleno derecho. Y, en fin, no podemos considerar que ese posterior complemento de la justificación para la reclasificación de los terrenos pueda tener un alcance retroactivo para intercalarse en el lugar, dentro del procedimiento administrativo, en el que debió haberse proporcionado.

Las razones que seguidamente exponemos avalan esta conclusión.

La sentencia que se trata de ejecutar mediante los acuerdos impugnados en la instancia, declara la nulidad de "aquellas determinaciones que suponen la desclasificación de terrenos clasificados en el Plan General de 1985 como Suelo No Urbanizable de Especial Protección" en determinados ámbitos que relaciona y que fueron alterados en casación.

De modo que se ha declarado la nulidad de una disposición de carácter general, de una norma de rango reglamentario, pues tal es la naturaleza de los planes de urbanismo, según venimos declarando desde antiguo, pues "el Plan, que tiene una clara naturaleza normativa - sentencias de 7 de febrero de 1987 , 17 de octubre de 1988 , 9 de mayo de 1989 , 6 de noviembre de 1990 , 22 de mayo de 1991 , etc.", por todas, STS de 9 de julio de 1991 (recurso de apelación nº 478/1989).

Pues bien, nuestro ordenamiento jurídico reserva para las disposiciones generales que hayan vulnerado la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de superior rango, la consecuencia más severa: la nulidad plena, ex artículo 62.2 de la Ley 30/1992. Y en el caso examinado basta la lectura de la Sentencia del Tribunal Superior y luego de este Tribunal Supremo para constatar que la nulidad se deriva de una flagrante infracción legal.

Este grado máximo de invalidez al que se somete a las disposiciones generales comporta que los efectos de la nulidad se producen "ex tunc", desde el momento inicial y, por ello, no pueden ser posteriormente enmendados. Tampoco advertimos razones para perfilar o ajustar tales efectos, pues la naturaleza del vicio de nulidad apreciado --la desclasificación de terrenos no urbanizables de especial protección que pasan a urbanizables sin justificación en la memoria--, el menoscabo para los derechos de los ciudadanos ante la imposibilidad de cuestionar ese contenido durante la sustanciación del procedimiento de elaboración de la norma, y fundamentalmente los siempre sensibles bienes ambientales concernidos en ese cambio de la clase de suelo, avalan la improcedencia de modular el contundente alcance de la nulidad plena".

B) No afecta a tal doctrina la circunstancia de que la nulidad decretada no sea de todo el PGOU.

"Es cierto que la sentencia no declara la nulidad de todo el plan general, sino sólo de algunas determinaciones urbanísticas, de algunas de sus normas, pero esta circunstancia, a que se refiere el auto recurrido, no altera ni priva del carácter de nulidad

plena de aquellas que han resultado afectadas por dicho pronunciamiento judicial. La nulidad es de una parte del plan, pero esa parte es nula de pleno derecho, con los efectos propios de esta categoría de invalidez. De modo que no puede sostenerse con éxito que cuando se declara nula una parte de un texto normativo, y no en su integridad, se diluyan o mermen los efectos de esa nulidad plena".

C) Inviabilidad de aplicación de los principios de conservación y convalidación.

"En efecto, la conservación prevista en el artículo 66 de la Ley 30/1992 se refiere a los "actos y trámites" y el presupuesto de hecho del que parte tal precepto es que se haya declarado la nulidad o se anulen "las actuaciones". Del mismo modo, la convalidación que se regula en el artículo 67 de la misma Ley se refiere a los "actos anulables", permitiendo la subsanación, por su propia naturaleza, de los vicios de que adolezcan. Y las diferencias sustanciales entre el acto y la norma, su diferente régimen jurídico sobre la invalidez y el alcance de tales pronunciamientos, hace inviable la "aplicación analógica del artículo 66" de la Ley 30/1992 que se realiza en el auto recurrido (razonamiento tercero), que produciría no pocas distorsiones en el sistema.

Respecto de la convalidación de disposiciones generales hemos declarado, al aplicar el artículo 67 de la Ley 30/1992, que no procede respecto de los planes de urbanismo porque "En primer lugar, por tanto, porque está previsto para los actos administrativos y estamos ante una disposición general. En segundo lugar, porque los vicios de los que adolecen las disposiciones generales son vicios de nulidad plena respecto de los cuales carece de fundamento la convalidación invocada. Y, finalmente, y ligado al anterior, se hace preciso recordar que los vicios de invalidez en que pueden incurrir estas disposiciones generales son únicamente supuestos de nulidad plena, como revela el artículo 62.2 de la Ley 30/1992 (...)" (STS 21 de mayo de 2010 dictada en el recurso de casación nº 2463/2006).

Igualmente, sobre la conservación y convalidación, hemos señalado que <<no hay conservación ni convalidación de trámites necesarios en la aprobación de un instrumento de ordenación urbanística, dado que se trata de disposiciones de carácter general y la ausencia de requisitos formales, a diferencia de lo que sucede con los actos, acarrea su nulidad radical, según dispone categóricamente el artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de manera que no es aplicable lo establecido en los artículos 62.1, 63.2, 64 y 66 de la misma Ley. (...) Esta Sala del Tribunal Supremo, entre otras en sus Sentencias de fechas 13 de diciembre de 2001 (recurso de casación 5030/1995), 3 de enero de 2002 (recurso de casación 4901/1995) y 10 de mayo de 2011 (recurso de casación 2072/2007), ha declarado que los preceptos contenidos en los artículos 64 y 66 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, no son de aplicación a los reglamentos, que

se rigen por lo dispuesto en el artículo 62.2 de esta misma Ley , según el cual los defectos formales en el trámite para la aprobación de las disposiciones de carácter general, cual es un Plan General, tienen carácter sustancial y su deficiencia acarrea su nulidad de pleno derecho>> (STS de 31 de mayo de 2011 dictada en el recurso de casación nº 1221/2009)".

D) La improcedencia de la eficacia retroactiva.

"La retroactividad de los actos invocada por la Administración para salvar los trámites del procedimiento de elaboración de la disposición general, incluida la aprobación definitiva, no encuentra amparo en la retroactividad que cita el artículo 67.2 de la Ley 30/1992 , pues la elaboración de un complemento de la memoria para justificar ahora lo que se debió de justificar al elaborar el plan y cuya ausencia acarreo su nulidad, no puede alterar los efectos de la nulidad plena declarada judicialmente. No puede, en definitiva, servir de cobertura para conservar el procedimiento de elaboración de una norma reglamentaria, incluida su aprobación definitiva, tras la nulidad declarada por sentencia firme de sus normas, la aplicación de la retroactividad de los actos administrativos.

En otras palabras, al socaire de un acto administrativo posterior, de complemento de la memoria, no puede sanarse una nulidad plena que, por la propia naturaleza y caracterización de este tipo de invalidez, no admite subsanación o conservación. Recordemos, en fin, que esa eficacia "ex tunc" antes mentada, impide introducir una justificación sobre el cambio de clasificación que provocó su nulidad y que ahora se pretende enmendar, para evitar, en definitiva, el rigor de los efectos de la nulidad propios de la nulidad plena".

REVISIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS FIRMES. APARICIÓN DE DOCUMENTOS DE FECHA POSTERIOR. DOCTRINA

Sentencia número 67/2018 de 22 de enero de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.

Recurso de Casación 15/2017.

Ponente: Jesús Cudero Blas.

El TS declara que el procedimiento de revisión - antes recurso de revisión - es un remedio de carácter excepcional y extraordinario en cuanto supone desviación de las normas generales. En función de su naturaleza ha de ser objeto de una aplicación restrictiva. Además, ha de circunscribirse, en cuanto a su fundamento, a los casos o motivos taxativamente señalados en la Ley pues el procedimiento de revisión debe tener un exacto encaje en alguno de los concretos casos en que se autoriza su interposición. Por tanto, el procedimiento de revisión ha de basarse, para ser admisible, en alguno de

los tasados motivos previstos por el legislador, a la luz de una interpretación forzosamente estricta, con proscripción de cualquier tipo de interpretación extensiva o analógica de los supuestos en los que procede, que no permite la apertura de una nueva instancia ni una nueva consideración de la litis que no tenga como soporte alguno de dichos motivos.

Por su propia naturaleza, el procedimiento de revisión no permite su transformación en una nueva instancia, ni ser utilizado para corregir los defectos formales o de fondo que puedan alegarse. Es el carácter excepcional del mismo el que no permite reabrir un proceso decidido por sentencia firme para intentar una nueva resolución sobre lo ya alegado y decidido para convertir el procedimiento en una nueva y posterior instancia contra sentencia firme.

El procedimiento de revisión no es, en fin, una tercera instancia que permita un nuevo replanteamiento de la cuestión discutida en la instancia ordinaria anterior, al margen de la propia perspectiva del procedimiento extraordinario de revisión. De ahí la imposibilidad de corregir, por cualquiera de sus motivos, la valoración de la prueba hecha por la sentencia firme impugnada, o de suplir omisiones o insuficiencia de prueba en que hubiera podido incurrirse en la primera instancia jurisdiccional. Quiere decirse con lo expuesto que este procedimiento extraordinario de revisión no puede ser concebido siquiera como una última o suprema instancia en la que pueda plantearse de nuevo el caso debatido ante el Tribunal a quo, ni tampoco como un medio de corregir los errores en que, eventualmente, hubiera podido incurrir la sentencia impugnada.

En otras palabras, aunque hipotéticamente pudiera estimarse que la sentencia firme recurrida había interpretado equivocadamente la legalidad aplicable al caso controvertido, o valorado en forma no adecuada los hechos y las pruebas tenidos en cuenta en la instancia o instancias jurisdiccionales, no sería el procedimiento de revisión el cauce procesal adecuado para enmendar tales desviaciones. Nos hallamos, en fin de cuentas, en un procedimiento distinto e independiente cuyo objeto está exclusivamente circunscrito al examen de unos motivos que, por definición, son extrínsecos al pronunciamiento judicial que se trata de revisar.

En el caso que nos ocupa, los demandantes instan el procedimiento de revisión sobre la base del artículo 102.1.a) LJCA, de acuerdo con el cual habrá lugar a la revisión de una sentencia firme "si después de pronunciada se recobraren documentos decisivos, no aportados por causa mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado". Y según doctrina consolidada de esta Sala (sentencia, entre otras, de 18 de julio de 2016, recurso núm. 71/2013), la revisión basada en un documento recobrado exige la concurrencia de los siguientes motivos:

A) Que los documentos hayan sido "recobrados" con posterioridad al momento en que haya precluído la posibilidad de aportarlos al proceso.

B) Que tales documentos sean "anteriores" a la data 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.

C) Que se trate de documentos "decisivos" para resolver la controversia, en el sentido de que, mediante una provisional 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 habría de variar aun estando unidos aquellos documentos a los autos -juicio ponderativo que debe realizar, prima facie, el tribunal al decidir sobre la procedencia de la revisión entablada-).

A lo dicho cabe añadir que el citado artículo 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 (sentencia, entre otras, de 12 de julio de 2006, recurso de revisión 10/2005).

La aplicación al caso de autos de la doctrina jurisprudencial precedente obliga a concluir que la demanda de revisión no puede en absoluto prosperar en la medida en que el documento aducido por la parte actora no reúne los requisitos establecidos en el precepto legal anteriormente mencionado en los términos en que ha sido interpretado por la jurisprudencia.

Y es que aquel documento (la sentencia civil de 20 de febrero de 2017) ni es "anterior" a la data de la sentencia firme objeto de la revisión ni, por tanto, ha podido estar "retenido" por fuerza mayor o por obra o acto de la parte favorecida con la resolución firme.

Repárese, en efecto, en el argumento de la parte demandante, que fundamenta su solicitud de revisión en la circunstancia de haberse dictado esa sentencia de la jurisdicción civil "que reconoce los derechos al aprovechamiento de esas aguas privadas alumbradas con anterioridad al 1 de enero de 1986" y en la afirmación inmediata de que, precisamente a tenor de lo que aquella sentencia civil declara, "al ser privadas las aguas subterráneas aprovechadas, jamás se debería haber incoado expediente sancionador alguno".

Con el argumento expuesto, el demandante pretende modificar el pronunciamiento de la sentencia de la Sala de Albacete a través del estado de cosas

declarado por una sentencia -civil- posterior, lo que no se compadece en modo alguno con el procedimiento de revisión que nos ocupa, que no constituye una segunda oportunidad de impugnación de esa declaración, sino un remedio establecido por el ordenamiento jurídico para subsanar errores patentes derivados -en el caso del motivo aducido- de documentos que ya existían cuando aquella sentencia se dictó y que -por alguna de las causas legalmente previstas- no fueron tenidos en cuenta por el órgano judicial competente.

Al no reunir el documento aducido las condiciones previstas en el artículo 102.1.a) LJCA, procede el rechazo de la pretensión revisora ejercitada.

IMPUGNACIÓN DEL REAL DECRETO 977/2015 DE ELECCIONES AL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS Y AL SENADO POR QUIEN NO PARTICIPA EN EL PROCESO ELECTORAL. FALTA DE LEGITIMACIÓN.

Sentencia número 141/2018 de 1 de febrero de la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.

Recurso de Casación 27/2017.

Ponente: Pilar Teso Gamella.

El recurso contencioso administrativo se interpone, por el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona, contra el Real Decreto 977/2015, 24 de octubre, de disolución del Congreso de los Diputados y del Senado y de convocatoria de elecciones.

En el escrito de demanda, la parte recurrente expresa su disconformidad con el método empleado y con el número total de diputados y senadores por cada circunscripción, para dichas elecciones, lo que determina que el " número de diputados a elegir en cada circunscripción, indicado en el anexo del RD 977/2015, hace que el valor del voto para elegir a los diputados para el Congreso en cada circunscripción, en relación con el voto en la de Madrid " sea la que relaciona en su escrito, por ejemplo, en Álava 214% más, en Ávila 292% más, en Palencia 283% más, en Segovia 337% más, o en Soria 354% más, entre otras y citando algunas de las más significativas. También aduce que el número de senadores a elegir en cada circunscripción, según el anexo del RD impugnado, hace que el valor del voto en cada circunscripción sea muy diferente. Invocando, en fin, el derecho de los electores a que su voto responda a un reparto igualitario.

Sostiene, en síntesis, el recurrente que se produce una desigualdad electoral que pone en duda la legitimidad de algunos de los escaños alcanzados. Por ello, considera,

que se ha vulnerado el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y los artículos 1.1, 9.1 y 9.2, 14, 139.1, 149.1 de la Constitución.

El TS declara que el sistema que sigue la Constitución y esencialmente la LOREG origina un exceso de representación en las circunscripciones rurales y un déficit de representación de las urbanas, pero lo cierto es que la cualidad de elector del recurrente no permite impugnar el Real Decreto que recurre, que es ejecución de ese diseño constitucional y legal. No se proporciona, en el escrito de demanda, un "interés legítimo", como interés cualificado, que pudiera diferenciarse de un mero interés por la legalidad, o por un genérico interés de quien aboga por la adopción de otro sistema, por un cambio normativo. Cuando dicha elección corresponde, como antes señalamos y ahora insistimos, al legislador "atendiendo a criterios de representación proporcional" que ya dispone el artículo 68.3 de la CE, para lo que tiene constitucionalmente reconocido ese amplio margen de discrecionalidad, en la concreción del principio de representación proporcional.

De modo que el recurrente tiene un mero interés por la legalidad que no puede distinguirse de la acción popular del artículo 19.1.h) de la LJCA, atendido el carácter de elector que invoca. Lo que conjuga, además, con una suerte de propuesta de cambio de sistema, o de cambio interpretativo que, a su juicio, podría mejorar el sistema de representación.

No podemos obviar, en fin, que en el escrito de demanda no se expone, por el recurrente, en qué se concreta ese interés legítimo que ahora esgrime, qué beneficio o perjuicio concurre en su caso más allá del resto de los ciudadanos, en tanto que electores. Teniendo en cuenta, además, que en los fundamentos de dicho escrito forense se limita a hacer una sucesión y transcripción literal de los preceptos que aduce, cuyo contenido no analiza ni proyecta sobre el caso examinado.

Viene al caso recordar que en nuestra Sentencia de fecha 10 de diciembre de 2010, dictada en el recurso contencioso administrativo nº 72/2009, ya declaramos, respecto de la impugnación del Real Decreto 482/2009, de 3 de abril, por el que se convocaron elecciones de diputados al Parlamento Europeo que "Debe decirse al respecto que no cabe reconocer al recurrente legitimación para la impugnación que pretende porque, al no constar su participación como candidato en el proceso electoral, lo que viene a hacer no es reclamar la tutela para un derecho o interés individual, sino cuestionar en términos abstractos la constitucionalidad el sistema electoral previsto en la LOREG; esto es, sin invocar unos intereses o derechos diferentes a los de cualquier otro ciudadano. (...) Como también ha de señalarse que el Real Decreto 482/2009 que aquí pretende combatirse no aplica directamente la LOREG porque se limita a remitirse a ella; y lo que esto comporta es que, en el supuesto hipotético de que merecieran ser aceptados los reproches que son dirigidos al sistema de listas cerradas, serían los

posteriores actos electorales, y no el Real Decreto, los causantes de la eventual lesión. (...) Por tanto, siendo justificada la falta de legitimación del recurrente que ha sido sostenida por el Abogado del Estado, procede declarar la inadmisibilidad que por esta causa dispone el artículo 69.b) de la LJCA”.

Por otro lado, en nuestra Sentencia de 7 de marzo de 2012, recurso contencioso administrativo nº 586/2011, ante la impugnación del el Real Decreto nº 1329/2011, de 26 de septiembre, de Disolución de Cortes y Convocatoria de las Elecciones Generales, declaramos también la falta de legitimación activa, y desestimamos la causa de inadmisión opuesta por el Abogado del Estado relativa a la incompetencia de esta jurisdicción, “(...) tal actuación administrativa, la disolución de la Cámaras Parlamentarias con señalamiento de fecha para celebración de elecciones generales, no se incluye dentro de las materias susceptibles de ser conocidas en el ámbito jurisdiccional del orden contencioso- administrativo”. La Sala declara que “En el presente caso, en definitiva, atendiendo a lo dispuesto en el art. 2 de la LJCA y teniendo en cuenta que se alega la vulneración de los artículos 14, 16.2, y 23 de la Constitución Española (en referencia a un Decreto del Presidente del Gobierno, no cabe declarar la inadmisibilidad del recurso contencioso, según interesa el Abogado del Estado, al no constituir ninguno de los actos excluidos de control jurisdiccional, puesto que no se trata de acto propio de las relaciones entre órganos constitucionales como sería la decisión de enviar a las Cortes un Proyecto de ley u otros semejantes. (...) A ello debe añadirse que los preceptos legales han de ser interpretados de forma que sean compatibles con el respeto a las normas constitucionales, y especialmente con los derechos fundamentales. Y desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 24.2 de nuestra norma constitucional, una interpretación del artículo 2.a) de la ley jurisdiccional que excluyera la revisión del Decreto de disolución de las Cortes de la fiscalización por la jurisdicción contencioso-administrativa dejaría al recurrente en indefensión, puesto que ni podría interponer un recurso de inconstitucionalidad, al carecer de legitimación para ello, ni tampoco un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, pues para la admisión de éste es preciso agotar la vía contencioso-administrativa previa, según dispone el artículo 53.2 de la Constitución y Disposición Adicional Tercera de la Ley Orgánica 3/1979, de 2 de octubre, reguladora del funcionamiento del Tribunal Constitucional “.

En consecuencia, procede estimar la falta de legitimación activa y declarar la inadmisión del recurso contencioso administrativo.

AMPLIACIÓN DE LOS PLAZOS PARA LA RESOLUCIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS: MOTIVACIÓN. ATENUACIÓN DEL RIGOR FORMALISTA DEL ACUERDO Y NOTIFICACIÓN DE LA SUSPENSIÓN DEL PLAZO PARA RESOLVER POR SOLICITAR INFORME PRECEPTIVO DEL CONSEJO CONSULTIVO. NATURALEZA DE LAS SUBVENCIONES. NO AFECTA A SU NATURALEZA QUE SE CONCEDAN MEDIANTE CONVENIO. NULIDAD DEL PROCEDIMIENTO DE CONCESIÓN. LA CONFIANZA LEGÍTIMA. DESVIACIÓN DE PODER

Sentencia número 168/2018 de 6 de febrero de la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.

Recurso de Casación 3470/2015.

Ponente: Rafael Toledano Cantero.

Interesantísima sentencia que aborda diversos temas de gran importancia; de aquí que excusemos la extensión de la reseña, y para mayor comodidad, delimitamos las diversas cuestiones.

1. Exposición de los hechos

El recurso de casación que nos ocupa fue interpuesto por la Junta de Andalucía, contra la sentencia dictada el 15 de septiembre de 2015, de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, que estimó el recurso formulado por la mercantil MMSMSA, frente a la resolución de 30 de junio de 2014, del Secretario General de Empleo, dictada por delegación del Consejero de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo, desestimatoria del recurso de reposición instado contra la resolución de 2 de septiembre de 2013, que declara la nulidad, tras la tramitación del procedimiento de revisión, de las resoluciones de la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social, de fechas 17 de enero, 31 de julio, 12 de septiembre, 26 de septiembre, 4 de octubre y 23 de octubre de 2002, por las que se conceden ayudas a la empresa referida, del Convenio suscrito entre la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social y el Instituto de Fomento de Andalucía, de 16 de julio de 2003, y de las resoluciones de la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social, de fechas 8 de septiembre de 2005 y 15 de septiembre de 2006, mediante los que se formaliza el otorgamiento de ayudas a la citada empresa, con obligación de devolver 3.852.530 euros.

La Sala de instancia declaró la caducidad del procedimiento en base a que el procedimiento se inició por resolución de 1 de abril de 2013, acordándose en dicho momento la ampliación del plazo por mes y medio. El 27 de mayo de 2013 se acuerda suspender el procedimiento para solicitar el dictamen del Consejo Consultivo,

notificando dicha decisión el 31 de mayo. Emitido dictamen el 30 de julio de 2013, fue recepcionado por la Consejería el 5 de agosto de 2013. El 2 de septiembre de 2013 se acuerda la declaración de nulidad que es notificada el 17 de septiembre. La ampliación del procedimiento se justifica alegando el elevado número de expedientes de revisión que se tramitan de forma simultánea. No es posible aumentar de forma automática, ab initio, por una fórmula estereotipada, el plazo legal de resolver, que no puede ser ampliado de forma arbitraria o caprichosa por la Administración, sino que debe efectuarse de forma excepcional, no siendo suficiente una mención genérica de exceso de expedientes que no se acredita de forma alguna en la resolución ni en el expediente, más cuando se había producido la caducidad del expediente de revisión en dos ocasiones anteriores, siendo esta la tercera vez que se iniciaba. Es obligado concluir, por tanto, que esta ampliación de plazos ya acordada inicialmente no se hallaba motivada y por ello resultaba inadecuada y contraria a Derecho. No siendo correcta la ampliación del plazo acordada cuando notificó la resolución de nulidad, aun descontando el periodo de suspensión por emisión del dictamen del Consejo Consultivo, había transcurrido el plazo de tres meses, por lo que el procedimiento se encuentra caducado.

En el recurso de casación la Administración recurrente sostiene que la sentencia de instancia vulnera el artículo 49.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, pues la orden que inició el procedimiento de revisión de oficio acordó ampliar el plazo en un mes y quince días ante el elevado volumen de expedientes de revisión de oficio.

Por su parte, la mercantil recurrida, señala que el recurso de casación debe ser inadmitido por limitarse a reproducir los argumentos expuestos por la Administración recurrente en la instancia, que la sentencia no vulnera el referido art. 49.1 de la LPAC (ya que la ampliación no ha sido motivada, porque los motivos que aduce la Administración no están contemplados en el art. 42.6 del citado cuerpo legal, porque él es un tercero perjudicado y porque no basta la mera voluntad discrecional para ampliar el plazo. Asimismo, alega que el procedimiento habría caducado incluso en el caso de que se reputase suficientemente motivada la ampliación del plazo por haber excedido del plazo de cuatro meses y medio, sostiene que no se adoptó acuerdo de suspensión del transcurso del plazo máximo para emitir el dictamen preceptivo del Consejo Consultivo de Andalucía, y que no le fue notificada debidamente el informe remitido por el Consejo Consultivo ni tampoco la recepción del mismo. Finalmente, sostiene que no hay causa para acordar la revisión de oficio por la que se anula la subvención concedida, y que infringe el principio de confianza legítima y que la Administración ha incurrido en desviación de poder al instar la devolución de las cantidades entregadas en concepto de subvención cuando ha prescrito el plazo para instar el reintegro.

2. Sobre la justificación de la motivación de la ampliación de los plazos para resolver

La sentencia del TS declara, en lo que se refiere a la interpretación y aplicación de lo dispuesto en el art. 49.1 de la LPCA, sobre la ampliación de plazos en el procedimiento administrativo, singularmente en lo relativo a la motivación de dicha ampliación, que con carácter general, los plazos son obligatorios, lo que significa que vinculan a las autoridades y al personal al servicio de las Administraciones Públicas competentes para la tramitación de los asuntos, así como a los interesados en los mismos, según dispone el artículo 47 de la Ley 30/1992. Ahora bien, tradicionalmente se han venido regulando ampliaciones o prórrogas de plazos ya la vieja LPA de 1958, luego, en el artículo 49 de la Ley 30/1992, tras su redacción por Ley 4/1999, que es la norma aplicable al caso "ratione temporis", y aunque no resulta de aplicación ahora se regula en el artículo 32 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Estas ampliaciones pretenden paliar la insuficiencia temporal del plazo para realizar los trámites previstos, y ello a pesar de haberse observado una diligente tramitación. Pues bien, el plazo previsto en el artículo 49.1 de la Ley 30/1992 se concede por la Administración, bien de oficio bien a petición de los interesados. En este caso se realizó de oficio. Y su extensión no puede exceder de la "mitad de los mismos", que en este caso fue de un mes y quince días, del plazo previsto, como antes señalamos, en el artículo 102.5 de la Ley 30/1992, que es de tres meses. En relación con la motivación de la ampliación, esta Sala no alberga duda alguna de que la ampliación de plazos prevista en el mentado artículo 49.1 ha de ser motivada, pues, además del deber general de motivación de los actos administrativos, previsto en el artículo 54 de la Ley 30/1992, la referencia a los hechos o circunstancias que determinan la ampliación del plazo, en el citado artículo 49.1, pretende evidenciar esa obligada motivación. Repárese que la citada norma señala como presupuesto de la ampliación que "las circunstancias lo aconsejan y con ello no se perjudican derechos de tercero". De modo que son las circunstancias del caso las que han de inspirar o determinar la ampliación del plazo y de ellas, naturalmente, ha de dejarse constancia en el acto administrativo que acuerda tal ampliación». Y no cabe la menor duda de que la mercantil recurrida no puede invocar su condición de tercero afectado en sus derechos para impugnar la validez de la ampliación de plazo, porque es interesado en el procedimiento administrativo y no un tercero.

Las razones por las que la Orden de 1 de abril de 2013 motiva la ampliación son "debido al elevado volumen de expedientes de revisión que se tramitan en esta Administración de forma simultánea" (se trataba de procedimientos de revisión de concesiones de subvenciones puestas en cuestión por el caso llamado de los "ERE"). Por otra parte, a lo largo del expediente consta reiteradas menciones al gran número de expedientes de revisión de oficio tramitados. No cabe negar que esa motivación, con

carácter general, pudiera haber sido más detallada o pormenorizada pero, en este caso, resulta suficiente porque expresa esas "circunstancias", a que se refiere el citado art. 49.1, que "aconsejan" efectivamente tal ampliación. Y para ello, ha de tenerse en cuenta que el acto de ampliación también se refiere a que se trata de iniciar los procedimientos de revisión de los actos nulos "respecto de determinadas actuaciones y ayudas concedidas por la anterior Dirección General de Trabajo y Seguridad Social", cuyo titular, al que se refiere el escrito de interposición de la Junta de Andalucía, es el principal imputado en el proceso penal que comúnmente se conoce como "caso de los ERE". Quiere esto decir que la notoriedad, que comporta una evidencia sabida por todos, resulta de singular relevancia en este caso, pues además de la motivación expresada en el acto administrativo, las referencias señaladas que enmarcan este caso, llevan a la conclusión de que la ampliación del plazo está justificada y motivada.

Además, la aplicación del art. 49.1 de la LPAC puede extenderse también al plazo para resolver, como ha declarado esta Sala. No puede aceptarse la interpretación realizada por la actora respecto a que la posibilidad de ampliación de plazos contemplada en el artículo 49 de la Ley 30/1992 no pueda ser aplicada al plazo máximo de duración de un procedimiento. Ni tal exclusión se establece de manera directa y expresa en el precepto señalado (a diferencia de lo que ocurría con anterioridad a la reforma de la Ley operada en 1.999), ni existen razones para deducirla en un análisis sistemático de la Ley. En efecto, la regulación específica para ampliar el plazo máximo de resolución y notificación de un procedimiento en el artículo 42.6 no obsta a la aplicación de la previsión genérica del artículo 49 al mismo supuesto, teniendo ambos preceptos un alcance diferente. Así, las condiciones para la aplicación del supuesto específico del artículo 42.6 son más estrictas y la ampliación puede alcanzar hasta un lapso de tiempo igual al del plazo máximo del procedimiento (artículo 42.6, párrafo tercero); por el contrario, la ampliación posible en aplicación de la previsión genérica del artículo 49 puede ser acordada por el propio órgano instructor y sólo puede llegar hasta la mitad del plazo ampliado (apartado 1).

Por tanto, concluye el TS la ampliación del plazo está suficientemente motivada.

3. Sobre el acuerdo y notificación de la suspensión del procedimiento por solicitud de informe preceptivo al consejo consultivo

No obstante, la mercantil demandante sostiene que, aunque la motivación de la ampliación del plazo estuviera justificada (como efectivamente se ha declarado), el expediente habría caducado por haberse dictado y notificado la resolución una vez expirado el plazo máximo de duración del procedimiento, incluso con la ampliación de un mes y quince días acordada, ya que la resolución se le notificó el día 17 de

septiembre de 2013 y el procedimiento de revisión de oficio se inició el día 1 de abril de 2013, por lo que habrían transcurrido más de los cuatro meses y quince días. Para sostener esta conclusión, rechaza que se hayan desplegado efectos suspensivos durante el plazo que el expediente fue remitido para emisión del dictamen preceptivo previsto en el art. 102.1º de la LPAC. En tal sentido, aduce que no existe acuerdo de órgano competente por el que se haya dispuesto formalmente, al amparo del art. 42.5.c) de la LPAC, la suspensión del plazo para resolver el expediente como consecuencia de la petición de informe preceptivo al Consejo consultivo de Andalucía, así como que no se habría comunicado a la interesada, MSM, la recepción del dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía, lo que, a su entender, habría impedido que se desplegara tal efecto suspensivo.

Al respecto el TS declara que el art. 42.5.c) de la LPCA dispone que:

“5. El transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución se podrá suspender en los siguientes casos: [...] c) Cuando deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución a órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses”.

El dictamen se solicitó al Consejo Consultivo de Andalucía el día 27 de mayo de 2013. En el oficio de remisión al órgano consultivo se declara explícitamente que "asimismo y de acuerdo con lo previsto en el art. 42.5.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el transcurso del plazo máximo legal para resolver los procedimientos que se citan se suspende por el tiempo que medie entre esta petición y la recepción de los dictámenes", entre los que se cita el que corresponde a la recurrente.

La parte actora denuncia que no ha existido un acuerdo formalmente adoptado para hacer uso de la facultad de suspensión que regula el art. 42.5.c) de la LPAC, y niega todo efecto a lo que obra en el oficio de remisión antes transcrito. Esta interpretación rigurosamente formalista no puede ser acogida, ya que no se compadece con la naturaleza de acto de trámite que corresponde a la solicitud de un dictamen que, en este caso, resulta preceptivo a tenor del art. 102.1º de la LPAC, y es precisamente en esa solicitud de dictamen donde se acuerda hacer efectiva la suspensión prevista para tales casos. El art. 55.1º de la LPAC establece que los actos administrativos se producirán por escrito, pero no impone mayores requisitos formales sobre la estructura, y dada la naturaleza de la facultad de suspender el transcurso del plazo, la decisión del órgano administrativo, aun adoptada en la comunicación dirigida al Consejo Consultivo de Andalucía, cumplió los requisitos necesarios para su efectividad. Así, consta con

claridad la indicación de la naturaleza preceptiva del dictamen que se solicitó, como los respectivos fundamentos legales, tanto de la solicitud de dictamen como del efecto suspensivo que acuerda. Y de todo ello tuvo cumplido conocimiento la recurrente, MMSMSA, porque le fue trasladado tal acuerdo, indicando en la comunicación de forma expresa tanto la solicitud del dictamen preceptivo del Consejo Consultivo de Andalucía como la decisión de suspensión del plazo para resolver y el fundamento legal de la misma. En consecuencia el plazo quedó debidamente suspendido en los términos dispuesto en el art. 42.5.c) de la LPAC.

Tampoco se invalida aquel efecto suspensivo por el hecho, alegado por la demandante, de que no se le comunicara de forma autónoma, sino con la notificación de la resolución, la recepción del dictamen del Consejo Consultivo, y ello por cuanto dicho dictamen se incorporó al expediente antes de transcurrir el plazo máximo de resolución. No puede recibir favorable acogida el argumento de la demandante de que la puesta en conocimiento de la recepción del dictamen subordine la efectividad de la suspensión del plazo máximo para resolver, pues la suspensión surte efectos desde la fecha en que se acuerda conforme a la regla general del art. 57.1º de la LPAC que dispone que los actos administrativos producirán efectos desde la fecha en que se dicten si no se dispone otra cosa. Y esta suspensión se prolonga, como máximo, hasta el transcurso del plazo máximo de tres meses, según dispone el art. 42.5.c) de la LPAC si es que no se produce antes la emisión del dictamen preceptivo.

La interpretación que propugna la demandante respecto a los requisitos del efecto de suspensión del plazo máximo para resolver pugna con la lógica del sistema de suspensión del plazo máximo para resolver y la institución de la caducidad del procedimiento. Como hemos expuesto en sentencias anteriores, la reforma en 1999 de la Ley 30/1992 ha pretendido introducir una cierta disciplina en la duración de los procedimientos iniciados de oficio que puedan tener efectos gravosos para el administrado, sometiéndolos a un riguroso plazo de caducidad (tres meses en los supuestos de revisión de oficio a los que se refiere el artículo 102.5 de dicha Ley). La regla general, como es bien sabido, consiste en que el vencimiento del plazo máximo para resolver dichos procedimientos sin que se haya dictado la resolución correspondiente determina de modo automático su caducidad y archivo (artículo 44.2).

Ahora bien, el rigor queda atenuado (podiera decirse que comprensiblemente atenuado, a la vista de las diversas hipótesis que el artículo 42.5 contempla) permitiéndose que en circunstancias excepcionales se "pare el reloj" del cómputo temporal, esto es, se suspenda el plazo máximo para resolver. La Ley 30/1992, sin embargo, no admite que dicha "parada de reloj" sea indefinida sino que la somete, a su vez (en algunos de los supuestos, no en todos), a límites temporales propios: así, en el

caso de que se requieran los informes preceptivos y determinantes, este límite temporal será el que medie entre la petición y la recepción del dictamen, según las normas que regulen el correspondiente procedimiento consultivo, sin que en ningún caso pueda exceder de tres meses. Transcurrido el tiempo de suspensión, el cómputo del plazo legal para resolver vuelve a correr sin que la Ley 30/1992 tolere una segunda "parada de reloj" por el mismo concepto y para el mismo informe. La doctrina determina que el informe del cuerpo consultivo no emitido en el tiempo previsto por la norma correspondiente puede ser incorporado al procedimiento si éste aún no ha caducado, como ha declarado el TS en anteriores sentencias que la que nos ocupa cita.

Siguiendo los criterios así expuestos en dicha jurisprudencia, continua diciendo el TS, lo relevante para que el dictamen del Consejo Consultivo pueda incorporarse y surtir efectos en el expediente de revisión de oficio es que se incorpore cuando aún no ha caducado el procedimiento, teniendo en cuenta para ello los efectos suspensivos del plazo para emitir el correspondiente dictamen del órgano consultivo. Por el contrario, no es relevante para que ese dictamen surta efecto el que haya sido notificado a la interesada en el expediente, como pretende la actora, porque lo que requiere el art. 42.5.c) de la LPAC) es que se comunique al administrado tanto la solicitud del dictamen como su recepción, pero el hecho de que no se le notifique en sí mismo el dictamen no contraviene norma alguna, ya que el dictamen no puede ser objeto de un trámite autónoma de contradicción sin perjuicio de la impugnación de la resolución que se dicte en el procedimiento de revisión. Si el dictamen fue incorporado en parte en la resolución del expediente de revisión de oficio, como así ocurrió, y en la misma quedó perfectamente explicitada la fecha de emisión del dictamen, ninguna indefensión invalidante se ha ocasionado a la recurrente, que ha podido controlar el respeto a los límites de suspensión del plazo para resolver que permite el art. 42.5.c) de la LPAC.

4. Sobre la naturaleza de las subvenciones y sus requisitos

La mercantil recurrente sostiene en el recurso de casación que no incurrió en la causa de nulidad prevista en el art. 62.1.e) de la LPAC, que ha declarado la resolución impugnada, afirmando que el procedimiento consta de los trámites esenciales.

Por el contrario, el TS declara que en ningún caso puede entenderse cumplidos los trámites necesarios para obtener una subvención a través de actuaciones carentes de los mínimos requisitos formales y de procedimiento establecidos al efecto, y que el simple desarrollo de una actividad de inversión e incluso el desarrollo de una explotación real de las instalaciones en que se hubiere empleado el importe de la subvención no puede colmar en modo alguna aquellas exigencias.

La supuesta categoría de subvención formalizada por convenio sobre la que argumenta la demandante carece del menor apoyo legal en las normas de la legislación

de contratos del sector público que cita la actora. Bastará recordar para ello que la actividad de fomento propia de las subvenciones y otras formas de ayuda no es una actividad contractual, ya que no tiene como causa una contraprestación sinalagmática, sino la obtención de un determinado comportamiento o finalidad, de manera que la invocación de la legislación de contratos carece de todo sentido. El establecimiento de la subvención puede inscribirse en el ámbito de las potestades discrecionales de las Administraciones públicas, pero una vez que la subvención ha sido regulada normativamente termina la discrecionalidad y comienza la previsión reglada cuya aplicación escapa al puro voluntarismo de aquéllas.

En segundo término, el otorgamiento de las subvenciones ha de estar determinado por el cumplimiento de las condiciones exigidas por la norma correspondiente, pues de lo contrario resultaría arbitraria y atentatoria al principio de seguridad jurídica.

La subvención no responde a una causa donandi, sino a la finalidad de intervenir en la actuación del beneficiario a través de unos condicionamientos o de un modus, libremente aceptado por aquél. Por consiguiente, las cantidades otorgadas en concepto de subvención están vinculadas al cumplimiento de la actividad prevista. Se aprecia, pues, un carácter condicional en la subvención, en el sentido de que su otorgamiento se produce siempre bajo la condición resolutoria de que el beneficiario tenga un determinado comportamiento o realice una determinada actividad en los términos en que procede su concesión. El concepto mismo de la subvención es incompatible con la atribución libérrima de fondos públicos. En ningún caso puede concebirse la subvención como desplazamiento patrimonial sin causa o con fundamento en la mera liberalidad de la entidad concedente. El instituto jurídico subvencional se inscribe en la actividad de fomento de la Administración, y tiene como fin impulsar u orientar comportamientos para la consecución de objetivos dignos de protección y estímulo, siempre sobre la inexcusable premisa que obliga a la Administración a servir con objetividad los intereses generales (art. 103.1 CE) y a satisfacer las necesidades públicas. Partiendo de la búsqueda de un interés público concreto y determinado, al servicio del cual se concibe el instrumento subvencional, y siempre dentro del marco competencial propio de la Administración concedente, es de todo punto inconcebible una subvención ayuna de causa que la justifique y de procedimiento que asegure la tutela de los fines perseguidos.

Precisamente el procedimiento, que en el presente expediente de subvención luce por su ausencia, es la garantía fundamental de que las subvenciones se otorgan con objetividad y con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho (103.1 de la CE), pues de otro modo podrían propiciarse actuaciones abusivas, arbitrarias, fraudulentas y hasta delictivas, exentas de controles. Las reglas básicas del procedimiento administrativo,

destacadamente la necesidad de que se produzca una solicitud formal de quien pretende obtener la subvención, con todos los requisitos, las bases de la convocatoria, los compromisos que debe asumir la beneficiaria, la fiscalización del gasto, y la propia resolución administrativa que aprecie las razones de utilidad pública e interés social que justifiquen la subvención, han sido omitidas por completo en la sustanciación del expediente de subvenciones que benefició a la actora.

5. Sobre la confianza legítima

La mercantil recurrente invoca, asimismo, la vulneración del principio de confianza legítima, que complementa con la invocación del principio de buena administración, insistiendo en que ha desarrollado, asumiendo los compromisos que dice haber expuesto para obtener la subvención, una actividad real, que se ha traducido en inversiones millonarias por su parte, que en la confianza legítima de la actuación de la Administración invirtió en una actividad industrial que se considera de interés por la Administración, y que ha creado una plantilla de trabajadores y una actividad con desarrollo y presencia real en el mercado.

El principio de confianza legítima tiene su origen en el Derecho Administrativo, y que constituye en la actualidad, un principio general del Derecho Comunitario, que finalmente ha sido objeto de recepción por nuestro Tribunal Supremo desde 1990 y también por nuestra legislación (Ley 4/99 de reforma de la Ley 30/92, art. 3.1.2). La doctrina sobre el principio de protección de la confianza legítima, relacionado con los más tradicionales en nuestro ordenamiento de la seguridad jurídica y la buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares, y que comporta el que la autoridad pública no pueda adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad en las decisiones de aquélla, y en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones. O dicho en otros términos, la virtualidad del principio invocado puede suponer la anulación de un acto o norma y, cuando menos, obliga a responder, en el marco comunitario de la alteración (sin conocimiento anticipado, sin medidas transitorias suficientes para que los sujetos puedan acomodar su conducta y proporcionadas al interés público en juego, y sin las debidas medidas correctoras o compensatorias) de las circunstancias habituales y estables, generadoras de esperanzas fundadas de mantenimiento. Sin embargo, el principio de confianza legítima no garantiza la perpetuación de la situación existente; la cual puede ser modificada en el marco de la facultad de apreciación de las instituciones y poderes públicos para imponer nuevas regulaciones apreciando las necesidades del interés general.

Por otra parte, el origen ilícito o gravemente irregular de la actuación administrativa, y la absoluta indefinición de los compromisos o actuaciones que debería

desarrollar la beneficiaria de la subvención, es por completo incompatible con el nacimiento de una expectativa legítima digna de protección, pues este principio no puede invocarse para crear, mantener o extender, en el ámbito del Derecho público, situaciones contrarias al ordenamiento jurídico, o cuando del acto precedente resulta una contradicción con el fin o interés tutelado por una norma jurídica que, por su naturaleza, no es susceptible de amparar una conducta discrecional por la Administración que suponga el reconocimiento de unos derechos y/u obligaciones que dimanen de actos propios de la misma. O, dicho en otros términos, la doctrina invocada de los “actos propios” sin la limitación que acaba de exponerse podría introducir en el ámbito de las relaciones de Derecho público el principio de la autonomía de la voluntad como método ordenador de materias reguladas por normas de naturaleza imperativa, en las que prevalece el interés público salvaguardado por el principio de legalidad; principio que resultaría conculcado si se diera validez a una actuación de la Administración contraria al ordenamiento jurídico por el solo hecho de que así se ha decidido por la Administración o porque responde a un precedente de ésta. Una cosa es la irrevocabilidad de los propios actos declarativos de derechos fuera de los cauces de revisión establecidos en la Ley, y otra el respeto a la confianza legítima generada por actuación propia que necesariamente ha de proyectarse al ámbito de la discrecionalidad o de la autonomía, no al de los aspectos reglados o exigencias normativas frente a las que, en el Derecho Administrativo, no puede prevalecer lo resuelto en acto o en precedente que fuera contrario a aquéllos. O, en otros términos, no puede decirse que sea legítima la confianza que se deposite en un acto o precedente que sea contrario a norma imperativa.

En consecuencia, la actuación administrativa recurrida no ha quebrantado el principio de confianza legítima, ni contradice actos propios de la Administración a los que pudiera atribuirse cualquier valor vinculante. Ningún operador jurídico y económico podría atribuir la menor apariencia de regularidad a un modo de actuar por el órgano administrativo carente de todo procedimiento regular. No consta en el expediente, y menos aún en esos documentos a los que la recurrente pretende atribuirle el cumplimiento de compromisos adquiridos, ningún plan de inversiones ni de mantenimiento del empleo que así pueda ser considerado. No ha existido, en este caso, ningún elemento que permita apreciar una actividad administrativa normal, que pudiera ser generadora de tal expectativa legítima. Antes bien, la actora, que muestra el conocimiento propio de un operador jurídico y económico de implantación, no ya regional, sino nacional, no pudo legítimamente considerar que el procedimiento seguido cumpliera con los mínimos requisitos habituales.

6. Sobre la desviación de poder en el inicio del procedimiento de revisión de la concesión de la subvención cuando ha prescrito el plazo para instar el reintegro de las cantidades entregadas

En modo alguno cabe considerar que exista desviación de poder por el uso de las facultades de revisión, por haber prescrito la acción destinada a obtener el reintegro de la cantidad indebidamente percibida. La conclusión que sostiene la demanda carece de todo fundamento y no es aceptada. No nos encontramos ante un supuesto de reintegro por incumplimiento, previsto en el art. 37 de la Ley General de Subvenciones, sino ante la declaración de nulidad de la concesión de la ayuda de su artículo art. 36.1 a), por concurrir algunos de los motivos de nulidad de pleno derecho contemplados en el art. 62.1 de la LPAC. Nulidad que determina conforme el apartado 4 del art. 36 de la Ley de Subvenciones la devolución de las cantidades percibidas. Y en esta hipótesis, el cómputo del plazo para que la Administración pudiese ejercer la acción destinada a reclamar las cantidades indebidamente percibidas no puede iniciarse sino desde el momento en que la declaración de nulidad es firme, pues solo a partir de ese momento la Administración está legitimada para solicitar el reintegro de las cantidades que a la postre se consideraron indebidamente percibidas.

**IV. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD
AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA**

**FUNCIONARIOS INTERINOS. CESE POR LA EXTERNALIZACIÓN DEL
SERVICIO. CONFORMIDAD A DERECHO**

*Sentencia 2461/2017 de 7 de septiembre, de la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso
Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga) de 7 de
septiembre de 2017.*

Recurso de apelación 755/2016.

Ponente: Carlos García de la Rosa.

El 14 de noviembre de 2012, el Consorcio Provincial de Bomberos de Málaga dictó resolución por la que se acordó el cese de los funcionarios interinos en el centro de coordinación de emergencias del Consorcio Provincial de Bomberos por haberse externalizado el servicio; interpuesto recurso de reposición por los interesados, el Consorcio lo desestimó, y contra tales resoluciones interponen el recurso contencioso administrativo que fue desestimado por el Juzgado de los Contencioso Administrativo, contra cuya sentencia interpusieron el recurso de apelación cuya sentencia comentamos.

La Sentencia de instancia considera que la resolución es ajustada a derecho, que se ampara en la normativa reguladora de la relación singular que vincula a la Administración con los funcionarios en régimen de interinidad, no concurren circunstancias extraordinarias de urgencia y necesidad que justifiquen el llamamiento del interino, luego que se ha producido la externalización del servicio del centro de coordinación de operadores de emergencias del consorcio.

El régimen de interinidad funcional constituye una excepción sólo justificada en la medida que concurren excepcionales circunstancias de urgencia y necesidad que justifiquen la llamada del trabajador temporal por el tiempo estrictamente indispensable, y sin que ello represente consolidación de derecho alguno, pues además del cese extinguida la causa de su llamamiento, razones superiores relacionadas con la potestad de autoorganización administrativa permite el cese facultativo del funcionario interino por razones de organización del servicio.

La situación de interinidad no puede utilizarse por la Administración como herramienta generalizada para eludir el acceso reglado a las plazas de plantilla establecidas en las correspondientes relaciones de puestos de trabajo, plazas estructurales, de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, ni como fórmula de empleo más ágil para eludir los rigores de la aplicación del régimen funcional mediante una huida del derecho administrativo.

En relación con la problemática suscitada en torno a la viabilidad de la "externalización" del servicio de operadores de la sala del centro de coordinación de emergencias del Consorcio Provincial de Bomberos, como causa detonante del cese de los funcionarios que en régimen de interinidad prestaban este servicio, ya se ha pronunciado esta misma Sala y sección en sentencia de fecha 18 de marzo de 2016 en la que se avalaba esta fórmula de gestión indirecta del servicio en el entendido de que no se integraba en el marco de los servicios estructurales del cuerpo de bomberos, en la interpretación que entonces hicimos de lo previsto en el art. 39 de la Ley 2/2002, de 11 de noviembre, de Gestión de Emergencias de Andalucía. Decía aquella sentencia:

Los informes unidos al expediente, emitidos con carácter previo a la convocatoria de dicha contratación externa y como fundamento de la misma referían lo siguiente. El informe de Necesidades de Servicio e Insuficiencia de Medios, en expediente para adjudicación de contrato de Servicios de Gestión de la Central de Emergencias del Consorcio provincial de Bomberos de Málaga por procedimiento abierto sujeto a regulación armonizada, de fecha 22 de mayo de 2012 aludía a las necesidades existentes, como fundamento de la solicitud de dicha convocatoria, interpretándose de acuerdo con el título del informe, que dichas necesidades se centran en la insuficiencia de medios en dicho consorcio para afrontar la prestación del meritado servicio. Del

mismo modo se explícita que el objetivo del contrato es atender con eficacia las llamadas de auxilio por parte de los ciudadanos, dando una respuesta ágil y eficaz frente a posibles amenazas al ciudadano y a sus bienes mediante un equipo de profesionales con una alta especialización. Concluía dicho informe la constatación de que esta Administración no cuenta con suficiencia de medios materiales para cubrir las necesidades objeto de contratación ni pueden ser ejecutadas por el personal que presta servicios a la Entidad. Los citados criterios técnicos se reiteraron en la resolución dictada, una vez adjudicado el servicio a la entidad Servicios Securitas, S.A., que acuerda el cese de los funcionarios interinos que venían prestando dicho servicio. En dicha resolución se aludía al informe de 22 de mayo de 2012 del Jefe Técnico Provincial del CPBMA antes citado que manifestaba la constatación de que el Consorcio no cuenta con suficiencia de medios materiales para cubrir las necesidades objeto de contratación, ni pueden ser ejecutadas por el personal que presta servicios a la Entidad por lo que se estima conveniente que por el Consorcio se proceda a celebrar contrato de servicios. La administración ha sostenido así que los citados servicios eran anteriormente prestados por funcionarios interinos y que los medios personales y materiales del Consorcio no podían asumir la prestación adecuada del servicio. De este modo contando con que los funcionarios interinos son nombrados por necesidades del servicio cuando no sea posible, con la urgencia exigida por las circunstancias, la prestación del servicio por funcionarios de carrera, resulta que no constatado el mantenimiento de dicha situación de "urgencia" resulta procedente el cese de los mismos."

Se ha de concluir pues, que admitida la gestión indirecta mediante un contrato de gestión de servicios -concesión de servicios- del centro de coordinación de operadores de emergencias del Consorcio Provincial de Bomberos en nuestra sentencia de 18 de marzo de 2016, no existe ningún motivo que justifique la subsistencia del llamamiento de los funcionarios interinos recurrentes que fueron en su consecuencia correctamente cesados.