

TRIBUNAL SUPREMO
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
GABINETE TÉCNICO

**DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE
MATERIAS DIVERSAS. SECCIÓN
CUARTA.**

2009- 31 de julio 2012

Coordinador: D. Juan Pedro Quintana Carretero. Magistrado Decano del Gabinete Técnico de la Sala Tercera del Tribunal Supremo

Autor: D. Miguel Hernández Serna. Magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo

INDICE

PARTE PRIMERA. DERECHO ADMINISTRATIVO	15
I. ACTO ADMINISTRATIVO	15
I.1 NATURALEZA Y CONCEPTO	15
I.1.1 Cuestiones generales	15
I.1.2 Alcance y límites	15
I.1.2.1 En general.....	15
I.1.2.2 Actuaciones que no lo constituyen.....	15
I.1.2.3 Diferenciación de la disposición general	15
I.2 OBJETO Y CONTENIDO.....	18
I.3 REQUISITOS FORMALES	18
I.4 MOTIVACION	18
I.4.1 Fundamento y finalidad.....	18
I.4.2 Exigibilidad	18
I.4.3 Amplitud, suficiencia	18
I.4.4 Inexistente, insuficiente.....	18
I.4.5 Otros aspectos	21
I.5 DESVIACION DE PODER	21
I.6 SILENCIO ADMINISTRATIVO	21
I.7 CLASES	22
I.7.1 Actos políticos.....	22
I.7.2 Actos reglados y discrecionales	23
I.7.3 Actos definitivos	23
I.7.4 Actos de trámite	23
I.7.5 Actos de ejecución	23
I.7.6 Actos firmes y consentidos	23
I.7.7 Actos que reproducen anteriores y de confirmación.....	24
I.7.8 Actos declarativos de derechos	24
I.7.9 Actos presuntos	24
I.7.10 Actos propios.....	26
I.7.11 Otros	26

I.8 ACTOS SEPARABLES.....	26
I.9 CRITERIOS PARA SU INTERPRETACION	27
I.10 DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA.....	27
I.11 EFICACIA	29
I.11.1 En general.....	30
I.11.2 Ejecutividad y suspensión	30
I.11.3 Retroactividad	30
I.12 VALIDEZ.....	30
I.12.1 En general.....	30
I.12.2 Presunción de legalidad.....	30
I.12.3 Principio de conservación	30
I.12.4 Convalidación.....	30
I.12.4.3 Actos erróneos.....	30
I.12.4.4 Otras cuestiones.....	30
I.12.5 Conversión	30
I.12.6 Errores materiales o aritméticos	30
I.13 INVALIDEZ	30
I.13.1 Nulidad y anulabilidad	30
I.13.1.1 Cuestiones generales	30
I.13.2 Principio de conservación	33
I.13.3 Responsabilidad de la Administración.....	33
I.14 SUSPENSION DE EJECUCION.....	33
I.15 REVISION DE OFICIO.....	33
I.15.1 En general.....	34
I.15.2 De actos nulos y anulables	35
I.15.3 Declaración de lesividad	35
I.15.4 Revocación	35
I.16 RECTIFICACIÓN DE ERRORES	35
I.17 PUBLICACION	35
I.18 NOTIFICACION	35
I.19 IMPUGNACION JURISDICCIONAL.....	36
II. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO	36
II.1 OBJETO.....	36
II.2 NATURALEZA.....	36

II.3 FINES	36
II.4 NORMATIVA	36
II.4.1 En general	36
II.4.2 Naturaleza	36
II.4.3 Antiformalismo	36
II.4.4 Régimen jurídico aplicable	36
II.4.5 Derecho transitorio.....	36
II.4.6 LPA	37
II.4.7 Ley 30/92	37
II.4.8 Ley 4/99	37
II.5 DERECHO TRANSITORIO	37
II.6 LENGUAS OFICIALES	37
II.7 PRINCIPIOS RECTORES	37
II.7.1 Contradicción.....	37
II.7.2 Economía procesal	37
II.7.3 Eficacia	37
II.7.4 Oficialidad.....	37
II.7.5 Publicidad	37
II.7.6 Gratuidad.....	37
II.7.7 Anticonformismo	37
II.7.8 No arbitrariedad	37
II.7.9 Buena fe	37
II.7.10 Cooperación institucional	37
II.8 ÓRGANOS	38
II.8.1 En general	38
II.8.2 Abstención y recusación	38
II.8.3 Competencia	38
II.8.3.1 En general	38
II.8.3.2 Irrenunciable	38
II.8.3.3 Delegación	38
II.8.4 Comisiones delegadas del Gobierno.....	38
II.9 ADMINISTRADOS INTERESADOS	38
II.9.1 Clases	38
II.9.2 Posición.....	38

II.9.3 Capacidad.....	38
II.9.4 Representación.....	38
II.9.5 Legitimación.....	38
II.10 PLAZOS.....	38
II.10.1 En general.....	38
II.10.2 Cómputo.....	39
II.10.3 Prórroga.....	39
II.10.4 Denuncia de mora.....	39
II.10.5 Actuaciones extemporáneas.....	39
II.11 EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO.....	41
II.11.1 Iniciación.....	41
II.11.1.1 A instancias del interesado.....	41
II.11.1.2 Denunciante.....	41
II.11.1.3 De oficio.....	41
II.11.2 Documentación.....	41
II.11.3 Acumulación.....	44
II.11.4 Instrucción.....	44
II.11.4.1 Alegaciones.....	44
II.11.4.2 Informes.....	44
II.11.4.3 Medidas cautelares.....	44
II.11.4.4 Audiencia del interesado.....	44
II.11.4.4.1 En general.....	44
II.11.4.4.2 Improcedencia.....	44
II.11.4.4.3 Omisión del trámite.....	46
II.11.4.4.3.1 En general.....	46
II.11.4.4.3.2 Indefensión.....	46
II.11.4.4.3.3 Indefensión inexistente.....	47
II.11.4.4.3.3.1 Por haber tenido oportunidad de formular alegaciones.....	47
II.11.4.4.3.3.2 Al no ser tenidos en cuenta otros datos que los aportados.....	47
II.11.4.4.3.3.3 Por no considerarse imprescindible.....	47
II.11.4.4.3.3.4 Otras cuestiones.....	47
II.11.4.4.3.4 Efectos.....	47
II.11.4.5 Prueba.....	47
II.11.4.5.1 En general.....	47

II.11.4.5.2	Carácter potestativo	47
II.11.4.5.3	Carga de la prueba	47
II.11.4.6	Defectos de tramitación	48
II.11.4.6.1	Efectos.....	48
II.11.4.6.2	Indefensión.....	48
II.11.4.6.3	Indefensión inexistente	48
II.11.4.6.4	Convalidación	48
II.11.4.6.5	Otras cuestiones	48
II.11.4.7	Plazos	48
II.11.4.8	Paralización.....	48
II.11.4.9	Suspensión por prejudicialidad penal	50
II.11.5	Terminación	50
II.11.5.1	Desestimio.....	50
II.11.5.2	Renuncia	50
II.11.5.3	Caducidad	50
II.11.5.4	Prescripción.....	50
II.11.5.5	Imposibilidad	50
II.11.5.6	Resolución.....	50
II.11.5.6.1	Congruencia	51
II.11.5.6.2	Expresa.....	51
II.11.5.6.3	Presunta.....	51
II.11.5.6.4	Extemporánea	51
II.11.6	Reclamación en el proceso.....	51
II.11.7	Otras cuestiones	51
II.12	NOTIFICACIONES	51
II.12.1	Naturaleza (acto de comunicación y finalidad)	51
II.12.2	Requisitos.....	51
II.12.3	Falta de notificación; efectos	51
II.12.4	Notificación realizada; efectos.....	51
II.12.5	Notificación defectuosa	51
II.12.5.1	Defecto inexistente.....	51
II.12.5.2	Falta de expresión o indicación.....	52
II.12.5.2.1	Del texto íntegro del acto.....	52
II.12.5.2.2	De los recursos procedentes, órgano y plazo	52

II.12.5.3 Efectos.....	52
II.12.5.4 Indefensión.....	52
II.12.5.5 Subsanación	52
II.12.5.5.1 En general	52
II.12.5.5.2 Por interposición del recurso	52
II.12.5.5.3 Por manifestación expresa	53
II.12.6 Otras cuestiones	53
II.13 EJECUCION.....	55
II.13.1 Forzosa.....	55
II.13.1.1 Vía de apremio.....	56
II.13.1.2 Ejecución subsidiaria	56
II.13.1.3 Multa	56
II.13.1.4 Otras cuestiones	56
II.13.2 Interdictos	56
II.14 RECLAMACION PREVIA AL EJERCICIO DE ACCIONES	56
II.14.1 Reclamación previa a la vía civil	56
II.14.2 Reclamación previa a la vía laboral	56
II.15 OTRAS CUESTIONES	56
III. PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS ESPECIALES	56
III.1 ELABORACION DE DISPOSICIONES DE CARÁCTER GENERAL	56
III.1.1 En general	56
III.1.2 Lenguas oficiales	58
III.1.3 Informe de la Secretaria General Técnica	58
III.1.4 Dictamen del Consejo de Estado	58
III.1.5. Otros informes	61
III.1.6 Audiencia a los ciudadanos	64
III.1.7 Defectos formales	66
III.1.8 Otras cuestiones	67
III.2 PROCEDIMIENTO DE URGENCIA.....	70
III.3 OTROS	70
IV. RECURSO ORDINARIO	70
IV.1CUESTIONES GENERALES	70
IV.2 OBJETO	70
IV.3 PLAZO	70

IV.4 MOTIVOS	70
IV.5 INTERPOSICION	70
IV.6 INADMISIBILIDAD	70
IV.7 RESOLUCION PRESUNTA	70
IV.8 OTRAS CUESTIONES	70
V. RECURSO DE ALZADA	70
V.1 CUESTIONES GENERALES.....	70
V.2 OBJETO	70
V.3 INTERPOSICION Y ADMISION	71
V.4 SUSPENSION	71
V.5 DEFECTOS DE PROCEDIMIENTO	71
V.6 RESOLUCION	71
V.7 OTRAS CUESTIONES	71
V BIS. RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCION PROCESAL	71
VI. TIPOS DE ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA.....	72
VI.1. ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE INTERVENCIÓN (POLICÍA).....	72
VI.1.1. Concepto. Son todas aquellas que pueden producir efectos desfavorables o de gravamen a los interesados, aunque persigan el interés general.....	72
VI.1.2. Condiciones y límites (pronunciamientos en materia de actividad empresarial)	73
VI.1.2.a) No toda intervención es ilícita. La libertad de empresa no es ilimitada.....	73
VI.1.2.b) Pero siempre es necesaria la cobertura legal.....	74
VI.1.2.c) Las potestades de intervención de la Administración deben ser objeto de interpretación restrictiva:	76
VI.1.3. Autorizaciones y concesiones:	77
VI.1.3.a) El “nomen iuris” carece de trascendencia anulatoria.	77
VI.1.3.b) Autorizaciones de funcionamiento: son indefinidas.	77
VI.1.3.3. Autorización para la apertura de centros sanitarios:	78
VI.1.4. Principio de proporcionalidad	78
VI.1.5. “Cuota láctea”	78
VI.2. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR	80
VI.2.1. Concepto de sanción.....	80
VI.2.2. Principios.....	81
VI.2.2.b) Principio nos bis in idem:.....	84

VI.2.2.c) Interdicción de la arbitrariedad:	84
VI.2.3. Procedimiento sancionador	84
VI.2.3.a) La audiencia de las Juntas Locales de Seguridad prevista en el art. 29.2 LOSC debe darse después de presentadas las alegaciones del presunto infractor.	85
VII.2.4. Interpretación restrictiva:	87
VI.2.5. Retroactividad de la norma sancionadora más favorable:.....	88
VI.3 ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE FOMENTO (SUBVENCIONES)	89
VI.3.1 Reintegro:	89
VI.3.1.a) No es sanción:	89
VI.3.1.b) No infringe el principio de confianza legítima:	89
VI.3.1.c) Principio de proporcionalidad: sólo los incumplimientos más graves pueden dar lugar al reintegro.....	91
VI.3.1.d) Plazo de prescripción para la acción de reintegro.....	92
VI.3.1.e) Interrupción de la prescripción de la acción de reintegro.	93
VI.3.1.g) Supletoriedad de la Ley General de Subvenciones en subvenciones financiadas por la UE	94
VI.3.2. Límite de la Jurisdicción: improcedencia de reconocimiento del derecho a la obtención de una subvención ante limitaciones presupuestarias:.....	94
VII. ADMINISTRACIÓN CORPORATIVA: COLEGIOS PROFESIONALES.....	95
VII.1. RESERVA DE LEY EN MATERIA DE COLEGIOS PROFESIONALES ...	95
VII.2 ACTUACIÓN NO REGLADA DE LA ADMINISTRACIÓN.....	97
VII.3. COLEGIOS OFICIALES DE ENFERMERÍA	98
VII.3.1. Bolsa de recursos	98
VII.3.2. Cuestiones nuevas	99
VII.3.2.2. Impugnación de los acuerdos de la Asamblea que establecen la cuota de colegiación por infringir el art. 3.2 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales según su nueva redacción dada por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre.	101
VII.4. Federaciones deportivas	102
VIII. ADMINISTRACIÓN LOCAL	103
VIII.1. AUTONOMÍA LOCAL	103
VIII.1.1. Doctrina general, con cita de jurisprudencia constitucional.....	103
VIII.1.2. Las corporaciones locales solamente pueden actuar dentro de las competencias que les otorga la legislación de régimen local; incipiente jurisprudencia sobre la “vinculación negativa” a la Ley de las entidades locales.....	108

VIII.1.3. Ejercicio extraterritorial de sus competencias.....	110
VIII.2. Potestad normativa de las entidades locales (ordenanzas):	110
VIII.2.1. No es necesaria una previa habilitación normativa expresa y específica por parte de la Administración titular de la competencia:	110
VIII.2.2. Ordenanzas sancionadoras:.....	112
VIII.2.3. Presupuestos municipales	116
VIII.3. CUOTAS DE URBANIZACIÓN.....	120
IX. PATRIMONIO HISTÓRICO	120
IX.1. COMPETENCIA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS	120
IX.1.1. Los títulos competenciales del Estado no pueden impedir la competencia de la Comunidad Autónoma de declarar un bien como BIC o delimitar su entorno de protección.	120
IX.1.2. Necesidad de plan especial de protección para que los Ayuntamientos puedan conceder licencias urbanísticas en el conjunto histórico artístico (Granada). Art. 20 LPHE compatible con la autonomía local	124
IX.2. INCOACIÓN DEL EXPEDIENTE	125
IX.2.1. Acto de trámite cualificado, susceptible de recurso	125
IX.2.2. La incoación del expediente no es preceptiva ante la presentación de una solicitud por un interesado.....	125
IX.2.3. Efectos de la incoación: potestades de intervención de la Administración competente (suspensión de obras: art. 16.1 LPHE). Principio de superior tutela de los bienes de interés cultural.	126
IX.3. PLAZOS DE PROCEDIMIENTO: CADUCIDAD.....	127
IX.3.1. Es aplicable también a procedimientos iniciados bajo la normativa anterior (Ley 13 mayo 1936) en la que no se fijaba plazo de caducidad.....	127
IX.3.2. No es necesaria la denuncia de la mora:.....	128
IX.3.3. Andalucía: obligación de terminar los expedientes en plazo de 3 años por normativa autonómica.	131
IX.4. ENTORNO DE PROTECCIÓN	131
IX.5. PUEDE DECLARARSE BIEN DE INTERÉS CULTURAL UN EDIFICIO AUNQUE ESTÉ EN RUINA.....	133
X. EDUCACIÓN.....	133
X.1. DERECHO A LA EDUCACIÓN.....	133
X.1.1. Titulares	133

X.1.2.Límite de plazas.....	133
X.2. ORGANIZACIÓN DEL SISTEMA.....	134
X.2.1. Educación no obligatoria: posible “doble red” de centros.....	134
X.2.2. Educación concertada:	134
X.2.3. Autonomía pedagógica y organizativa de los centros.	140
X.2.4. Catalán. Sistema de inmersión lingüística.	141
X.2.5. Condiciones laborales del personal educativo.....	143
X.2.6. Reutilización de libros de texto.	143
X.2.7. Autonomía universitaria	143
X.3. CLASES DE ENSEÑANZAS Y TÍTULOS	144
X.3.1. Enseñanza de religión	144
X.3.2. Enseñanzas “de grado”: sólo las enseñanzas universitarias	149
X.3.3. Denominación de los títulos: ingeniería de la edificación.....	149
X.4. PROFESIONES REGULADAS.....	149
X.4.2. Reconocimiento de cualificaciones profesionales	152
X.4.3. Las resoluciones que aprueban el establecimiento de títulos universitarios o de formación profesional regulan enseñanzas, y no profesiones reguladas; no afectan a las competencias profesionales.....	154
X.4.4. No pueden obtenerse por silencio títulos profesionales:	155
X.5. HOMOLOGACIÓN DE TÍTULOS	156
X.5.1. Normativa aplicable:.....	156
X.5.2. Régimen vigente, contenido en el Real Decreto 285/2004, de 20 de febrero.162	
X.5.3. Sistemas especiales (acuerdos internacionales):.....	165
X.5.3.1. Sistema de reconocimiento de títulos entre Estados miembros de la UE... 165	
X.5.3.2. Convenios internacionales	167
X.5.4. Equivalencia de títulos o correspondencia de estudios: discrecionalidad técnica	170
X.5.5. Procedimiento de homologación:	175
X.6.PLANES DE ESTUDIOS.....	177
X.6.1. Sistema.....	177
X.6.2. Naturaleza de esas resoluciones.....	178
X.6.3. Objeto del recurso.....	179
X.6.4. Órdenes Ministeriales sobre requisitos para la verificación de títulos universitarios que habiliten para el ejercicio de profesiones reguladas.....	180

X.6.4.1. Son Órdenes Ministeriales posteriores a esos Acuerdos, y no infringen el principio de reserva de ley establecida en el art. 36 CE para las profesiones reguladas.	180
X.6.5. Sobre el pretendido derecho a la ordenación de estudios que habiliten para el ejercicio de profesiones reguladas.	183
XI. SANIDAD	186
XI.1. SISTEMA NACIONAL DE SALUD	186
XI.2. CONCEPTO DE SANIDAD	187
XI.3. LEY DEL TABACO	188
XI.4. FARMACIAS	188
XI.4.1. Marco general	188
XI.4.2. Planificación: mapas farmacéuticos de las Comunidades Autónomas	191
XI.4.3. Procedimiento para la autorización de una oficina de farmacia:	194
XI.4.4. Circunstancias de hecho para la obtención de la autorización de apertura:	205
XI.4.5. Principio pro apertura	213
XI.4.6. Traslado de oficinas de farmacia:	214
XI.4.6.1. Acto reglado:	214
XI.4.6.2. Traslado a un local más próximo a un centro de salud. Posible fraude de Ley.	215
XI.4.6.3. Transmisión de las oficinas de farmacia: inconstitucionalidad de las prohibiciones de transmisión.	216
XII. DEFENSA	217
XII.1 PARTICIPACIÓN EN CELEBRACIONES RELIGIOSAS	217
XII.1.1. No afecta al derecho fundamental a la libertad religiosa ni debe regularse por Ley Orgánica.	217
XII.1.2. La participación obligatoria en los actos oficiales que se celebren con ocasión de honras fúnebres es conforme a Derecho.	218
XII.1.3. También es conforme a Derecho la necesaria “autorización” para asistir a celebraciones de carácter religioso con tradicional participación castrense.	219
XII.2. SALVAMENTO MARÍTIMO.	219
XII.2.1. No hay diferencia entre los conceptos de “asistencia” y “salvamento”	219
XII.2.2. Presunción de acierto de las resoluciones del Tribunal Marítimo Central.	219
XII.2.3. Legitimación para intervenir en el procedimiento iniciado ante el Juzgado Marítimo	220

XIII. TRABAJO	221
XIII.1. HUELGA: FIJACIÓN DE SERVICIOS MÍNIMOS.	221
XIII.2. INFRACCIONES DEL ORDEN SOCIAL	224
XIII.2.1. Eficacia probatoria de las actas de inspección:.....	224
XIII.2.2. Caducidad del expediente.	226
XIII.3. REPRESENTATIVIDAD ASOCIACIONES DE TRABAJADORES AUTÓNOMOS.....	231
XIII.4. ORGANIZACIONES SINDICALES “MÁS REPRESENTATIVAS”	231
XIII.5. EXPEDIENTES DE REGULACIÓN DE EMPLEO	235
XIII. 5.1. Delimitación competencia jurisdicción contencioso-administrativa y social respecto a la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la aprobación del ERE (art. 51.5 ET).	235
XIII.5.2. Competencia de la Autoridad Laboral.	235
XIII.5.3. Concurrencia de las causas objetivas y proporcionaliad de las decisiones adoptadas.	236
XIII.5.4. Plazo para recurrir el despido el trabajador.	237
XIII.5.5. Criterios discriminatorios:	238
XIII.5.6. El cumplimiento de las condiciones establecidas por la Autoridad Laboral da derecho a ser incluido en las medidas previstas.	241
XIII.6. ALTAS Y BAJAS EN LA SEGURIDAD SOCIAL	242
XIII.7. AUDITORÍAS SEGURIDAD	243
XIII.7.1. Sumisión de las mutualidades a las normas del Plan General de Contabilidad de la Seguridad Social.	243
XIII.7.2. Botiquines.	244
XIII.8. ENTIDADES COLABORADORAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL	244
XIII.8.1. Compensación por la colaboración en la gestión.	244
XIII.9 DEVOLUCIÓN DEL PATRIMONIO INCAUTADO A LOS SINDICATOS TRAS LA GUERRA CIVIL.....	247
XIII.10. DERIVACIÓN DE RESPONSABILIDAD POR DEUDAS SS.....	247
PARTE SEGUNDA. SISTEMA DE FUENTES	249
I.1. RELACIONES DERECHO INTERNO – DERECHO COMUNITARIO	249
I.1.1. Primacía del derecho comunitario.....	249
I.2. RELACIÓN NORMAS BÁSICAS – NORMAS DE DESARROLLO	250
I.2.1. Doble dimensión, formal y material, de normas “básicas”	250

I.2.2. Normas básicas constituyen un “común denominador normativo” que debe dejar espacio a las CC.AA. para desarrollar su propia política.	250
I.2.3. Prevalencia de la ley básica posterior sobre la ley autonómica anterior: efecto “desplazamiento”	251
I.2.4. Contradicción entre normas básicas y normas de desarrollo.	252
I.2.4.1. La contradicción expresa implica su nulidad.	252
I.2.4.2. Pero no es exigible una reproducción de la norma básica aplicable, de tal manera que el silencio de la norma autonómica de desarrollo, si puede coordinarse con la norma estatal, es conforme a Derecho.	254
I.3. SUPLETORIEDAD DEL DERECHO ESTATAL:.....	254
I.3.1. La norma autonómica “completa” desplaza a la estatal.....	254
I.4. LAS NORMAS CON RANGO DE LEY TIENEN PRESUNCIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD	256
I.4. RELACIÓN LEY - REGLAMENTO	256
I.5. RETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS JURÍDICAS.	258
I.5.1 Concepto y clases de retroactividad.	258
I.5.2. Retroactividad de reglamentos.	259
I.6. “IUS SUPERVENIENS”.	261

PARTE PRIMERA. DERECHO ADMINISTRATIVO

I. ACTO ADMINISTRATIVO

I.1 NATURALEZA Y CONCEPTO

I.1.1 Cuestiones generales

I.1.2 Alcance y límites

I.1.2.1 En general

I.1.2.2 Actuaciones que no lo constituyen

I.1.2.3 Diferenciación de la disposición general

a) Criterio ordinamental:

La jurisprudencia aplica el criterio ordinamental: el Reglamento innova el ordenamiento jurídico; el acto administrativo es aplicación del mismo.

Así, STS 9 marzo 2011 (RC 3411/2009):

“Iniciando ahora el examen de los motivos que contiene el recurso, todos ellos al amparo del apartado d) del número 1 del Art. 88 de la Ley de la Jurisdicción, y, por tanto, por "infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate" el primero considera que la disposición impugnada tiene naturaleza normativa, y ha procedido a la apertura de un nuevo plazo de opción de alternativa al RETA hasta enero de 2008 que no es admisible y que excede de la competencia del órgano autor al suponer una innovación del ordenamiento”.

El motivo no puede aceptarse. La Resolución de 24 de julio de 2007, de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, objeto del recurso en la instancia, establece criterios de delimitación para la actuación de determinadas mutualidades de previsión social como entidades alternativas a la obligación de alta en el régimen especial de la seguridad social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, pero no altera como no podía ser de otra manera el contenido de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley 30/1995, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados. Tal y como expresa en su número primero lo que hace la resolución es permitir que las Mutualidades de Previsión Social que, de conformidad con lo previsto en el párrafo tercero del apartado 1 de la disposición adicional decimoquinta de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, vinieran actuando como

alternativas al alta en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos circunscritas únicamente al ámbito territorial de algunos colegios profesionales, con efectos de 1.º de septiembre de 2007 puedan extender su actuación como entidades alternativas, con respecto a los demás colegiados de la misma profesión, en el resto del ámbito territorial del Estado en el que se encuentren autorizadas para ejercer la función aseguradora de acuerdo con la legislación aplicable. Y de igual modo en su segundo número permite que los profesionales colegiados que, habiendo iniciado su actividad profesional por cuenta propia con posterioridad al 10 de noviembre de 1995, hubieran quedado obligatoriamente incluidos en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos y que, de conformidad con lo previsto en la presente Resolución, pasaran a disponer de una Mutualidad de Previsión Social por la que pudieran optar como alternativa al alta en dicho Régimen Especial, pudieran causar baja en este último si optaran por su inclusión alternativa en la correspondiente Mutualidad. Y para el supuesto de que hicieran uso de esa opción en el plazo establecido para ello en ningún caso daría ocasión a devolución alguna de las cuotas ingresadas, sin que transcurrido dicho plazo pudiera ser admitida ninguna solicitud formulada en dicho sentido.

Por lo tanto no se modifica la Disposición legal ni se innova nada sino que lo se produce es una decisión que adopta esa forma de Resolución y que interpreta y acomoda la Disposición mencionada, adaptándola a una situación posterior creada por normas sobrevenidas que la hacen posible, como fue el Real Decreto-Ley 6/2000 que permitió que la colegiación en un Colegio posibilite a los colegiados beneficiarse de cuantas oportunidades otorgaba el que la misma alcanzase a todo el territorio nacional, y con ánimo de corregir agravios comparativos entre profesionales, permitió a su vez a las Mutuas de Previsión Social actuar en toda España y no quedar circunscritas al ámbito territorial del Colegio que las creó. Y para ello estaba habilitada la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social a tenor de lo dispuesto por el Art. 3.1 k) del Real Decreto 1600/2004, de 2 de julio en cuanto le corresponde "la realización de las funciones de ordenación jurídica del sistema de la Seguridad Social, elaborando e interpretando las normas y disposiciones que afecten a dicho sistema".

b) Algunos supuestos dudosos:

Se ha declarado la naturaleza normativa de los programas formativos (STS de 24 de abril de 2012, RC 7111/2010, que cita la STS 17 diciembre 2008, RC 5003/2006), y del presupuesto municipal, por lo que no cabe recurso administrativo contra él (STS 13 marzo 2012 RC 4330/2009).

Tienen también naturaleza reglamentaria los estatutos de los organismos autónomos y entidades públicas empresariales (STS 29 octubre 2010 RC 516/2009) y de las fundaciones locales (STS 3 noviembre 2010 RC 480/2009). Sobre la aplicación a estos acuerdos de normas de procedimiento previstas en las normas mercantiles que regulan las sociedades, véase STS 26 octubre 2010 (RC 714/2009), reproducida más adelante en el apartado "Elaboración de disposiciones generales; otras cuestiones")

Por el contrario, se ha declarado que no son reglamentos los Acuerdos del Consejo de Ministros que establecen las condiciones a que han de ajustarse los planes de estudios conducentes a la obtención de títulos que habiliten para el ejercicio de profesiones reguladas (arts. 12.9 y 15.4 RD 1393/2007). SSTS 23 febrero 2011 (rec. cont-adm 143/2009), 26 enero 2011 (rec. cont-adm 182/2009), 11 mayo 2011 (rec. cont-adm.

132/2009), 13 mayo 2011 (rec. cont-adm. 177/2009), 7 noviembre 2011 (rec. cont-adm. 261/2010), 20 marzo 2012 (rec. cont-adm. 415/2010). Aunque sí tiene naturaleza normativa el plan de estudios propiamente dicho (STS 23 octubre 2012, RC 3033/2011). Tampoco tiene naturaleza de reglamento el Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se establece un título oficial (STS ****, RC 398/2012). Vid. apartado “Educación; profesiones reguladas”.

c) Efectos de una u otra naturaleza: a los Reglamentos no son aplicables las causas de nulidad del art. 62.1 de la LRJPAC, sino las del apartado 2.

STS 31 enero 2012 RC 7009/2009 (refiriéndose a ordenanzas locales):

“El cuarto submotivo invoca la "infracción del artículo 62.1 e) de la Ley 30/1992, por cuanto el acuerdo del pleno del Ayuntamiento de Gavá por el que se aprueba el reglamento es nulo de pleno derecho al haberse dictado prescindiendo del procedimiento legalmente establecido”.

Esta alegación formulada en esos términos no posee valor alguno, por mas que quiera apoyarse en el acto de aprobación de la Ordenanza que no ha respetado el procedimiento para ello. El precepto que invoca se refiere a los actos de las Administraciones públicas y no al apartado 2 de ese mismo artículo que se refiere a las disposiciones administrativas como lo es la Ordenanza aprobada por el Ayuntamiento de Gavá y que son nulas de pleno derecho cuando "vulneran la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales". No es este el caso”.

STS 12 diciembre 2011 (RC 8237/2011). Dándolo por supuesto, argumentando sobre la cita instrumental de Derecho estatal en el recurso de casación:

“Tan instrumental es la invocación del Derecho estatal en el recurso de casación que actualmente nos ocupa, que ni tan siquiera se cita como infringido el precepto que -presumiblemente- recoge la causa de nulidad aplicada por la Sala de instancia. En efecto, el recurso de casación señala que la sentencia recurrida ha realizado una indebida interpretación de ciertos incisos del artículo 62.1 de la Ley 30/1992 (LRJAP), referidos a la nulidad de los actos administrativos. Sin embargo, nada hace indicar que dicho precepto haya sido aplicado por la Sala sentenciadora. Y es que, si bien ésta no señaló, en la sentencia recurrida, el motivo de nulidad que apreciaba, tanto el hecho de estimarse la demanda (que aludía al artículo 62.2, esto es, a las causas de nulidad de las normas o disposiciones dictadas por la Administración) como la propia referencia que incluye su fundamento de derecho segundo, a contrario sensu, a que nos encontramos ante una disposición que supone la instauración de un programa educativo dirigido a mejorar la calidad de la enseñanza desde la perspectiva de la realidad social actual, nos hace pensar que, además de lo hasta ahora dicho, las normas citadas como infringidas no guardan relación con las cuestiones debatidas. Como por otra parte se cita el artículo 67.1 LRJAP, que ni se aplica ni se pone en duda por la Sala de instancia. Ello supone, en definitiva, la carencia de fundamento del recurso (art. 93.2.b)”.

En el mismo sentido, STS 7 febrero 2012 (rec. cont-adm. 155/2010).

I.2 OBJETO Y CONTENIDO

I.3 REQUISITOS FORMALES

I.4 MOTIVACION

I.4.1 Fundamento y finalidad

I.4.2 Exigibilidad

I.4.3 Amplitud, suficiencia

I.4.4 Inexistente, insuficiente

I.4.4.1 Cuestiones generales

I.4.4.2 .Ausencia total de motivación

I.4.4.3 Motivación genérica

a) No es suficiente con emplear de fórmulas estereotipadas, debe acreditarse o justificarse su concurrencia.

Así se ha dicho respecto a la denegación de conciertos educativos, la fijación de servicios mínimos y la utilización del sistema de libre designación

SSTS 25 septiembre 2012 (RC 6430/2011) y 16 octubre 2012 (RC 6431/2011), con cita de las SSTS 30 enero 2007 (RC 4670/2002), 19 julio 2007 (RC 10848/2004), 13 mayo 2008 (RC 10280/2004), 18 julio 2008 (RC 6547/2005):

“...tratándose de decisiones que afectan directamente al derecho fundamental a la educación y al derecho de los padres a elegir la enseñanza, la Administración debe motivar decisiones que inciden en ellos, no solo con argumentos genéricos, sino con razones concretas y, sobre todo, acreditando, cuando se aduce ese motivo, que no cuenta con fondos suficientes para mantener el número de unidades de enseñanza primaria y secundaria que hasta ese momento venía financiando en el centro, respecto del cual no se ha objetado incumpla los requisitos necesarios para la renovación del concierto que establece el artículo 43 del Real Decreto 2377/85”, y que en la sentencia de catorce de abril de mil novecientos noventa y cuatro esta Sala del Tribunal Supremo ha declarado “las limitaciones presupuestarias insoslayables, las que han de ser probadas por la Administración no bastando su mera alegación y en ningún caso

podrán ser motivo de exclusión de un Centro Privado del régimen de conciertos educativos"

STS 10 octubre 2011 (RC 5900/2007):

“Como hemos podido ver, la posición del tribunal sentenciador al respecto se sustenta en que la simple alusión a la necesidad de garantizar durante la huelga la prestación de servicios reputados esenciales, unida a la simple consignación de las personas físicas designadas para prestarlos y de los centros u organismos afectados por la huelga, no sirvieron "al fin de exteriorizar la justificación fáctica de las medidas adoptadas, con aportación de datos, ni cumplieron con el juicio de proporcionalidad resultante de la conjugación de los servicios mínimos fijados en contraste con los datos suministrados".

Esta Sala se ha pronunciado en diversas ocasiones en relación con los requisitos de las resoluciones que acuerdan servicios mínimos en relación con las convocatorias de huelga. Así, en sentencias de once de marzo de dos mil nueve (recurso de casación 3784/2005) y de once de mayo de dos mil siete (rec. de casación 3155/2003), dictadas precisamente en relación con resoluciones de la misma Comunidad Autónoma hoy recurrente, hemos resaltado la relevancia de la llamada "causalización" de los servicios mínimos y de la ponderación de intereses que resulta obligada para que dichos servicios puedan ser considerados constitucionalmente aceptables. En efecto, se cubrirá satisfactoriamente el canon constitucionalmente exigible para la validez de dichos servicios mínimos cuando se cumpla con esta doble exigencia: en primer lugar, que sean identificados los intereses afectados por la huelga (el inherente al derecho de los huelguistas y los que puedan ostentar los afectados por el paro laboral), y, en segundo término, que se precisen también los factores y criterios que han sido utilizados para llegar al concreto resultado plasmado en los servicios mínimos que hayan sido fijados.

Más in extenso, en sentencias de ocho de abril y de diez de diciembre de dos mil ocho (recursos de casación 4006/2005 y 2160/2006, respectivamente), nos hemos pronunciado sobre esta misma cuestión. A la vista de esta doctrina y jurisprudencia procede desestimar el presente motivo de casación, pues es indudable que de la redacción de las resoluciones impugnadas no puede deducirse cuáles han sido los criterios que han llevado a la Administración a fijar los servicios mínimos en la forma y número en que lo ha hecho. En ellas, la Administración se limita a aseverar que tiene en cuenta "la necesidad de garantizar cautelarmente la prestación de servicios considerados esenciales", que ha oído al Comité de Huelga sobre la fijación de servicios mínimos y que se han respetado las disposiciones del Decreto 24/1987, de 13 de marzo, de establecimiento de servicios mínimos en la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias. No cabe sino concluir que el fundamento propio de la motivación de la fijación de servicios mínimos no fue respetado por la Comunidad Autónoma de Canarias. Ni se han identificado los intereses afectados por la huelga ni se han precisado los criterios utilizados para fijar una determinada cobertura de servicios mínimos.

Resulta ante ello verdaderamente sorprendente la petición de la Administración recurrente de que la motivación de los servicios mínimos se entienda realizada por la información facilitada en reuniones mantenidas por la Administración canaria con el Comité de Huelga. Y ello, no sólo por lo discutible que pueda antojarse sustituir la motivación expresada en la resolución por una simple manifestación informal,

tratándose como se trata de la restricción de un derecho fundamental, sino también por que ni tan siquiera existe mención en el expediente administrativo de las razones que se hayan facilitado en aquella reunión como motivación de los servicios mínimos (simplemente certifica la Administración que se ha tratado dicha cuestión en la reunión celebrada entre Administración y Comité de Empresa, págs. 109 y 110 del expediente administrativo).

En vista de lo anterior, resulta insignificante -al hilo de lo objetado por la parte recurrida- en el caso presente el que el recurso de casación se funde, además de la infracción de jurisprudencia del Tribunal Supremo, en sentencias del Tribunal Constitucional, puesto que la doctrina de ésta aparece aceptada expresamente por nuestra jurisprudencia.

Por lo que ha de desestimar el motivo único de casación, y con él el recurso en que se sustenta”.

STS 29 marzo 2011 (RC 3788/2009), con cita y reproducción de las STS 12 febrero 2010 (RC 758/2006) y 16 diciembre 2010 (RC 4347/2007). El sistema de libre designación es excepcional frente al de concurso como sistema natural de provisión de puestos de trabajo y, por ello, cuando la Administración considere necesario acudir a él debe justificar, caso por caso, por qué debe utilizarse.

En el mismo sentido, STS 27 enero 2009 (RC 5290/2006), sobre autorización administrativa para instalaciones de telecomunicaciones:

“Ciertamente es que la repetida resolución afirma que "debe considerarse que la instalación de la estación base de telefonía móvil cuya autorización interesa el solicitante, perjudica la seguridad de las instalaciones militares"; y cierto es también que el informe que transcribe afirma igualmente que la estación "podría implicar perjuicio al empleo óptimo de los medios integrados en la citada instalación militar". Pero no lo es menos: que tales afirmaciones se hacen sin sustento en un informe de carácter o contenido técnico o científico [como veremos en el apartado A) del siguiente fundamento de derecho]; pese a que un informe de esa naturaleza se consideró necesario por la propia Administración [en los términos de los que daremos cuenta en el apartado B) de ese fundamento]; y pese a que, objetivamente, tal informe o un sustento de ese carácter o contenido sí era necesario para decidir sobre la autorización solicitada [tal como se desprende de lo que exponemos en el apartado C) del mismo fundamento].

En suma: tanto la resolución impugnada, como el informe que transcribe (que por ello tampoco sirve para satisfacer el deber de motivación por la vía o a través de la forma a que se refiere el artículo 89.5 de la Ley 30/1992), no son más que expresión de la mera voluntad de la Administración, que no va acompañada, como exige el deber que impone aquel artículo 54, e incluso el principio mismo de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3 de la Constitución), de sus razones justificativas; de razones que tengan alguna consistencia; que sean, como dice nuestra jurisprudencia desde la sentencia de 13 de julio de 1984, "discutibles o no, pero considerables en todo caso".

I.4.4.4 Motivación escasa o insuficiente

I.4.4.5 Actos que se apartan de precedentes

I.4.4.6 Supuestos diversos

I.4.5 Otros aspectos

I.5 DESVIACION DE PODER

I.6 SILENCIO ADMINISTRATIVO

a) Silencio administrativo positivo: interpretación rigorista, que veda el examen sobre la legalidad intrínseca del acto presunto:

STS 15 marzo 2011 (RC 3347/2009):

“En el supuesto que analizamos no abrigamos la más mínima duda, que se produjeron los presupuestos necesarios para que se produjera el silencio positivo; es, en este sentido, claro y preciso el artículo 43.2 in fine al afirmar que "cuando el recurso de alzada se haya interpuesto contra la desestimación por silencio administrativo de una solicitud por el transcurso del plazo, se entenderá estimado el mismo si, llegado el plazo de resolución el órgano administrativo competente no dictase resolución expresa sobre el mismo" y aquí, es un hecho no cuestionado por las partes intervinientes en la instancia que el procedimiento administrativo se inició por una petición autónoma de la demandante, la Sociedad de Neurofisiología Clínica, que solicitaba que "se declare la obligatoriedad de las pruebas neurofisiológicas que sean realizadas exclusivamente por especialistas con título propio de la especialidad de Neurofisiología Clínica"; por ello, con razón sostiene la Sala de instancia que "la solicitud de la actora no se insertaba en ningún procedimiento de autoorganización de la Administración autonómica sanitaria, sino que es una solicitud autónoma basada en unas concretas disposiciones -Real Decreto 127/1984, Real Decreto 1277/2003 y Ley 44/2003- ...".

Ahora bien, una vez operado el silencio positivo, no es dable efectuar como realiza el Tribunal de instancia, un examen sobre la legalidad intrínseca del acto presunto, pues, si bien es cierto, que según el artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992 son nulos de pleno derecho los actos presuntos "contrarios" al Ordenamiento Jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición, no es menos cierto, según declaramos, entre otras, en nuestra sentencia de uno de abril de dos mil cuatro, recaída en el recurso de casación 1602/2000, que para revisar y dejar sin efecto un acto presunto o anulable la Administración debe seguir los procedimientos de revisión establecido por el artículo 102, o instar la declaración de lesividad”.

Y en el mismo sentido, STS 28 octubre 2011 (RC 3541/2009), sobre compensación económica a entidades colaboradoras de la Seguridad Social.

“Ahora bien, a partir de lo anterior, la sentencia instancia no podía analizar la cuantía y extensión de la compensación por cuanto la misma ha resultado estimada por silencio positivo, y ello genera una estimación total de lo solicitado, ya que de entender lo contrario, estaríamos admitiendo una suerte de "silencio administrativo positivo parcial" y por ello, admitir que es posible adquirir por silencio facultades en contra del Ordenamiento Jurídico, lo que proscribe el artículo citado ya 62.1 F de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Así la sentencia de instancia únicamente debió analizar si se había producido la estimación por silencio de la solicitud de compensación efectuada y si ello era así proceder a estimar el recurso, anular la Resolución recurrida por ser contraria al Ordenamiento Jurídico y declarar la existencia del verdadero acto presunto, sin entrar a analizar el fondo”.

Misma doctrina en STS 25 febrero 2009 (RC 1028/2006), sobre matriculación de un menor en un centro educativo.

b) Clases de solicitudes que integran el derecho de petición y que por tanto dan lugar a un régimen de silencio negativo:

STS 20 octubre 2009 (RC 226/2007):

“...En esencia, considera la Abogacía del Estado que no cabe aplicar las reglas generales sobre el silencio positivo recogidas en la citada Ley 30/1992, dado que la solicitud de la recurrente en instancia sólo podría encontrar acomodo en la Ley Orgánica 4/2001, Reguladora del Derecho de Petición, que prevé el efecto negativo de la desestimación presunta de las solicitudes formuladas a su amparo (art. 3).

No compartimos las argumentaciones sustentadas por el señor Abogado del Estado al afirmar que el cauce procedimental adecuado era el contenido en la Ley Orgánica Reguladora del derecho de petición, ya que este derecho, reconocido en el artículo 29 de la Constitución, según nos recuerdan las sentencias de diez de marzo de mil novecientos noventa y siete y ocho de febrero de dos mil ocho "ha de referirse a decisiones discrecionales o graciabiles, quedando excluido de ámbito cualquier pretensión con fundamento en la alegación de un derecho subjetivo o un interés legítimo especialmente protegido", y, en el caso que enjuiciamos, no puede calificarse la solicitud formulada por la sociedad demandante como "derecho de petición", y las reglas generales sobre el silencio positivo recogidas en el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, exclusivamente fueron apreciadas por la Sala de instancia en cuanto a la existencia del derecho reclamado, pero no respecto al reconocimiento, cuantía o estimación económica de lo reclamado”.

I.7 CLASES

I.7.1 Actos políticos

(Ver apartado “Proceso contencioso-administrativo; admisión; actos políticos)

I.7.2 Actos reglados y discrecionales

I.7.3 Actos definitivos

I.7.4 Actos de trámite

I.7.4.1 Cuestiones generales

I.7.4.2 Actos que si son de trámite

Acuerdo de incoación de expediente BIC (STS 23 marzo 2011 (RC 3763/2009). Ver “Proceso contencioso-administrativo; objeto; actos impugnables”.

I.7.4.3 Actos que no son de trámite

Convocatoria de Pleno municipal. Ver “Proceso contencioso-administrativo; interposición y admisión; inadmisibilidad; actos de trámite”

I.7.4.4 Supuestos diversos

I.7.5 Actos de ejecución

I.7.6 Actos firmes y consentidos

a) No es acto firme y consentido el acto que pretende ejecutar un acto anterior y en realidad no lo hace correctamente.

STS 9 febrero 2011 (RC 2846/2009):

“El segundo de los motivos con igual amparo que el anterior considera que la Sentencia de instancia vulneró el Art. 108 de la Ley 30/1992 pues la petición de modificar un acto administrativo firme y consentido transcurridos cuatro años no es posible.

Por la misma razón que en el supuesto anterior no se trataba de revisar un acto sino de ejecutar correctamente lo dispuesto por la Resolución ya citada.

Efectivamente el Art. 108 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que invoca el motivo se ubica en el capítulo II del título VII de la Ley que dedica a los recursos administrativos, y en el se afirma "que contra los actos firmes en vía administrativa, sólo procederá el recurso extraordinario de revisión cuando concurren algunas de las circunstancias previstas en el Art. 118.1".

Ciertamente lo que el Ayuntamiento de Barrundia planteó al Gobierno Vasco no fue ni como ya negamos una petición, ni tampoco la revisión de la resolución firme en la que se resolvió acerca del deslinde y amojonamiento de los municipios de Barrundia (Álava) y Eskoriatza (Guipúzcoa), sino que se limitó a pretender que la misma se

cumpliese en los términos que determinó la Dirección General de Administración Local y que, a su juicio, incumplía la fijación efectuada atendiendo a lo que resultaba de lo informado por el Instituto Geográfico Nacional.

El motivo se rechaza”.

I.7.7 Actos que reproducen anteriores y de confirmación

I.7.8 Actos declarativos de derechos

I.7.9 Actos presuntos

a) No es un verdadero acto sino una ficción legal que permite al interesado interponer el recurso que proceda:

STS 15 noviembre 2010 (RC 1332/2009)

“Este motivo debe ser desestimado, pues, en los supuestos de silencio administrativo, el denominado "acto presunto" no es sino una ficción porque realmente no existe tal acto administrativo, independientemente de la eficacia positiva o negativa que legalmente se anude al mutismo de la Administración, pues, como declaramos, en nuestra sentencia de veintitrés de enero de dos mil cuatro, -recaída en el recurso de casación en interés de la Ley, número 30/2003-:

"No puede ocultar ni desconocer, que es ella quien genera la situación de inseguridad al no dictar resolución expresa. Tampoco puede olvidar que esa omisión constituye un frontal incumplimiento del mandato contenido en el artículo 42.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Siendo esto así, como lo es, no es de recibo que quien genera mediante una conducta claramente ilegal y contraria al ordenamiento una situación de inseguridad jurídica puede esgrimir esa inseguridad a su favor, pretendiendo obtener de ella ventajas frente a quienes sufren los efectos de la inseguridad creada.

Hemos dicho de modo reiterado, que nadie puede obtener beneficios de sus propios errores, omisiones e infracciones. Y esto, y no otra cosa, es lo que la Administración pretende cuando opone la inseguridad jurídica que se deriva de un estado de cosas que tiene su origen en su propio incumplimiento al no resolver los procedimientos pendientes, pues el modo lógico, natural, legal y que demanda la naturaleza de las cosas, para hacer cesar el estado de inseguridad que se denuncia es el de decidir las cuestiones planteadas. Por eso, la Administración, mediante el cumplimiento de la ley, puede hacer cesar, de raíz, el estado de inseguridad jurídica, de cuya existencia aquí se lamenta."

Doctrina que también ha mantenido el Tribunal Constitucional en sus sentencias 6/1986, de doce de febrero, y 63/1995, de 3 de abril, al precisar respecto a los efectos del silencio negativo que "no podía juzgarse razonable una interpretación que primase la inactividad de la Administración colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de resolver y hubiera efectuado una modificación con todos los requisitos legales ...".

Criterio que acertadamente sigue la sentencia impugnada al afirmar que "el silencio negativo únicamente faculta al interesado para impugnar en vía administrativa o judicial la situación jurídica derivada de la falta de resolución administrativa expresa, con el fin de verificar la conformidad o disconformidad a Derecho de tal situación ...", pues, ni el silencio positivo ni el negativo hacen emerger un acto, sino una mera ficción del acto como si hubiera habido acto, pues una cosa es que el silencio positivo tenga a todos los efectos la consideración de acto y otra que lo sea en realidad".

b) No se pueden adquirir por silencio administrativo:

Oficinas de farmacia, ni siquiera por doble silencio: STS 28 junio 2011 (RC 369/2010) (vid. apartado "Sanidad; Farmacias; Procedimiento")

Títulos profesionales: STS 17 noviembre 2009 (RC 6336/2006) (Vid. apartado "Educación; Profesiones reguladas").

Tampoco producen actos presuntos los requerimientos entre Administraciones públicas (STS 7 febrero 2012, RC 7001/2009)

"En fecha más reciente esta Sala y Sección en Sentencia de 11 de octubre de 2011, recurso de casación 4317/2008 reitera en su FJ Segundo que este Tribunal ha tenido ya ocasión de valorar el ámbito y aplicación del número 3 del apartado F del Anexo del conjunto de Decretos dictados en diciembre de 2001 sobre transferencias del Insalud a distintas Comunidades Autónomas, desde los distintos aspectos procesales que de esta misma cuestión se concreta en nuestras Sentencias de 25 de octubre de 2006, 8 de julio de 2009 y 12 de abril de 2011 –recursos 4410/2004, 4227/2007 y 34/2008-, en las que se determina tanto si la determinación del concepto jurídico obligaciones exigibles hasta 31 de diciembre de 2001 y pendientes de imputar a presupuesto en el ámbito de los créditos destinados al pago de productos farmacéuticos debe realizarse desde el plano de la contracción de la obligación de pago que debe ser ulteriormente liquidada o desde el ámbito de la orden de gasto como ejecución material de la obligación, como si la reclamación por parte de la Comunidad Autónoma a la Administración General del Estado de las obligaciones que se derivan del cierre del sistema constituye una solicitud de iniciación de un procedimiento cuya falta de resolución y notificación en plazo provoca su estimación por silencio.

Y en el FJ Tercero de acuerdo con el criterio jurisprudencial mencionado en la Sentencia de 8 de julio de 2009 procede a la desestimación del motivo del recurso formulado por la Junta de Castilla y León declarando " la necesidad que la pretensión de liquidación de las obligaciones exigibles hasta 31 de diciembre de 2001 del sistema de financiación de la asistencia sanitaria y pendientes de imputar a presupuesto, fuera conducido mediante el procedimiento determinado por la Intervención General del Estado y conforme los requisitos que establece la adaptación del Plan General de Contabilidad Pública a la Seguridad Social a efectos de su inclusión en la cuenta "Acreedores por operaciones pendientes de aplicar a presupuesto", según viene establecido en el punto 3 del apartado F del Anexo del Real Decreto 1480/2001, de 27 de diciembre, sobre traspaso a la Comunidad de Castilla y León de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud, sin que por todo lo anterior pueda operar la figura del silencio administrativo positivo en la presente relación entre Administraciones Públicas y en relación una pretensión que no fue de iniciación del procedimiento específicamente previsto en la norma de aplicación."

I.7.10 Actos propios

a) No lo son los informes de la Administración.

STS 27 mayo 2009 (RC 4054/2007):

“A) De entrada, atribuir el carácter o naturaleza jurídica de "acto propio" de la Administración, contra el que ésta no podría lícitamente ir, a lo que es un mero informe, que además es de fecha anterior a la Orden reguladora de la subvención y que ni tan siquiera proviene de la Comisión de Valoración que crea su artículo 11 "para el estudio y evaluación de las solicitudes presentadas y elaboración de propuestas", carece del más mínimo fundamento, pues olvida que la jurisprudencia de esta Sala tiene dicho (sentencias, entre otras, de 23 de junio de 1971, 24 de noviembre de 1973, 26 de diciembre de 1978, 25 de noviembre de 1980, 26 de septiembre de 1981, 2 de octubre de 2000 y 4 de marzo de 2002) que la aplicación del principio que prohíbe ir contra los propios actos requiere, respecto de éstos, que se trate de actuaciones realizadas con el fin de crear, modificar o extinguir algún derecho, definiendo una situación jurídica de manera indubitada; siendo éste, también, el sentido de la jurisprudencia de la Sala de lo Civil de este Tribunal Supremo, tal y como puede verse, por todas, en su sentencia de 9 de mayo de 2000”.

I.7.11 Otros

I.8 ACTOS SEPARABLES

STS 13 octubre 2010 (RC 6189/2008)

“Dicho lo anterior, es preciso resaltar ahora que el recurso contencioso-administrativo se interpuso contra un oficio del Subdirector General de Gestión, Patrimonio, Inversiones, Obras y Enajenaciones de la Tesorería General de la Seguridad Social, en cuyo registro de salida figura el núm. 486 y la fecha 20 de febrero de 2004, que contesta a una solicitud de la actora del día 16 del mismo mes, en la que pedía que se le diera vista del expediente administrativo que hubiera dado lugar a la carta remitida a ella por la Sociedad Estatal de Gestión Inmobiliaria de Patrimonio, Sociedad Anónima (SEGIPSA), en la que ésta, diciendo actuar en nombre y representación de la Tesorería General de la Seguridad Social, le formulaba una oferta de venta de la vivienda de la que aquélla era arrendataria. Ésta manifestaba en su solicitud su interés en la adquisición de la vivienda arrendada, pero también su disconformidad con el precio de venta ofertado, que consideraba contrario a la ley. Y aquel oficio contestaba, de un lado, que SEGIPSA actúa en el proceso de enajenación por encomienda de la Dirección General de la Tesorería General de la Seguridad Social, al amparo de lo establecido en el apartado 7 de la Disposición Adicional Segunda de la Ley 53/1999, según la redacción dada al mismo por el art. 52 de la Ley 14/2000; y, de otro, que las actuaciones conducentes a la materialización de la venta no constituyen un procedimiento administrativo, sino una relación jurídica privada, de suerte que al no haber existido incoación de un expediente administrativo, no es posible darle audiencia en el mismo.

CUARTO.- Esa contestación contenida en dicho oficio da cuenta, tan sólo, de actuaciones sometidas a normas de derecho administrativo. En concreto, a las que

regulan la enajenación de bienes inmuebles integrados en el patrimonio de la Seguridad Social, como lo son, en especial, las del art. 83.1 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, y a las que regulan el otorgamiento a SEGIPSA y la ejecución por ésta de la encomienda o encargo recibido de aquella Dirección General que se cita en el oficio, cuales son las contenidas en la Disposición Adicional Segunda que también cita.

Por tanto, el control de legalidad de lo que el oficio contesta corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Siendo prematuro traer a colación, como hacen los autos de la Sala de instancia, la naturaleza jurídica de contrato privado, de compraventa, al que se encaminan aquellas actuaciones, pues el inciso final del art. 9.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, aplicable aquí por razones temporales, consideraba actos jurídicos separables, e impugnables por ello ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, los que se dicten en relación con la preparación y adjudicación del contrato privado”.

I.9 CRITERIOS PARA SU INTERPRETACION

I.10 DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

a) Potestades discrecionales (discrecionalidad técnica) vs. conceptos jurídicos indeterminados.

STS 6 marzo 2012 (RC 6180/2010), sobre la adjudicación directa de la concesión demanial sobre la cantera de Benzú (Ceuta).

“Este concepto de discrecionalidad técnica se acomoda además de a estos supuestos en los que intervienen esos órganos evaluadores especializados, a aquellos otros en los que la Administración actúa sobre determinadas actividades, como ocurre en relación con algunos de los denominados sectores regulados, como los financieros, energéticos, de telecomunicación, nuevas tecnologías, medios audiovisuales etc. En definitiva existe discrecionalidad técnica cuando se reconoce por el ordenamiento jurídico a la Administración un ámbito de decisión propio para decidir sobre cuestiones únicamente técnicas o que responden a determinados conocimientos o experiencias profesionales.

Mientras que por el contrario los conceptos jurídicos indeterminados responden a conceptos abstractos que recogen las normas y que permiten una decisión de la Administración y que no le permite optar por varias soluciones que pueden ser válidas sino por una sola que será la correcta. Y ello porque la aplicación de esos conceptos jurídicos indeterminados aún con el margen de apreciación que su halo de dificultad demanda se desenvuelve en el ámbito de una decisión reglada que no desnaturalice la recta interpretación de la norma”.

b) Discrecionalidad técnica

De tribunales calificadoros. STS 17 noviembre 2009 (RC 6336/2006):

“...Se reprocha a la sentencia la apreciación de una excesiva e indebida discrecionalidad técnica en el tribunal calificador. Se señala que éste no cumplió las

normas de la convocatoria ni en relación con la primera parte del examen teórico-práctico ni en relación con la segunda parte ni tampoco en relación con la valoración de los currícula de los aspirantes, donde los criterios recogidos en la resolución de 14 de mayo de 2001 hacían necesaria su concreción. Es el incumplimiento de sus funciones por parte del tribunal examinador lo que fuerza a la parte recurrente la elaboración de un baremo (se propone que se base en el fijado en la Ley 16/2001, de 21 de noviembre, por el que se establece un proceso extraordinario de consolidación y provisión de plazas de personal estatutario en las instituciones sanitarias de la Seguridad Social de los Servicios de Salud del Servicio Nacional de Salud) para poder evaluar de forma igualitaria los méritos curriculares de los aspirantes. De acuerdo con lo anterior el recurrente habría obtenido una calificación de apto al computar un total de 56,725 puntos.

Igualmente procede rechazar este motivo. En esencia se señala por el recurrente que a tenor de lo dispuesto en el Real Decreto 1497/1999 y en la Resolución de 14 de mayo de 2001 el tribunal calificador no disponía de margen de discrecionalidad o que ésta, al menos, era reducible al máximo, pues concurrían potestades regladas en lo referente a la valoración final en la puntuación que debía darse a cada una de las respuestas del test y a los problemas concretos de la especialidad, en la necesidad de que los enunciados de las preguntas fueran claros y explícitos, y en la existencia de elementos objetivadores en la valoración de los currícula. Estos aspectos han sido vulnerados, afirma el recurrente, por el tribunal calificador de las pruebas. Se insiste en la exposición de este motivo en reconfigurar el alcance de la discrecionalidad técnica que asiste al tribunal calificador. Es evidente, tal y como hemos señalado en nuestra Sentencia de 21 de enero de 2009 (recurso de casación nº 4023/2006), que la Resolución de 14 de mayo de 2001, por la que se establecen los criterios comunes sobre formato, contenido, garantías y calificación aplicables a los procedimientos de evaluación curricular y desarrollo de las pruebas a las que se refiere el artículo 3 del Real Decreto 1497/1999, de 24 de septiembre, establece un mecanismo excepcional para la obtención del título de Médico Especialista que atiende al citado Real Decreto, articulando las medidas que resulten procedentes para que el colectivo de médicos que inició una formación médica especializada no oficial en determinadas circunstancias pudiera obtener el correspondiente título. Resulta por tanto razonable la conclusión de la Sala de instancia acerca del margen de discrecionalidad atribuido al Tribunal de cada especialidad para fijar los baremos siempre y cuando se respeten los dos aspectos reflejados en el punto cuarto de la Resolución, es decir la equivalencia entre la formación recibida por el solicitante y la exigida por el programa formativo vigente durante su realización así como la actividad profesional desarrollada por cada solicitante. Para ello, el propio Anexo de la Resolución establece unos criterios orientativos para la valoración de la actividad profesional desarrollada por cada solicitante que no se acreditan quebrantados por el Tribunal.

Es claro que la Resolución determinó los criterios orientativos para la valoración y que no se ha acreditado que fueran quebrantados o ignorados por el tribunal calificador. Además cabía la posibilidad de aportar documentación complementaria de acuerdo con los criterios contenidos en el anexo, en previsión de que los examinandos pudieran ser citados a la entrevista a la que se refiere el párrafo final del apartado cuarto de la Resolución, es decir cuando el Tribunal no pudiera proceder a la correcta valoración del currículum formativo y profesional del solicitante.

Por otro lado, en la reciente sentencia de esta Sala y Sección de fecha 6 de marzo de 2007 (recurso de casación nº 2632/2002), recordábamos que el Tribunal Constitucional en el FJ 6 de su Sentencia 219/2004, de 29 de noviembre reproducía lo afirmado en su STC 39/1983, de 16 de mayo, FJ 4, en que sostuvo que la existencia de la discrecionalidad técnica "no supone naturalmente desconocer el derecho a la tutela judicial efectiva recogida en el art. 24.1 de la Constitución, ni el principio del sometimiento pleno de la Administración pública a la Ley y al Derecho (art. 103.2), ni la exigencia del control judicial sobre la legalidad de la actuación administrativa y su sumisión a los fines que la justifican (art. 106.1). Tampoco supone ignorar los esfuerzos que la jurisprudencia y la doctrina han realizado y realizan para que tal control judicial sea lo más amplio y efectivo posible. Pero no puede olvidarse tampoco que ese control puede encontrar en algunos casos límites determinados.

Así ocurre en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración y que en sí mismo escapa por su propia naturaleza al control jurídico, que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales, y que, naturalmente, deberán ejercerlo en la medida en que el juicio afecte al marco legal en que se encuadra, es decir, sobre las cuestiones de legalidad".

Con mención de la doctrina elaborada por el citado Tribunal (por todas STC 86/2004, de 10 de mayo, FJ 3) insiste en que "lo que no pueden hacer los Tribunales de Justicia es sustituir en las valoraciones técnicas a los órganos administrativos calificadores; está vedado, por tanto, la nueva valoración de un ejercicio de un proceso selectivo, salvo circunstancias excepcionales".

El recurrente pretende la revisión de las calificaciones otorgadas por el tribunal calificador. Pero ello es excepcional, tal cual afirma la Sala de instancia, al encuadrarse en la discrecionalidad técnica sin perjuicio de resaltar que determinados aspectos pueden escapar a tal concepto jurídico, algo que aquí no se ha producido. Ni se ha acreditado que el Tribunal notuviera respaldo bibliográfico a sus preguntas ni que los problemas médicos no estuvieran resueltos con carácter previo al día del examen. La ausencia de tal documentación en el expediente individual del recurrente no hace presumir su inexistencia como el mismo pretende. De hecho, lo que el recurrente afirma no es que la valoración de la prueba y de los curricula se hiciera con criterios equivocados, sino que no consta cuales sean estos criterios, sin que por otro lado se puedan sustituir tales criterios por los contenidos en otra norma, aunque la misma tenga rango de ley y que resulta ajena a la convocatoria que ahora nos ocupa. Por lo tanto debe rechazarse este motivo de casación".

La Sección se ha pronunciado especialmente sobre la discrecionalidad técnica en relación con los informes en los procedimientos de **homologación de títulos**. Vid. apartado "Educación: homologación de títulos". Y también en procedimientos de concurrencia competitiva (**subvenciones**): v. STS 6 mayo 2009 (RC 2677/2007)

I.11 EFICACIA

I.11.1 En general

I.11.2 Ejecutividad y suspensión

I.11.3 Retroactividad

I.12 VALIDEZ

I.12.1 En general

I.12.2 Presunción de legalidad

I.12.3 Principio de conservación

I.12.4 Convalidación

I.12.4.1 Por incompetencia jerárquica

I.12.4.2 Por omisión de informes

I.12.4.3 Actos erróneos

I.12.4.4 Otras cuestiones

I.12.5 Conversión

I.12.6 Errores materiales o aritméticos

I.13 INVALIDEZ

I.13.1 Nulidad y anulabilidad

I.13.1.1 Cuestiones generales

I.13.1.2 Actos nulos de pleno derecho

I.13.1.2.1 Dictados por órgano manifiestamente incompetente

I.13.1.2.2 De contenido imposible

I.13.1.2.3 Dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido

I.13.1.2.4 Otros supuestos

I.13.1.3 Actos anulables

a) Efectos de la anulabilidad.

STS 22 diciembre 2011 (RC 75/2009), con cita de la STS 24 marzo 2003 RC 6586/1998.

“Por tanto, el núcleo del debate se centra si la sentencia de instancia ha desconocido la eficacia de los actos administrativos cuando son anulados por sentencia firme, al entender la de instancia que es necesario para excluir del cómputo de nuevas oficinas, acudir a un momento posterior a su dictado y notificación, indeterminado como es el cierre efectivo de la oficina.

No se cuestiona que se ha cumplido la condición resolutoria de la autorización - artículo 1114 del Código Civil-, y la misma queda sin efecto para la farmacia del Sr. PUIG a partir del momento en el que la sentencia del Tribunal Supremo declara firme la de instancia. Por tanto, nos encontramos ante una oficina de farmacia sin autorización, ilegal, y contraria a la finalidad misma del servicio a la población. Ello mismo resulta más evidente a partir de la apertura de la nueva oficina de farmacia por la Sra. Esteve (8 de octubre de 2001). Efectivamente, ha de entenderse que la interpretación sostenida en la sentencia de instancia hoy recurrida, respecto de la eficacia del actos administrativos es contraria al artículo 57.1 de la Ley 30/1992. Si esa autorización condicionada no había sido atacada, vía jurisdiccional, cumplida la condición resolutoria , desplegaba sus efectos y determinaba que la farmacia del Sr. PUIG carecía de cobertura jurídica habilitante para su funcionamiento, sin que pueda entenderse que sirve tal oficina al interés público del servicio, puesto que el interés público de servicio a la población únicamente puede cumplirse con arreglo y sujetándose a la Ley -artículo 9.3 de la Constitución-. Si la prestación del servicio no se ajusta a la Ley únicamente puede servir a los intereses particulares del Sr. PUIG, en este caso.

El extender los efectos del funcionamiento ilegal de una farmacia a otras esferas conexas significa desconocer, también, la eficacia de los actos administrativos, sin que se justifique que la misma quede demorada. Se considera que una farmacia irregular e ilegal se compute como legal y existente, y, ello no es conforme a Derecho. Por tanto, es evidente que si la farmacia del Sr. PUIG carecía de autorización administrativa para funcionar y operar al público, no puede producir efectos para el cómputo de nuevas oficinas que pudieran operar y pretenden ajustarse a la legalidad vigente para obtener su autorización. Así, cumplida la condición, fuere cual fuere, la farmacia debía

reputarse irregular e ilegal por carecer de autorización y la Administración no podía computarla como si la misma fuera conforme a Derecho, por más que ofreciera aparentemente un objetivo de asistencia a la población de un servicio público.

Cierto es, por otra parte, que la condición resolutoria se refería a la desestimación previa de otros recursos sobre la misma oficina de farmacia y ello determina que el derecho preferente de la Sra. Esteve no podía ya ser desconocido, como así fue, con la rápida apertura de su oficina (8 de octubre de 2001) y no así con el cierre de la farmacia del Sr. PUIG a pesar de no tener suspendido la ejecución del mismo. Pero no lo es menos, que ello pudiera incluso ser irrelevante al hecho cierto que el Sr. PUIG carecía de autorización para la oficina que regentaba a partir del momento en cumplida la condición carece de cobertura jurídica la oficina. Entender lo contrario convertiría los actos administrativos no en eficaces desde que se dictan sino en meras declaraciones de intenciones, programática, al albur de nuevas circunstancias o elementos que pudieran depender de la voluntad de las partes o de terceros.

Asimismo, debemos tener en cuenta también que la interpretación sostenida en la instancia supone contradecir el criterio manifestado por la sentencia de esta Sala y Sección de veinticuatro de marzo de dos mil tres, recurso de casación 6586/1998, en el sentido apuntado por la recurrente Sra. SUREDA, y que resumidamente apela a la doctrina general de la eficacia de los actos administrativos cuando han resultado anulados:

Se ha dicho antes que la Sentencia recurrida añade un dato, respecto a la doctrina general sobre los efectos jurídicos que se producen al declararse anulables los actos administrativos. Este dato adicional consiste en que se entiende que los efectos de la anulabilidad no se producen hasta que se haya ejecutado una Sentencia denegatoria, criterio o doctrina ésta que no puede compartirse por la Sala, ya que a partir del momento en que deviene firme una Sentencia que declaró no conforme a Derecho la apertura de la farmacia, tal farmacia debe considerarse inexistente a los efectos de aplicación del ordenamiento jurídico cuando se dicten actos administrativos sobre la misma materia. La declaración de anulabilidad no produce efectos por tanto con carácter retroactivo desde el momento en que se dictó el acto, lo cual es una característica propia de la nulidad de pleno derecho, pero sí desde el momento en que por resolución firme los Tribunales de Justicia han acordado que la autorización se había otorgado contraviniendo el derecho vigente.

En consecuencia la Sentencia recurrida, al entender que los efectos de la denegación quedan demorados hasta la ejecución de Sentencias anteriores, incurre en error y contraviene la seguridad jurídica que consagra como principio inspirador de nuestro ordenamiento el artículo 9 de la Constitución. Desde luego tal afirmación debe entenderse referida a solo una de las dos farmacias respecto a cuya autorización de apertura se había dictado Sentencia que ya era firme. Procede, por tanto, acoger el primer motivo de casación invocado" (FD 3º).

Es más, y sin que sirva para vincular a este Tribunal por la labor hermética y de armonización de la interpretación de las normas jurídicas que realiza, debe mencionarse la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de treinta de junio de dos mil diez, dictada en recurso de casación para unificación de doctrina autonómico num 2/2010, que en su fundamento jurídico cuarto analiza el criterio sostenido en la sentencia hoy recurrida en casación y otras del mismo Tribunal Superior de Justicia, pero distintas Secciones, que mantienen el criterio que hoy se defiende, para acabar concluyendo, recordando sentencias de esta Sala que:

"Pues bien, este tribunal a los efectos del recurso de casación autonómico para la unificación de doctrina y como no puede ser de otra manera, tomando en la medida de lo procedente la doctrina del Tribunal Supremo en supuestos próximos como los decididos por la Sala 3ª Sección 4ª de 24 de marzo de 2003, de 8 de julio de 2008 y de 20 de mayo de 2009, se decanta por la tesis que procede estar a la situación jurídica determinada por la firmeza de la sentencia que acuerda la anulación de la apertura de una oficina de farmacia y cuando se trata de esas autorizaciones condicionadas a la definitiva desestimación de otras que, por ser anteriores, serían preferentes, hay que estar a la fecha en que la estimación de estas anteriores (y, por tanto, el cumplimiento de la condición resolutoria de la autorizada bajo condición) adquirió firmeza, por las siguientes razones." (FD 4º)

Por todo ello, HA LUGAR al recurso de casación al entender que la sentencia de instancia infringe el ordenamiento jurídico aplicable y la doctrina de esta Sala y Sección, y procede casar la misma".

Véase también STS 20 mayo 2009 (RC 5813/2005), que ordena computar las farmacias abiertas cuya licencia no haya sido anulada por sentencia firme (apartado "Sanidad; Farmacias; Circunstancias de hecho para la obtención de la autorización de apertura").

I.13.2 Principio de conservación

a) En caso de traspaso de competencias no es necesaria la repetición de trámites.

STS 23 marzo 2011, RC 3763/2009, sobre procedimiento de declaración de bien de interés cultural.

"Debe atenderse a que, producido el traspaso de competencias, fueron mantenidos determinados actos previos en virtud del principio de economía procesal, conforme al art. 66 LRJAPAC, lo que no resulta contrario a derecho, como tampoco hacía necesaria una nueva publicación en otro diario oficial.

La publicidad había sido satisfecha y su naturaleza de acto trámite lo permitía sin que el cambio de titularidad competencial hiciera incurrir en nulidad a lo anteriormente actuado al haberse desarrollado de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente en el momento de su adopción y haberse acordado la conservación de lo actuado.

Aquí el principio de economía aspira a que el procedimiento administrativo pueda rendir la máxima eficacia sin más actividad que la necesaria imponiendo, pues, la conservación de aquellas actuaciones cuya reproducción determinaría resultados idénticos".

I.13.3 Responsabilidad de la Administración

I.14 SUSPENSION DE EJECUCION

I.15 REVISION DE OFICIO

I.15.1 En general

a) La acción de nulidad solamente puede basarse en vicios de nulidad radical (art. 62 LRJPAC), y no permite reabrir artificiosamente trámites y plazos precluidos.

STS 20 septiembre 2011 (RC 1873/2010):

“Del juego de ambos preceptos cabe deducir que la acción de nulidad ejercitada tiene como objeto, precisamente, facilitar la depuración de los vicios de nulidad radical o absoluta de que adolecen los actos administrativos, con el inequívoco propósito de evitar que el transcurso de los breves plazos de impugnación de aquellos derive en su inatacabilidad definitiva. Se persigue, pues, mediante este cauce procedimental ampliar las posibilidades de evitar que una situación afectada por una causa de nulidad de pleno derecho quede perpetuada en el tiempo y produzca efectos jurídicos pese a adolecer de un vicio de tan relevante trascendencia, mas, como ha declarado este Tribunal en Sentencia de 18 de diciembre de 2007, recurso 9826/2003 , con cita de las de 19 de diciembre de 2001 y 27 de diciembre de 2006 , esta vía no permite confundir los contornos de la revisión de oficio con la impugnación ordinaria de los actos administrativos, lo que repugna a las mas elementales exigencias derivadas de la seguridad jurídica, aduciendo razones de anulación por más que los rubrique como motivos de nulidad de pleno derecho.

Todo esto viene al supuesto, pues la razón por la que la farmacéutica recurrente defiende que únicamente ella habría de participar el procedimiento de autorización de farmacia iniciado a su instancia, pese la dicción del artículo 4.2 del citado Real Decreto 909/1978 -"2 . Iniciado el procedimiento, se abrirá un plazo de quince días durante el cual se admitirán otras instancias o solicitudes de autorización que correspondan al mismo Municipio, acumulándose todas ellas en un único expediente."- podría ser el fundamento para la anulación del acto resolutorio del concurso que tuviera por perjudicial a sus intereses, lo que podría haber efectuado por medio de las vías procesales pertinentes, pero no constituye causa de nulidad de pleno derecho, ni, por ello, habilita reabrir artificiosamente los trámites y plazos precluidos.

Este es el orden de cosas que declara la sentencia de instancia, cuyo motivo de impugnación desestimamos”.

b) Es la vía procedente cuando un acto es desfavorable para unos pero favorable para otros:

STS 9 febrero 2010 (RC 1145/2008):

“En el caso que enjuiciamos, quienes solicitaron la revisión del acto fueron sus destinatarios que fueron excluidos del censo electoral, por su condición de trabajadores por cuenta ajena enrolados en embarcaciones dedicadas a la actividad pesquera o marisqueras que no tenían su base en un puerto del ámbito territorial de la Cofradía de Lourizán; de ahí, al entender aquellos que la resolución de la Consejería de Pesca y Asuntos Marítimos, de treinta de julio de dos mil tres, era nula de pleno derecho, ejercitaban una acción de nulidad, por lo que tuvo que seguirse por la Administración el procedimiento establecido en el artículo 102 de la mencionada Ley: "Revisión de oficio", "Revisión de actos nulos", pues, no podemos considerar que la resolución administrativa anulada en la instancia se encuadrara dentro de los actos desfavorables o de gravamen, que posibilitaría a la Administración revocar de oficio sus propios actos, pues el acto revocado como precisa la Sala de instancia era favorable a unas personas y desfavorable para otras”.

I.15.2 De actos nulos y anulables

I.15.3 Declaración de lesividad

I.15.4 Revocación

I.16 RECTIFICACIÓN DE ERRORES

I.17 PUBLICACION

I.18 NOTIFICACION

a) Necesidad de que conste la identidad del destinatario.

STS 23 junio 2006 (RC 6231/2007):

“A los efectos que aquí nos interesan, continúa precisando el apartado 2 del artículo 59 antes citado, que “Cuando la notificación se practique en el domicilio del interesado, de no hallarse presente éste en el momento de entregarse la notificación podrá hacerse cargo de la misma cualquier persona que se encuentre en el domicilio y haga constar su identidad (...)”.

En el artículo 41.3 del Real Decreto 1829/1999, de 3 diciembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula la prestación de los servicios postales, en desarrollo de lo establecido en la Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales, se señala que “Deberá constar la fecha, identidad, número del documento nacional de identidad o del documento que lo sustituya y firma del interesado o persona que pueda hacerse cargo de la notificación en los términos previstos en el párrafo anterior, en la documentación del empleado del operador postal y, en su caso, aviso de recibo que acompañe dicha notificación, aviso en el que el empleado del operador postal deberá hacer constar su firma y número de identificación”.

*Es cierto que esta norma, aplicable al caso *ratione temporis*, no exige, al menos expresamente, tal y como ocurría con el derogado Reglamento de los Servicios de Correos, aprobado por Decreto 1653/1964, de 14 de mayo, que “de no hacerse la entrega al propio destinatario se hará constar la condición del firmante en la libreta de entrega y, en su caso, en el aviso de recibo”, exigencia contenida en su artículo 271 y que analiza la Sentencia de esta Sala de 29 de enero de 2008 (recurso de casación nº 76/2005).*

Ahora bien, en la acreditación de la notificación que consta en el expediente administrativo (al folio nº 64) únicamente consta la fecha de recepción y una rúbrica sin otra identificación, que no permite conocer cuál sea la identidad de la persona receptora, ni ningún otro tipo de referencia a documento de identidad de clase alguna. Si a lo anterior unimos la circunstancia de que la propia recurrente ya señaló que a la fecha en que se practica tal notificación la misma se encontraría en España, resulta

desproporcionado reputar correctamente efectuada la notificación a que nos referimos; máxime si tenemos en cuenta que ha sido el hecho de dar por buena tal notificación la que ha dado lugar a la inadmisión del recurso de alzada interpuesto, así como la desestimación del recurso contencioso-administrativo.

Procede, pues, estimar el recurso de casación pues la notificación de la Resolución de 16 de diciembre de 2002 del Secretario General Técnico del Departamento, por la que se acordó que la homologación del título de Arquitecto, obtenido por la interesada en la Universidad de la República Oriental del Uruguay (Uruguay), al título español de Arquitecto, quedaba condicionada a la superación de una prueba de conjunto, está privada de eficacia y, en consecuencia no debió inadmitirse el recurso de alzada interpuesto por la interesada contra la misma. Al no haberlo apreciado así la sentencia de instancia se impone la estimación del recurso de casación”.

I.19 IMPUGNACION JURISDICCIONAL

II. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

II.1 OBJETO

II.2 NATURALEZA

II.3 FINES

II.4 NORMATIVA

II.4.1 En general

II.4.2 Naturaleza

II.4.3 Antiformalismo

II.4.4 Régimen jurídico aplicable

II.4.5 Derecho transitorio

II.4.6 LPA

II.4.7 Ley 30/92

II.4.8 Ley 4/99

II.5 DERECHO TRANSITORIO

II.6 LENGUAS OFICIALES

II.7 PRINCIPIOS RECTORES

II.7.1 Contradicción

II.7.2 Economía procesal

II.7.3 Eficacia

II.7.4 Oficialidad

II.7.5 Publicidad

II.7.6 Gratuidad

II.7.7 Anticonformismo

II.7.8 No arbitrariedad

II.7.9 Buena fe

II.7.10 Cooperación institucional

II.8 ÓRGANOS

II.8.1 En general

II.8.2 Abstención y recusación

II.8.3 Competencia

II.8.3.1 En general

II.8.3.2 Irrenunciable

II.8.3.3 Delegación

II.8.4 Comisiones delegadas del Gobierno

II.9 ADMINISTRADOS INTERESADOS

II.9.1 Clases

II.9.2 Posición

II.9.3 Capacidad

II.9.4 Representación

II.9.5 Legitimación

II.10 PLAZOS

II.10.1 En general

a) No son aplicables las normas de la LJCA, pues el procedimiento administrativo se rige por sus principios y reglas propias.

STS 14 junio 2011 (RC 4374/2009)

“Con carácter previo ha de ponerse de manifiesto que el artículo 128 de la Ley de la Jurisdicción no es de aplicación al procedimiento administrativo, por cuanto se trata de una norma procesal reguladora de los plazos no reconducible al ámbito del procedimiento administrativo, que responde a unos principios propios, así, legalidad, acierto, oportunidad, economía, celeridad, eficacia..., que está sometido a unas normas específicas que lo disciplinan y de las cuales, y de acuerdo con la previsión constitucional recogida en el artículo 149.1.18ª, resulta destacable la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, cuyo Capítulo II del Título IV se dedica a la regulación de los “términos y plazos”, y que presenta una naturaleza y finalidad que no encajan con las que nuestro ordenamiento jurídico atribuye al procedimiento Contencioso-administrativo”.

b) Es aplicable el art. 76.3 LRJPAC, de manera que es válido el trámite efectuado antes o en el día en que se notifique la preclusión

STS 14 junio 2011 (RC 4374/2009)

II.10.2 Cómputo

II.10.3 Prórroga

a) El acuerdo de ampliación de plazos debe ser expreso; no es aplicable la regla del silencio administrativo positivo.

STS 13 abril 2011 (RC 3519/2009):

“En el segundo motivo de casación, la parte recurrente denuncia que la Sala de instancia ha infringido el artículo 43 LPAC por cuanto, antes de que venciera el plazo establecido para acreditar el cumplimiento de las condiciones impuestas por la Orden CAM de concesión de la subvención, que era, como ya hemos dicho, el 7 de febrero de 2002, presentó un escrito solicitando ampliación de ese plazo, sin que la Administración contestara expresamente por lo que, en contra de lo sostenido por el Tribunal "a quo" aquella petición debió entenderse estimada por silencio administrativo. Tampoco este motivo puede prosperar; le petición de ampliación del referido plazo no es una solicitud que inicie un procedimiento administrativo sino una incidencia producida dentro de un procedimiento iniciado de oficio al que, en consecuencia, no le es aplicable lo previsto en el artículo 43 LPAC , tal como acertadamente concluye el Tribunal de instancia”.

II.10.4 Denuncia de mora

II.10.5 Actuaciones extemporáneas

a) Solamente implica la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo (art.63.3 LRJPAC).

STS 14 abril 2011 (RC 2972/2009):

“...En el tercero alega que la sentencia recurrida ha infringido los artículos 3, 47 y 63.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC) al haberse emitido por la Intervención General de la Seguridad Social su informe adicional transcurrido en mucho tiempo el plazo establecido para ello. Argumenta que la resolución de 21 de noviembre de 2002 de la Intervención General de la Administración del Estado por la que se aprueba la "Norma Técnica sobre los informes adicionales al de auditoría de cuentas emitidos por la Intervención General de la Administración del Estado, en su apartado 4, relativo a la "Tramitación del Informe Adicional", establece que "los informes definitivos se emitirán en un plazo no superior a tres meses desde la fecha de la emisión de la auditoría de cuentas y se remitirán a los destinatarios contemplados en la normativa vigente", no obstante lo cual en el presente caso el informe de Auditoría de Cuentas definitivo fue emitido el 8 de julio de 2004 y el Informe Adicional lo fue el 13 de noviembre de 2006.

En efecto, el informe definitivo de auditoría fue emitido en julio de 2004 y en él se establecía la compensación procedente a la Seguridad Social por la utilización para el Servicio de Prevención Ajeno de medios humanos y materiales de la Mutua dedicados a la gestión de contingencias de la Seguridad Social, como indicamos en el primer fundamento jurídico de esta resolución, pero en él se añadía: "Por otra parte, se participa que durante la realización del trabajo de control, se han puesto de manifiesto determinados hechos o actuaciones de la Entidad, que al no tener efecto directo o indirecto sobre la representatividad de las Cuentas Anuales rendidas, de acuerdo con las Norma de Auditoría del Sector Público, serán objeto de un informe adicional de control financiero a este informe de Cuentas Anuales, que será remitido oportunamente".

Ese informe adicional anunciado se llevó a cabo en dos momentos diferentes. El 29 de noviembre de 2005 se elaboró un denominado Informe Adicional Provisional de Auditoría de Cuentas en el que se consideraba no asumible con cargo a la gestión de la Seguridad Social una partida de 4.045,57# correspondiente a la adquisición de manuales de Ergonomía e Higiene, correspondientes al Servicio de Prevención Ajeno, y el 13 de noviembre de 2006 en el que se aprobó el Informe Adicional de Cuentas Definitivo en el que a la partida anterior se añadía otra de 1.341.703,59# y otra de 4.074.392,78# consideradas no asumibles por tratarse igualmente de gastos exclusivos del Servicio de Prevención Ajeno, lo que determinó una cifra total de 5.420.141.94#, cuyo reintegro se exigía a Mugenat.

La entidad recurrente no ha suscitado la cuestión de la demora en la emisión de esos informes desde el punto de vista de la caducidad del procedimiento sino exclusivamente desde el artículo 63.3 LPAC, en relación con el plazo de tres meses establecido por la antes citada resolución de la Intervención General de la Administración del Estado de 21 de noviembre de 2002. Sin embargo, tal como recuerda la sentencia recurrida, según el artículo 63.3 LPAC la realización de actuaciones administrativas fuera del plazo establecido para ellas solo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo y si la sentencia considera que en este caso la naturaleza del plazo establecido en aquella resolución no determinaba la anulabilidad de las actuaciones administrativas producidas transcurrido el mismo, no basta para combatir esa conclusión la simple cita del artículo 47 LPAC, de cuyo tenor literal no podría resultar que el 63.3 deviniera inaplicable, ni tampoco el 3 de la misma ley que enumera una serie de principios generales aplicables a la actuación de las Administraciones Públicas de los que la

parte recurrente parece referirse a los de buena fe y eficiencia y servicio a los ciudadanos, principios de cuya simple enunciación no se alcanza a comprender en qué medida determinan que la validez de los informes adicionales de auditoría antes aludidos esté condicionada a su emisión dentro del plazo de tres meses desde la del informe definitivo”.

Misma doctrina en STS 21 diciembre 2010 (RC 1639/2009) FJ 5.

II.11 EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO

II.11.1 Iniciación

II.11.1.1 A instancias del interesado

II.11.1.2 Denunciante

II.11.1.3 De oficio

II.11.2 Documentación

a) Subsanación de solicitudes

Deben diferenciarse los casos de méritos no alegados (no es posible la subsanación) de aquellos otros de méritos alegados pero no acreditados (debe otorgarse trámite de subsanación, aunque las bases no lo prevean). STS 30 mayo 2012 RC 2847/2011.

“Amén de ello, directamente referido a cuestiones no tratadas que sí debieron analizarse, es cierto también, volviendo otra vez al motivo séptimo, que el criterio de la sentencia de instancia, que entiende inviable la posibilidad de subsanar la falta de aportación de la documentación acreditativa de los méritos, pese a tratarse de méritos alegados en la solicitud, no silenciados, no se corresponde con el que debe deducirse de la jurisprudencia de este Tribunal Supremo.

A) En ella cabe ver el distinto trato que ha de dispensarse al supuesto de méritos no alegados, en el que la Administración no tiene por qué "imaginar" o tener en cuenta que tal vez el solicitante se olvidó de citar alguno o algunos, ni el deber por tanto de abrir trámite de subsanación; y al otro de méritos sí alegados, pero en el que, pese a ello, no se aportó con la solicitud la documentación acreditativa de los mismos. Así, como muestra de que esa distinción de supuestos sí está presente en aquella jurisprudencia, pueden verse, entre otras, las sentencias de este Tribunal de 21 de junio de 2007 y 25 de noviembre de 2011, dictadas, respectivamente, en los recursos de casación núms. 8863/2003 y 6455/2009. En la primera de ellas se dice, al final de su fundamento de derecho cuarto, que "Procedía, en consecuencia, la denegación del permiso de residencia temporal, y sin que exista infracción del artículo 71 de la Ley 30/92 (trámite de subsanación), habida cuenta que no se trata de que, alegando que

tenía oferta de trabajo, anterior residencia regular en España o vínculos con extranjeros residentes o españoles, hubiera sólo dejado de presentar el documento que la plasmaba, sino que en el impreso de la solicitud no alegó nada en ese sentido". Y en la segunda, referida a la acreditación de méritos, y sin desconocer que trató un supuesto no igual al que ahora enjuiciamos, en el que la documentación acompañada no era hábil, sin que las solicitantes fueran responsables de sus deficiencias, se afirmó en su fundamento de derecho sexto que "debe conferirse la posibilidad de subsanar las imperfecciones formales de los documentos presentados para acreditar los cursos seguidos"; también, invocando precisamente lo que señalan los artículos 71 y 76.2 de la Ley 30/1992, que "la Administración deberá requerir al interesado para que en el plazo de diez días, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos"; y por fin, evocando de modo más claro la distinción que ahora nos ocupa, que "no estamos ante la presentación extemporánea de un mérito, sino en la acreditación del mismo, acreditación por certificados que no fueron emitidos por el órgano competente".

B) Insistiendo en la distinción, y ahora ofreciendo la razón del distinto trato a dar a uno y otro supuesto, en las sentencias de 31 de enero y 24 de mayo de 2007, dictadas respectivamente en los recursos de casación núms. 3470/2003 y 248/2004, se reitera la afirmación de que "La Administración debió requerir al interesado para que presentara el documento que acreditara esos vínculos (en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 71.1 de la Ley 30/92), porque, hecha referencia al dato, su prueba documental es ya algo meramente instrumental, cuya subsanación debe procurar la Administración".

En la misma línea ha de situarse la sentencia de 9 de marzo de 2007, dictada en el recurso de casación núm. 6497/2003, pues el tenor de los párrafos antepenúltimo y penúltimo del fundamento de derecho quinto es el siguiente:

"Pues bien, como puede verse en la solicitud que obra en el expediente administrativo, el interesado dijo acompañar un certificado de empadronamiento, que en realidad no acompañó.

En consecuencia, la Administración debió requerir al interesado para que en plazo de 10 días presentara el documento oportuno, tal como exige el artículo 71 de la Ley 30/92".

C) Y ya por fin, como muestra de que aquella jurisprudencia -también en un procedimiento de concurrencia competitiva, y a diferencia del criterio de la sentencia aquí recurrida- no considera inviable, sino todo lo contrario, el trámite de subsanación para requerir la aportación de documentación que pueda ser acreditativa de méritos sí alegados, debemos citar y analizar la sentencia de 27 de mayo de 2010, dictada en el recurso de casación núm. 1719/2007.

En su fundamento de derecho tercero se lee lo siguiente:

"Los argumentos expresados por la Sala de instancia para estimar el recurso interpuesto pueden sintetizarse de la siguiente forma:

-El motivo por el cual la Administración actuante no requirió a la actora la documentación que no aportó con su solicitud inicial, ni admitió la que aportó posteriormente -de manera que, al no valorar la certificación académica que acreditaba la nota media de 7,02, no otorgó al merito de "expediente académico" el punto que le hubiera correspondido, y ello tuvo la consecuencia de acordar la exclusión de la recurrente del proceso selectivo convocado por la Resolución de 16 de marzo de 2002-, fue porque consideró que las bases de la convocatoria, en concreto la

Base 3.3.9, al disponer que junto con la instancia se debía remitir la documentación acreditativa de los requisitos y fotocopias compulsadas de los documentos que acrediten los meritos que se alegaran, impedía la concesión de plazo alguno para la subsanación de omisiones o errores en que se pudiera haber incurrido.

-Frente a dicho proceder de la Administración, ésta debería haber requerido a la actora para que, en un plazo de diez días, aportara la documentación que no aportó con su solicitud inicial o, al menos, admitir la aportada aunque fuese con posterioridad a la solicitud, esto es, tenía que haber valorado la certificación académica en la que se indica una nota media de 7,02 en el expediente de la recurrente.

-Dicho requerimiento, incluso, podía haber sido innecesario en el caso concreto si el Tribunal de Baremación actuante, como podía y debía haber hecho, hubiera aplicado al supuesto de autos las previsiones contenidas en el apartado f) del artículo 35 de la propia Ley 30/92, pues resulta que la certificación que se achacaba no aportó la hoy actora ciertamente estaba en poder de la propia Administración actuante ya que la hoy actora lo aportó en la anterior Convocatoria a la objeto de recurso.

-La sentencia recurrida recuerda que el artículo 35.f) de la Ley 30/92, al igual que el artículo 71 de la misma Ley, contiene una manifestación del principio "pro actione" en el sentido de flexibilizar los trámites de los procedimientos administrativos, de tal manera que los defectos formales que afecten a las actuaciones del interesado no supongan la pérdida irreversible de las posibilidades de hacer valer su derecho".

En el cuarto da cuenta de los dos motivos de casación, relatando que en ellos se imputaba, respectivamente, que "la Sala de instancia no ha tenido en cuenta que en la base de la convocatoria se señalaba que únicamente se tomarían en consideración aquellos méritos debidamente justificados a través de la documentación que se determina en la presente convocatoria durante el plazo de presentación de solicitudes"; y que el art. 71 de la Ley 30/1992 permite "subsanan defectos que afecten a documentos presentados con la solicitud de participación, pero no puede servir para amparar la presentación extemporánea de documentación que implique la acreditación fuera de plazo de méritos alegados y no justificados oportunamente", por lo que es "improcedente la aplicación al supuesto examinado del artículo 35.f) de la misma Ley 30/92".

Y en el quinto, sexto y séptimo los rechaza, expresando en este último que "Los razonamientos precedentes conducen a la conclusión que, en el caso aquí enjuiciado, la sentencia recurrida ha seguido la doctrina establecida por esta Sala, con expresa invocación de las Sentencias de 7 de julio de 1997 y 4 de febrero de 2003, lo que lleva a desestimar los motivos de casación aducidos por la Administración recurrente".

SEXTO.- Por tanto, en un supuesto como el enjuiciado, en el que el actor expresó en su solicitud, en el apartado de méritos por "experiencia profesional", que había ejercido como farmacéutico "en localidades de menos de 2.800 habitantes en los últimos 5 años", desde el 11/7/97 hasta el 9/1/02, y, también en ellas, "entre los 5 y los 15 años anteriores", desde el 11/7/87 hasta el 11/7/97, atribuyéndose 6,78 puntos por lo primero y 8,50 por lo segundo, expresando además que esa total puntuación debía multiplicarse por 0,2, por razón de tratarse de "Ejercicio en el Principado de Asturias", la Administración, aunque el tenor de la base cuarta de la convocatoria fuera que "Los documentos acreditativos de los méritos y requisitos deberán ser aportados dentro del plazo de admisión de solicitudes, pudiendo únicamente ser requeridos para su subsanación la omisión de defectos formales que tengan tal carácter", sí debió requerirle (sin perjuicio de lo que diremos en el fundamento de derecho octavo) para

que aportara la documentación acreditativa de tales méritos. Además, también debió hacerlo luego que el actor, después de conocer que en la puntuación provisional no le habían sido computados, presentara diversos escritos de alegaciones en los que, en unos u otros términos, no deja de verse la queja por su falta de valoración”.

En el mismo sentido, SSTS 12 diciembre 2011 (RC 967/2010) y 5 julio 2011 (RC 6478/2008). Esta última se refiere también a la jurisprudencia en materia de marcas, por su semejanza.

II.11.3 Acumulación

II.11.4 Instrucción

II.11.4.1 Alegaciones

II.11.4.2 Informes

a) La no emisión de informes no acarrea necesariamente la nulidad, si no supone que el acto se ha dictado “prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”.

STS 9 diciembre 2010 (RC 1251/2009), caso de “la Memoria Histórica (los papales de Salamanca)”

II.11.4.3 Medidas cautelares

II.11.4.4 Audiencia del interesado

II.11.4.4.1 En general

a) Es de la persona jurídica inspeccionada, no de la persona física concreta que pueda resultar afectada por la medida.

Caso de la STS 18 mayo 2012 (RC 4508/2010): centro médico vs. cirujano que no cuenta con título.

II.11.4.4.2 Improcedencia

No procede cuando no se toman en cuenta más documentos que los aportados por el recurrente, ni siquiera cuando la Administración haya recabado un informe preceptivo.

STS 21 abril 2009 (RC 6906/2005):

“Pasando al análisis de los motivos de casación vemos que en el motivo primero la parte recurrente al amparo del artículo 88 1.d) de la Ley de la Jurisdicción, denuncia la infracción del artículo 84.4 de la Ley 30/92.

Alegando, en síntesis: En el supuesto que nos ocupa entendemos que este precepto era de aplicación y por tanto no era necesario el trámite de audiencia, por una razón muy sencilla: a la solicitud de inscripción del preparado alimenticio debe acompañarse toda la documentación que el interesado estime necesaria para lograr su inscripción conforme a la normativa vigente. Es decir, a la propia solicitud (junto con la etiqueta del producto) el interesado en la comercialización debe acompañar todo lo que estime necesario para la obtención de la comercialización: alegaciones, documentos" No tendría sentido (...) haber concedido un trámite de audiencia al interesado, que ya alegó todo lo que tenía que alegar y aportó todos los documentos que tuvo por conveniente junto con la solicitud. Es decir, si se hubiera concedido un trámite de audiencia lo sería para que el interesado viera lo que ya había presentado. Por eso, y siendo el trámite innecesario, al poco tiempo de la solicitud y tras examinar que la misma no se adecuaba a la normativa vigente, se denegó su comercialización e inscripción.

Procede acoger tal motivo de casación.

Pues si el recurrente presentó su solicitud de inscripción de un determinado preparado, E'lifexir By Phergal, el 29 de junio de 1998 y la Administración por resolución de 29 de julio de 1998 rechazó la comercialización e inscripción del citado producto por estimar en síntesis que no sirve a un fin nutricional específico que justifique su inclusión en el ámbito legal de la definición de preparado alimenticio para régimen dietético (Real Decreto 1809/91 de 13 de diciembre), es claro, como refiere la parte recurrente que en ese trámite no era precisa la audiencia del interesado conforme a lo dispuesto en el artículo 84.4, de la Ley 30/92, en atención a que el citado precepto autoriza a la Administración a prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado, y ese es el supuesto de autos, pues el interesado presentó y además debía presentar toda la documentación exigida para obtener la inscripción del producto interesado y la Administración le denegó la inscripción en base a los propios documentos y datos aportados por el interesado y siendo ello así, es claro que en ese trámite no era exigida la audiencia conforme al artículo 84 más atrás citado y además no se le había ocasionado al interesado indefensión alguna, cuando la Administración a la petición y documentación aportada le aplica lo que a su juicio dispone la normativa aplicable y que era y debía ser conocida por el interesado.

CUARTO.- En el segundo motivo de casación la parte recurrente al amparo del artículo 88,1,d) de la Ley de la Jurisdicción denuncia la infracción del artículo 112.3 de la Ley 30/92.

Alegando lo siguiente: la Sala entiende que al haberse recabado este informe preceptivo y no vinculante, se debió oír a la parte para que lo pudiera rebatir. Pues bien, entendemos que este razonamiento es contrario a la interpretación del sentido literal de las palabras (art. 3.1.del CC) de ese precepto. Pura y simplemente los informes no son considerados como documentos nuevos a efectos del trámite de audiencia. Ese informe es preceptivo antes de la resolución del recurso administrativo interpuesto precisamente contra la resolución del Director General, pero tiene un carácter interno, de un órgano administrativo a otro, para proporcionarle elementos y criterios para decidir la resolución del recurso. Del mismo, no tiene que darse traslado a la parte, no solo porque no lo dice la ley sino porque expresamente el art. 112.3 de la Ley 30/92 señala que no es algo nuevo. Por tanto, el artículo relativo al trámite de audiencia en el seno de la resolución del recurso administrativo (art. 112.3 de la Ley

30/92) señala que los informes no tienen carácter de documentos nuevos, por lo que entendemos que el razonamiento de la Sala invocando expresamente el informe del Servicio de Higiene Alimentaria es contrario a dicho precepto.

Procede acoger tal motivo de casación.

Pues si en el recurso ordinario interpuesto por el interesado contra la resolución citada de 29 de julio de 1998 la Administración se limita a solicitar un informe interno y tras ello resuelve el recurso ordinario desestimándolo, no se puede aceptar que esa actuación haya causado indefensión y que justifique como declara la Sala de Instancia la vuelta atrás de las actuaciones para cumplimentar el trámite de audiencia en relación con ese informe, pues el artículo 112 de la Ley 30/92 tras referir la necesidad de la audiencia cuando se tenga en cuenta nuevos hechos o documentos no recogidos en el expediente, dispone en su apartado 3 que "el recurso, los informes y las propuestas no tienen carácter de documentos nuevos a los efectos de este artículo", y por tanto aplicando, como es exigido esa norma en relación con lo dispuesto en el artículo 84, la Administración no estaba obligada a dar audiencia al interesado ni siquiera en relación con el contenido del informe.

Y no obsta en nada a lo anterior el que la sentencia recurrida refiera que se le había ocasionado indefensión al interesado al introducir en la resolución que puso fin al expediente argumentos y razones del citado informe del que no tuvo conocimiento el interesado, pues de una parte ya se ha visto que el artículo 112 citado permite que no se oiga al interesado respecto al contenido de los informes y de otra que del contenido de la resolución final se advierte, que se ha denegado la inscripción del producto solicitada por el interesado en base a argumentos del informe, pero que también lo ha sido por las razones que figuran en la primitiva resolución de 29 de julio de 1998.

Por último se ha de significar que si la propia sentencia recurrida refiere que la propia Sala y la doctrina del Tribunal Supremo que la parte recurrente cita en su motivo de casación tercero, que se analiza aquí conjuntamente, ha restado eficacia invalidante a la falta de audiencia, mucho más se ha de apreciar esa doctrina en un caso como el de autos en que según lo más atrás expuesto no era exigido el trámite de audiencia, por las razones ya mencionadas”.

II.11.4.4.3 Omisión del trámite

II.11.4.4.3.1 En general

II.11.4.4.3.2 Indefensión

a) Solamente es vicio invalidante si restringe o limita de manera efectiva la defensa de los intereses del interesado.

STS 31 octubre 2011 (RC 6072/2009).

“Nuestra jurisprudencia ha señalado que el alcance y la trascendencia de la falta del trámite de audiencia debe valorarse en función de las circunstancias concurrentes en el caso examinado. Debemos tener en cuenta que ciertamente no nos encontramos ante un recurso de alzada, ya que no se configura así en la propia normativa que consideramos de aplicación sino como reclamación o remisión de la

discordancia a un órgano educativo encargado de velar por la objetividad y equidad en la evaluación. Así podemos citar la sentencia de esta Sala de 29 de septiembre de 2005, dictada en el recurso de casación 7668/1999, que afirma que la ausencia de determinados trámites esenciales puede equiparse al supuesto del artículo 62.1 e) de la Ley 30/92 pero siempre previa ponderación de las circunstancias concurrentes para observar si esa limitación en la posibilidad de formular alegaciones ha supuesto limitación o supresión de la posibilidad de defender legítimas expectativas o intereses. En el presente caso, la sentencia de instancia ha considerado que no se ha producido vicio o defecto radical procedimental causante de indefensión real y efectiva, limitadora del derecho de defensa de una concreta pretensión. Bien es cierto que constaba efectivamente el interés de la recurrente en el asunto determinado por la limitación a una de la posibilidad de otorgar una mención de Matrícula de Honor, pero por otra parte, teniendo en cuenta que lo que se produce es una remisión a la Dirección de Ordenación Académica de la discordancia o desacuerdo de los padres del alumno Ángel González Piquin con el otorgamiento de la mención así como también que el propio centro remite tanto las instrucciones relativas al otorgamiento de la mención y los antecedentes fácticos de la evaluación final, procede considerar que no ha existido en la sentencia infracción alguna de este derecho”.

II.11.4.4.3 Indefensión inexistente

II.11.4.4.3.1 Por haber tenido oportunidad de formular alegaciones

II.11.4.4.3.2 Al no ser tenidos en cuenta otros datos que los aportados

II.11.4.4.3.3 Por no considerarse imprescindible

II.11.4.4.3.4 Otras cuestiones

II.11.4.4.3.4 Efectos

II.11.4.5 Prueba

II.11.4.5.1 En general

II.11.4.5.2 Carácter potestativo

II.11.4.5.3 Carga de la prueba

II.11.4.6 Defectos de tramitación

II.11.4.6.1 Efectos

II.11.4.6.2 Indefensión

II.11.4.6.3 Indefensión inexistente

II.11.4.6.4 Convalidación

II.11.4.6.5 Otras cuestiones

II.11.4.7 Plazos

II.11.4.8 Paralización

a) Se ha admitido en procedimientos de concurrencia competitiva (farmacias) ante la declaración de nulidad de su normativa (autonómica) reguladora.

STS 15 marzo 2011 (RC 4456/2009), con cita de otras.

“...debemos resaltar a continuación dos circunstancias que en sí mismas determinan la suerte del que a su vez preparó e interpuso la Administración autonómica hoy recurrente: Una, consistente en que la sentencia de instancia se limita a reproducir otra de la misma Sala dictada en un asunto que dice “idéntico”, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de fecha 16 de Octubre de 2.006, recaída en el recurso nº 127/2006. Y otra, referida a que esa sentencia anterior, de fecha 16 de octubre de 2006, dictada en el recurso registrado en aquella Sala con el número 127/2006, fue también objeto de un recurso de casación, el número 6203/2006, en el que dicha Administración autonómica formuló un motivo similar al de ahora, que resulto finalmente acogido en nuestra Sentencia de 9 de febrero de 2009 y que ha sido reiterado en la también Sentencia de esta Sala de fecha 30 de septiembre de 2009, recurso de casación nº 5366/2007; sentencia, aquella, en la que apreciamos la conformidad a Derecho de una resolución administrativa, también de fecha 13 de diciembre de 2005 que había acordado, como la aquí impugnada, la suspensión del procedimiento de autorización de una oficina de farmacia por estar pendiente de sentencia firme el proceso en el que, enjuiciándose el Decreto autonómico 353/2003, se había adoptado la medida cautelar de suspensión de la ejecutividad de éste.

Dada la identidad de fundamentos de las sentencias de instancia y contenido de los recursos de casación, y en base a los principios de unidad de doctrina e igualdad en la aplicación de la ley, debe resolverse el presente recurso de casación 4456/2009 en los mismos términos en que lo hemos efectuado en la citada sentencia de 9 de febrero de 2009, recurso de casación nº 6203/2006, criterio, por otra parte, seguido en la también sentencia de esta Sala de fecha 30 de septiembre de 2009, -recurso de casación

número 5366/2007- íntimamente relacionados con aquél. Procede, pues, limitarnos a reproducir lo expuesto en la citada sentencia de 9 de febrero de 2009 para estimar el único motivo de casación aducido por la Administración recurrente:

"SEXTO.- La administración autonómica funda su recurso de casación al amparo del art. 88.1.d) LJCA por infracción del artículo 72 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y por infracción de lo establecido en el artículo 132 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, así como por infracción de la jurisprudencia constituida por las Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2003 y 7 de marzo de 2005 dictada esta última en el recurso de casación núm. 8886/1999.

Manifiesta que ningún reproche formula respecto a la desestimación de la pretensión por silencio positivo aunque si respecto al alzamiento de la suspensión.

Aduce que, al amparo de la normativa básica estatal, fue aprobado el Decreto Andaluz 353/2003, de 16 de diciembre, por el que se establecen la planificación farmacéutica y los procedimientos de autorización referidos a las oficinas de farmacia. La vigencia de dicho Decreto fue suspendida mediante Auto de la Sala de lo Contencioso Administrativo de Granada de fecha 24 de octubre de 2004. Posteriormente, mediante Sentencia de fecha 17 de octubre de 2005, dicho Decreto ha sido declarado nulo. Con independencia del recurso de casación interpuesto contra la citada sentencia, defiende que la ausencia coyuntural de normativa autonómica, no ha supuesto que cobre vigencia la normativa derogada. Sostiene que se ha impuesto como medida razonable, la suspensión de la tramitación de los procedimientos de autorización en materia de oficinas de farmacia, hasta tanto no exista un ordenamiento autonómico de desarrollo de la legislación básica vigente.

En su apoyo menciona la STS de 7 de marzo de 2005, de la que reproduce un párrafo así como otra del TSJ de Madrid de 30 de enero de 2003.

Concluye argumentado que de ejecutarse el fallo de la sentencia la administración debería resolver conforme a un régimen derogado.

Con prolijos argumentos acerca del principio de jerarquía normativa, el abuso de derecho y la teoría de los actos propios manifiesta su rechazo al motivo la defensa de doña C.

SEPTIMO.- Antes de examinar el motivo hemos de dejar constancia de que la sentencia del TSJ de Granada de 17 de octubre de 2005, recurso contencioso 553/2005 que declaró nulo de pleno derecho el Decreto 353/2003, sobre Planificación Farmacéutica de la Conserjería de Salud de la Junta de Andalucía fue objeto de recurso de casación 7600/2005 interpuesto por la Junta de Andalucía la cual, con anterioridad a su señalamiento para votación y fallo, desistió del recurso lo que dio lugar al auto de 28 de abril de 2008 declarando terminado el recurso.

Con anterioridad este Tribunal mediante auto de 13 de febrero de 2006 también había tenido por desistida a la Junta de Andalucía del recurso de casación 10554/2004 formulado contra el auto del TSJ Andalucía, con sede en Granada, de 29 de julio de 2004 que había acordado la suspensión cautelar del Decreto 353/2003.

Asimismo este Tribunal en su sentencia de 2 de octubre de 2007, recurso de casación 3769/2005 había desestimado el recurso presentado por la Junta de Andalucía contra el auto de 20 de enero de 2005 que había acordado la suspensión de

la Orden de 3 de marzo de 2004 de la Consejería de Salud de la Junta en cuanto desarrollaba el Decreto.

OCTAVO.- Y, sin perjuicio de declarar prudente el acuerdo de suspender la tramitación de las solicitudes hasta que la Comunidad Autónoma estableciera el régimen pertinente, tal como dijimos en el FJ Quinto de la STS de 7 de marzo de 2005, recurso de casación 8886/1999, respecto a un problemática similar en el ámbito de la ordenación farmacéutica en otra Comunidad Autónoma, lo cierto es que el marco concreto más arriba reflejado conduce a que prospere el motivo de casación.

De lo anteriormente expuesto no ofrece duda alguna que el Decreto aplicable a la pretensión administrativa paralizada se encontraba suspendido jurisdiccionalmente por lo que era ineficaz sin que al dictarse sentencia recobrará eficacia alguna. Antes al contrario fue expulsado del ordenamiento jurídico al declararse su nulidad por lo que la ausencia de norma reguladora vedaba a la administración la resolución de la pretensión.

NOVENO.- Estimado el recurso de casación de la administración autonómica debe resolverse, conforme, al art. 95 1.b) LJCA.

Y, ello conduce, a la desestimación del recurso contencioso administrativo en razón a los razonamientos más arriba consignados.

II.11.4.9 Suspensión por prejudicialidad penal

II.11.5 Terminación

II.11.5.1 Desestimación

II.11.5.2 Renuncia

II.11.5.3 Caducidad

*Sobre los efectos de la caducidad en el procedimiento sancionador y la posible incoación de un nuevo procedimiento, véase la STS **** (RCUD 3558/2011, que cita la STS 24 de febrero de 2004 (RC3754/2001), transcrita más adelante en “Potestad sancionadora; caducidad del expediente”*

II.11.5.4 Prescripción

II.11.5.5 Imposibilidad

II.11.5.6 Resolución

II.11.5.6.1 Congruencia

II.11.5.6.2 Expresa

II.11.5.6.3 Presunta

II.11.5.6.4 Extemporánea

II.11.6 Reclamación en el proceso

II.11.7 Otras cuestiones

II.12 NOTIFICACIONES

II.12.1 Naturaleza (acto de comunicación y finalidad)

II.12.2 Requisitos

II.12.3 Falta de notificación; efectos

II.12.4 Notificación realizada; efectos

II.12.5 Notificación defectuosa

II.12.5.1 Defecto inexistente

a) Notificación por vía no prevista (correo electrónico) pero que cumple todos los requisitos y es aceptada por el destinatario.

STS 21 junio 2010 (RC 4848/2009)

“A la vista de lo expuesto el recurso debe rechazarse. Y ello por las siguientes razones. En 7 de marzo el recurrente fue notificado de esa decisión, y así lo admite en su recurso de reposición al afirmar que "el director competente para la seguridad en la Comisión Europea, Sr. Stephen Hutchins, me comunicó su decisión por nota fechada el 7 de marzo, y que me fue enviada por correo interno de la Comisión". Por tanto es evidente que a partir de ese momento el recurrente tuvo conocimiento de que se había dejado sin efecto la habilitación que le permitía el acceso a informaciones clasificadas UE hasta el nivel incluido de: European Union Secret.

(...) Pues bien la notificación en cuanto contenía el texto íntegro del acto que consistía en dejar sin efecto o privarle de la habilitación que le permitía el acceso a informaciones clasificadas UE hasta el nivel incluido de: European Union Secret, permitía al recurrente tener perfecto conocimiento de la decisión que le afectaba, y que era eficaz, en cuanto producía el efecto de privarle de la autorización que hasta entonces poseía, de modo que en ese momento el recurrente se dio por notificado una vez que inquirió de la Autoridad que le notificaba que solicitase de la Autoridad española las razones de aquella privación. Ello sin olvidar que la comunicación recibida le advertía que podía interponer recurso frente a la decisión adoptada, recursos que serían los establecidos por el derecho interno español y así consta en el expediente administrativo.

De ese modo esa notificación que contenía el contenido íntegro del acto, es decir, la decisión que trasladaba a su destinatario, aún a falta de su motivación, era plenamente eficaz cuando el recurrente inquirió acerca de sus razones o motivación y a partir de ese momento pudo interponer el recurso procedente. Siendo igualmente válida la notificación habida cuenta del modo en que se hizo utilizando el correo electrónico interno puesto que el recurrente así la aceptó.

De ahí que ese día, 7 de marzo, comenzó a correr el plazo de interposición del recurso que pudo ser el potestativo de reposición que utilizó el recurrente o, directamente, el contencioso administrativo. Elegida la vía administrativa previa, el plazo de un mes previsto en el Art. 117 de la Ley 30/1.992 concluía el día 7 de abril, de modo que al interponerse el siguiente día 11, el recurso estaba fuera de plazo y la Administración así lo entendió y declaró”.

II.12.5.2 Falta de expresión o indicación

II.12.5.2.1 Del texto íntegro del acto

II.12.5.2.2 De los recursos procedentes, órgano y plazo

II.12.5.3 Efectos

II.12.5.4 Indefensión

II.12.5.5 Subsanación

II.12.5.5.1 En general

II.12.5.5.2 Por interposición del recurso

II.12.5.5.3 Por manifestación expresa

II.12.6 Otras cuestiones

a) Debe aplicarse el régimen general de la LRJPAC frente a regulaciones anteriores previas (régimen especial de la LRDA que no exige la notificación individual a los propietarios en los expedientes de concentración parcelaria)

STS 3 junio 2009 (RC 5551/2007):

“Vamos a empezar por el examen del segundo motivo que gira sobre la exigencia del sistema de notificaciones con carácter general contenido en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas (LRJAPPAC) y jurisprudencia que la desarrolla, frente al régimen de notificaciones aceptado por la sentencia, es decir el previsto en los artículos 210 y 211 de la Ley de Desarrollo y Reforma Agraria (LRDA) de 13 de enero de 1973, por tratarse de un procedimiento especial conforme a reiterada jurisprudencia de esta Sala.

Es cierto que existe una constante jurisprudencia de esta Sala sobre la cuestión. Así:

I) La sentencia de esta Sección y Sala de fecha 18 de septiembre de 2000, recurso de casación 6035/1994 se pronuncia acerca de que no ha lugar al recurso de casación contra sentencia declarando la inadmisibilidad de un recurso contencioso-administrativo interpuesto contra resoluciones de una administración autonómica referidas a la firmeza de las Bases definitivas de la concentración parcelaria de una determinada localidad. Sienta la citada sentencia que:

a) El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, art. 24.1. CE es de conformación legal y ha de ejercitarse cumpliendo los requisitos procesales y los presupuestos o diligencias preliminares que las leyes establecen. De manera que no infringe tal derecho cuando el Tribunal de instancia hace una adecuada aplicación de la causa de inadmisión del proceso que excluye un pronunciamiento sobre el fondo.

b) La jurisprudencia de esta Sala ha tenido ocasión de señalar que de la LRDA no deriva la imposición de la pretendida notificación personal, ya que existe, como peculiaridad del procedimiento especial y complejo de que se trata, distinto del establecido en la LPA, un sistema de comunicación, para resoluciones como la aprobación de las Bases Definitivas, que erige en principal y suficiente la publicación oficial y que, en tales casos, no tiene, por tanto, carácter meramente subsidiario a falta de notificación personal (SSTS 20 de octubre de 1992 y 14 de noviembre de 1996).

II) La sentencia de 2 de febrero de 1996, recurso casación 1288/93, específicamente invocada por la parte recurrida, afirma que:

1º No puede decirse que no existan normas específicas en el procedimiento de concentración parcelaria en relación con las notificaciones, pues la Sección Cuarta del Capítulo II de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 1973 regula lo que denomina publicaciones y comunicaciones, y expresamente el apartado 2º del artículo 211 de la expresada Ley concreta los supuestos en los que las notificaciones deben hacerse personalmente a los interesados;

2º) Que asimismo el referido artículo 211, en su párrafo 1º, determina que todas las comunicaciones que hayan de dirigirse a los propietarios, titulares de derechos reales y situaciones jurídicas y, en general, a las personas afectadas por los trabajos de

concentración parcelaria, se podrán realizar por medio de edictos, o inserción en los tablones de anuncio del Ayuntamiento y Entidad Local correspondiente y en el Boletín Oficial de la Provincia, y surtirán los mismos efectos que las leyes atribuyen a las notificaciones y citaciones. Dados los términos del precepto acabado de indicar no puede afirmarse que en razón de la propia finalidad específica del régimen de elaboración de las Bases tengan que llevarse a cabo la notificación personal y directa a los interesados.

III) La sentencia de 16 de febrero de 2005, recurso de casación 2706/2002 continua con la aplicación de la doctrina precedente.

CUARTO.- En paralelo existe otra línea jurisprudencial acerca del sistema de notificaciones en el ámbito de la concentración parcelaria y de la posibilidad o no de impugnar las Bases Definitivas de una Concentración Parcelaria con ocasión de la impugnación del Acuerdo de Concentración Parcelaria.

I) Tal doctrina, esgrimida por la parte recurrente, ha sido recientemente aplicada por este Tribunal en su sentencia de 26 de mayo de 2009, recurso de casación 3935/2007. Afirma el FJ Tercero “que el recurrente cita entre otras sentencias de 11 de abril de 1987, 6 de mayo de 1988, 22 de noviembre de 1988, 23 de septiembre de 1992, 30 de marzo de 2001 y 12 de mayo de 2004, ha declarado reiteradamente que, no es suficiente el anuncio publicado de la concentración en los diarios oficiales sino que es necesaria la notificación a los interesados, y de otra como de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 22 y 32 de la Ley 10/85 de Concentración Parcelaria de Galicia antes de la elaboración de las bases definitivas, se ha de realizar la notificación personal a los titulares de fincas afectados por la concentración, es claro, que en el caso de autos al no haber existido la notificación oportuna y exigida en el trámite de elaboración de las bases provisionales es obligado reponer las actuaciones a tal trámite a fin de que los hoy recurrentes puedan solicitar en tiempo y forma su petición de exclusión de la citada concentración, y que la Administración se pronuncie sobre tal petición, y las demás que en su caso puedan interesar.

Pues con esa falta de notificación exigida se le ha ocasionado indefensión a los recurrentes, ya que cuando tuvieron conocimiento de la concentración, se habían aprobado las bases definitivas y por esa razón de estar aprobadas las bases definitivas, la Administración estimó que no se podía entrar en el análisis de la petición relativa a la exclusión de la finca de la Concentración”.

II) Así ya la sentencia de 17 de marzo de 1986 en un Proyecto de calificación de Tierras de Zonas Regables afirma en su FJ 3º “cualquier duda que, al respecto, pueda surgir, ha de resolverse en función de un principio proclamado, sin excepción alguna y sin posible interpretación restrictiva, por los artículos 24,1 y 105 c) de la Constitución, en aplicación de los cuales es doctrina constante del Tribunal Constitucional -por lo demás, ya consagrada por otra muy reiterada de este Tribunal Supremo- la de que, siempre que existan interesados directos en un expediente administrativo, cuyo domicilio conste y su personación en éste se haya producido, hay que citarlos personalmente y notificarles del mismo modo la resolución final que recaiga, no pudiendo, en consecuencia, suplirse por otros medios de comunicación excepcionalmente concebidos para el supuesto contrario”.

III) La sentencia de 11 de abril de 1987 también en un recurso sobre de zonas regables (materia en que se aplica la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 12 de enero de 1973 asimismo aquí concernida). Expresa que la publicación y la notificación de los actos administrativos, no son caminos indistintos, sino diferenciados de

comunicación externa del acto administrativo que se da a conocer, según su índole, la singular constancia de la persona o personas que han de ser notificadas, la pluralidad indeterminada de destinatarios y el conocimiento o ignorancia de su domicilio; al tratarse de decisiones administrativas con finalidad concreta, que afectan directa y específicamente a interesados cuya individualización y domicilio constan inequívocamente en el expediente no puede suplirse la exigencia contenida en el art. 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo de notificar a los interesados las resoluciones que afecten a sus derechos e intereses, por la publicación de éstas. Afirma que no puede suplirse la exigencia de la notificación contenida en el art. 79 de la LPA de notificar a los interesados las resoluciones que afecten a sus derechos e intereses por la publicación de estas.

QUINTO.- Es cierto como afirma el recurrente que el art. 211.1. de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario estatuye la notificación individual a quién promueve reclamación individualizada. También lo es que acompaña la copia de una reclamación pero la misma carece de estampillado alguno que dé fé de su fecha de registro en oficina pública alguna.

No obstante, la reciente sentencia de este Tribunal de 26 de mayo de 2009 implica un sustancial cambio en la línea mantenida hasta la fecha respecto a la notificación en el ámbito aquí concernido.

Así pese a la existencia de un procedimiento especial en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, que sólo contempla la publicación de las Bases de Concentración y no su notificación individual, debe atenderse a las exigencias establecidas en la LRJAPAC. Máxime si tenemos en cuenta el carácter preconstitucional de la Ley de 1973, Decreto 118/1973, de 12 de enero, lo que requiere una exégesis conforme al art. 24 CE.

Ello conduce por tanto a la estimación del segundo motivo por aplicación de la doctrina jurisprudencial expuesta en el fundamento cuarto de esta sentencia lo que obvia el examen de los restantes.

Y, conforme, al art. 95.1 d) LJCA, este Tribunal debe resolver conforme a lo pretendido en instancia lo que conduce a que proceda una estimación del recurso contencioso-administrativo que pretende, en primer lugar, la nulidad del acto impugnado, pues el resto de pretensiones son subsidiarias de aquella primera.

Por ello debe atenderse a la petición de nulidad del Acuerdo de Concentración Parcelaria de la zona de Agüero-Orejón-Setién del Ayuntamiento de Marina de Cudeyo, reponiendo las actuaciones a fin de que la Administración notifique al recurrente el acuerdo de aprobación de las bases provisionales de la Concentración Parcelaria, de la zona de Agüero-Orejón-Setién, a fin de que pueda impugnarlas y formular las peticiones que estime pertinentes”.

II.13 EJECUCION

II.13.1 Forzosa

II.13.1.1 Vía de apremio

II.13.1.2 Ejecución subsidiaria

II.13.1.3 Multa

II.13.1.4 Otras cuestiones

II.13.2 Interdictos

II.14 RECLAMACION PREVIA AL EJERCICIO DE ACCIONES

II.14.1 Reclamación previa a la vía civil

II.14.2 Reclamación previa a la vía laboral

II.15 OTRAS CUESTIONES

III. PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS ESPECIALES

III.1 ELABORACION DE DISPOSICIONES DE CARÁCTER GENERAL

III.1.1 En general

a) El artículo 24 de la Ley del Gobierno sólo es aplicable a la Administración del Estado; no es aplicable a las CC.AA. ni a las Ordenanzas locales

STS 29 mayo 2012 (RC 24570/2010):

“Disconforme con este razonamiento la Comunidad Autónoma recurrente invoca que la Ley 5/1983, del Gobierno Valenciano, no contempla el informe de impacto de género como trámite imperativo en el procedimiento de elaboración de las disposiciones normativas, que es la norma que ha de aplicarse por haber renunciado la Ley del Procedimiento Administrativo Común a establecer un procedimiento común aplicable a todas las Administraciones para poder ejercer la actividad reglamentaria, sin que por sea procedente aplicar la cláusula de supletoriedad prevista en el artículo 149.3 de la Constitución

Pues bien, el recurso de casación debe ser estimado por las razones que se expusieron en la Sentencia de esta Sala de siete de febrero de dos mil doce, dictada en

el recurso casación 611/2010 , dictada precisamente en relación la sentencia de la misma Sala de instancia a cuya motivación se remite la aquí impugnada.

Razones que reproducimos a continuación en aras de los principios de seguridad jurídica y de unidad de doctrina por ser plenamente aplicables en este proceso:

"El motivo y el recurso deben estimarse. El Estatuto de la Comunidad Autónoma Valenciana, Ley Orgánica 5/1.982, de 1 de julio , afirma en su artículo 29 que el Consejo de Gobierno ostenta la potestad reglamentaria, y la Ley 5/1.983, de 30 de diciembre, del Consejo regula en su artículo 18 las funciones del mismo en materia normativa que se concretan en las siguientes competencias : f) Ejercer la potestad reglamentaria, y reitera ese mandato en el artículo 31 al disponer que la ejerce de acuerdo con la Constitución , el Estatuto de Autonomía y las Leyes. Y es en el artículo 43 de esta misma norma legal en el que se regula el procedimiento de elaboración de los reglamentos que emanan del Consejo. En ese artículo se contiene una completa regulación del procedimiento de elaboración de las disposiciones generales que proceden del Consejo de la Generalidad Valenciana y que no necesita ser completado por ninguna norma del Estado en virtud del principio de supletoriedad a que se refiere el artículo 149.3 de la Constitución Española .

Es bien cierto que la Ley 50/1.997, del Gobierno, de 27 de noviembre, que en su artículo 24 regula el procedimiento de elaboración de los reglamentos, en su número 1 . b) in fine dispone que "en todo caso, los reglamentos deberán ir acompañados de un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establecen en el mismo" y el desarrollo reglamentario de la Ley por el Real Decreto 1.083 de 2.009 que regula la denominada memoria del análisis de impacto normativo insiste en esa línea, como no podía ser de otro modo, y, además, expresa cuál debe ser el contenido de ese informe y cuáles los objetivos del mismo.

Pues bien dicho lo anterior es igualmente cierto que el artículo 24 de la Ley del Gobierno constriñe su ámbito de aplicación a la potestad reglamentaria del Gobierno de la Nación, de modo que el mismo no puede reputarse como procedimiento administrativo común a efectos del artículo 149.1.18 de la CE que respeta las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas, y precisamente por ello, tampoco, y como erróneamente entendió la sentencia de instancia, puede constituir derecho supletorio de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 149.3 de la Constitución , porque como ya expusimos la Ley 5/1983, del Consejo de la Comunidad Autónoma Valenciana en el artículo 43 contiene una regulación completa del procedimiento de elaboración de las disposiciones reglamentarias que hace innecesaria por superflua esa supletoriedad del derecho estatal, sin que contradiga esta afirmación la invocación de la disposición final segunda de la Ley 5/1.983 que se refiere precisamente al supuesto de la existencia de una laguna en la regulación autonómica, único supuesto en que sería posible de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional sentencias 118/1.996 , y 61/1.997 , la aplicación supletoria del derecho del Estado.

En consecuencia se estima el recurso y se casa la sentencia que se declara nula y sin ningún valor ni efecto en cuanto anuló el Decreto 56/2.006 del Consejo de Gobierno de la Generalidad Valenciana al estimar que el mismo era nulo de pleno derecho al omitir en su elaboración un informe sobre el impacto de género de las medidas que en el mismo se establecían."

STS 31 enero 2012 (RC 7009/2009).

“Tampoco en esta ocasión podemos compartir la opinión de la sociedad recurrente. Cuando se refiere a esa Jurisprudencia de esta Sala está claramente haciéndolo a la que mantenemos en relación con la elaboración de las disposiciones generales dictadas por la Administración del Estado y relativa a los artículos 129 y siguientes de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1.958 y artículo 24 de la Ley 50/1.997, del Gobierno.

Sin embargo esa Jurisprudencia no es de aplicación al supuesto que nos ocupa que se rige por sus propias como son los artículos 49 y siguientes de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, que dispone que "la aprobación de las Ordenanzas locales se ajustará al siguiente procedimiento: a) aprobación inicial por el Pleno, b) información pública y audiencia a los interesados por el plazo mínimo de treinta días para la presentación de reclamaciones y sugerencias c) Resolución de todas las reclamaciones y sugerencias presentadas dentro de plazo y aprobación definitiva por el Pleno".

Por su parte la sentencia citaba también el Reglamento de Obras, Actividades y Servicios de las Corporaciones Locales, Decreto 179/1995 y concluía que "consta el cumplimiento de las fases esencial del procedimiento de elaboración de la norma - aprobación inicial, información pública y aprobación definitiva-, en el que intervino la demandante con la finalidad de aportación de mejoras técnicas, que fueron parcialmente acogidas en el texto definitivo resultante".

Por tanto ninguna jurisprudencia de esta Sala fue incumplida”.

III.1.2 Lenguas oficiales

III.1.3 Informe de la Secretaria General Técnica

III.1.4 Dictamen del Consejo de Estado

a) Solo para reglamentos ejecutivos: concepto.

STS 31 mayo 2011 (RC 5345/2009), con cita de la STS 25 junio 2009 (RC 992/2007):

“Para determinar si es o no exigible el informe del Consejo de Estado o, en su caso, del correspondiente Consejo Consultivo de la Comunidad Autónoma, existe una copiosa jurisprudencia de esta Sala en la que se trazan las características definitorias de los llamados "reglamentos ejecutivos" frente a los "reglamentos organizativos", cuestión que afecta a los elementos ordenadores de la institución reglamentaria en el Derecho administrativo y se erige en el núcleo esencial del debate que aquí se plantea.

Así, en lo que se refiere a la categoría de los denominados reglamentos ejecutivos, extraemos de la sentencia de la Sección 4ª de esta Sala de 13 de octubre de 2005 (recurso 68/2003) -y en el mismo sentido pueden verse, entre otras, las sentencias de la Sección 4ª de 11 de octubre de 2005 (recurso 63/2003) y 9 de noviembre de 2003 (recurso 61/2003)- las siguientes consideraciones: "En cuanto a los supuestos en que dicho dictamen resulta preceptivo, conviene precisar, como señala la sentencia de 15 de julio de 1996, que a tales efectos, "son reglamentos ejecutivos los que la doctrina tradicional denominaba "Reglamentos de ley". Se caracterizan, en primer lugar, por

dictarse como ejecución o consecuencia de una norma de rango legal que, sin abandonar el terreno a una norma inferior, mediante la técnica deslegalizadora, lo acota al sentar los criterios, principios o elementos esenciales de la regulación pormenorizada que posteriormente ha de establecer el Reglamento en colaboración con la Ley. Es también necesario, en segundo lugar, que el Reglamento que se expida en ejecución de una norma legal innove, en su desarrollo, el ordenamiento jurídico sin que, en consecuencia, deban ser considerados ejecutivos, a efectos del referido artículo 22.3 LOCE, los Reglamentos "secundum legem" o meramente interpretativos, entendiéndose por tales los que se limitan a aclarar la Ley según su tenor literal, sin innovar lo que la misma dice; los Reglamentos que se limitan a seguir o desarrollar en forma inmediata otros Reglamentos (sentencia de esta Sala y Sección de 25 de octubre de 1991) y los Reglamentos independientes que -"extra legem"- establecen normas organizativas en el ámbito interno o doméstico de la propia Administración".

En cuanto a los denominados reglamentos organizativos, la sentencia de 6 de abril de 2004 (casación 4004/01) declara que: "Esta Sala ha considerado exentos del dictamen del Consejo de Estado tales disposiciones cuando se limitan a extraer consecuencias organizativas, especialmente en el ámbito de la distribución de competencias y organización de los servicios, de las potestades expresamente reconocidas en la Ley.

La sentencia de 14 de octubre de 1997 resume la jurisprudencia en la materia declarando que se entiende por disposición organizativa aquélla que, entre otros requisitos, no tiene otro alcance que el meramente organizativo de alterar la competencia de los órganos de la Administración competente para prestar el servicio que pretende mejorarse. En el mismo sentido, la sentencia de 27 de mayo de 2002, recurso de casación número 666/1996, afirma que los reglamentos organizativos, como ha admitido el Tribunal Constitucional (v. gr., sentencia 18/1982, fundamento jurídico 4), pueden afectar a los derechos de los administrados en cuanto se integran de una u otra manera en la estructura administrativa, de tal suerte que el hecho de que un reglamento pueda ser considerado como un reglamento interno de organización administrativa no excluye el cumplimiento del requisito que estamos considerando si se produce la afectación de intereses en los términos indicados".

Las anteriores referencias jurisprudenciales se reiteran en la sentencia de esta Sala y Sección de 19 de marzo de 2007, al resolver el recurso de casación 1738/2002, en el que también la parte recurrente, al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley 29/98, invocaba los artículos 129 y siguientes de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958; 16.3 de la Ley 8/93 del Parlamento de Andalucía, por omisión del dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía y 62.2 de la Ley 30/92."

b) No es necesario en el caso de modificaciones no sustanciales introducidas durante el procedimiento de elaboración.

STS 22 febrero 2011 (rec. 135/2010):

"Sin embargo, sí procede acoger el motivo de oposición que dicha Abogacía también esgrime cuando afirma que la medida incorporada en la Disposición objeto del proceso carece de la trascendencia y sustancialidad que pretende atribuirle la entidad recurrente.

QUINTO.- A tal efecto, es preciso recordar que una reiterada doctrina jurisprudencial a la que se refiere la sentencia de 15 de diciembre de 1997, ha venido

subrayando "que no es necesaria una nueva consulta al Consejo de Estado cuando se realizan retoques en el Texto o se introducen modificaciones no sustanciales (sentencias del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1993, de la Sala Especial de Revisión de 6 de octubre de 1989, de 17 de enero y 14 de octubre de 1996 y 28 de abril de 1997), ni cuando las discordancias entre el Proyecto y el Texto definitivo son consecuencia lógica del procedimiento de elaboración, en el que se emiten informes por distintos órganos, que pueden dar lugar a variaciones en la disposición que resulte, por fin, aprobada, pudiendo añadirse, que la propia doctrina de la Sala ha insistido en la necesidad de efectuar una interpretación funcional y teleológica de las garantías procedimentales establecidas para la elaboración de disposiciones generales, que se justifican no por el puro formalismo de su realización sino por la finalidad a que responden, en cuya valoración han de tenerse en cuenta las especialidades de la disposición general de que se trate (sentencia del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 1996)".

En igual sentido, señala la sentencia de 8 de marzo de 2006 que es jurisprudencia de esta Sala que cuando las modificaciones introducidas en el texto definitivo de una disposición general no sean sustanciales resulta innecesaria una nueva audiencia de las asociaciones, corporaciones o entidades representativas de intereses legítimos, que guarden relación directa con el objeto de la disposición, o un nuevo informe de la Secretaría General Técnica del Departamento ministerial o dictamen del Consejo de Estado, entre otras razones porque su parecer no es vinculante, de manera que si, contemplada la modificación tanto desde una perspectiva relativa, por la innovación en el texto informado, como absoluta, por su importancia intrínseca, no representa una alteración sustancial en el ordenamiento previamente sometido al trámite de audiencia o informe, la falta de éstos, respecto de la reforma introducida, no acarrea su nulidad radical, al haber contado quien ostenta la potestad para redactar definitivamente la disposición con el criterio o ilustración de las entidades, corporaciones, asociaciones y organismos consultados, que, en definitiva, es el fin perseguido por el artículo 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, al establecer un procedimiento para la elaboración de los reglamentos (Sentencias de esta Sala del Tribunal Supremo de fechas 6 de octubre de 1989, 11 de diciembre de 1991, 27 de mayo de 1993, 27 de noviembre de 1995, 14 de octubre de 1996, 10 de noviembre de 1997, 17 de enero de 2000, 31 de enero de 2001, 12 de febrero de 2002 (recurso 160/2000, fundamento jurídico primero), 12 de febrero de 2002 (recurso 158/2000, fundamentos jurídicos tercero y quinto), 17 de junio de 2003 y 15 de noviembre de 2004.

Y en la misma línea, precisa la sentencia de 31 de enero de 2001, por referencia a la de 27 de mayo de 1993, valorando las modificaciones allí producidas, que no requerían nuevo dictamen del Consejo de Estado, "ya que es necesario compatibilizar el carácter final de dicho dictamen, como juicio de síntesis de todas las cuestiones planteadas e informes específicos emitidos con anterioridad, con el ejercicio de la potestad reglamentaria del Gobierno (artículos 97 de la Constitución y 23.1 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre), de la que resultaría desapoderado éste si hubiese de ajustarse literalmente en la redacción definitiva del texto reglamentario a dicho dictamen, pues sólo si se regulasen materias no incluidas en el Proyecto remitido a dictamen o su ordenación resultase completa o sustancialmente diferente, sin haber sido sugerida por el propio Consejo de Estado, debería recabarse sobre tales extremos nuevo informe, ya que el titular de la potestad reglamentaria ostenta la facultad de introducir en el texto remitido al Consejo de Estado las reformas que considere

adecuadas para la redacción final sin otro límite que el expresado (Sentencias de 6 de octubre de 1989 y 11 de diciembre de 1991)".

III.1.5. Otros informes

a) Memoria económica y justificativa: pueden ser sucintas, pero deben cumplir a la finalidad a la que responden.

STS 16 diciembre 2011 (RC 6507/2009):

“Procede, pues lo primero atender a la existencia o no de los vicios procedimentales en la elaboración de la norma denunciados en el primer motivo del recurso de casación en que, en primer lugar, se insiste en la insuficiencia de la memoria económica invocando la doctrina contenida en la Sentencia de esta Sala, Sección Sexta de 13 de mayo de 2009 .

Ciertamente la antedicha Sentencia de 13 de mayo de 2009, recurso ordinario 131/2007 , idéntica a dos de fecha 5 de mayo de 2009, recursos ordinarios 133/2007 y 128/2007 , son coincidentes con la de 29 de abril de 2009, recurso ordinario 132/2007 en lo que atañe a la hermenéutica del art. 24 apartado 1, letra a), de la Ley del Gobierno , Ley 50/97. Hay, pues, doctrina consolidada.

Doctrina que como expresa la Sentencia de 29 de abril de 2009 deriva de la Sentencia del Pleno de esta Sala Tercera de 27 de noviembre de 2006 (recurso contencioso-administrativo 51/05, FJ 5º) sobre que «tanto la memoria económica como la justificativa pueden ser sucintas, como dice el artículo 24.1.f) LGO, pero deben cumplir la finalidad a que responden. La memoria económica, proporcionar al Gobierno una información sobre los costes que las medidas adoptadas puedan suponer a fin de que, contraponiendo estos con las ventajas que aquellas han de representar, evidenciadas en la memoria justificativa, la decisión se adopte con conocimiento de todos los aspectos, tanto negativos como positivos que la aprobación del reglamento ha de significar. La memoria justificativa pone de relieve esos aspectos positivos de la decisión y los hace patentes frente a los administrados, ofreciendo así a éstos las razones de la decisión, cumpliendo función análoga, en cuanto a sentido e importancia, a la motivación de los actos administrativos, plasmando, en relación a los reglamentos, el principio general de transparencia establecido en el artículo 3.5 de la Ley 30/1992 ».

Reitera también que la Sentencia de 13 de noviembre de 2000 , (FJ 4º), dijo que «una de las manifestaciones características de la discrecionalidad administrativa es, sin duda, la reglamentaria, en la que el titular de la potestad tiene una libertad de opción o de alternativas dentro de los márgenes que permite la norma que se desarrolla o ejecuta, pero aun así la motivación, por la que se hace explícita las razones de la ordenación, es garantía de la propia legalidad, ya que, incluso, la razonabilidad, al menos como marco o límite externo a la decisión administrativa válida, sirve de parámetro para el enjuiciamiento del Tribunal y puede justificar, en su caso, la anulación de la norma reglamentaria». Lo que no impide tomar en consideración las particularidades que la motivación presenta en relación con el ejercicio de la potestad reglamentaria, a las que alude la sentencia de 22 de junio de 2004 (recurso contencioso-administrativo 36/03 , FJ 5º) cuando señala que «el deber de motivación, que constituye una garantía del actuar administrativo, no tiene la misma plasmación jurídica en el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales que en el procedimiento administrativo, al engarzarse en aquel caso en los presupuestos constitucionales sobre la justificación de la norma reglamentaria, ...”

Insistió también el Pleno de esa Sala Tercera en su Sentencia dictada en el recurso 51/2005 sobre que " En cuanto a la memoria económica, es cierto que no cabe exigir una ponderación detallada y exacta de todos los costes que pueda suponer el reglamento, pues se trata de datos cuya completa determinación puede resultar imposible en el momento de aprobarse aquél, pero al menos es preciso la elaboración de una estimación aproximada que tenga en cuenta las variables que puedan producirse. Esta Sala ha considerado aceptables memorias económicas en las que se afirma que el reglamento en cuestión no tendría incidencia en el gasto público (sentencias de 20 de abril y 22 de noviembre de 2006 , 12 de noviembre y 7 de julio de 2004 , entre otras) si la parte recurrente no ha acreditado que aquella apreciación era incorrecta (sentencia de 10 de marzo de 2003), de donde resultaría la nulidad de la disposición si habiendo afirmado la memoria que el proyecto no tiene incidencia sobre el gasto público el recurrente hubiera probado lo contrario o, como en el caso contemplado por la sentencia de esta Sala de 16 de abril de 2005 , cuando no existe memoria económica."

b) Informe de impacto por razón de género: aplicación de la jurisprudencia anterior.

STS 29 febrero 2012 (RC 234/2010):

"Considera también la parte recurrente que en la elaboración de la disposición impugnada se ha infringido los artículos 22.2 y 24.1 b) párrafo segundo, LGO, en cuanto se ha omitido el informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establecen en la misma, dado que, a su juicio, una fórmula como la que se ha utilizado en este caso no puede considerarse sino como un modelo estereotipado, sin contenido sustantivo capaz de responder a las finalidades perseguidas con dicho informe.

El citado informe después de advertir que la norma "no contiene disposiciones específicas relacionadas con el género, por lo que puede afirmarse su carácter no sexista", añade que "dada la inexistencia de relación directa entre la materia objeto de regulación y el género de los trabajadores, la norma proyectada carece de disposiciones diferenciadas para los trabajadores y las trabajadoras, de donde se desprende que no existe impacto de género de la regulación propuesta".

Desde un punto de vista formal, es claro que el informe no utiliza expresiones estereotipadas, que pueden ser aplicadas a cualquier tipo de disposición sino que, aunque de modo sucinto, explica las razones por las que considera que el Real Decreto no producirá impacto de género.

Desde un punto de vista material, las razones expuestas pueden ser discutibles, puesto que es claro que no basta que una norma se refiera tanto a hombres como a mujeres para concluir que no producirá efecto por razón de género. Normas aparentemente neutras pueden tener ese impacto, pero ello no significa que cada norma deba ir precedida de un examen exhaustivo de todas las implicaciones que en ese sentido pueda tener si en un primer examen no se alcanza a vislumbrar que la norma pueda tener ese alcance. Buena prueba de ello es que el antes citado Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, después de desarrollar en su artículo 2 la estructura y contenido de la memoria del análisis del impacto normativo, que implica, en cuanto al impacto por razón de género, analizar y valorar "los resultados que se puedan seguir de la aprobación del proyecto desde la perspectiva de la eliminación de las desigualdades y de su contribución a los objetivos de igualdad de oportunidades y de

trato entre mujeres y hombres, a partir de la situación de partida, de previsión de resultados y de previsión de impacto recogidos en la Guía Metodológica a que se refiere la disposición adicional primera" (artº 2.1e), autoriza, en su artículo 3, elaborar una memoria abreviada cuando se estime que de la propuesta normativa no se derivan impactos apreciables en alguno de los ámbitos que la memoria del análisis del impacto normativo debe contener.

Un informe sucinto del impacto por razón de género como el que aparece en el expediente tramitado en el caso enjuiciado deber ser suficiente si, como dijimos a propósito de la memoria económica, la parte recurrente no aporta dato alguno que, al menos con carácter indiciario, pueda infundir la sospecha de que esa norma aparentemente inocua sí puede producir determinado impacto de género”.

En el mismo sentido, STS 6 mayo 2009 (RC 1883/2007):

“La segunda cuestión, la relativa al impacto de género, y que regía ya para la Orden promulgada, y a la que debe darse en cada supuesto la importancia que sin duda debe revestir, tampoco en este caso podía ir más allá de la constatación de que la Orden no revestía trascendencia alguna en relación con el impacto por razón de género en torno a la regulación de la misma. Buena prueba de ello es que la sociedad recurrente que invoca la vulneración se limita a eso, y no aduce razón alguna concreta, como ponen de relieve los escritos de oposición, que apoye su pretensión”.

c) La obligación de “recabar cuantos estudios y consultas se estimen convenientes para garantizar el acierto y legalidad del texto” no es una potestad enteramente libre, es obligado recabar informes cuando la materia lo justifica:

STS 9 febrero 2010 (RC 591/2008), sobre el Decreto de la Comunidad de Madrid 28/2006, de 23 de marzo, por el que se regula la Constitución y Régimen de Funcionamiento de los Depósitos de Sangre procedente de Cordón Umbilical.

“El inciso final del párrafo primero de la letra b) de dicho art. 24.1 impone a la Administración el deber de recabar en el proceso de elaboración del reglamento "cuantos estudios y consultas se estimen convenientes para garantizar el acierto y la legalidad del texto". Ahí, pese a la expresión "se estimen convenientes", no se le concede una potestad enteramente libre, sólo regida por su criterio, sino una que, como todas, queda sujeta ante todo a la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que garantiza el art. 9.3 de la Constitución y al designio de servir con objetividad los intereses generales que como principio rector de su actuación proclama e impone el art. 103.1 del mismo Texto.

En el caso de autos, las dudas, incertidumbres y preocupaciones existentes en la materia que pretendía ser regulada, según hemos constatado; la posibilidad de opciones diversas en aspectos esenciales de su regulación, cuyo fundamento o razón de ser es además, en grado o entidad no menor que otros lícitos criterios de elección, el estado de la ciencia médica; la percepción de que una de esas opciones pudiera tal vez incidir negativamente en la futura eficacia del sistema de trasplantes; la exigencia de tomar en consideración y de prever todo lo necesario para garantizar un elevado nivel de protección de la salud, así como el derecho de la madre o de la pareja a recibir una información cierta y suficiente; la derivada de ésta de prever también lo necesario para impedir toda publicidad engañosa, falsa o tendenciosa; el estudio ya iniciado para la

elaboración de un Plan Nacional de Sangre de Cordón Umbilical, etc., etc., son algunas de las circunstancias que sólo permiten como conclusión la siguiente: no había ni hay razón alguna que justifique que en el procedimiento de elaboración de aquel Decreto 28/2006 no se estimara conveniente recabar estudios y consultas con objeto de arrojar luz sobre esas múltiples cuestiones y sobre las importantes decisiones normativas a tomar, hasta el punto de que sin recabarlos no cabe, en este caso, ver, reconocer, que el diseño, el propósito, el fin perseguido fuera, como manda aquel precepto, garantizar el acierto y la legalidad del texto.

A modo de ejemplo y por citar sólo algunos, nada justifica a la vista de lo que llevamos razonado que dejara de recabarse el parecer de la Comisión Permanente de Trasplantes del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, de la que depende la Subcomisión de Trasplante Hematopoyético, órgano asesor para todos los aspectos técnicos relacionados con la donación y el trasplante de progenitores hematopoyéticos, en el que están representadas las principales Sociedades Científicas relacionadas con los TPH, como Hematología, Pediatría, Transfusión Sanguínea, Oncología Médica e Inmunología. O el del Registro Español de Donantes de Médula Ósea (REDMO), que en nuestro país realiza las búsquedas tanto de donantes de médula ósea como de unidades de sangre de cordón, coordinando la Organización Nacional de Trasplantes en colaboración con él y con los bancos de SCU la obtención y distribución de la sangre de médula ósea de los donantes y de las unidades de SCU de los bancos.

Digamos por fin que la conclusión alcanzada no contradice las razones de decidir de las sentencias que traen a colación las partes recurrentes. De un lado, porque el reconocimiento de una cierta discrecionalidad a la Administración al decidir si han de recabarse o no aquellos estudios y consultas, lo es dentro de los límites de ejercicio de toda potestad discrecional, que admiten el arbitrio legítimo, pero no una decisión basada en la sola voluntad del que decide, esto es, una que se muestra objetivamente, sin asomo de duda, carente de toda razón que la justifique, como aquí ocurre. Y, de otro, porque aquel escueto expediente administrativo cuyo contenido detallamos al principio, no permite flexibilizar el deber de recabarlos cuando nada hay en él que pueda suplirlos y garantizar, como quiere la norma, el acierto y la legalidad del texto reglamentario en elaboración”.

III.1.6 Audiencia a los ciudadanos

a) Es un trámite preceptivo, pero con dos modalidades, cuya elección debe estar debidamente motivada.

STS 19 mayo 2011 (rec. 83/2009):

“Un inicial examen de la expresión que contiene el precepto conduce a una primera consecuencia ineludible, que no es otra que la obligatoriedad de ese trámite, puesto que la afirmación "se les dará audiencia" no puede interpretarse de otro modo. La condición sine qua non para ello es que se trate de disposiciones que afecten a derechos e intereses legítimos de los ciudadanos.

El precepto distingue dos modalidades de participación ciudadana, y así se refiere a la audiencia y a la información pública. En relación con la audiencia la Ley diferencia, entre la que se realiza "directamente" "o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley que los agrupen o los representen y cuyos fines guarden relación directa con el objeto de la disposición". Y establece que se hará

"durante un plazo razonable y no inferior a quince días hábiles". Mientras que cuando se refiere a la información pública la condiciona a "cuando la naturaleza de la disposición lo aconseje" y el plazo será el ya conocido para la audiencia pero, en ambos casos, la Ley prevé abreviarlo "hasta el mínimo de siete días hábiles cuando razones debidamente motivadas así lo justifiquen". Y solo podrá omitirse ese trámite "cuando graves razones de interés público, que asimismo deberán explicitarse, lo exijan".

Afirma también el apartado c) del número 1 del artículo 24 que "la decisión sobre el procedimiento escogido para dar audiencia a los ciudadanos afectados será debidamente motivada en el expediente por el órgano que acuerde la apertura del trámite de audiencia".

Sobre el carácter esencial de este trámite, cuya inobservancia acarrea la nulidad de la disposición, STS 7 diciembre 2009 (RC 957/2008):

"Constituye doctrina reiterada de esta Sala (por todas las Sentencia de 6 de octubre de 2005, recurso contencioso administrativo 31/2003, con cita de otras anteriores y la de 6 de noviembre de 2007, recurso de casación 4269/2004) sostener que tras la Constitución, art. 105 a) CE , el trámite de audiencia esta consagrado como una de las garantías básicas en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que afecten a los ciudadanos a través de las organizaciones reconocidas por la Ley.

Es, por tanto, un requisito esencial para la validez del resultado del procedimiento que tiene por objeto no solo que los interesados hagan valer la defensa de los derechos e intereses que corresponda sino también facilitar el acierto en la elaboración de la disposición que concierna a la vista de las propuestas de modificación del texto inicialmente propuesto. El incumplimiento de tal obligatoriedad acarrea la nulidad de la disposición en cuestión".

b) Audiencia de asociaciones: voluntarias vs. no voluntarias.

STS 27 diciembre 2011 (rec. 28/2008):

"Junto a lo anterior conviene añadir que como resume la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2004, recurso de casación nº 1.144/2.001 , "la más reciente y en vigor jurisprudencia de esta Sala que concreta el sentido de reconocer el carácter necesario de la audiencia regulada en el artículo 130, apartado 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo , centrada con exclusividad en relación con las entidades que como dice el precepto, por ley ostenten la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo, habiéndose llegado a diferenciar entre las entidades de afiliación obligatoria y las que responden a un principio de libre asociación para excluir la exigencia del precepto legal en el caso de las últimas". Esta jurisprudencia es perfectamente aplicable a lo dispuesto en el vigente artículo 24.1c) de la LGO, y, como regla general limita la audiencia al exigir el reconocimiento por Ley, a los Colegios Profesionales ; y la exigencia de relación directa con el objeto de la disposición priva de participación a otras organizaciones, salvo aquellas que directamente resulten afectadas por el proyecto de disposición de que se trate, y, por supuesto, excluye de la misma a las asociaciones de afiliación voluntaria.

Este criterio resulta con toda claridad de la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2.005, recurso nº 69/2003 , que se inspira en otras anteriores que cita, y que resume con acierto lo expuesto. Así expresa que se debe "distinguir que la audiencia es preceptiva para Asociaciones que no sean de carácter voluntario, pero no cuando se trata, de asociaciones voluntarias de naturaleza privada, que, aunque estén reconocidas por la Ley, no ostentan "por Ley" la representación a que aquel precepto se refiere, pues es este criterio el que traduce con mayor fidelidad el ámbito subjetivo de aquel precepto".

Jurisprudencia que matiza entre otras la sentencia de 6 de octubre de 2.005, recurso de casación nº 31/2.003 , que afirma que "Las (asociaciones voluntarias) que personándose en el procedimiento invoquen -y pertenezca a su ámbito socialmente legítimo- que la disposición por su objeto afecta a intereses directos, a cuya defensa se ordene la asociación, podrán comparecer en el expediente y en él tener la participación y garantía que es propia de la audiencia articulada en los arts. 105. a) de la C.E . y 130. 4 de la L.P.A".

En todo caso la audiencia le fue concedida al Consejo de Colegios de Biólogos y de haberse personado oportunamente en el procedimiento la recurrente hubiera podido hacer las alegaciones que considerara oportunas, sin que, en ningún caso, se pueda afirmar que se le causó indefensión, que de existir, en hipótesis, quedó salvada con la interposición de este proceso".

En el mismo sentido, STS 25 abril 2011 (rec. cont-adm. 121/2009), con cita de otras.

c) Audiencia de Colegios Profesionales.

En el ámbito que les corresponde. No es necesaria la audiencia del Colegio de Ingenieros cuando no se regula el ejercicio de esa profesión sino la ordenación del sistema educativo (STS 15 febrero 2012, rec. cont-adm. 360/2010).

** Sobre (1) el carácter preceptivo del trámite de audiencia; (2) la diferenciación entre asociaciones voluntarias y no voluntarias que ostenten "por Ley" la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo; y (3) el carácter "sustancial" o no de las modificaciones efectuadas se pronuncia la muy importante STS 13 octubre 2011 (rec. 304/2010), que anula el Real Decreto 1462/2009, de 18 de septiembre, por el que se modifica el Real Decreto 641/2009, de 17 de abril, por el que se regulan los procesos de control de dopaje y los laboratorios de análisis autorizados, y por el que se establecen medidas complementarias de prevención del dopaje y de protección de la salud en el deporte. No se reproduce aquí por su extensión.*

III.1.7 Defectos formales

a) La falta de audiencia a las organizaciones o asociaciones que representen a los ciudadanos exigida por el art. 24.1.c) de la Ley del Gobierno no implica per se la nulidad de la disposición general; es necesario que se haya causado indefensión.

STS 22 diciembre 2010 (rec cont-adm 13/2009)

“La antedicha irregularidad formal para arrastrar consigo la nulidad pretendida debería haber sido también material produciendo indefensión lo que en el caso de autos no tuvo lugar.

Así el examen del expediente muestra que otra organización colegial, próxima en cuanto a la defensa de los intereses de los miembros de la corporación, como es el Consejo General de Colegios Oficiales de Ingenieros Agrónomos si emitió informe el 31 de julio de 2007 en que tras exponer lo que reputó oportuno respecto a la profesión de Ingeniero Agrónomo realizó un aserto respecto a la regulación de la profesión de Ingeniero Técnico Agrícola diciendo: "Adicionalmente en el anejo 10º del citado proyecto aparece como profesión regulada la de Ingeniero Técnico Agrícola cuando, de acuerdo con la normativa vigente en España, las titulaciones oficiales reconocidas son las de Ingeniero Técnico Agrícola en Explotaciones Agropecuarias, Ingeniero Técnico Agrícola en Hortofruticultura y Jardinería, Ingeniero Técnico Agrícola en Industrias Agrarias y Alimentarias e Ingeniero Técnico Agrícola en Mecanización y Construcciones Rurales; este Consejo General considera que deberían haberse incluido en el citado anejo estas Profesiones Reguladas puesto que tienen atribuciones profesionales diferenciadas y no el genérico utilizado pues puede conducir a errores en la interpretación de la norma básica".

Cierto que no fue el Consejo recurrente el que alegó mas otro próximo en la actividad profesional si ejercitó aquel derecho respecto a la regulación controvertida ”.

STS 13 octubre 2010 (rec. cont-adm 19/2008)

“Dicho motivo se fundamenta sólo y estrictamente en el vicio formal de esas omisiones, sin traer a colación silencios, insuficiencias, deficiencias u oscuridades de los preceptos del Reglamento que hubieran podido ser evitados mediante los informes que la parte echa en falta.

SEGUNDO.- El recurso debe ser desestimado. Sobre todo, porque el estudio de los artículos 8 y 13 de la Ley 31/1995 no conduce a afirmar que lo que allí se prevé sean informes de carácter preceptivo. Y, además, porque lo que hemos dicho en el párrafo segundo del anterior fundamento de derecho, tampoco nos permite afirmar que la Administración hubiera debido considerar conveniente la incorporación de los repetidos informes”.

Misma doctrina en STS 21 diciembre 2010 (rec cont-adm 9/2009)

III.1.8 Otras cuestiones

a) Derecho a la negociación colectiva de los Sindicatos

STS 13 julio 2010 (rec cont.adm 42/2008):

“Según el sindicato recurrente la Administración infringió los artículos 31 a 37 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, en relación con lo previsto en los artículos 6.3.c y 7 de la Ley Orgánica 11/1985, de Libertad Sindical, y 7, 28.1, 37.1 y 103.3 de la Constitución y del Convenio número 151 de la O.I.T., ratificado por España mediante instrumento de 22 de junio de 1984, pues en la elaboración del Real Decreto de prevención de riesgos laborales del personal de las

Fuerzas Armadas y de la Organización de los servicios no hubo un proceso de negociación colectiva.

Tiene razón el Abogado del Estado al afirmar, como reconoce el propio sindicato recurrente en su demanda, que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2.1.a) de la Ley 9/1987, de 12 de junio y de la Ley 7/2007, de 12 de abril, quedan excluidos de la aplicación de las referidas Leyes los miembros de Fuerzas y de los Institutos Armados salvo cuando así lo disponga su legislación específica, que es una consecuencia de lo que dispone el artículo 3 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre en la nueva redacción que le ha sido dada por la ley 31/2006.

Ahora bien, el hecho de que la regulación del derecho a la libertad sindical para los funcionarios públicos, exceptuados los cuerpos militares y las fuerzas de seguridad, no impide el derecho de las Organizaciones Sindicales legitimadas a ser oídas en aquellas materias que directa o colateralmente incidan en temas que afecten al personal al servicio de las Administraciones Públicas según disponen las Leyes 9/1987, de 12 de junio y 21/2006, de 20 de junio, y concretamente, al personal laboral dependiente de Establecimientos Militares, que según el artículo 78 del Real Decreto 2205/1980, de 13 de junio, "tiene derecho a estar representado colectivamente ante la Jefatura de dichos Establecimientos y ante la Administración militar como conjunto ...".

Y, en este mismo sentido el Real Decreto 1932/1998, de 11 de septiembre, que adapta los capítulos III y V de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, al ámbito de los centros y establecimientos militares.

Por ello, en el caso que enjuicamos, la circunstancia que la Disposición impugnada reglamente la prevención de riesgos laborales del personal militar de las Fuerzas Armadas y la organización de los servicios de Prevención del Ministerio de Defensa no constituye obstáculo legal para que las Organizaciones Sindicales puntualmente fuesen oídas, a través del correspondiente trámite de audiencia, en las medidas que se adopten por la Administración militar para garantizar la adecuada protección de la seguridad y salud en los centros de trabajo en los que convivan personal militar y civil en donde exista un único servicio de prevención.

En consecuencia, procede estimar en parte el recurso contencioso-administrativo y anular el apartado segundo del artículo 2.a) del Real Decreto impugnado".

b) Para la derogación de un reglamento (ordenanza) no es exigible el mismo procedimiento que para su elaboración:

STS 23 junio 2010 (RC 4410/2007):

"Las infracciones denunciadas por la Corporación recurrente, pueden reducirse a la vulneración por la Sala de instancia del artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, que sanciona con la nulidad de pleno derecho "los actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados", pues, para el Tribunal <<la derogación de un reglamento organizativo en tanto en cuanto es una norma jurídica exige el mismo procedimiento que para su aprobación y a falta de una normativa específica al respecto debe acudir al procedimiento general que para la aprobación de las normas reglamentarias en el ámbito local se regula en el artículo 49 de la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases de Régimen Local, con las

adaptaciones que en su caso, sean necesarias por la eficacia administrativa de este tipo de normas>>>.

No compartimos este criterio, pues si bien es cierto, que la elaboración de los distintos reglamentos locales -reglamentos orgánicos, ordenanzas locales en general, planes de urbanismo y bandos- se ajustarán a su ordenación específica, nunca se podrá prescindir de las garantías establecidas en la reglamentación del procedimiento administrativo común y de forma singular de su publicación, según establece el artículo 52.1 de la Ley 30/1992, en concordancia con el artículo 2.1 del Código Civil, pero una cosa es que se aplique correctamente su normativa específica y otra, como sucede en el caso que enjuiciamos, se exija para su derogación -no modificación- una normativa propia y específica para la aprobación de las ordenanzas locales contemplada en los artículos 49 de la ley 7/1985, de 2 de abril, 56 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, y 15, 16 y 17 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo.

En definitiva, entendemos que la derogación del Reglamento del Servicio Municipal de Recaudación, acordado por el Pleno municipal en virtud de las facultades que le confieren los artículos 22.2.d) y 47.2.g), fue conforme a derecho, pues en el presente caso, resulta del expediente -folio 39- que el acuerdo impugnado se expuso al público en la Secretaría del Ayuntamiento por término de treinta días a partir de su publicación en el Boletín Oficial de la Provincia, a fin de que los interesados puedan examinar el expediente y presentar las reclamaciones que consideraran procedentes.

En consecuencia estos motivos deben ser estimados y de conformidad con lo establecido en el artículo 95.1.d) de la Ley Jurisdiccional procede casar la sentencia y desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de don Jesús Romera Gómez contra el acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Soria de ocho de septiembre de dos mil cinco que desestimó el recurso de reposición contra un anterior acuerdo de dieciséis de junio por el que se derogaba el Reglamento del Servicio Municipal de Recaudación”.

c) Aplicación de la legislación mercantil cuando se trata de estatutos de sociedades municipales:

STS 26 octubre 2010 (RC 714/2009):

“Sostiene la recurrente que existieron dos acuerdos distintos: uno, de la sociedad mercantil y otro, del Pleno municipal, y por tanto, las exigencias formales establecidas en el artículo 144.5 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas para la adopción de acuerdos societarios no pueden ser trasladados, sin más, ni al acuerdo adoptado por la Junta General, ni mucho menos, al acuerdo municipal plenario, en cuyo procedimiento legalmente establecido no se prevé la existencia de ese informe al que se refiere la legislación mercantil.

No compartimos esta opinión, pues aunque nos encontramos ante dos acuerdos distintos, nos hallamos ante un procedimiento bifásico en el que el primero -el societario- sirve de base y fundamento al acuerdo corporativo, y esto es así, como lo demuestra la propuesta de la Alcaldía y del Presidente del consejo de Administración para modificar los artículos 16, 17, 18, 20 y 21 de los Estatutos de la Sociedad "Turismo y Comunicación de Salamanca".

Por otra parte, en la escritura de la Sociedad anónima, se hace constar que " esta Sociedad se regirá por sus Estatutos y en lo previsto en los mismos, por el Real

Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre , por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, el Código de Comercio, la legislación sobre régimen local, y las demás disposiciones, complementarias vigentes o que se dicten en lo sucesivo y le sean de aplicación ", y, el artículo 15 de sus Estatutos al tratar de las Normas de Funcionamiento de la Junta General , dispone que " el funcionamiento de la Junta General se acomodará, en cuanto al procedimiento y a la adopción de los acuerdos, a la normativa sobre Régimen Local, aplicándose las normas del régimen de las Sociedades Anónimas en las restantes cuestiones sociales ".

De ahí, al faltar el preceptivo informe exigido por el artículo 144.1.a) del citado Real Decreto Legislativo 1564/1989 , devino nulo, según señala la Sala de instancia, el acuerdo municipal, que en modo alguno constriñe o limita las competencias de la Corporación local recurrente.

En consecuencia, estos motivos deben ser desestimados”.

III.2 PROCEDIMIENTO DE URGENCIA

III.3 OTROS

IV. RECURSO ORDINARIO

(vacío)

IV.1 CUESTIONES GENERALES

IV.2 OBJETO

IV.2.1 En general

IV.2.2 Competencia

IV.3 PLAZO

IV.4 MOTIVOS

IV.5 INTERPOSICION

IV.6 INADMISIBILIDAD

IV.7 RESOLUCION PRESUNTA

IV.8 OTRAS CUESTIONES

V. RECURSO DE ALZADA

V.1 CUESTIONES GENERALES

V.2 OBJETO

V.2.1 Actos impugnables

V.2.2 Actos exceptuados

V.2.3 Disposiciones generales

V.3 INTERPOSICION Y ADMISION

V.3.1 Escrito de interposición

V.3.2 Plazos: cómputo

V.3.3 Falta de interposición y efectos

V.3.4 Causas de inadmisión

V.3.4.1 Falta de representación o defensa

V.3.4.2 Falta de legitimación

V.3.4.3 Ante órgano incompetente

V.3.4.4 Acto no impugnabile

V.3.4.5 Acto firme y consentido

V.3.4.6 Extemporaneidad

V.3.4.6.1 En general

V.3.4.6.2 Inexistente: irregularidades

V.4 SUSPENSION

V.5 DEFECTOS DE PROCEDIMIENTO

V.6 RESOLUCION

V.6.1 Expresa o presunta

V.6.2 Contenido efectos

V.6.3 Vicios

V.7 OTRAS CUESTIONES

a) La obligación de la Administración de corregir el “error de calificación” y dar al recurso interpuesto la tramitación que proceda no puede interpretarse en un sentido absoluto.

STS 28 septiembre 2010 (RC 6156/2008): caso de “recurso potestativo de reposición” interpuesto contra una resolución de un recurso de alzada previamente interpuesto y que informaba correctamente de que el mismo agotaba la vía administrativa y cabía frente a él recurso contencioso-administrativo.

V BIS. RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCION PROCESAL

a) Documentos nuevos que pueden dar lugar a la revisión:

No lo son las sentencias: STS 17 junio 2009 (RC 4846/2007), con cita de otras.

Ni los elaborados por la propia parte (STS 22 mayo 2009, RC 4106/2007).

Ni tampoco aquellos que no evidencian un error aritmético (STS 4 marzo 2009, RC 117/2007, en un caso de emblemas municipales)

VI. TIPOS DE ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

VI.1. ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE INTERVENCIÓN (POLICÍA)

VI.1.1. Concepto. Son todas aquellas que pueden producir efectos desfavorables o de gravamen a los interesados, aunque persigan el interés general.

SSTS 27 marzo 2012 (RC 4285/2010) y 24 abril 2012 (RC 3734/2009), sobre la declaración de bien de interés cultural:

“El segundo de los motivos se refiere a la infracción por aplicación indebida del artículo 44.2 de la Ley 30/1992 , al considerar la sentencia que no es aplicable la denuncia de la mora que impone el artículo 10.2 de la LPCC, Ley sectorial que mantiene la denuncia de la mora. El motivo asegura que: "Teniendo en cuenta la importancia de dichos bienes y la declaración de los mismos como bienes de interés cultural, la Sala no debió aplicar el artículo 44.2 de la Ley 30/1992 , puesto que la caducidad prevista en el artículo 44.2 de la Ley 30/1992 en la redacción dada por la Ley 4/1999 , contempla la caducidad de los procedimientos iniciados de oficio "solo cuando se ejerciten potestades sancionadoras, o en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen", naturaleza que no tiene el procedimiento de declaración de un bien cultural de interés nacional puesto que la potestad de protección del patrimonio cultural, como por ejemplo también la potestad urbanística persigue la consecución de intereses públicos y generales no contemplándose la caducidad sin denuncia previa de la ley sectorial, como tampoco ocurre en la normativa urbanística".

La Corporación recurrida opone a este motivo que es aplicable al supuesto la nueva regulación del silencio administrativo que es de aplicación a todas las Administraciones Públicas y que "trata de regular los efectos del silencio en los casos de procedimientos iniciados de oficio. La solución tiene su lógica; si se trata de procedimientos de los que se pudiera derivar un efecto favorable para el interesado éste podrá entender desestimadas sus pretensiones; por el contrario si se trata de un procedimiento con potenciales efectos desfavorables la consecuencia es su caducidad.

Es evidente que la declaración de bien cultural supone objetivamente para el propietario una situación de gravamen singular y concreto en la medida que esté sujeto a un particular régimen de policía, intervención y de tutela pública como demuestran las restricciones que imponen los artículos 21 y ss de la LPCC (deber de conservación y mantenimiento, limitaciones a la transmisión, acceso de terceros, prohibición de derribo, autorización de obras, criterios de intervención, cambio de usos, expropiación).

En definitiva la declaración de bien de interés cultural tiene naturaleza de un procedimiento de intervención contemplado en el artículo 44.2 de la Ley 30/1992 ".

Este segundo motivo tampoco puede prosperar. Para rechazarlo bastaría con remitirnos a lo expuesto en el fundamento anterior. Sin embargo, y por obvias razones de tutela judicial efectiva, haremos alguna precisión acerca del motivo concreto. El argumento esencial del motivo es que el procedimiento de declaración de un bien de interés cultural no es un procedimiento de intervención susceptible de producir efectos

desfavorables o de gravamen, y no lo es al criterio de la Administración recurrente porque en él prima el interés general de la conservación de un bien con el valor que se reconoce al patrimonio cultural, que considera que está por encima de los intereses que puedan defender los afectados por el procedimiento. Ese argumento se responde adecuadamente por la recurrida, y no se sostiene en relación con el debate que se introduce entre los intereses en conflicto.

Aceptando que la protección del patrimonio cultural es un interés general no es posible negar que el procedimiento a través del cual se desarrolla produzca o pueda producir efectos desfavorables o de gravamen en aquellos a quienes afecta, y ello obliga a la Administración a respetar cuantos derechos correspondan en el mismo a los interesados y a concluir con diligencia y en plazo, en este caso dieciocho meses, el procedimiento, algo que, como ya expusimos, no sucedió en este supuesto”.

En el mismo sentido, STS 14 febrero 2011 (RCUD 245/2008):

“En la antedicha situación se encuentra un expediente de declaración de protección del patrimonio histórico por cuanto implica por la administración el ejercicio de potestades de intervención susceptibles de producir efectos de gravamen (apartado 2. del art. 44 LRJAPAC)”.

VI.1.2. Condiciones y límites (pronunciamientos en materia de actividad empresarial)

VI.1.2.a) No toda intervención es ilícita. La libertad de empresa no es ilimitada.

STS 27 diciembre 2011 RC 5385/2007.

“Desde luego en modo alguno puede sostenerse que la sentencia al dar por bueno ese precepto de la Ordenanza esté vulnerando el artículo 38 de la Constitución. Como esta Sala y Sección declaró en la sentencia de 17 de mayo de 2.005 recurso de casación núm. 770/2.003, cuando de ese derecho se trata conviene hacer referencia a la doctrina del Tribunal Constitucional recogida en sentencia 152/2.003 de 17 de julio, según la cual "la libertad de empresa consagrada en el mismo tampoco es un derecho absoluto, sino sometido a límites (SSTC 184/1.981, 147/19.86 y 111/1.983), siendo lícita la imposición de dichos límites y restricciones por razón de su función social (STC 111/1.983,), los cuales vienen impuestos por normas de muy distinto orden, estatales y autonómicas (SSTC 83/1.988, 225/1.993 y 227/1.993)"; precisando la sentencia 225/93, de 25 de julio, que el artículo 38 no reconoce "el derecho a acometer cualquier empresa, sino sólo el de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial", por lo que "la regulación de las distintas profesiones, oficios o actividades empresariales en concreto no es, por tanto, una regulación del ejercicio de los derechos constitucionalmente garantizados en los arts. 35.1 ó 38"; y señalando en sentencia 227/1.993, de 9 de julio, "que es la propia Constitución , en el mismo precepto, la que condiciona el ejercicio de esa libertad a "las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación". Se constata de este modo, una vez más, la inexistencia en el Derecho constitucional contemporáneo de derechos absolutos y prevalentes frente a otros derechos fundamentales o de rango constitucional.

La libertad de empresa, en definitiva, no ampara entre sus contenidos -ni en nuestro ordenamiento ni en otros semejantes- un derecho incondicionado a la libre

instalación de cualesquiera establecimientos comerciales en cualquier espacio y sin sometimiento alguno al cumplimiento de requisitos y condiciones, haciendo caso omiso de las distintas normativas -estatales, autonómicas, locales- que disciplinan múltiples aspectos de relevancia económica como, entre otros, el comercio interior y la ordenación del territorio".

Son normas de distinta naturaleza las que pueden incidir sobre el derecho a la libertad de empresa, como se indica en dicha sentencia, teniendo en cuenta que no se trata de un derecho de carácter absoluto, lo que permite su regulación en los aspectos que no resulten esenciales mediante normas reglamentarias, como pone manifiesto la sentencia del Tribunal Constitucional 227/1.993, de 9 de julio, cuando, tras señalar que la libertad de empresa no es un derecho absoluto e incondicionado, que impida una regulación de los establecimientos comerciales que salvaguarde las necesidades del urbanismo y de los consumidores, añade que "la remisión al Reglamento para desarrollar la Ley o el empleo de conceptos jurídicos indeterminados resultan inevitables..."

No se advierte que los concretos requisitos objeto de impugnación, relativos a las características y localización de tanatorios, crematorios (...) constituyan elementos o limitaciones esenciales del derecho a la libertad de empresa, sino que son aspectos de una concreta actividad empresarial, que como se ha señalado antes no constituye una regulación del derecho reconocido en el art. 38 de la Constitución".

Y en cuanto a si esa distancia mínima que se establece en el artículo 52.3 de la Ordenanza contraviene la liberalización del sector es claro que tampoco puede aceptarse esa afirmación. Y ello porque la alegación que se efectúa en relación con esa imposibilidad de instalación no pasa de ser una afirmación de la recurrente que se realiza sin prueba alguna de su veracidad, y, además, porque esa limitación no puede ser más razonable dada la naturaleza del proceso de incineración de cadáveres que se produce en esos hornos crematorios que se asocian a los tanatorios.

Recientemente esta Sala en sentencia de su Sección Quinta de 22 de septiembre de 2.011, recurso de casación núm. 1.217/2.008, ha considerado conforme a Derecho la modificación puntual del PGOU de Bilbao que introdujo una distancia mínima de 500 metros entre los hornos crematorios de cadáveres humanos y las viviendas más próximas

(...)

En consecuencia es claro que el motivo debe desestimarse puesto que la disposición de la Ordenanza ni es arbitraria ni desproporcionada, y por el contrario debe entenderse proporcionada en relación con la distancia que impone que deben respetar los tanatorios. No se olvide que como también expresa la sentencia citada el antiguo Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria Decreto de 20 de julio de 1974, en el artículo 50, establecía ya una distancia mínima de 500 metros para los cementerios".

VI.1.2.b) Pero siempre es necesaria la cobertura legal.

Así, STS 6 mayo 2011 (RC 4333/2009), recordando la STS 9 diciembre 2010 (RC 1870/2009), que confirma la nulidad de una resolución autonómica que imponía, sin cobertura, la necesidad de adquirir el Libro de Subcontratación exigido por la normativa del Estado necesariamente de la Comunidad Autónoma.

STS 12 julio 2010 (rec. cont.adm. 70/2009)

“Tiene razón la parte recurrente cuando aduce que en las normas esgrimidas que regulan el derecho de asociación no se establece que para acceder a un registro público las asociaciones civiles o sindicales que se creen hubieren de comunicar el conjunto de datos (número de asociado, nombre y apellidos, sexto, NIF y domicilio) que la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos, asimismo invocada, establece exigen el consentimiento inequívoco de los afectados, salvo que la ley disponga otra cosa o se trate de alguna de los supuestos excepcionales previstos en el apartado segundo del art. 10 de la antedicha norma.

(...) No se encuentra en la norma legal disposición alguna que, con cobertura en la LO 15/199, de 13 de diciembre, de Protección de datos, exija comunicar en el momento de la inscripción la identidad de sus afiliados.

El ejercicio del derecho de asociación constituyendo una, impide a la administración la exigencia del conocimiento de sus componentes ya que, en tal fase, no tiene atribuída por norma de rango legal la necesidad de comprobar o verificar nada que exige el conocimiento de datos identificativos de carácter personal. No se da, por tanto, la pretendida potestad administrativa esgrimida por el Abogado del Estado”.

Y la STS 7 octubre 2009 (RC 4969/2006) confirma la anulación de un precepto autonómico que exige una autorización administrativa no prevista en la legislación básica del Estado:

“El motivo en este punto debe rechazarse. Hay que atender a las razones que ofrece la Unión recurrente que son de todo punto conformes a las normas que infringe la Orden autonómica recurrida.

La Ley 8/2.003, de 24 de abril, de Sanidad animal según su Disposición Final Primera tiene el carácter de normativa básica al amparo de lo dispuesto en el art. 149.1.13ª) 16ª) y 23ª) de la Constitución, que reservan al Estado la competencia exclusiva en materia de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, bases y coordinación general de la sanidad y legislación básica sobre protección del medio ambiente, y en relación con el sacrificio de los animales en los supuestos que establece la Ley, dispone el art. 20.2 que "el sacrificio de los animales deberá realizarse en mataderos o instalaciones autorizados a tal efecto". Añadiendo ese mismo precepto que "para la realización del sacrificio de los animales en mataderos será necesario el previo informe de la Administración sanitaria de la comunidad autónoma correspondiente". Por lo tanto cuando se trate del sacrificio obligatorio de animales que es la cuestión que trata el art. 20 de la Ley , el mismo deberá realizarse en mataderos (...) autorizados a tal efecto y previo informe de la Administración sanitaria de la Comunidad Autónoma correspondiente de modo que no se podrá sacrificar ningún animal enfermo o sospechoso de estarlo de la Comunidad cántabra sin informe previo de su autoridad sanitaria.

Pero en desarrollo de esa norma el Estado dictó el Real Decreto 2.611/1.996, de 20 de noviembre , que regula los programas nacionales de erradicación de enfermedades de los animales y que al referirse en el art. 15 al sacrificio refrenda en el número 2 .a) del mismo, como no podía ser de otro modo, el mandato de la Ley relativo a que el sacrificio podrá realizarse en mataderos autorizados a tal fin, añadiendo en el artículo siguiente el 16.1 que "los mataderos interesados en el sacrificio de estos animales lo deberán solicitar a los órganos competentes de la Comunidad Autónoma donde se hallen ubicados. Los órganos competentes de las Comunidades Autónomas enviarán a

la Dirección General de Sanidad Animal una relación de los mataderos autorizados para sacrificar animales reaccionantes positivos procedentes de los programas nacionales de erradicación de enfermedades de los animales, la cual confeccionará una lista de los mismos, que será comunicada para su conocimiento general a todas las Comunidades Autónomas" añadiendo ese mismo artículo en el número 2 que "el traslado de los animales a los mataderos autorizados deberá ir amparado por un documento sanitario específico, cumplimentado por el órgano competente de la Comunidad Autónoma donde esté ubicada la explotación" y concluyendo el número 3 de ese precepto que "los servicios veterinarios oficiales de los mataderos comprobarán, previo al sacrificio, que los documentos que amparan a los animales y su identificación son correctos. En el supuesto de observación de anomalías, se procederá a la inmovilización cautelar de los animales, comunicándolo inmediatamente a los órganos competentes de la Comunidad Autónoma donde esté ubicado el matadero, quien, a su vez, en su caso, lo comunicará al órgano competente de la Comunidad Autónoma de donde procedan los animales".

De ahí que el artículo 8.6 de la Orden de Cantabria impugnado cuando dispone que "los animales serán sacrificados en los mataderos de la Comunidad autónoma de Cantabria autorizados para tal efecto" esté vulnerando el contenido del art. 20 de la Ley 8/2.003 que se limita a disponer que el sacrificio deberá realizarse en mataderos autorizados, eso sí previo informe de la Administración sanitaria de la Comunidad Autónoma de la que proceda el animal enfermo o sospechoso de serlo. Y así resulta igualmente de la norma reglamentaria también básica que expresamente permite el sacrificio de animales en mataderos autorizados de Comunidades Autónomas distintas de aquélla de la que procedan las reses a sacrificar.

En consecuencia la Orden recurrida en ese punto es nula de pleno Derecho como dispuso la Sentencia impugnada y por las razones en ella expresadas".

VI.1.2.c) Las potestades de intervención de la Administración deben ser objeto de interpretación restrictiva:

STS 7 noviembre 201 (RC 2164/2010), sobre la prueba de la antigüedad de un cuadro a los efectos de conceder o no el permiso de exportación:

"...Por otra parte, además, a la Administración le incumbía la carga de probar, que se sobrepasaba esa antigüedad, sobretodo teniendo en cuenta que estamos ante una actividad intervencionista y debe existir una interpretación restrictiva y no extensiva de las limitaciones que permiten a la Administración constreñir la actividad de los particulares".

STS 27 marzo 2012 (RC 1773/2010):

"De entrada, y para no enturbiar la cuestión que realmente ha de ser decidida con temas que son ajenos a ella, afirmamos ante todo que es inoportuna la cita como preceptos infringidos de los artículos 46 CE y 92.4 de aquella Ley 30/1992.

El primero, porque la garantía que impone, o su traducción en un singular interés general al que hayan de atender los procedimientos de declaración de bienes de interés cultural, o las específicas o mayores dificultades que sean propias de ellos, de documentación, de información o de carácter técnico, pueden explicar y justificar que las normas legales de procedimiento prevean un plazo máximo de duración superior a

aqué que establece como regla el inciso segundo del art. 42.2 de la Ley 30/1992 . Pero no que una vez fijado ese mayor plazo, las restantes normas de aplicación deban ser interpretadas en sentido favorable a evitar pronunciamientos de caducidad, pues esto último favorece una conducta pasiva o poco diligente que en sí misma es incompatible con aquel interés general y con ese mayor plazo, a la vez que perjudica sin motivo al titular dominical del bien, que ve alterado el régimen jurídico de éste desde el mismo momento de la incoación y mientras dure el procedimiento.

Y el segundo, porque su más que discutible aplicación en procedimientos iniciados de oficio, queda excluida de raíz cuando la misma norma sectorial, en este caso aquel art. 21.2 de aquella Ley autonómica 4/1999, ordena que el expediente de declaración quede caducado y sin efecto si no se resuelve en plazo”.

VI.1.3. Autorizaciones y concesiones:

VI.1.3.a) El “nomen iuris” carece de trascendencia anulatoria.

STS 10 enero 2012 (RC 5243/2006):

“En este mismo sentido, la utilización en el núm. 5 de ese art. 11 del vocablo “concesión” para referirse a la de una oficina de farmacia, dentro de un marco normativo que se refiere a un procedimiento de autorización, carece del significado que le atribuye la parte recurrente y, en suma, de toda trascendencia anulatoria”.

VI.1.3.b) Autorizaciones de funcionamiento: son indefinidas.

STS 31 enero 2012 RC 1829/2010.

“En el primer motivo de casación, el Letrado de la Comunidad Autónoma de Aragón invoca el carácter temporal de la autorización, que se deduciría de la expresión ámbito de validez recogida en el artículo 8 del Real Decreto 2259/1994, de 25 de noviembre, por el que se regulan los almacenes farmacéuticos de uso humano y productos farmacéuticos.

El examen de la cuestión debe partir de la toma en consideración de lo dispuesto en el apartado primero del artículo 100 de la Ley 14/1986, de 15 de abril, General de Sanidad, dentro de la regulación contenida en su Título V, dedicado a los productos farmacéuticos. Dicho precepto previene que la Administración del Estado exija licencia previa a las personas físicas o jurídicas que se dediquen a la importación, elaboración, fabricación, distribución o exportación de medicamentos y otros productos sanitarios y a sus laboratorios y establecimientos. Es decir, que la actividad de los almacenes farmacéuticos, dedicados, según el artículo primero del Real Decreto 2259/1994, de 25 de noviembre, por el que se regulan los almacenes farmacéuticos de uso humano y productos farmacéuticos, a la obtención, conservación, suministro y exportación de medicamentos de uso humano y sustancias medicinales susceptibles de formar parte de un medicamento elaborado por un laboratorio farmacéutico, así como de los demás productos farmacéuticos que puedan ser objeto de venta en oficinas y servicios de farmacia, se incluye en el campo de actividad a que se refiere aquel precepto legal.

Pues bien, no es ocioso observar que dicho artículo 100.1 contempla la revalidación periódica de la licencia. Revalidar, en su primer significado según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, significa ratificar, confirmar o dar nuevo valor y firmeza a algo. No es lo mismo revalidar que renovar, que supone hacer como de nuevo algo, o volverlo a su primer estado (primera acepción) o sustituir una cosa vieja, o que ya ha servido, por otra nueva de la misma clase (cuarto significado).

Luego la necesidad de revalidar periódicamente la licencia, implica una vigencia estable de la misma, pues, en otro caso, no tendría sentido exigir su ratificación periódica, que implica que, en principio, y salvo decisión motivada en contrario de la Administración, que la licencia sigue rigiendo y produciendo la eficacia que le sea propia.

Del mismo modo, debemos considerar que, al tratarse de una autorización de funcionamiento, ha de ser estimada tendente por naturaleza a una duración indefinida, salvo que la ley dijera lo contrario, cosa que -en el caso examinado- no hace.

A partir de las consideraciones anteriormente realizadas, la decisión de la Sala de instancia, al interpretar el artículo 8 del Real Decreto 2259/1994, en particular el término ámbito de validez, nos parece acertada”.

VI.1.3.3. Autorización para la apertura de centros sanitarios:

STS 15 junio 2009 (RC 4925/2007), con cita de la STS 24 setiembre 2008 (RC 6772/2005).

VI.1.4. Principio de proporcionalidad

En el empleo de potestades por la Administración. STS 13 abril 2011 (RC 3519/2009), sobre reintegro de subvenciones, y STS 16 febrero 2011 (RC 2569/2009), sobre la decisión de una Administración de revocar un convenio de colaboración ante el incumplimiento de sus obligaciones por la otra Administración.

VI.1.5. “Cuota láctea”

STS 20 julio 2009 (RC 5447/2007)

“Antes de examinar los motivos vamos a reflejar la razón de decidir de las distintas sentencias de este Tribunal Supremo que se han pronunciado acerca de la conformidad a derecho del Real Decreto 1192/2000.

1) En el FJ 2º de la sentencia de 10 de febrero de 2003, recurso directo 1594/2000 se afirma respecto al Real Decreto 1192/2000 que “establece en efecto una distribución del aumento de cuota láctea entre Comunidades Autónomas, pero la regulación del mismo es respetuosa con los derechos de los productores individuales. En efecto, se establecen nuevas normas, pero debe destacarse que a tenor de los artículos 2º, 3º y 4º de la disposición impugnada, los productores presentaran solicitudes individuales, que serán resueltas por el Director General de Ganadería según el artículo 6º del Real Decreto. Ciertamente esta autoridad estatal deberá atenerse a la distribución de cantidades entre las Comunidades Autónomas, pero es claro que deberá respetar los derechos individuales de los productores citados y

atenerse a la situación de estos con anterioridad, aun cumpliendo las normas del Real Decreto.

Por lo demás esta Sala no puede dejar de tener en cuenta la previsión que se contiene en el párrafo segundo del artículo 1º del Real Decreto impugnado, el cual dispone que para atender las reclamaciones el 10 por ciento de las cantidades acordadas para cada Comunidad Autónoma permanecerá retenido en la reserva nacional. Ello concuerda con lo que se dispone en el artículo 8 respecto a las reclamaciones que puedan presentarse, reclamaciones éstas que serán atendidas con las cantidades que se retengan.

Es decir, en definitiva de ello se deduce que las autoridades competentes están obligadas a atenerse a las normas comunitarias y en concreto al Reglamento CEE cuya vulneración se alega 3950/1992, de 28 de diciembre, y que la asignación de cuantías globales para cada Comunidad Autónoma no supone vulnerar los derechos de los productores individuales. “

En el FJ Tercero analiza el Reglamento CEE 3950/1992, de 28 de diciembre concluyendo que “De un estudio de dicho Reglamento, varias veces reformado y en parte modificado por el posterior Reglamento CEE 1256/1999, de 17 de mayo, no extrae esta Sala la misma conclusión que la Federación recurrente. Desde luego dicho Reglamento regula los derechos correspondientes y de su contexto se deduce que está aludiendo siempre a los sujetos o empresas que sean productores individuales de leche o de productos lácteos. Pero no se contiene en este Reglamento prohibición ninguna de que los Estados nacionales lleven a cabo una distribución de la cuota láctea asignada que, de forma global, suponga asignar ciertas cantidades a los diversos territorios de cada uno de aquellos Estados. Claro es que sin embargo estaríamos ante una situación de contravención de la norma comunitaria si, efectuada esa distribución, resultase que de ella se deduce la vulneración de los derechos que consagra el Reglamento CEE 3950/1992 y los sucesivos que lo modificaron. Pero como hemos expresado en el Fundamento de Derecho anterior ello no se efectúa por el Real Decreto que se impugna, ya que éste, siguiendo los criterios aprobados por el Congreso de los Diputados, concilia la existencia de una distribución entre Comunidades Autónomas y un respeto de los derechos individuales de los productores, hasta el punto de que prevé un sistema para poder atender las reclamaciones cuando por alguna causa la cuantía de la producción láctea asignada a los individuos o las empresas suponga no respetar sus derechos. No es imposible que ello suceda cuando la producción que deba reconocerse a todos los productores de una Comunidad Autónoma rebase la cuota asignada a la misma, pero desde luego las reclamaciones podrán fundarse además eventualmente en otros motivos distintos del no reconocimiento de derechos por esta causa. Es decir, toda vez que el Real Decreto parte en definitiva de los derechos individuales de los productores y son estos los derechos reconocidos por el Reglamento CEE 3950/1992, de 28 de diciembre, no puede afirmarse validamente que la norma comunitaria citada haya sido transgredida por el Real Decreto.”

2. En el FJ 4º último párrafo de la Sentencia de 25 de abril de 2005, recurso directo 102/2003 se afirma : “ A la vista de los preceptos aplicables entiende esta Sala que el Real Decreto impugnado 347/2003, de 21 de marzo, el cual parte por supuesto de la asignación de una cuota inicial de referencia a la Comunidad Autónoma, no contraviene ni vulnera los Reglamentos comunitarios aplicables, es decir, el Reglamento CEE 3950/92, de 28 de diciembre, y el posterior que lo modifica 1256/99, de 17 de mayo. Así lo hemos declarado ya por otra parte en nuestra reciente Sentencia de 11 de abril de 2005, al resolver el recurso interpuesto en el que se pretendía fuera

declarado contrario a derecho el artículo 38 del mismo Real Decreto, también impugnado en el caso de autos. Por otra parte la aprobación de dicho Real Decreto no supone tampoco que se haya producido vulneración de la competencia exclusiva del País Vasco en materia de agricultura y ganadería.”

VI.2. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

VI.2.1. Concepto de sanción

VI.2.1.a) La pérdida de la condición de funcionario aparejada a la pena de inhabilitación especial no es sanción administrativa, por lo que no resulta infringido el principio “non bis in idem”.

STS 18 octubre 2011 (RC 5534/2008).

“Así respecto a la pérdida de la condición de funcionario aparejada a la pena de inhabilitación especial existe una amplia y reiterada jurisprudencia que no reputa sanción administrativa tal medida sino mera consecuencia de la aplicación de la ley penal.

En la Sentencia de esta Sala, Sección Séptima, de 16 de junio de 2008, recurso de casación 2534/2003, se confirma la de instancia al subrayar que mediante el Decreto impugnado no se impone al funcionario recurrente una nueva sanción, ni se le separa del servicio sino que se limita a declarar que había perdido la condición de funcionario por efecto directo de la condena penal que supuso para él la pérdida sobrevenida de una condición necesaria para pertenecer a la función pública. Se insiste en que, conforme a reiterada jurisprudencia, las penas de inhabilitación especial a las que fue condenado trajeron consigo esa consecuencia que deriva de la aplicación del artículo 37.1 d) del texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, el cual a su vez se corresponde con el artículo 30.1 e) que exige para ingresar en la función pública no hallarse inhabilitado para el ejercicio de funciones públicas.

En la Sentencia de esta Sala, Sección Séptima de 14 de mayo de 2008, recurso de casación 8851/2003 se insiste en que “(b) Porque el artículo 37.2 del TA/LFCE de 1964 debe ser interpretado en coherencia con lo establecido en el CP; y esta interpretación se ve hoy reforzada por lo establecido en el artículo 63.e) de la reciente Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, que incluye esta causa de pérdida de la condición de funcionario de carrera: “La pena principal o accesoria de inhabilitación absoluta o especial para cargo público que tuviere carácter firme”.

También la Sección Séptima de esta Sala en su Sentencia de 1 de junio de 2009, recurso de casación 1877/2005, afirma que “ ni se produce la violación del artículo 24.1 de la Constitución, ni tampoco la del apartado 2, pues la pena de inhabilitación, como señala la sentencia impugnada opera automáticamente, tan pronto como se produce el hecho determinante en la ley, esto es la sanción penal. En consecuencia, no tratándose de un procedimiento sancionador, sino de aplicar el efecto de una sentencia penal, no es de aplicación el procedimiento sancionador que la actora entiende de aplicación. “

VI.2.2. Principios

VI.2.2.a) Principio de legalidad.

a') Doctrina general.

SSTS 18 julio 2011 (RC 224/2010), 18 octubre 2011 (RC 228/2010) y 25 octubre 2011 (RC 281/2012), caso de la Ordenanza para la convivencia cívica de Barcelona.

“Ciertamente, como declaró el Tribunal Constitucional en la sentencia de ocho de mayo de mil novecientos noventa "En el ámbito de las sanciones administrativas, la garantía formal, esto es la reserva de ley, sólo tiene eficacia relativa o limitada en el sentido de permitir un mayor margen en la actuación del Ejecutivo en la tipificación de los ilícitos y sanciones administrativas, por el carácter prescindible de la potestad reglamentaria, aunque tal relativación no puede conducir a admitir conformes al principio de reserva de ley las regulaciones reglamentarias independientes y no claramente subordinadas a la ley ...".

Y, en la sentencia 132/2001, de 8 de julio, reitera el principio de la legalidad sancionatoria en estos términos:

<<Desde la STC 42/1987, de 7 de abril, F. 2, viene declarando este Tribunal que el art. 25.1 CE proscribía toda habilitación reglamentaria vacía de contenido material propio. Esta doctrina ha sido luego pormenorizada y especificada para distintos supuestos de colaboración reglamentaria en la tipificación de infracciones y sanciones. De esta forma hemos precisado, en relación con normas reglamentarias del Estado o de las Comunidades Autónomas, que la Ley sancionadora ha de contener los elementos esenciales de la conducta antijurídica y la naturaleza y límites de las sanciones a imponer (SSTC 3/1988, de 21 de enero, F. 9; 101/1988, de 8 de junio, F. 3; 341/1993, de 18 de noviembre, F. 10; 60/2000, de 2 de marzo, F. 3). Con una formulación más directa dijimos en la STC 305/1993, de 25 de octubre, F. 3, que el art. 25.1 CE obliga al legislador a regular por sí mismo los tipos de infracción administrativa y las sanciones que le sean de aplicación, sin que sea posible que, a partir de la Constitución, se puedan tipificar nuevas infracciones ni introducir nuevas sanciones o alterar el cuadro de las existentes por una norma reglamentaria cuyo contenido no esté suficientemente predeterminado o delimitado por otra con rango de Ley; esta declaración ha sido luego reiterada, entre otras, en la STC 6/1994, de 17 de enero, F. 2. Es claro que, con una u otra formulación, nuestra jurisprudencia viene identificando en el art. 25.1 CE una exigencia de tipificación de los elementos esenciales de las infracciones administrativas y de sus correspondientes sanciones, correspondiendo al Reglamento, en su caso, el desarrollo y precisión de los tipos de infracciones previamente establecidos por la Ley. Ahora bien, según señalamos más arriba, esta doctrina está enunciada para definir la relación entre las leyes y los reglamentos, por lo que necesita de ulteriores precisiones cuando se trata de definir la colaboración normativa de las ordenanzas municipales.>>

Es decir, la cobertura legal de las sanciones administrativas solo exige cubrir con una ley formal una descripción genérica de las conductas sancionables y las clases y cuantías de sanciones.

En el caso que enjuiciamos, los incisos de los artículos 84.2 y 93.1, 2 y 3 anulados por la Sala de instancia, carecen de la suficiente y necesaria cobertura legal, y en este aspecto debemos forzosamente remitirnos a la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la modernización del gobierno local, que entre otros aspectos, introduce un nuevo título a la Ley de Bases de Régimen Local, el XI, referente a la "Tipificación de las infracciones y sanciones por las Entidades Locales en determinadas materias", que vino a colmar una laguna cubriendo las exigencias del principio de legalidad en materia sancionatoria.

La Exposición de Motivos de esta Ley 57/2003, es explícita; dice así:

<<Finalmente, el nuevo título XI de la LRBRL viene a tratar otro aspecto ineludible del régimen jurídico de las entidades locales, al regular la tipificación de las infracciones y sanciones por las entidades locales en determinadas materias. En efecto, no podía demorarse por más tiempo la necesidad de colmar la laguna legal que existe en materia de potestad sancionadora municipal en aquellas esferas en las que no encuentren apoyatura en la legislación sectorial, estableciendo criterios de tipificación de las infracciones y las correspondientes escalas de sanciones para que las funciones de esta naturaleza se desarrollen adecuadamente, de acuerdo con las exigencias del principio de legalidad adaptadas a las singularidades locales, y siempre en defensa de la convivencia ciudadana en los asuntos de interés local y de los servicios y el patrimonio municipal, conforme a la doctrina establecida por la Sentencia del Tribunal Constitucional 132/2001, de 8 de junio.

Conforme a dicha reforma el artículo 139 establece los criterios generales de cobertura para la tipificación de infracciones y sanciones; criterios que pormenoriza el artículo 140 dedicado a la clasificación de las infracciones, siendo, por su parte, el artículo 141 el que establece los límites de las sanciones económicas, únicas previstas.>>

El resultado es que todos los ámbitos de regulación específica local en los que no exista legislación sectorial específica quedan cubiertos, se trate de "relaciones de convivencia de interés local" o del uso de los servicios y equipamientos, infraestructuras, instalaciones y espacios públicos, como dice ahora el artículo 130 de la Ley de Bases de Régimen Local; señalando que "Para la adecuada ordenación de las relaciones de convivencia de interés local y del uso de sus servicios, equipamientos, infraestructuras, instalaciones y espacios públicos, los entes locales podrán, en defecto de normativa sectorial específica, establecer los tipos de las infracciones e imponer sanciones por el incumplimiento de deberes, prohibiciones o limitaciones contenidos en las correspondientes ordenanzas, de acuerdo con los criterios establecidos en los artículos siguientes."

*De ahí, existe en los incisos anulados por la Sala de instancia, -según los artículos 127 y 129.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común,- una falta de habilitación legal para que la Corporación municipal recurrente facultativamente pueda, "previo consentimiento del sancionado o de los padres o madres o tutores o tutoras o guardadores o guardadoras del menor" y mediante resolución motivada sustituir la sanción pecuniaria por otras medidas, **excepto "los trabajos en beneficio de la comunidad"** por la participación de la persona infractora "en actividades cívicas o sesiones informativas".*

Estas SSTS también contienen un pronunciamiento muy interesante sobre el efecto del llamado "ius superveniens", esto es, la convalidación por Ley posterior del Reglamento

(Ordenanza, en este caso) carente de habilitación legal. Vid. apartado “Sistema de fuentes”.

a”) Excepción a este principio en las llamadas “relaciones de sujeción especial”

STS 16 diciembre 2009 (RC 1198/2008), tipificación de infracciones y sanciones en centros educativos por reglamento:

“Coherentemente con lo argumentado en su demanda, sostiene, la Federación recurrente que la sentencia impugnada viene a amparar una infracción de ley, pues, no existe norma habilitante alguna que haga posible la tipificación de conductas contrarias a la convivencia escolar, ni las sanciones a imponer, ya que ni el artículo 124, ni ningún otro de la ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, hace una habilitación especial, ni general, pues las referencias a las normas de organización y funcionamiento de los centros docentes no pueden considerarse como tales.

No compartimos este criterio de la recurrente, pues, si en principio, existe una reserva de ley en materia sancionadora, en el supuesto que enjuiciamos, en el que se trata de dirimir si por vía reglamentaria pueden tipificarse y por ende, sancionarse determinadas conductas que puedan ser, en cierta medida, perturbadoras para el buen orden y funcionamiento de los centros docentes, debemos indicar que en esta específica materia existe un singular precedente judicial que abona la tesis que cuando la potestad disciplinaria se proyecta en materia educativa, es preciso examinar el vínculo jurídico que une a los alumnos con el centro educativo, ya que éstos están sometidos a una relación jurídica de especial sujeción; así en nuestra sentencia de nueve de mayo de mil novecientos noventa y cuatro, recaída en el recurso de apelación 3310/1992, se señaló que “... el reproche al Real Decreto 1543/1988 por regular las materias sobre las cuales versa la reserva de ley, ya ha sido objeto de pronunciamiento por nuestro Tribunal Constitucional en sentencia 77/1985, de 27 de junio en el recurso previo de inconstitucionalidad contra el texto definitivo del Proyecto de Ley Orgánica reguladora de derecho a la Educación (LODE), que en su fundamento jurídico decimocuarto precisa: no es aceptable la argumentación de los recurrentes porque las peculiaridades de la Ley Orgánica -en especial la delimitación positiva de su ámbito de normación- en modo alguno justifican el que el respeto de este tipo de fuente se haya de considerar alterada por las relaciones entre Ley y Reglamento ejecutivo, relaciones que pueden darse en todos aquellos casos en los que la Constitución Española reserva a la Ley -a la Ley Orgánica también- la regulación de una materia determinada”, y en este mismo sentido es de destacar el auto del Tribunal Constitucional número 382/1996, de dieciocho de diciembre al precisar que “esta faceta del derecho a la educación puede ser lícitamente limitada a fin de salvaguardar otros derechos o bienes de naturaleza constitucional.” De ahí que el legislador orgánico, al objeto de tutelar el pacífico disfrute del derecho a la instrucción del conjunto del alumnado, haya establecido como un deber del discente, además del estudio, <<el respeto a las normas de convivencia dentro del centro docente>> (art. 6.2 LODE); normas cuyo establecimiento se confía a la autonomía de los centros privados no concertados (art. 25 LODE). <<El incumplimiento de las normas de convivencia puede, por consiguiente, justificar suficientemente la expulsión de la escuela sin que ello suponga vulneración de un derecho fundamental.>>

En consecuencia, en atención al principio de unidad de doctrina procede desestimar este primer motivo de casación, toda vez que el régimen disciplinario en los centros docentes tiene su cobertura legal entre otros, en los artículos 124.1 de la Ley

Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, y 6.4.g) de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación que respectivamente establecen que "los centros docentes elaborarán sus normas de organización y funcionamiento, que deberán incluir las que garanticen el cumplimiento del plan de convivencia" y, que "son deberes básicos de los alumnos" ... "respetar las normas de organización, convivencia y disciplina del centro educativo".

VI.2.2.b) Principio nos bis in idem:

Exige identidad de sujetos: no concurre cuando la sentencia penal condena al arquitecto, al responsable de la obra y al encargado general de seguridad de la empresa y la sanción administrativa recae sobre la empresa por la no adopción de medidas de seguridad en el trabajo. STS 13 marzo 2010 (RCUD 457/2008) y e el mismo sentido STS 6 octubre 2009 (RCUD 41/2007), haciendo hincapié en que no hay identidad de sujetos, pues la sanción administrativa recae sobre la empresa -persona jurídica- y la penal sobre el encargado de la obra -persona física-

Concurre en un caso en que se sancionó administrativa y penalmente a un ciudadano extranjero por obtener licencia de entrenados presentado pasaporte falso (STS 3 marzo 2010, RC 1797/2008)

VI.2.2.c) Interdicción de la arbitrariedad:

STS 24 noviembre 2009 (RC 5083/2007), sobre imposición de una sanción a Banca March.

“También este motivo debe estimarse. La Sentencia no aceptó que como manifestaba la recurrente la conducta de la Administración fuera arbitraria cuando requerida para que motivase porque sancionaba a la recurrente y, sobre todo, cuando se intentó probar el trato discriminatorio frente al resto de las entidades que realizando idénticas prácticas no eran sancionadas aceptó que así era, pese a lo cuál se limitó a sancionar a la demandante, única entidad elegida por la Asociación de Consumidores y Usuarios para ser objeto de su denuncia.

Esa diferencia de trato debió ser explicada por la Administración y al no hacerlo incurrió en arbitrariedad, conducta proscrita constitucionalmente para todos los poderes públicos, y así debió reconocerlo la Sentencia de instancia que lejos de ello mantuvo que como la Administración al sancionar actuaba dentro de la legalidad no había posibilidad de incurrir en arbitrariedad, declaración claramente errónea cuando de lo que se trataba era de explicar no el trato desigual sino el tratamiento arbitrario consistente en sancionar a alguien por algo que era notorio practicaban cuantos se dedicaban a la misma actividad, aún cuando no hubieran sido denunciados por ello”.

VI.2.3. Procedimiento sancionador

VI.2.3.a) La audiencia de las Juntas Locales de Seguridad prevista en el art. 29.2 LOSC debe darse después de presentadas las alegaciones del presunto infractor.

STS 9 febrero 2011 (RCIL 17/2009):

“Partiendo de lo anterior el recurso debe desestimarse. Y ello porque a juicio de esta Sala la Sentencia no es errónea. Lejos de ello acierta en la interpretación que hace del artículo 29.2 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero. Es cierto que el Art. 54 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, que creó la Junta Local de Seguridad dispuso que: "1. En los municipios que tengan Cuerpo de Policía propio, podrá constituirse una Junta Local de Seguridad, que será el órgano competente para establecer las formas y procedimientos de colaboración entre los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en su ámbito territorial. 2. La constitución de dichas Juntas y su composición se determinará reglamentariamente. La presidencia corresponderá al Alcalde, salvo que concurriera a sus sesiones el Gobernador civil de la provincia, en cuyo caso, la presidencia será compartida con éste".

Ciertamente de ese precepto sólo se desprende que la Junta Local de Seguridad es el órgano competente para establecer las formas y procedimientos de colaboración entre los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en su ámbito territorial, y restringidamente en aquellos municipios que tengan Cuerpo de Policía propio. Pero ello no significa que como ocurre en este supuesto, no sea posible que una norma con rango de Ley, en este caso Orgánica, no pueda atribuir a ese órgano nuevas competencias como la que contempla el Art. 29.2 de la Ley Orgánica 1/1992, de protección de la Seguridad Ciudadana, de ser oídas y con carácter preceptivo por la autoridad municipal competente para la imposición de sanciones.

Buena prueba de lo anterior lo constituye el Real Decreto 1087/2010, de 3 de septiembre, por el que se aprobó el Reglamento que regula las Juntas Locales de Seguridad, y que si bien no es aplicable al supuesto que nos ocupa, pone de manifiesto al referirse a las competencias de la Juntas Locales de Seguridad que su función va más allá de la estricta y esencial diseñada en el Art. 54 de la Ley Orgánica 2/1986 de establecer las formas y procedimientos de colaboración entre los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y la Policía propia del municipio en que se constituya y en su ámbito territorial.

Junto a lo anterior esas Juntas Locales de Seguridad cumplen también tareas dirigidas a ordenar y mejorar la convivencia ciudadana, y así el Art. 4 del Real Decreto citado en su apartado i), les encomienda: "Promover la cooperación con los distintos sectores sociales, organismos e instituciones con incidencia en la seguridad ciudadana del municipio. Para ello, analizará y valorará los trabajos realizados en el Consejo Local de Seguridad, así como la opinión de las diferentes entidades sociales sobre los problemas locales relacionados con la seguridad y la convivencia, a fin de integrar en la actuación pública las preocupaciones y opiniones del tejido social del municipio".

Eso justifica la audiencia que prevé la Ley 1/1992, de las Juntas Locales de Seguridad por la autoridad municipal competente para la imposición de sanciones en los supuestos a que se refiere el Art. 29.2 de la Ley Orgánica citada, y la recta interpretación del precepto no puede ser otra que la que sostiene la Sentencia recurrida de que esa audiencia se produzca una vez que se hayan presentado las alegaciones por el presunto responsable de la infracción cometida. Las razones para ello son las que derivan del conocimiento que las Juntas poseerán acerca del estado de la seguridad y la convivencia ciudadana en el municipio, e, incluso, en el lugar concreto del mismo en que acaecieron los hechos denunciados, y que podrán ser útiles a la autoridad a la

hora de formar el criterio que le lleve a sancionar de un modo u otro la conducta enjuiciada, o, en su caso, archivar el expediente incoado”.

b) Caducidad del expediente: efectos

STS **** (RCUD 3558/2011), citando la STS 24 febrero 2004 (RC 3754/2001):

“Sabemos que la declaración de caducidad no impide la apertura de un nuevo procedimiento sancionador en tanto en cuanto la hipotética infracción que originó la incoación del procedimiento caducado no haya prescrito. Así se desprende, con nitidez, del mandato legal que se contiene en el artículo 92.3 de la Ley 30/1992 (la caducidad no producirá por sí sola la prescripción de las acciones del particular o de la Administración, pero los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de prescripción).

Ahora bien, al declarar la caducidad la Administración ha de ordenar el archivo de las actuaciones (artículo 43.4 de la Ley 30/1992 en su redacción originaria; y artículo 44.2 de la misma Ley en la redacción ahora vigente), lo cual, rectamente entendido, comporta:

a) Que el acuerdo de iniciar el nuevo expediente sancionador (si llega a producirse) puede y debe fundarse en los mismos documentos que, con el valor de denuncia, determinaron la iniciación del expediente caducado. De lo contrario carecería de sentido aquel mandato legal. Afirmación, esta primera, que cabe ver, entre otras, en las sentencias de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo de fechas 1 de octubre de 2001 (dos), 15 de octubre de 2001, 22 de octubre de 2001 y 5 de noviembre de 2001 .

b) Que en ese nuevo expediente pueden surtir efectos, si se decide su incorporación a él con observancia de las normas que regulan su tramitación, actos independientes del expediente caducado, no surgidos dentro de él, aunque a él se hubieran también incorporado. Concepto, éste, de actos independientes, que también cabe ver en las sentencias que acaban de ser citadas.

c) Que no cabe, en cambio, que en el nuevo procedimiento surtan efecto las actuaciones propias del primero, esto es, las surgidas y documentadas en éste a raíz de su incoación para constatar la realidad de lo acontecido, la persona o personas responsables de ello, el cargo o cargos imputables, o el contenido, alcance o efectos de la responsabilidad, pues entonces no se daría cumplimiento al mandato legal de archivo de las actuaciones del procedimiento caducado.

d) Que cabe, ciertamente, que en el nuevo procedimiento se practiquen otra vez las mismas actuaciones que se practicaron en el primero para la constatación de todos esos datos, circunstancias y efectos. Pero habrán de practicarse con sujeción, ahora y de nuevo, a los trámites y garantías propios del procedimiento sancionador y habrán de valorarse por su resultado o contenido actual y no por el que entonces hubiera podido obtenerse. Y

e) Que por excepción, pueden surtir efecto en el nuevo procedimiento todas las actuaciones del caducado cuya incorporación solicite la persona contra la que se dirige aquél, pues la caducidad "sanciona" el retraso de la Administración no imputable al administrado y no puede, por ello, desenvolver sus efectos en perjuicio de éste”.

VII.2.4. Interpretación restrictiva:

Sobre la necesidad de respetar al máximo las garantías del Derecho administrativo sancionador pueden verse las SSTs 24 julio 2012 (RC 5680/2009)

“En realidad, ninguna de esas circunstancias puede "justificar" una infracción de las normas a las que está sometida la Administración tan flagrante como la aquí acontecida, lo que -avanzamos ya- ha de conducir a la estimación del motivo.

Es cierto que el apartado 2 del art. 32 de la Orden, después de exigir que los controles antidopaje se realicen en laboratorios estatales u homologados por el Estado, establece que el laboratorio será el previamente acordado por la Comisión Nacional Antidopaje o la Federación deportiva correspondiente. Ahora bien, ello debe interpretarse dentro del marco del apartado 1 del mismo precepto. Es decir, esta potestad no puede utilizarse por la Administración para incumplir el mandato del art. 32.1 de la Orden, ni mucho menos del art. 58.3 de la Ley del Deporte . Y tampoco puede exigírsele al recurrente haber impugnado dicho acuerdo, que no consta notificado ni publicado, como si se tratara de las bases de una convocatoria de un proceso selectivo.

La referencia al reconocimiento por el Comité Olímpico Internacional tampoco puede justificar la selección del laboratorio con infracción de la Ley y reglamento citados. El art. 71.1 de la Orden establece que ese reconocimiento llevará consigo la homologación siempre que se trate de laboratorios "radicados en territorio español", y este no lo está, por lo que no puede justificarse la aplicación del precepto al caso de autos.

Por último, el argumento de la ineficacia de los laboratorios españoles tampoco es admisible, porque de lo que se trata no es de obtener resultados positivos, sino de practicar las pruebas en un procedimiento sancionador -y aquí está la clave para la estimación del recurso interpuesto- con todas las garantías previstas en la norma y de acuerdo con el procedimiento establecido.

Una vez hemos concluido que la encomienda y práctica del análisis por un laboratorio no homologado son absolutamente contrarias a las normas aplicables, procede extraer las consecuencias de esa antijuridicidad de la decisión administrativa. Y aquí no puede compartirse la conclusión de la Sala de instancia sobre el carácter de irregularidad procedimental no invalidante. Hemos de encuadrar la decisión tomada en un ámbito específico como es el Derecho administrativo sancionador, donde son esenciales la garantía de seguimiento del procedimiento legal y reglamentariamente establecido (art. 134.1 de la Ley 30/02), el derecho a utilizar los medios de defensa que resulten procedentes y estén admitidos por e ordenamiento (arts. 24.2 CE y 135, párrafo 3, de la Ley 30/92) y la presunción de no existencia de responsabilidad mientras no se demuestre lo contrario, derivada del art. 24.2 CE y expresamente garantizada en el ámbito administrativo sancionador en el art. 137.1 de la Ley 30/92 .

Efectivamente, el Tribunal Constitucional ha insistido en que "la presunción de inocencia rige sin excepciones en el ordenamiento sancionador y ha de ser respetada en la imposición de cualesquiera sanciones, sean penales, sean administrativas, pues el ejercicio del ius puniendi en sus diversas manifestaciones está condicionado por el art. 24.2 CE al juego de la prueba y a un procedimiento contradictorio en el que puedan defenderse las propias posiciones. En tal sentido, el derecho a la presunción de inocencia comporta que la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo

o inculpatores de la conducta reprochada; que la carga de la prueba corresponde a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia, y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio" (SSTC 76/1990, de 26 de abril ; 169/1998, de 21 de julio ; 74/2004, de 22 de abril ; y 40/2008, de 10 de marzo , entre otras).

Por eso, previendo la Ley a efectos de imposición de una sanción que los análisis de sustancias dopantes se han de realizar necesariamente y siempre en laboratorios homologados, el hecho de haberse practicado en un laboratorio no homologado, que por tanto no cumple las garantías de personal, instalaciones y exactitud de procedimientos exigida por el Derecho español, hace que sea apreciable una infracción de los derechos del presunto infractor. Con ese modo de practicar la prueba no se ha respetado el procedimiento establecido en las normas, al omitir la única prueba que conforme a la Ley y a la Orden dichas puede fundamentar la sanción. Se ha hurtado además al recurrente la posibilidad de emplear ese medio de prueba previsto por el ordenamiento para su defensa, al remitirse las muestras extraídas directamente al laboratorio no homologado. Y como consecuencia de todo ello se le ha declarado responsable sin una prueba de cargo practicada de acuerdo con las normas reguladoras de la materia. Ello hace que la sanción se haya impuesto sin respetar las garantías mínimas y esenciales de todo procedimiento sancionador. Y al no apreciarlo así la sentencia incurrió en la infracción del art. 24.2 CE , citado en el recurso, y de las garantías derivadas de ese precepto establecidas en los arts. 134.1 , 135.3 ° y 137.1 de la Ley 30/92 . Así como también en la infracción del art. 32 de la Orden de 11 de enero de 1996 (y 58.3 de la Ley del Deporte , de idéntico contenido).

Ello nos conduce a estimar el motivo y a anular la sentencia recurrida.

Y una vez casada la sentencia, entrando a resolver el debate planteado en la instancia como ordena el art. 95.2 d) LJCA , los fundamentos precedentes conducen igualmente a estimar el recurso contencioso administrativo interpuesto, pues las infracciones cometidas por la sentencia son igualmente predicables del acto impugnado, que no respetó las garantías esenciales del procedimiento sancionador”.

VI.2.5. Retroactividad de la norma sancionadora más favorable:

STS 3 marzo 2009 (RC 4197/2006)

“Sin que a lo anterior obsten las alegaciones de la parte recurrente sobre infracción del principio de legalidad o de irretroactividad de las normas, pues es la propia Ley la que dispone su aplicación a los supuesto anteriores a su vigencia, siempre que obviamente que concurren los supuestos que expresamente define y que se ha acreditado que en el supuesto de autos concurren, como adecuadamente valora la propia sentencia recurrida y cita en su apoyo la doctrina constitucional que estima aplicable.

Por otro lado se ha de significar, cual la parte recurrida refiere que en nuestro ordenamiento penal y en materia sancionadora se han aplicado retroactivamente las normas mas favorables incluso en periodo de ejecución de la pena, así la Disposición Transitoria Primera del Código Penal aprobado por Ley Orgánica 10/95 de 23 de noviembre, que está redactada en términos similares a los de la Disposición Transitoria de la Ley 13/2003 mas atrás citada.

Sin olvidar a mayor abundamiento, que esta Sala del Tribunal Supremo al resolver el recurso de casación nº 1861/1998, por sentencia de 11 de abril de 2003, ha aceptado que una infracción se tipifique de muy grave a grave y se reduzca la cuantía de la multa por aplicación de la Ley más favorable, en este caso era la Ley 37/98, y se ha de significar que esta Ley entró en vigor con posterioridad a los escritos de formalización del recurso.

Por último si la sentencia recurrida adecuadamente ha aplicado al supuesto de autos para la valoración de la sanción la norma más favorable, es claro también que en relación con el importe o cuantía de la sanción estaba obligada a aplicar como ha hecho las previsiones de la norma sancionadora que ha aplicado”.

VI.3 ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE FOMENTO (SUBVENCIONES)

VI.3.1 Reintegro:

VI.3.1.a) No es sanción:

STS 22 noviembre 2010 (RC 1054/2009), con cita de las SSTs 2 diciembre 2008 (RC 2181/2006) y 12 marzo 2008 (RC 2618/2006).

“El motivo de casación se centra en el carácter sancionador de la orden de reintegro, en coherencia con lo cual se cita como infringido el artículo 82 del texto refundido de la Ley General Presupuestaria. Ya hemos afirmado, sin embargo, que la exigencia del reintegro debida al incumplimiento de condiciones no tiene aquel carácter punitivo y que su base legal se encuentra en el artículo 81.9 del citado texto refundido cuya interpretación, repetimos, permite imponerla, en principio, como respuesta al incumplimiento de la obligación de justificación, encuadrando en tal concepto la falta de acreditación temporánea del empleo dado a los fondos públicos”.

Misma doctrina en STS 9 marzo 2010 (RC 2137/2006), STS 1 febrero 2010 (RC 1002/2008)

VI.3.1.b) No infringe el principio de confianza legítima:

STS 13 mayo 2009 (RC 2357/2007):

“El motivo ha de decaer. Como hemos expuesto el mismo se funda en la vulneración por la Sentencia recurrida del principio de confianza legítima en el proceder de la Administración que tiene derecho a exigir el administrado frente a la Administración que en este supuesto se vio defraudado por la Administración autonómica canaria que aceptó incluir según afirma en los presupuestos aprobados de la subvención solicitada una partida relativa al beneficio industrial que la realización de la obra iba a suponer para el que la ejecutase y que al llevarla a cabo quien recibió la subvención por sus propios medios tenía derecho a percibir esa suma como si la hubiesen efectuado terceros a cuya retribución iba destinada esa partida.

Sobre esa tesis resumida se sustenta el motivo. Ciertamente el artículo 3.1 párrafo segundo de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en la redacción que le dio la Ley 4/1999, de 13 de enero dispone que: "Igualmente (las Administraciones

Públicas) deberán respetar en su actuación los principios de buena fe y de confianza legítima".

Pero aceptando que ese principio junto con el de buena fe vinculan a las Administraciones Públicas en las relaciones que entablan con los ciudadanos y los administrados, no es posible concluir que ese principio deba en todo caso jugar a favor de estos y en perjuicio de las Administraciones, sino que en cada caso la obligación de respeto que del mismo se deduzca para el proceder de la Administración habrá de estar en relación con las circunstancias que concurren, sin que en el se puedan amparar creencias subjetivas de los administrados que se crean cubiertos por ese manto de confianza si la misma no viene respaldada por la obligación de la Administración de responder a esa confianza con una conducta que le venga impuesta por normas o principios de derecho que le obliguen a conducirse del modo que espera el demandante, confiado en esa pretendida confianza.

Así en Sentencia de 15 de abril de 2.002, rec. de casación núm. 77/1997, y, en esa línea, expresamos que "el principio de protección a 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, comporta, según la doctrina del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea y la jurisprudencia de esta Sala, 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 que se invoca puede suponer la anulación de un acto de la Administración o el reconocimiento de la obligación de ésta de responder de la alteración (producida 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 (Cfr. SSTs de 10 de mayo, 13 y 24 de julio de 1999 y 4 de junio de 2001). Pero ello en el bien entendido de que, no pueden apreciarse los necesarios presupuestos para la aplicación del principio invocado en la mera expectativa de una invariabilidad de las circunstancias, y que ni el principio de seguridad jurídica ni el de la confianza legítima garantizan que las situaciones de ventaja económica que comportan un enriquecimiento que se estima injusto deban mantenerse irreversibles".

Y ya más recientemente en Sentencia de 21 de octubre de 2.008, rec. de casación núm. 705/2.006 manifestamos que "en materia de subvenciones y ayudas comunitarias no cabe apreciar la existencia del principio de confianza legítima en los términos en que el recurrente lo aduce, esto es, para privar a la Administración de su derecho a comprobar si el beneficiario de la ayuda ha cumplido o no las condiciones o requisitos a que estaba obligado, pues el recurrente lo que pretende es, que una vez concedida la ayuda y abonada la cantidad que a ella corresponde, la Administración ha de partir obligadamente de esa realidad, pero ese no es el régimen aplicable a las ayudas, pues una vez concedidas y abonadas la Administración tiene por las normas que lo regulan el derecho a comprobar la realidad y el cumplimiento de las condiciones y requisitos que eran exigidos, sin que con ello vulnere el principio de confianza legítima, ni esté obligada a declarar lesivo el acuerdo que concede y abona la ayuda, pues este durante el plazo que las normas establecen cuatro años está sujeto a las comprobaciones y controles que la Administración realice, cual ha declarado esta Sala entre otras en sentencias de 24 de febrero de 2003 y de 26 de septiembre de 2008" y añadíamos que

"es unánime la jurisprudencia del Tribunal Supremo que declara la naturaleza condicional de los actos de entrega de subvenciones ya parciales ya totales y se admite así la posibilidad de exigir su reintegro una vez comprobado el incumplimiento y siguiendo, como es el caso, el procedimiento correspondiente."

Dicho lo expuesto y descendiendo al supuesto que nos ocupa, no ofrece duda que la pretensión de la demandante carece de fundamento o razón de ser como ya decidió la Sentencia recurrida. Que se incluyese una cantidad en el anejo del resumen de capítulos de la obra no puede considerarse más que como la constatación de una realidad, que no era otra que dado que se iban a realizar las obras se considerase oportuno que existiese un capítulo en el que se estimara la cifra en la que podía consistir la ganancia por beneficio industrial de quien la llevase a término. Pero de ahí no podía extraerse la consecuencia de que cambiando las circunstancias y decidido otro modo de proceder, a saber, que la obra se ejecutase por quien era destinataria de la subvención por sus propios medios, seguía siendo obligado el abono de esa cantidad y, precisamente, a ella que no era el tercero adjudicatario de la posible obra a realizar. De percibir ese importe se produciría un beneficio injustificado que en modo alguno se podía considerar amparado por ese pretendido derecho de la recurrente a la inalterabilidad de las condiciones de la subvención que pretende acoger bajo ese principio de confianza legítima en la actuación de la Administración. Lejos de ello esa confianza perturbaría la defensa de los intereses generales, principio que también ha de presidir la actuación de las Administraciones Públicas y que, en este caso, se identificaría con evitar que nadie obtenga un beneficio al que no tiene derecho, alegando que la Administración se había obligado a realizar algo que no quedaba justificado como es en este supuesto abonar una cantidad por beneficio industrial a la beneficiaria de la subvención cuando carecía de derecho para ello".

En parecidos términos, STS 15 abril 2009 (RC 5369/2006):

"De la sentencia de este Tribunal Supremo de 16 de junio de 2003 , dictada en el recurso de casación número 8832/1998, cabe deducir con toda naturalidad que aquella ausencia de reparos por parte de la Administración gestora de la subvención no excluye en sí misma o por sí sola el posterior control financiero de la Intervención General de la Administración del Estado, ni el reintegro de lo percibido o de parte de ello si así procediera.

Son las normas reguladoras de ese control financiero, más las específicas del control y del procedimiento de reintegro de las subvenciones, así como las relativas al plazo de prescripción del derecho a exigirlo, no invocadas en el motivo, las que satisfacen los principios de legalidad y de seguridad jurídica a que también se refiere éste".

VI.3.1.c) Principio de proporcionalidad: sólo los incumplimientos más graves pueden dar lugar al reintegro.

STS 13 abril 2011 (RC 3519/2009), con cita de otras:

"Aun aceptando la tesis de la parte recurrente, según la cual en septiembre de 2002 ya había creado el número de puestos de trabajo a que se había comprometido, no puede admitirse que el incumplimiento del plazo establecido para ello sea

irrelevante teniendo en cuenta que supone un retraso de siete meses respecto del plazo de seis meses impuestos en la orden de concesión...”

STS 22 noviembre 2010 (RC 1054/2009),

“En ausencia de cualquier explicación satisfactoria no podemos aplicar, sin más, el principio de proporcionalidad como obstáculo a la exigencia de reintegro pues ello equivaldría, en definitiva, a negar toda virtualidad a las exigencias de justificación en plazo del cumplimiento de las condiciones. Los beneficiarios de las ayudas podrían demorar a su voluntad el cumplimiento de esta obligación, en el convencimiento de que una eventual acreditación a posteriori vendría a "sanar" la omisión precedente. Y aun cuando, en efecto, aquel deber de justificación en plazo tenga una finalidad instrumental (esto es, la de acreditar el cumplimiento sustantivo del destino dado a la ayuda recibida, de modo que la Administración pueda verificarlo dentro de los plazos que, a su vez, rigen la actividad administrativa), su carácter instrumental, común a buen número de requisitos formales, no puede ser excusa, sin más, para dejarlo incumplido”.

Con anterioridad en la STS de 27 de septiembre de 2006, recurso de casación 1127/2003 también había sido desestimado un recurso de casación frente a una sentencia que confirmaba el acuerdo de declaración de incumplimiento de una Base de una Orden por no justificar el empleo de una subvención, mediante la aportación de la correspondiente documentación, ni en el plazo fijado por la misma ni tras ser requerida su justificación mediante trámite de audiencia”.

VI.3.1.d) Plazo de prescripción para la acción de reintegro

STS 22 septiembre 2010 (RC 4068/2008)

“Tiene razón la parte recurrente cuando afirma que el Reglamento 2988/1995, del Consejo de 18 de diciembre de 1995, relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas establece, en su art. 3, 1 un plazo de prescripción de cuatro años de las diligencias encaminadas a detectar las irregularidades que den lugar a la retirada de ventajas obtenidas indebidamente. Tal plazo entra en juego respecto de diligencias encaminadas a la detección de irregularidades que culminan en una sanción administrativa o en la adopción de una medida no reputada sancionadora.

Pero además, el apartado 3 del mencionado art. 3 establece que “los Estados miembros conservarán la posibilidad de aplicar un plazo más largo que el previsto en el apartado 1 y en el apartado 2”.

Significa, pues, que la utilización por la Sala de instancia de la regulación contenida en la Ley General Presupuestaria respecto al plazo de reintegro de subvenciones, 5 años, resulta ajustada a derecho tal cual esta Sala reiteradamente ha venido manteniendo en materia de reintegro de subvenciones estatales o comunitarias indebidamente percibidas por incumplimiento de las condiciones impuestas a los beneficiarios con motivo de su otorgamiento.

Tal conclusión se obtiene en razón de la norma aquí aplicable por razones temporales, art. 40.1. Texto refundido Ley General Presupuestaria, Relegislativo 1091/1998, de 23 de septiembre, sin perjuicio de que tras la entrada en vigor de la Ley

General Presupuestaria, 47/2003, de 26 de noviembre, aquella fuese derogada y hubiera sido promulgada la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, cuyo art. 30, establece un plazo de 4 años para el derecho de la administración a reconocer o liquidar el reintegro”.

VI.3.1.e) Interrupción de la prescripción de la acción de reintegro.

Se produce por la notificación del acuerdo de incoación del procedimiento de incumplimiento y reintegro pero también puede producirse por la notificación de cualquier otra acción de la Administración practicada con el mismo fin (art. 39 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones).

STS 15 noviembre 2006 (RC 5971/2002):

“Debe rechazarse que la Sala de instancia haya infringido la jurisprudencia establecida en las sentencias del Tribunal Supremo de acuerdo con la cual la interrupción de la prescripción de la acción de reintegro de subvenciones habría de tener lugar por la notificación del acto de incoación del procedimiento de declaración de incumplimiento y reintegro.

En efecto, como se desprende de la doctrina expuesta en la sentencia de esta Sala de 26 de mayo de 2005 (RC 5971/2002), «según las sentencias cuya doctrina supuestamente resulta vulnerada, el efecto interruptivo se produce, ciertamente, por la incoación formal del expediente. Ahora bien, como acertadamente objeta el Abogado del Estado, en dichas sentencias no se hacía referencia a otras actuaciones administrativas previas del mismo carácter que las que aquí se practicaron ni se niega la eficacia interruptiva de éstas, que, simplemente, no constan como probadas en ellas.

Pueden existir, no obstante, actuaciones administrativas precedentes que, por su contenido material y por el conocimiento formal que de ellas tenga el afectado, provoquen también el efecto de interrumpir el plazo de prescripción. Así sucederá cuando se trate de actuaciones mediante las que la Administración ejerce propiamente funciones de inspección y comprobación del cumplimiento de las condiciones impuestas, como ocurre en el caso de autos, según la apreciación de hechos -ya inobjetable- que contiene la sentencia de instancia”.

VI.3.1.f) Inicio del procedimiento de reintegro (a efectos de caducidad):

STS 21 abril 2009 (RCUD 2/2006):

“Esta Sala y Sección ha resuelto en distintas sentencias la cuestión sobre la que resolvía la Sentencia de instancia, esto es: la fecha de inicio del cómputo del plazo para la tramitación y resolución del procedimiento para el reintegro de subvenciones. Entre dichas Sentencias se encuentran las dictadas el nueve de junio de 2006, recaída en el Recurso de Casación para unificación de doctrina 518/2004, cinco de junio de 2007, dictada en el Recurso de Casación 8974/2004 y el 21 de diciembre de 2007, pronunciada en el Recurso de Casación para unificación de doctrina 199/2006 , este último también interpuesto por la entidad ahora recurrente contra una sentencia en la que se resolvía la impugnación del acuerdo administrativo declarando el reintegro de las ayudas percibidas en una campaña anterior a la que es objeto de las presentes actuaciones. En ambos recursos de casación para la unificación de doctrina las sentencias invocadas como de contraste son las mismas que aquí se traen a colación.

En consecuencia hemos de mantener en esta ocasión por razones de seguridad jurídica y unidad de doctrina lo expuesto en la Sentencia de esta Sala de nueve de junio de dos mil seis , citada, en la que expusimos lo que sigue:

"Sin embargo no debemos limitarnos a esta declaración, ya que hemos de considerar también la argumentación de la organización recurrente relativa a las actas de inspección o control. Respecto a ella no puede acogerse el razonamiento que se expresa en el recurso pues las propias Sentencias de contraste son contradictorias entre sí. En algún caso se hace en ellas la declaración de que el expediente se ha iniciado antes de que se dicte una resolución comunicando la existencia de posibles infracciones, pero ello sucede porque la propia comunicación con la que se inicia normalmente el procedimiento había declarado de forma expresa que ya se había iniciado el expediente administrativo mediante actuaciones anteriores. Desde luego no es éste el supuesto de autos.

*Por ello no puede acogerse el razonamiento de que el plazo de caducidad se cuenta desde la fecha de las actas de inspección y control, **pues comienza desde la comunicación de irregularidades que pueden constituir infracción** , siendo ésta la doctrina correcta".*

VI.3.1.g) Supletoriedad de la Ley General de Subvenciones en subvenciones financiadas por la UE

STS 21 diciembre 2010 (RC 1639/2009)

"Sino, sobre todo, porque tratándose de una subvención cofinanciada por la Unión Europea a través del FEOGA- O (Fondo Europeo de Orientación y Garantía Agraria, sección Orientación), según resulta del primero de los antecedentes de hecho del escrito de demanda y del apartado IV.3 del de contestación, el procedimiento de control de las subvenciones regulado en la Ley 38/2003 tiene carácter supletorio respecto de la normativa comunitaria y la nacional de desarrollo o transposición, según establecen los artículos 6 de la citada Ley y 7 de su Reglamento. Devienen así aplicables, con ese carácter, tanto aquel art. 51.1 de la repetida Ley , incluido en el Título dedicado al control financiero de las subvenciones, como el 96 de su Reglamento que lo desarrolla".

VI.3.2. Límite de la Jurisdicción: improcedencia de reconocimiento del derecho a la obtención de una subvención ante limitaciones presupuestarias:

STS 14 mayo 2009 (RC 3726/2007):

"Este motivo debe ser estimado, pues, partiendo del hecho declarado como probado que la demandante aportó la documentación requerida por la Administración , la Sala de instancia no debió conceder la ayuda solicitada para el proyecto de inversión: <<Ampliación adicional de una instalación de una línea de extracción de zumos>>, ya que si bien, según declaramos, entre otras, en nuestra sentencia de diecisiete de octubre de mil novecientos noventa y siete: <<el instituto de las subvenciones se inscribe dentro de la potestad discrecional de la Administración, pero una vez que la subvención ha sido anunciada y regulada normativamente termina la discrecionalidad y comienza la regla y el reparto concreto escapa del puro voluntarismo de la Administración>>, y dado el contenido económico de toda

subvención, nuestra jurisprudencia también ha señalado que <<la consignación presupuestaria agotada o comprometida impide que se otorguen las subvenciones, aunque en el tiempo en que se realizaron no estuviera materialmente agotada aquella, por no haberse resuelto todos los expedientes en trámite, sin que exista obligación alguna de proceder a un incremento del crédito presupuestado mediante transferencias u otros instrumentos sobre modificación del presupuesto>> -sentencias de cuatro de diciembre de mil novecientos noventa y dos y de dos y tres de noviembre de mil novecientos noventa y tres-.

Y esta doctrina jurisprudencial, se encuentra normativamente refrendada por el artículo 8 de la Orden de la Consejería de Agricultura y Pesca, de 24 de enero de 1996, que dispone: <<la concesión de las ayuda reguladas por la presente Orden quedará sujeta, en todo caso, a las disponibilidades presupuestarias de la Consejería ... existentes en cada ejercicio económico.>>”

VII. ADMINISTRACIÓN CORPORATIVA: COLEGIOS PROFESIONALES

VII.1. RESERVA DE LEY EN MATERIA DE COLEGIOS PROFESIONALES

STS 7 diciembre 2011 (RC 2370/2008):

“Como tiene declarado esta Sala y Sección, sentencia de 7 de junio de 2.010, Recurso de casación nº 2651/2008 , "la reserva de Ley que a los Colegios Profesionales otorga el art. 36 de la Constitución se extiende tal y como expresa el precepto a las peculiaridades propias del régimen jurídico de los mismos y al ejercicio de las profesiones tituladas o, lo que es lo mismo, a su configuración como entes públicos de carácter corporativo, es decir, Corporaciones que cumplen los fines públicos que la Ley les atribuye y que deben ejercer por medio de la estructura de la que se dotan, y cuyo funcionamiento debe ser democrático. Y entre esas funciones o fines que les están encomendados destaca el de la ordenación de la profesión que ejercen quienes constituyen su base asociativa, los distintos profesionales que ejercen la profesión titulada concreta que constituye su razón de ser. De modo que los colegios ordenan el ejercicio de la profesión en aquellos aspectos que justifican su actuación, como son los de establecer los códigos de conducta de los profesionales que los integran, fijar los criterios deontológicos necesarios, ostentar la potestad disciplinaria en sentido amplio, fijando los tipos y sanciones que se puedan imponer a quien quebrante los códigos éticos, establecer las normas por las que se rigen Estatutos y Reglamentos de Régimen Interior, tareas asistenciales a los colegiados etc”.

STS 25 octubre 2011 (RC 3063/2010):

“La resolución de lo que plantea el recurso aconseja tener como premisa que, como ya declaró este Tribunal en Sentencia de 11 de julio de 2011, recurso 6294/2009 , con cita de la de 17 de junio de 2003, recurso 481/1999, el alcance de la reserva de Ley establecida en el artículo 36 de la Constitución respecto de las profesiones tituladas ha sido interpretado por la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo como un principio relativo, que:

" A) No excluye «la posibilidad legal del desarrollo pormenorizado vía reglamento de las Leyes formales para determinar los temas básicos de la regulación

de las profesiones así como las referentes al régimen jurídico aplicable a los Colegios Profesionales» (sentencia de 25 de marzo de 1999, recurso 381/1997).

B) No afecta al Real Decreto que, dentro de la competencia del Estado, va dirigido «no a regular una profesión, sino a requerir la capacitación necesaria para el ejercicio de actividades profesionales» (sentencia de 25 de marzo de 1999, recurso 381/1997).

C) Afecta a las disposiciones que contienen una regulación básica o general de la profesión titulada que, en cuanto tal, sea subsumible en el ámbito de la reserva material de Ley que establece el artículo 36 de la Constitución (sentencias de la antigua Sala Cuarta de 1 de abril de 1986 [sic], 7 de junio de 1986 , 9 de noviembre de 1988 [sic] y 6 de octubre de 1989 y las más recientes de la Sala Tercera de 17 de junio de 1991 y 27 de noviembre de 1993, recurso 99/1990 , 10 de septiembre de 1992 y 11 de septiembre de 1992).

D) Aun admitiendo la indudable relación que existe entre el título académico y el ejercicio de una determinada profesión, no impide reconocer la independencia que debe presidir la regulación de uno y otro, como se deduce del artículo 149.1.30ª de la Constitución, que establece la competencia del Estado para «la regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales». Esta competencia del Estado va dirigida, no a regular una profesión, sino a proporcionar la capacitación necesaria para el ejercicio de actividades profesionales (sentencia de 5 noviembre 1998, recurso 519/1995).

E) No afecta a las disposiciones mediante las que no se establecen requisitos o limitaciones que alteren o afecten de modo sustancial o general al ejercicio de la profesión (sentencia de 21 septiembre 1999, recurso 346/1996).

Como en lo que específicamente se refiere a la relación existente entre la titulación académica tendente a procurar una determinada capacitación y la regulación de la profesión titulada, nuestra reciente Sentencia de 23 de febrero de 2011, recurso 143/2009 , con cita de la de 26 de enero de 2011 , recurso 182/2009 , reitera que del mero hecho de que los planes de estudio recojan las condiciones que habiliten para el ejercicio de una profesión, no se deduce que se regule el ejercicio profesional de la misma, ni que trate de regular el ejercicio de una profesión.

Se trata, por el contrario, de dar cumplimiento a lo que dispone el artículo 12.9 del Real Decreto 1393/2007, de 29 de octubre , por el que se establece la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales, que ordena que los planes de estudios de las titulaciones que habiliten para el ejercicio de actividades profesionales reguladas en España, en todo caso, deben diseñarse de forma que permitan obtener las competencias necesarias para ejercer esa profesión, a cuyo efecto el Gobierno ha de establecer las condiciones a las que deberán adecuarse los correspondientes planes de estudios; siendo por ello aquéllas atribuciones profesionales y no las presentes competencias de la enseñanza, las sometidas a la reserva legal que establece el artículo 36 de la Constitución .".

Consúltese también la STS 13 marzo 2012 (RC 4025/2010), y la STS 7 junio 200 (RC 2651/2008).

Es en todo caso materia reservada a la Ley la obligación de colegiación. STS 23 mayo 2011 (RC 100/2010).

La competencia para crear registros no es exclusiva de los colegios. STS 24 abril 2012 (RC 1902/2010), con cita de la STS 26 enero 2011 (rec. cont-adm. 12/2009).

VII.2 ACTUACIÓN NO REGLADA DE LA ADMINISTRACIÓN

STS 7 julio 2010 (RC 5494/2008)

“El recurso que interponen los Colegiados recurrentes en la instancia formuló en el escrito de interposición seis motivos, si bien la Sección Primera de esta Sala mediante Auto admitió sólo dos de ellos, en concreto, el primero y el sexto, ambos al amparo del apartado d) del núm. 1 del Art. 88 de la Ley de la Jurisdicción por "infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la Jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate”.

En síntesis el motivo primero discrepa de la interpretación por la Sala de los preceptos que invoca, e insiste que la actuación en supuestos como el presente de la Administración es reglada y no discrecional. "De esta forma, cumplidos todos los requisitos exigidos legalmente, como así se produjo, la única actuación posible que tenía que realizar la Administración era autorizar la creación por segregación del Colegio de Gestores Administrativos de Girona. Al no haberse hecho así, se estaría produciendo una infracción de la normativa legal, con infracción de los artículos 9.3 y 103.1 de la Constitución, en cuanto establecen los principios de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y la sujeción al principio de legalidad en la actuación de la Administración Pública. Esta infracción no ha sido tampoco apreciada por la Sala en su sentencia, por haber hecho una indebida interpretación de la normativa aplicable, como hemos justificado”.

(...) El motivo no puede estimarse. Para rechazarlo conviene recordar que los Colegios Profesionales son como expresa el Art. 1.1 de la Ley 2/1.974, "Corporaciones de derecho público, amparadas por la ley y reconocidas por el Estado, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines" que son los que describe el número 3 de ese precepto cuando mantiene que "Son fines esenciales de estas Corporaciones la ordenación del ejercicio de las profesiones, la representación institucional exclusiva de las mismas cuando estén sujetas a colegiación obligatoria, la defensa de los intereses profesionales de los colegiados y la protección de los intereses de los consumidores y usuarios de los servicios de sus colegiados, todo ello sin perjuicio de la competencia de la Administración Pública por razón de la relación funcional”.

Pues bien así como el Art. 36 de la Constitución establece una reserva de Ley en relación con los Colegios Profesionales cuando expresa que: "La ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas. La estructura interna y el funcionamiento de los Colegios deberán ser democráticos" y, en consecuencia, por Ley habrán de regularse esos aspectos concretos de esas Corporaciones, de igual modo el Art. 4.2 de la Ley instituye una reserva reglamentaria para regular "la fusión, absorción, segregación, cambio de denominación y disolución de los Colegios Profesionales de la misma profesión (que) será promovida por los propios Colegios, de acuerdo con lo dispuesto en los respectivos Estatutos, y requerirá la aprobación por Decreto, previa audiencia de los demás Colegios afectados". Es decir que la aprobación de cualquiera de esas posibles decisiones que en el seno de los Colegios se gesten, necesitan para su aprobación una

decisión de la Administración territorial competente que adopte la forma de Real Decreto o de Decreto según el ámbito territorial sobre el que se produzca la decisión, y que la Administración adoptará atendido el interés general.

En este caso así se expresó la Administración catalana que denegó la segregación interesada para constituir un nuevo Colegio en el ámbito territorial de la Provincia de Girona por las razones que consideró oportunas sin perjuicio de la existencia de una Delegación del Colegio Catalán en la ciudad de Girona y con competencia delegada en el ámbito territorial, pero conservando la unidad Colegial en el ámbito de la Comunidad Autónoma. Decisión que por tanto es conforme a Derecho.

Y por lo que hace al motivo sexto tampoco puede estimarse porque en el se afirma que la Sentencia vulnera el principio de reserva de Ley que instaura el Art. 36 de la Constitución de modo que al negar la constitución de un nuevo Colegio en el ámbito territorial para el que se solicitaba, su no creación estaba coartando tanto el derecho de asociación de unos profesionales concretos como el de libre elección de profesión u oficio.

Es obvio que la reserva de Ley la instaura la Constitución para la creación del Colegio Profesional concreto, y siempre a iniciativa de los profesionales interesados, y a esa idea y concepción responde el Art. 4.1 de la Ley 2/1.974, pero en el párrafo final ese mismo artículo 4.1 se cierra añadiendo y "sin perjuicio de lo que se dice en el párrafo siguiente".

Párrafo que recordamos se refiere entre otros aspectos a la segregación de posibles colegios que "será promovida por los propios Colegios, de acuerdo con lo dispuesto en los respectivos Estatutos, y requerirá la aprobación por Decreto, previa audiencia de los demás Colegios afectados" y que por tanto, requiere la aprobación por la Administración que deberá tener en cuenta el interés general que en este caso se justificó en la conveniencia de mantener un único Colegio que prestará una mejor defensa de los intereses de la profesión que la dispersión en varios, y un mejor servicio a los ciudadanos en su relación con los profesionales que lo integran".

VII.3. COLEGIOS OFICIALES DE ENFERMERÍA

VII.3.1. Bolsa de recursos

Hay numerosas sentencias en relación con recursos interpuestos por los Colegios de Madrid, Pontevedra, y Alicante, Castellón y Valencia contra los acuerdos y convocatoria de las sucesivas Asambleas Generales del Consejo General de Colegios Profesionales. Los recursos son prácticamente idénticos, reproducción unos de otros. Entre las más recientes, pueden consultarse las SSTS 6 junio 2012 (RC 4244/2011) 30 abril 2012 (RC 4439/2010), 28 febrero 2012 (RC 5276/2010), 31 enero 2012 (RC 6270/2010), 17 enero 2012 (RC 6131/2010), y 22 noviembre 2011 (RC 4489/2009).

No obstante, la STS 28 septiembre 2010 (RC 4741/2008) rechaza la causa de inadmisibilidad de haberse desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales.

VII.3.2. Cuestiones nuevas

VII.3.2.1. Impugnación de la convocatoria y constitución de las Asambleas, no de los acuerdos adoptados en ellas.

Esta impugnación trae causa de la STS 3 noviembre 2010 (RC 957/2009), que anuló el acuerdo de proclamación de electos del presidente y miembros del pleno del Consejo General de 2006:

“La Corporación colegial recurrente consideró que la Resolución 2/2006 de 28 de marzo de la Comisión Ejecutiva del Consejo General de Colegios de Enfermería de España que proclamó candidatos para la provisión de cargos en el Pleno del Consejo General de Colegios Oficiales de Enfermería e inadmitió una candidatura distinta al cargo de Presidente del Consejo, y proclamó electos a los integrantes de la única candidatura presentada y, en consecuencia, dejó sin efecto el acto electoral previsto para una fecha determinada, no era conforme a Derecho.

La Sala de instancia rechazó ese recurso con el argumento que expuso en el fundamento de Derecho cuarto de su Sentencia, apartado C) cuando manifestó que: "Se alega en último término, que la candidatura del presidente electo D. Eleuterio , incumple lo dispuesto en el art. 7 de la ley de colegios profesionales 2/1974 de 13 de febrero y el art. 28 de los Estatutos en la medida en que dicho Presidente no se encuentra en el ejercicio de la profesión, tal como es exigido en dicha norma. La Sala considera, que entendido ese requisito en el sentido de hallarse en situación de vinculación efectiva con la profesión, de cara al ejercicio de una mejor defensa de su actuación como órgano corporativo, este requisito se cumple siendo Profesor de escuela universitaria de Enfermería de la Universidad Complutense de Madrid, pues para desempeñar ese cometido ha de contar el recurrente con la condición de profesional de la Enfermería. En consecuencia, dicho motivo ha de ser desestimado.

Por todo lo expuesto, y planteado en estos términos el debate ha de desestimarse el recurso contencioso-administrativo interpuesto, confirmándose la resolución impugnada en autos".

Conviene ahora reiterar el argumento del motivo, por otra parte sucinto. Se dice en el lo que sigue: La Sentencia infringe los artículos 7.1 y 9.3 de la Ley de Colegios Profesionales , en relación al art. 28.2 y 3 de los Estatutos del Colegio Oficial de Enfermería, que exigen que los candidatos se encuentren en pleno ejercicio profesional. Se da la circunstancia de que el proclamado candidato nunca ha ejercido la profesión de enfermero".

Considera el motivo que una cosa es poseer el título académico que habilita para el ejercicio de la profesión y otra es el ejercicio de la misma que no se cumple en este supuesto".

El Art. 7.1 de la Ley de Colegios Profesionales dispone que: "Quienes desempeñen los cargos de Presidentes, Decanos, Síndicos u otros similares, deberán encontrarse en el ejercicio de la profesión de que se trate. Los demás cargos deberán reunir iguales condiciones para su acceso, salvo si los Estatutos reservan alguno o algunos de ellos a los no ejercientes".

Por su parte el Art. 9.3 de la misma norma rectora de los Colegios Profesionales mantiene que: "Serán de aplicación a los órganos de los Consejos Generales o Superiores la obligatoriedad del ejercicio profesional y las incompatibilidades a que se refieren los apartados 1 y 2 art. 7 ".

Y por su parte el Real Decreto 1231/2001, de 28 de noviembre, que aprobó los Estatutos generales de la Organización Colegial de Enfermería de España, del Consejo General y de Ordenación de la actividad profesional de enfermería, en su artículo 28.2 relativo a la elección de los miembros del Pleno establece que: "El Presidente del Consejo General será elegido entre cualquier colegiado con más de quince años de ejercicio profesional" y previamente en el inciso final del apartado 1 reitera que: "Serán de aplicación a los órganos del Consejo General la obligatoriedad del ejercicio profesional y las incompatibilidades a que se refiere la Ley de Colegios Profesionales".

Por lo tanto la cuestión se resume en determinar si en este supuesto el candidato proclamado Presidente del Consejo General de Colegios de Enfermería de España poseía la condición exigida tanto por la Ley de Colegios Profesionales como por los Estatutos del propio Consejo de encontrarse en el ejercicio de la profesión de enfermero y con más de quince años de ejercicio profesional.

Pues bien lo que en este caso se exige es el ejercicio de la profesión de enfermero, y ejercer de tal no admite otra acepción no sólo gramatical sino de cualquier otro significado que no sea la de la práctica de una profesión u oficio, en este supuesto la enfermería. En eso consiste el ejercicio de una profesión en la dedicación a la misma, a su desempeño como profesión. Y no se puede tener por ejercida la misma porque se ejerza su docencia y se transmitan unos determinados conocimientos en relación con ella a quienes aspiran a alcanzar el título académico que acredita que los poseen y les habilitan para su ejercicio.

Esa docencia en sus distintos aspectos pueden desempeñarla otros profesionales que no sean enfermeros como médicos, e incluso profesionales no dedicados a las ciencias de la salud, para dotar de conocimientos también necesarios en otros campos a los futuros enfermeros para el ejercicio de la profesión. Y además esa exigencia de ejercicio profesional que reclaman los estatutos para la elección de los miembros del Pleno no se queda en el ejercicio de la profesión sino que en el caso del Presidente como ocurre en este supuesto debe acreditarse que se ha ejercido al menos durante quince años.

En consecuencia en modo alguno es posible compartir la conclusión que alcanzó la Sala de instancia en la Sentencia recurrida cuando equiparó ese requisito de ejercicio profesional con el hecho de ser "profesor de escuela universitaria de Enfermería de la Universidad Complutense de Madrid, pues para desempeñar ese cometido ha de contar el recurrente con la condición de profesional de la Enfermería".

Esa conclusión no es adecuada para cumplir con la exigencia de ejercicio profesional que requieren la Ley y los Estatutos como se anticipó, y no lo es porque, como ya hemos expuesto, son cosas distintas poseer la titulación académica que habilita para el ejercicio posterior de una profesión, e incluso para ejercer la función docente de la misma, y otra cosa bien diferente es el ejercicio profesional, es decir el ejercicio de la profesión, para el cual se precisan de modo instrumental los conocimientos adquiridos que se ponen en práctica con el desempeño de la profesión.

La estimación de este motivo y en consecuencia la casación de la Sentencia de instancia que se declara nula, y sin ningún valor ni efecto, hace innecesario ocuparse de los anteriores".

Consecuencia de lo anterior es que determinados Colegios han impugnado las convocatorias de las Asambleas por considerar que siendo nulo tal acuerdo lo ha de ser

la convocatoria y constitución de la Asamblea con presencia del presidente y miembros del pleno. Pero es una alegación ya desestimada. STS 6 junio 2012 (RC 4244/2011)

“En el presente caso, la cuestión se plantea en el escrito de conclusiones por primera vez, trayendo al proceso la sentencia dictada por esta Sala y Sección de 3 de noviembre de 2010 y por ello, y en atención a lo previsto por el artículo 65.1 de nuestra Ley de la Jurisdicción no cable plantearse en esta fase procesal cuestiones nuevas o que no constituyan el objeto del pleito por no haber sido planteadas y sido objeto de prueba en la fase de alegaciones. No se observa error o vicio alguno en la sentencia de instancia por el hecho de que no trate esta cuestión, siendo que tampoco había sido puesta de manifiesto la pendencia de este proceso en ningún momento anterior o que la resolución del mismo pudiera afectar indefectiblemente al presente a los efectos de poder adoptar una decisión de suspensión.

Pero, aun considerando la desestimación del motivo por no ser el mismo procedente, no está de más hacer una referencia misma a la causa de nulidad alegada, que ha de considerarse irrelevante en el funcionamiento del Consejo con anterioridad al dictado de la sentencia de esta Sala. No podemos considerar que la misma llegue a producir o tenga virtualidad, para la declaración de una hipotética nulidad absoluta de pleno derecho del acto por incurrir la causa de nulidad del artículo 62.1 e) y f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre . Y ello por cuanto es a partir de la interpretación del "ejercicio profesional" efectuada por esta Sala, cuando se termina por cerrar qué requisitos han de cumplir los posibles candidatos para ejercer cargos electivos en la Corporación, sin que se hubiera adoptado resolución judicial cautelar alguna que suspendiera el ejercicio de la Presidencia por la persona que inicialmente había obtenido el mismo en virtud de elecciones celebradas o que manifiestamente en el Presidente hubiera una absoluta incapacidad para serlo. Por tanto, y entendiendo que el principio de ejecutividad de los actos administrativos - artículo 56 y 57 de la Ley 30/1992 - unido a la no concurrencia de un vicio de nulidad radical, absoluta , de pleno derecho que determinara una inexistencia absoluta y radical de las condiciones en la persona que ejercía el cargo de Presidente, determina que deba conservarse y dar ejecutividad y validez a los actos que por el fueron ejercitados, sin perjuicio de que alguno de ellos en concreto pudieran ser atacados por otros motivos que evidenciaran otros vicios o defectos”.

En la misma línea, STS 25 septiembre 2012 (RC 4151/2011) y **** (RC 4873/2011).

VII.3.2.2. Impugnación de los acuerdos de la Asamblea que establecen la cuota de colegiación por infringir el art. 3.2 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales según su nueva redacción dada por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre.

Es una cuestión pendiente de resolver (era Derecho no aplicable en el caso de la STS 25 septiembre 2012, RC 4151/2011):

“El tercer y último motivo del recurso (sexto del escrito de interposición) denuncia la infracción del artículo 3.2 de la Ley de Colegios Profesionales <<"tal y como quedó redactado por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre">>. La sentencia recurrida acepta que la fijación de la cuota de colegiación se fije por el Consejo (fundamento jurídico quinto, pronunciándose sobre la resolución 12/09). Y el Colegio aquí recurrente admite que existe jurisprudencia de esta Sala que apoya la legalidad de esta decisión. Pero inmediatamente matiza que <<"esas sentencias no tienen en cuenta

(por razón del tiempo de tramitación de los recursos) que la Ley 25/2.009, de 22 de diciembre, modificó el art. 3.2 de la Ley de Colegios Profesionales, estableciendo que "La cuota de inscripción o colegiación no podrá superar en ningún caso los costes asociados a la tramitación de la inscripción">>. Y a raíz de ello, concluye:

<<Como son los Colegios, cada Colegio, el (sic) que tramita la inscripción, es obvio que sólo el Colegio que eleva (sic) a cabo la colegiación puede "conocer los costes asociados a la tramitación", por lo que es el Colegio, y no el Consejo, el único que puede fijar la cuota de inscripción en el Colegio, siendo, en consecuencia, nula la resolución recurrida por infringir el art. 3.2 de la Ley de Colegios>>.

Para la desestimación del motivo no es necesario acudir a la jurisprudencia que cita el Consejo General recurrido sobre su competencia para fijar las cuotas de ingreso (cita las sentencias de 4 de febrero de 2.004, y de 19 de octubre de 2.010, recurso de casación 6.415/2.008). Ni tampoco al artículo 45 de los Estatutos que menciona entre los ingresos del Consejo las "cuotas de ingreso al Consejo General o a la Organización Colegial, que puedan ser fijadas por la Asamblea General". Basta con acudir a la disposición final quinta de la propia Ley 25/2009, de 22 de diciembre (BOE de 23 de diciembre), que dio al art. 3.2 de la Ley de Colegios la redacción que se reputa infringida en este motivo.

Según la citada disposición final, la Ley 25/2.009 no entró en vigor hasta el 27 de diciembre de ese mismo año. Es decir, que ni estaba publicada ni, por supuesto, había entrado en vigor en la fecha que se aprobó la resolución impugnada (12 de noviembre de 2.009). Por lo que en modo alguno pudo ser infringida por ésta. Ni tampoco por la sentencia que no anuló esa resolución por ser contraria a la misma Ley, pues según el principio "tempus regit actum" el Derecho aplicable es el vigente en la fecha de la resolución administrativa impugnada (este principio es reconocido, entre otras, en la sentencia de 9 de junio de 2.008, recurso de casación 6.689/2.005, con cita de otras). En consecuencia, decae el motivo".

VII.4. Federaciones deportivas

Varios recursos impugnaron la Orden del Ministerio de Educación y Ciencia ECI/3567/2007, de 4 de diciembre, por la que se regulan los procesos electorales en las Federaciones Deportivas Españolas. Fueron desestimados en las SSTS 6 marzo 2012 (RC 6445/2009) y 13 marzo 2012 (RC 774/2010), que se remite a las STS de 15 de diciembre de 2011 (recurso 6136/2009) 8 de noviembre de 2010 (recurso 2199/2009) y 22 de diciembre de 2010 (recurso 178/2007). En ellas se hacen algunas declaraciones generales de interés sobre las Federaciones deportivas.

STS 6 marzo 2012 (RC 6445/2009):

"Esto por cuanto dichos motivos ya fueron analizados y rechazados por la Sentencia de este Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2010 (recurso 2199/2009), cuya razón de decidir reitera la de 22 de diciembre de 2010 (recurso 178/2007), que declara: "SEXTO.- Hemos recogido con cierta extensión el contenido de la sentencia de 16 de diciembre de 2009 porque, por un lado, confirma los aspectos principales del régimen jurídico de las federaciones deportivas y, de otro, afronta, si bien respecto del Real Decreto 1026/2007, los mismos problemas a los que ahora nos enfrentamos a propósito de la Orden de 4 de diciembre de 2007 y lo hace con un enfoque y unos argumentos que, a nuestro parecer, son plenamente aplicables a la controversia que nos ha sometido la RFEF, uno de los recurrentes en el proceso al que puso fin aquella

sentencia. Naturalmente, esto supone que también ahora hemos de llegar a la misma solución desestimatoria seguida entonces por la Sala.

Así, por lo que se refiere al marco jurídico trazado por el legislador para las federaciones deportivas, basta con recordar que son asociaciones especiales cuyo régimen jurídico se halla en la Ley 10/1990 y en las normas que la desarrollan. Según se ha visto, la propia Ley Orgánica 1/2002 en su artículo 3.1 establece que se registrarán por su legislación específica y, como se ha indicado, en esa regulación propia se han establecido reglas concretas que trazan las líneas maestras de la organización que han de adoptar esas federaciones y se autoriza al Gobierno, primero, y al Ministro, después, para dictar normas reglamentarias que las completen. Esto último es lo que han hecho el Real Decreto 1835/1991, ahora modificado por el Real Decreto 1026/2007, emanados en virtud de la autorización concedida por el artículo 31.6 y por la disposición final primera de la Ley 10/1990, y la Orden de 4 de diciembre de 2007 que el Ministro de Educación y Ciencia ha dictado haciendo uso de la habilitación que le confieren la disposición final primera del Real Decreto 1835/1991 y su artículo 14.2 in fine para establecer previsiones adicionales en lo relativo a los procesos electorales.

A su vez, el ejercicio por estas federaciones de funciones públicas de carácter administrativo (artículo 30.2 de la Ley 10/1990), la representación de España que se les atribuye en el plano internacional (artículo 33.2) y, en general, la relevancia que el deporte y su organización tienen en la vida social (artículo 43 de la Constitución y preámbulo de la Ley 10/1990) no sólo justifican que se las someta a la coordinación y tutela del Consejo Superior de Deportes (artículo 33 de la Ley 10/1990), sino también que se les impongan determinadas exigencias en el plano de su organización y funcionamiento y en lo relativo a los procesos electorales correspondientes a sus órganos de gobierno. No debe pasarse por alto, en este sentido, que la Constitución ha impuesto a algunas de las asociaciones y entidades de base asociativa más relevantes por la trascendencia de las funciones que desempeñan --los partidos políticos, los sindicatos, las asociaciones empresariales, los colegios y las organizaciones profesionales-- una estructura interna y un funcionamiento democráticos (artículos 6 y 7 y 36 y 52). Ni tampoco que la Ley del Deporte ha querido extender a las federaciones deportivas exigencias de esta naturaleza (artículo 31.1) y el Real Decreto 1835/1991 las ha articulado”.

VIII. ADMINISTRACIÓN LOCAL

VIII.1. AUTONOMÍA LOCAL

VIII.1.1. Doctrina general, con cita de jurisprudencia constitucional.

STS 28 junio 2011 (RC 4257/2010):

“Con carácter previo, y dado que el recurso de casación interpuesto por la Comunidad Autónoma recurrente, comienza denunciando la infracción del artículo 142 de nuestra Constitución, parece oportuno recordar la doctrina que ha sentado el Tribunal Constitucional sobre la autonomía de los entes locales en general y de los municipios y provincias en particular, acerca de la aplicación de los principios de autonomía financiera y suficiencia a las citadas entidades locales territoriales. Pues

bien, esta doctrina, por lo que a este proceso interesa, figura resumida, entre otras, en la Sentencia de esta Sala de 8 de octubre de 2010, recaída en el recurso de casación nº 4092/2009, en los siguientes puntos:

“1) La autonomía local reconocida en los arts. 137 y 140 de la CE -ha dicho el máximo intérprete de nuestra Constitución- «se configura como una garantía institucional con un contenido mínimo que el legislador debe respetar y que se concreta, básicamente», en el «derecho de la comunidad local a participar a través de órganos propios en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen, graduándose la intensidad de esta participación en función de la relación existente entre los intereses locales y supralocales dentro de tales asuntos o materias» (SSTC 40/1998, de 19 de febrero, FJ 39; y 240/2006, de 20 de julio, FJ 8; en términos similares, STC 159/2001, de 5 de julio, FJ 4). En el mismo sentido, pero con más precisión, se ha afirmado que «la autonomía local consagrada en el art. 137 CE (con el complemento de los arts. 140 y 141 CE) se traduce en una garantía institucional de los elementos esenciales o del núcleo primario del autogobierno de los entes locales territoriales, núcleo que debe necesariamente ser respetado por el legislador (estatal o autonómico, general o sectorial) para que dichas Administraciones sean reconocibles en tanto que entes dotados de autogobierno» (SSTC 159/2001, cit., FJ 4; y 240/2006, cit., FJ 8). Se trata -ha apuntado el Tribunal Constitucional- de una noción «muy similar a la que luego fue acogida por la Carta Europea de la Autonomía Local de 1985 (ratificada por España en 1988), cuyo art. 3 ("Concepto de la autonomía local") establece que "por autonomía local se entiende el derecho y la capacidad efectiva de las entidades locales de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos, en el marco de la ley, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes"» (SSTC 159/2001, cit., FJ 4; 240/2006, cit., FJ 8).

2) Más allá de este límite de contenido mínimo que protege la garantía institucional la autonomía local «es un concepto jurídico de contenido legal, que permite configuraciones legales diversas, válidas en cuanto respeten aquella garantía institucional» (SSTC 170/1989, de 19 de octubre, FJ 9; 240/2006, cit., FJ 8). En efecto, los arts. 137, 140 y 141 CE contienen una garantía institucional de las autonomías provincial y municipal, en el sentido de que no prejuzgan «su configuración institucional concreta, que se defiere al legislador ordinario, al que no se fija más límite que el del reducto indisponible o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza» (SSTC 32/1981, de 28 de julio, FJ 3; y 159/2001, cit., FJ 4). Ello significa que «la Constitución no precisa cuáles sean esos intereses respectivos del art. 137 CE, ni tampoco cuál el haz mínimo de competencias que, para atender a su gestión, el legislador debe atribuir a los entes locales» (STC 159/2001, cit., FJ 4). De modo que la garantía institucional de la autonomía local no asegura un contenido concreto ni un determinado ámbito competencial, «sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar», de suerte que solamente podrá reputarse desconocida dicha garantía «cuando la institución es limitada, de tal modo que se la priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre» (SSTC 32/1981, cit. FJ 3; 109/1998, de 21 de mayo, FJ 2; y 159/2001, cit., FJ 4). En definitiva, «[e]n la medida en que el constituyente no predeterminó el contenido concreto de la autonomía local, el legislador constitucionalmente habilitado para regular materias de las que sea razonable afirmar que formen parte de ese núcleo indisponible podrá, ciertamente, ejercer en uno u otro sentido su libertad inicial de configuración, pero no podrá hacerlo de manera que

establezca un contenido de la autonomía local incompatible con el marco general perfilado en los arts. 137, 140 y 141 CE»; «[s]o pena de incurrir en inconstitucionalidad por vulneración de la garantía institucional de la autonomía local, el legislador tiene vedada toda regulación de la capacidad decisoria de los entes locales respecto de las materias de su interés que se sitúe por debajo de ese umbral mínimo que les garantiza su participación efectiva en los asuntos que les atañen y, por consiguiente, su existencia como reales instituciones de autogobierno» (SSTC 159/2001, cit., FJ 4; 51/2004, de 13 de abril, FJ 9; 252/2005, de 11 de octubre, FJ 4; y 240/2006, cit., FJ 8).

3) El Tribunal Constitucional ha afirmado «la conexión entre la garantía constitucional de la autonomía local (arts. 137, 141 y 142 CE) y la competencia que ostenta el Estado sobre "las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas" (art. 149.1.18 CE), de tal forma que debe ser el legislador estatal, con carácter general y para todo tipo de materias, el que fije unos principios o bases relativos a los aspectos institucionales (organizativos y funcionales) y a las competencias locales, con cobertura en el art. 149.1.18 CE, siendo esa la doctrina que ha inspirado el sistema que articula la Ley reguladora de las bases del régimen local» (STC 240/2006, cit., FJ 8; véanse las SSTC 32/1981, de 28 de julio, FJ 4; 76/1983, de 5 de agosto, FJ 19; 27/1987, de 27 de febrero, FJ 2; y 214/1989, de 21 de diciembre, FJ 2). En este sentido, el Tribunal ha sostenido que el «cauce y el soporte normativo de la articulación de esta garantía institucional» de la autonomía local es la Ley estatal de Régimen Local (STC 159/2001, cit., FJ 4), norma que, por definir o delimitar las competencias estatales y autonómicas, y por actuar los valores superiores consagrados en el art. 137 CE, «tiene una singular y específica naturaleza y posición en el Ordenamiento jurídico» (SSTC 259/1988, de 22 de diciembre, FJ 2; y 159/2001, cit., FJ 4). Y, con independencia de que la LBRL se integre o no en el llamado "bloque de la constitucionalidad" (aunque esto fue lo que sostuvieron las SSTC 27/1987, cit., FJ 5, 109/1998, de 26 de mayo, FFJJ 5 y 12, y 159/2001, cit., FJ 4, parece que se ha abandonado esta tesis en la STC 240/2006, cit., FJ 8), interesa subrayar que en sus últimos pronunciamientos el Tribunal Constitucional viene afirmando que «[d]e la ley autonómica sólo podría ser canon de validez la Ley de las bases del régimen local en aquellos aspectos enraizables directamente en los arts. 137, 140 y 141 CE» (STC 240/2006, cit., FJ 8), dado que «[s]ólo aquellos extremos de la LBRL que puedan ser cabalmente enraizados de forma directa en los arts. 137, 140 y 141 CE, de cuyo contenido no representen más que exteriorizaciones o manifestaciones, forman parte del contenido de la autonomía local constitucionalmente garantizada, mientras que los que se refieran a aspectos secundarios o no expresivos de ese núcleo esencial en el que consiste la garantía institucional, que son mayoría en el seno de la LBRL y que se incardinan, desde el punto de vista competencial, en el art. 149.1.18ª CE, tienen una distinta naturaleza desde el punto de vista constitucional y ordinamental» (SSTC 159/2001, cit., FJ 4; y 240/2006, cit., FJ 8).

4) En lo que al ámbito económico se refiere, esa autonomía de que gozan los entes locales tiene dos aspectos: la vertiente de los ingresos y la de los gastos. Por lo que a la primera de ellas respecta, el Tribunal Constitucional ha señalado que el art. 142 CE, al señalar que las «Haciendas locales deberán disponer de los medios suficientes para el desempeño de las funciones que la Ley atribuye a las Corporaciones respectivas», no «garantiza a las Corporaciones locales autonomía económico-financiera en el sentido de que dispongan de medios propios "patrimoniales y tributarios" suficientes para el cumplimiento de sus funciones, sino que lo que dispone

es únicamente la suficiencia de aquellos medios» (SSTC 96/1990, de 24 de mayo, FJ 7; y 48/2004, de 25 de marzo, FJ 10; en el mismo sentido, SSTC 179/1985, de 19 de diciembre, FJ 3, y 166/1998, de 15 de julio, FJ 10). En definitiva, es «el principio de suficiencia de ingresos y no el de autonomía financiera el que garantiza la Constitución española en relación con las haciendas locales», suficiencia de medios que constituye el presupuesto indispensable «para posibilitar la consecución efectiva de la autonomía constitucionalmente garantizada» (SSTC 96/1990, de 24 de mayo, FJ 7; y 48/2004, cit., FJ 10). En efecto, el principio de autonomía que preside la organización territorial del Estado (arts. 2 y 137 CE) «ofrece una vertiente económica importantísima, ya que, aun cuando tenga un carácter instrumental, la amplitud de los medios determina la posibilidad real de alcanzar los fines» (SSTC 237/1992, de 15 de diciembre, FJ 6; y 48/2004, cit., FJ 10). «La autonomía de los entes locales va, entonces, estrechamente ligada a su suficiencia financiera, por cuanto exige la plena disposición de medios financieros para poder ejercer, sin condicionamientos indebidos y en toda su extensión, las funciones que legalmente les han sido encomendadas» (SSTC 104/2000, de 13 de abril, FJ 4; y 48/2004, cit., FJ 10); es decir, «para posibilitar y garantizar, en definitiva, el ejercicio de la autonomía local constitucionalmente reconocido» en los arts. 137, 140 y 141 CE [SSTC 331/1993, de 12 de noviembre, FJ 2 b); y 48/2004, cit., FJ 10; en el mismo sentido, SSTC 96/1990, FJ 7; 171/1996, de 30 de octubre, FJ 5; 233/1999, de 16 de diciembre, FFJJ 4 b) y 22; y 104/2000, FJ 4].

5) Pero el art. 142 CE, «en conexión con el art. 137 de la Norma suprema consagra, además del principio de suficiencia de las haciendas locales, la autonomía en la vertiente del gasto público, entendiéndose por tal la capacidad genérica de determinar y ordenar, bajo la propia responsabilidad, los gastos necesarios para el ejercicio de las competencias referidas» (SSTC 109/1998, de 21 de mayo, FJ 10; y 48/2004, cit., FJ 10). Autonomía local en la vertiente del gasto que entraña, al menos, dos exigencias. De una lado, «la plena disponibilidad» por las corporaciones locales de sus ingresos «sin condicionamientos indebidos y en toda su extensión, para poder ejercer las competencias propias» (SSTC 109/1998, cit., FJ 10; y 48/2004, cit., FJ 10; véase también la STC 237/1992, de 15 de diciembre, FJ 6). Y, de otro lado, la capacidad de decisión sobre el destino de sus fondos, también sin condicionamientos indebidos; «[s]olamente así, en rigor, asegurando prima facie la posibilidad de decidir libremente sobre el destino de los recursos -ha dicho el Tribunal Constitucional-, adquiere pleno sentido la garantía de la suficiencia de ingresos "para el desempeño de las funciones que la Ley atribuye a las Corporaciones respectivas", según la dicción literal del mencionado art. 142 CE» (SSTC 109/1998, cit., FJ 10; y 48/2004, cit., FJ 10).

6) Ahora bien, dado que, como se ha dicho, en relación con la autonomía local «lo que la Constitución veda de una forma terminante y sin excepciones no es sino el menoscabo del núcleo esencial o reducto indisponible de la institución, estrictamente», el Tribunal Constitucional ha señalado que la autonomía en el ámbito económico, y, concretamente, en la vertiente del gasto, de la que gozan los entes locales, «puede ser restringida por el Estado y las Comunidades Autónomas», pero siempre que dicha restricción se lleve a cabo «dentro de los límites establecidos en el bloque de la constitucionalidad» (SSTC 109/1998, cit., FJ 10; y 48/2004, cit., FJ 10). A este respecto, el máximo intérprete de la Constitución ha hecho dos precisiones que conviene que pongamos de manifiesto. En primer lugar, que, de igual manera que el art. 156 CE vincula la autonomía de las Comunidades Autónomas «al desarrollo y ejecución de sus competencias», de modo que «dichos entes territoriales solo pueden

financiar o subvencionar actividades de su competencia» (véanse, sobre este particular, las SSTC 14/1989, de 26 de enero, FJ 2; 13/1992, de 6 de febrero, FJ 7; y 95/2001, de 5 de abril, FJ 3), «el art. 142 CE garantiza la suficiencia de los medios de las haciendas locales estrictamente para "el desempeño de las funciones que la Ley atribuye a las Corporaciones respectivas", por lo que debe llegarse a la misma conclusión necesariamente en relación con los entes locales»; es decir, que las Corporaciones locales, «en principio, no se hallan constitucionalmente legitimadas para financiar actividades o servicios asumidos por [una] Comunidad Autónoma, en la medida en que care[zca] de competencia alguna sobre los mismos» (STC 48/2004, cit., FJ 11). Y, en segundo lugar, que, «en la medida en que cualquier transferencia de recursos de una hacienda territorial a otra -en este caso, de un municipio a una Comunidad Autónoma-, impuesta unilateralmente por una de ellas, implica una alteración de los ingresos o recursos financieros de la hacienda propia del ente territorial al que se impone la transferencia de fondos, incidiendo así en el instrumento indispensable para el ejercicio de sus competencias propias o, lo que es igual, en el ámbito de su autonomía, hemos de considerar que dicha transferencia forzosa de recursos, como fuente de financiación, debe encontrar expresa habilitación en el bloque de la constitucionalidad», en definitiva, en el art. 157 CE, en el art. 4 LOFCA o, en fin, en el Estatuto de autonomía de la Comunidad Autónoma (STC 48/2004, cit., FJ 12).

En virtud de esta doctrina, en la STC 48/2004, de 25 de marzo, varias veces citada, el Tribunal Constitucional estimó las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas planteadas contra el art. 12 de la Ley 5/1987, precepto que, en los supuestos de traspaso a la Comunidad Autónoma de Cataluña de servicios que, en virtud de competencias propias, venían desarrollando las Diputaciones provinciales catalanas (como eran la atención sanitaria y los servicios de asistencia social), imponía a estas corporaciones locales «una detracción de fondos a favor de la Generalidad, consistente en un porcentaje sobre los ingresos corrientes de dichas Diputaciones, destinado a costear o financiar aquellos servicios, que ya había asumido el ente autonómico como de su plena titularidad y, por tanto, con entera responsabilidad sobre la gestión de los mismos» (FJ 11; la cursiva es nuestra). En síntesis, el máximo intérprete de la Constitución llegó a la conclusión de que la citada detracción forzosa de fondos provinciales al «limita[r] directamente la plena disponibilidad por las Diputaciones provinciales de sus ingresos, mermándolos», y condicionar «indirectamente, la capacidad de aquéllas de decidir libremente sobre el destino de sus recursos o ingresos», vulneraba la autonomía local porque tales limitaciones o condicionamientos no estaban autorizadas por el bloque de la constitucionalidad, dado que, por una parte, «el artículo 142 CE vincula, en principio, la suficiencia de ingresos de las haciendas locales al ejercicio, por los correspondientes entes locales, de las funciones o competencias legalmente atribuidas», y, por otra parte, «los preceptos del mencionado bloque de constitucionalidad [arts. 157.1 CE, 4 LOFCA y 44 EAC], reguladores de los recursos de las Comunidades Autónomas, no permiten a éstas el establecimiento, como recurso propio ordinario, de una participación en los ingresos corrientes de las Diputaciones provinciales» (FJ 11).”

Y esta doctrina se ratifica en la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio de 2010, dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 8045-2006, interpuesto contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, poniendo de manifiesto lo siguiente:

“La autonomía local reconocida en los arts. 137, 140 y 141 CE tiene una vertiente económica, en ingresos y gastos (STC 48/2004, de 25 de marzo, FJ 10). En relación con los ingresos, la autonomía local presupone la existencia de “medios suficientes” para el desempeño de las funciones que la ley atribuye a las corporaciones locales (art. 142 CE), siendo el principio de suficiencia de ingresos y no propiamente el de autonomía financiera el que garantiza la Constitución española en relación con las haciendas locales (STC 48/2004, de 25 de marzo, FJ 10). De acuerdo con el art. 142 CE son dos las fuentes primordiales de financiación de las corporaciones locales, la participación de éstas en los tributos del Estado y de las Comunidades Autónomas y los tributos propios, teniendo en cuenta que el apartado 1 del art. 133 CE reserva al Estado de manera exclusiva la potestad originaria para establecer tributos, mientras que el apartado 2 del mismo precepto permite a las corporaciones locales establecer y exigir tributos “de acuerdo con la Constitución y las leyes”, disposición que ha de conectarse con la reserva de ley en materia tributaria, impuesta por el art. 31.3 CE.

Por lo que a la autonomía del gasto se refiere, pese a que el art. 142 CE no la contemple de modo expreso, la Constitución la consagra por la conexión implícita entre dicho precepto y el art. 137 CE (STC 109/1998, de 21 de mayo, FJ 10), comprendiendo la plena disponibilidad por las corporaciones locales de sus ingresos, sin condicionamientos indebidos y en toda su extensión para poder ejercer las competencias propias y la capacidad de decisión sobre el destino de sus fondos, también sin condicionamientos indebidos (STC 48/2004, de 25 de marzo, FJ 10). En todo caso, la autonomía financiera de que gozan los entes locales en la vertiente del gasto, “puede ser restringida por el Estado y las Comunidades Autónomas dentro de los límites establecidos en el bloque de la constitucionalidad” (STC 109/1998, FJ 10).

En cuanto al alcance de las competencias estatales en materia de haciendas locales que, según los recurrentes, se ven mermadas por algunas de las previsiones estatutarias, hemos de señalar que los dos títulos competenciales del Estado que operan fundamentalmente en relación con la financiación de las entidades locales son los referidos a Hacienda general (art. 149.1.14 CE) y a las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas (art. 149.1.18 CE). En concreto, en la competencia estatal ex art. 149.1.14 CE se incluyen las medidas dirigidas a la financiación de las entidades locales, en tanto en cuanto tengan por objeto la relación entre la hacienda estatal y las haciendas locales, cuya suficiencia financiera corresponde asegurar al Estado. Ahora bien, pese al carácter exclusivo de la competencia del Estado en cuanto a la Hacienda general, en la medida en que en materia de Administración local coinciden competencias estatales y autonómicas, en el ejercicio de aquélla el Estado deberá atenerse al reparto competencial correspondiente, según señalamos en la STC 179/1985, de 19 de diciembre, FJ 1.”

VIII.1.2. Las corporaciones locales solamente pueden actuar dentro de las competencias que les otorga la legislación de régimen local; incipiente jurisprudencia sobre la “vinculación negativa” a la Ley de las entidades locales

Así, STS 13 marzo 2012 (RC 1304/2011), con cita de la STS 14 diciembre 2011 (RC 611/2011), sobre la ordenanza reguladora de la publicidad exterior del Ayuntamiento de Madrid.

Vid. también las SSTS 8 noviembre 2010 (RC 399/2009), 8 marzo 2011 (RC 6648/2009 y RC 4552/2009) y 28 febrero 2012 (RC 4817/2010), sobre la Ordenanza de peatones y

ciclistas de Sevilla. Y SSTS en materia de Ordenanzas de Telecomunicaciones (remisión al estudio ya efectuado por el GTS).

Y STS 3 junio 2009 (RC 2209/2007) sobre la promoción y fomento del uso del euskera, que es de competencia autonómica (confirma la nulidad de una Ordenanza dictada con tal fin).

No obstante, se está abriendo paso una concepción menos restrictiva de la autonomía local: principio de la “**vinculación negativa a la Ley**”. SSTS 15 diciembre 2009 (RC 496/2009), 9 diciembre 2009 (RRCC 2989/2008, 3956/2008, 6448/2008, 4286/2008), 17 noviembre 2009 (RRCC 1147/2008, 1168/2008, 2135/2008), 7 octubre 2009 (RC 204/2008), 14 octubre 2009 (RC 5229/2007), 15 octubre 2009 (RC 283/2008). En todas ellas se repiten los siguientes razonamientos (sobre la competencia de Ayuntamientos para aprobar ordenanzas reguladoras de estiércol, purines, fangos, etc...):

“El motivo de casación trasluce una concepción del ámbito o del modo de determinación de las competencias municipales basada en la idea de la vinculación positiva que ahí o para ello acarrearía el principio de legalidad, de suerte que la Corporación Local sólo podría actuar en la forma en que previamente hubiera sido habilitada por el legislador sectorial, no pudiendo dictar una ordenanza sobre una materia sin la previa habilitación de éste para ello. Sin embargo, hoy en día no es esa concepción la que mejor se acomoda a una interpretación de las normas reguladoras del régimen competencial de tales Corporaciones que atienda, como es obligado, a una que con el carácter de fuente primaria y naturaleza de Tratado fue incorporada a nuestro Ordenamiento, cuál es la Carta Europea de Autonomía Local de 15 de octubre de 1985, ratificada por España por Instrumento de 20 de enero de 1988. Ni es tampoco la que mejor se adecua a algunos pronunciamientos de este Tribunal Supremo que ya la han tenido en cuenta, en los que se abre paso la idea de una vinculación negativa, que permite a aquéllas sin previa habilitación legal actuar, dictando también ordenanzas, en toda materia que sea de su competencia, si al hacerlo no contradice ni vulnera la legislación sectorial que pudiera existir.

En esta línea, prescindiendo ahora por su problemática singular de algunas significativas que se refieren a la potestad normativa local en materia sancionadora (como por ejemplo las de 29 de septiembre de 2003 y 25 de mayo de 2004), son de oportuna cita dos sentencias de este Tribunal de fechas 21 de mayo de 1997 y 30 de enero de 2008, dictadas respectivamente en el recurso de apelación 5996/1992 y en el de casación 1346/2004. En la primera de ellas, frente a la tesis que negaba la competencia municipal por no existir a su favor un acuerdo firme y definitivo por parte de la Administración titular de la competencia principal en la materia, afirmamos que esa interpretación es excesivamente restrictiva y dudosamente compatible con la amplitud con que la Constitución concibe la garantía institucional de la autonomía de gobierno y administración de los municipios (artículo 140 de la Constitución), la cual debe ser interpretada, en el terreno competencial, de acuerdo con la cláusula de subsidiariedad que contiene la Carta Europea de Autonomía local de 15 de octubre de 1985, ratificada por España mediante Instrumento de 20 enero 1988, con arreglo a cuyo artículo 4.2 “las Entidades locales tienen, dentro del ámbito de la Ley, libertad plena para ejercer su iniciativa en toda materia que no esté excluida de su competencia o atribuida a otra autoridad”. Y en la segunda, en un supuesto de impugnación de una ordenanza de un municipio catalán que regulaba la liberación de olores a la atmósfera, entendimos que las Corporaciones locales, en aquellas materias en que necesariamente

han de ejercer competencias, como lo es en especial la de protección del medio ambiente, pueden ejercerlas por medio de ordenanza en los aspectos en que la norma autonómica no las haya utilizado, siempre que el uso que de ellas se haga no contravenga lo establecido legalmente, "para de ese modo realizar las actividades complementarias de otras Administraciones Públicas a que se refiere el art. 28 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local".

CUARTO.- Lo anterior nos conduce a desestimar el motivo de casación, pues éste deja en pie al no desvirtuarlas ciertas afirmaciones de la sentencia recurrida que en sí mismas impiden apreciar que el Ayuntamiento se excediera en sus competencias al establecer las normas recogidas en aquellos artículos 4, 5 y 9 de la Ordenanza en cuestión.

A) Una de ellas se hace al examinar la Sala de instancia los artículos 4.2 y 9.1, cuyas restricciones temporales relativas al período veraniego aparecen justificadas, ante la falta de regulación específica autonómica al respecto, por razones de salubridad y olores, afirmación ésta que en modo alguno rebate el recurso de casación.

B) En cuanto a los artículos 4.3 y 9.3, subapartados a) y d), razona la Sala de instancia que no se propuso por la parte actora "ninguna prueba técnica tendente a demostrar que tal sistema de enterramiento vulnera normativa de superior rango" y "En consecuencia no se aprecia la concurrencia de ningún obstáculo para la imposición de tal obligación de enterramiento". Conocer si hay algo que impida cumplir, respecto de los productos a que se refiere la Ordenanza, la obligación de enterramiento que ese mismo Código impone, exigía, en efecto, aquella prueba de carácter técnico a que la Sala de instancia se refiere para decir que no fue propuesta. Y lo mismo ha de decirse en cuanto a los artículos 4.6, 5.1 y 9.1, subapartado c), con respecto a los que la Sala advertía de "la falta de prueba que acredite la falta de razonabilidad y/o desproporción de las limitaciones que el precepto impone".

Todo ello lleva también a la desestimación del único motivo casacional".

VIII.1.3. Ejercicio extraterritorial de sus competencias.

STS 16 marzo 2011 (RCIL 53/2009), fija la siguiente doctrina legal:

"El titular del órgano recaudatorio de una Entidad Local es competente para dictar, en el seno del procedimiento ejecutivo de apremio, mandamiento de anotación preventiva de embargo de bien inmueble, respecto de inmuebles radicados fuera de su término municipal".

VIII.2. Potestad normativa de las entidades locales (ordenanzas):

VIII.2.1. No es necesaria una previa habilitación normativa expresa y específica por parte de la Administración titular de la competencia:

STS 30 noviembre 2010 (RRCC 1200/2008 y 5179/2008)

"Esta Sala, en los diversos recursos de casación que se han planteado en torno a Ordenanzas municipales reguladoras de la aplicación de nitratos procedentes de origen animal, ha mantenido una postura flexible, tendente a un reconocimiento amplio

y evolución progresiva de nuestra jurisprudencia en lo que se refiere a las competencias reglamentarias de las entidades locales.

En dicho sentido, a partir de una primera sentencia de 7 de octubre de 2009, recaída en el recurso de casación 204/2008, hemos tenido ocasión de oponernos a que prevaleciera una concepción del ámbito o del modo de determinación de las competencias municipales basada en la idea de la vinculación positiva que ahí o para ello acarrearía el principio de legalidad, de suerte que la Corporación Local sólo pudiera actuar en la forma en que previamente hubiera sido habilitada por el legislador sectorial, no pudiendo dictar una ordenanza sobre una materia sin la previa habilitación de éste para ello. Por el contrario, hemos afirmado que hoy en día no es esa concepción la que mejor se acomoda a una interpretación de las normas reguladoras del régimen competencial de tales Corporaciones que atienda, como es obligado, a una que con el carácter de fuente primaria y naturaleza de Tratado fue incorporada a nuestro Ordenamiento, cuál es la Carta Europea de Autonomía Local de 15 de octubre de 1985, ratificada por España por Instrumento de 20 de enero de 1988. Ni es tampoco la que mejor se adecua a algunos pronunciamientos de este Tribunal Supremo que ya la han tenido en cuenta, en los que se abre paso la idea de una vinculación negativa, que permite a aquéllas sin previa habilitación legal actuar, dictando también ordenanzas, en toda materia que sea de su competencia, si al hacerlo no contradice ni vulnera la legislación sectorial que pudiera existir.

En esta línea, llamábamos la atención en aquella y otras sentencias que después han seguido su original orientación, sobre dos sentencias de este Tribunal de fechas 21 de mayo de 1997 y 30 de enero de 2008, dictadas respectivamente en los recursos de apelación 5996/1992 y de casación 1346/2004. En la primera de ellas, frente a la tesis que negaba la competencia municipal por no existir a su favor un acuerdo firme y definitivo por parte de la Administración titular de la competencia principal en la materia, afirmamos que esa interpretación es excesivamente restrictiva y dudosamente compatible con la amplitud con que la Constitución concibe la garantía institucional de la autonomía de gobierno y administración de los municipios (artículo 140 de la Constitución), la cual debe ser interpretada, en el terreno competencial, de acuerdo con la cláusula de subsidiariedad que contiene la Carta Europea de Autonomía local de 15 de octubre de 1985, ratificada por España mediante Instrumento de 20 enero 1988, con arreglo a cuyo artículo 4.2 "las Entidades locales tienen, dentro del ámbito de la Ley, libertad plena para ejercer su iniciativa en toda materia que no esté excluida de su competencia o atribuida a otra autoridad". Y en la segunda, en un supuesto de impugnación de una ordenanza de un municipio catalán que regulaba la liberación de olores a la atmósfera, entendimos que las Corporaciones locales, en aquellas materias en que necesariamente han de ejercer competencias, como lo es en especial la de protección del medio ambiente, pueden ejercerlas por medio de ordenanza en los aspectos en que la norma autonómica no las haya utilizado, siempre que el uso que de ellas se haga no contravenga lo establecido legalmente, "para de ese modo realizar las actividades complementarias de otras Administraciones Públicas a que se refiere el art. 28 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local".

Partiendo de la anterior premisa, nos ha parecido proporcionado el ejercicio que de la competencia municipal sobre la gestión de estiércol, purines y lodos de depuración, se ha hecho en diversas Ordenanzas Municipales, limitando desde el punto de vista temporal o espacial, e incluso desde ambas perspectivas, su utilización. Así, en la sentencia de 15 de octubre de 2009, rec. 283/2008, hemos dado por buena la prohibición de su aplicación a una distancia de entre 200 y 500 metros del casco

urbano, núcleo habitado, vivienda o edificio de uso o servicio público (limitación temporal) y, paralelamente, la interdicción de la aplicación de lodos de depuración en determinados días de la semana, sábados y domingos y días festivos (restricción temporal). También nos manifestamos a favor de la doble posibilidad de limitación, temporal y espacial, en la sentencia de 14 de octubre de 2009, rec. 5229/2007, relativa a una Ordenanza en que se prohibía aplicar purines, de una parte, en terrenos situados a menos de 500 metros del límite del suelo urbano, y, de otra, en domingos y días festivos. En otras ocasiones, hemos necesitado abordar únicamente restricciones zonales, caso de la sentencia de 9 de diciembre de 2009, rec. 6448/2008, en relación con la prohibición de aplicación de los fertilizantes orgánicos a una distancia mínima de 100 metros a viviendas aisladas, o se han puesto de manifiesto limitaciones temporales, como en la sentencia de 15 de diciembre de 2009, rec. 496/2009, con referencia a las limitaciones referidas al período veraniego.

Lo relevante es que, en aquellas resoluciones, se sometían a nuestro conocimiento prohibiciones relativas, restringidas a determinados lugares o momentos, que no prohibían de un modo absoluto la utilización de las sustancias en cuestión a efectos del desarrollo de la agricultura. Por el contrario, en nuestro caso, se plantea, a tenor de los arts. 1.2 y 6 de la Ordenanza de referencia anulados por la sentencia de instancia, una prohibición absoluta.

Por ello, no podemos aplicar el mismo criterio que en aquellas ocasiones, en que advertíamos que las limitaciones instituidas por las correspondientes Ordenanzas aparecían como razonables y proporcionadas, valorando asimismo la falta de presentación por parte de quienes pretendían su anulación, de la acreditación de su carácter desproporcionado.

Por el contrario, en el caso sometido a nuestra actual deliberación, advertimos lo contrario, y es que ante el carácter altamente restrictivo de la limitación impuesta, habría de existir una justificación de su racionalidad, y de ello se hayan huérfanos tanto el expediente administrativo como los alegatos de la Administración recurrente. Pesa en nuestro criterio, asimismo, la limitación que se produce de una actividad profesional y comercial, que si bien puede ser limitada por razones relacionadas con la protección del medio ambiente, como en las ya citadas sentencias hemos afirmado, ello será posible siempre que la restricción concretamente impuesta obedezca a una razón justificada, en cuanto que derechamente orientada a la consecución de una finalidad de interés público o general.

No basta para contrarrestar cuanto decimos con la alusión a la posible interpretación sistemática de las prohibiciones establecidas en los arts. 1.2 y 6, pues no deja de ser cierto que el primer criterio a que hay que acudir en la interpretación de las normas es el literal, y ante ello, debe afirmarse cuando menos, dando la razón a la Sala de instancia, la incertidumbre e inseguridad jurídica que produciría la pervivencia de los reseñados preceptos en el Ordenamiento Jurídico.

De forma que nos vemos en la necesidad de desestimar el motivo primero de casación, pasando a continuación al análisis del segundo y último”.

VIII.2.2. Ordenanzas sancionadoras:

SSTS 30 noviembre 2010 (RRCC 1200/2008 y 5179/2008):

“Como se ve, el razonamiento de la sentencia de instancia es doble y concatenado: ni la legislación sectorial ni la general aluden expresamente al ejercicio de la potestad reglamentaria sancionadora por los Municipios en la materia que nos ocupa y (segunda línea argumental), a falta de lo anterior, tampoco puede la aplicación de estiércol y similares hallar acogida, en cuanto a su régimen sancionador, en los criterios de antijuridicidad fijados con carácter general en el art. 139 LRBRL.

Con vistas a la resolución del motivo segundo de casación, se hace necesario traer a colación la interpretación amplia que, con vistas a hacer posible el ejercicio de la potestad normativa sancionadora de las Entidades Locales en materias de su competencia, ha hecho esta Sala del principio de legalidad sancionadora.

Baste al efecto la recapitulación del parecer de esta Sala, resumido por la Sentencia de 23 de junio de 2003, en el recurso de casación en interés de ley 2829/2001:

“1. La atribución de potestad sancionadora a los entes locales se contiene de modo explícito en el artículo 4.1.f de la LBRL, sin perjuicio de que las leyes autonómicas apoderen también de potestad sancionadora a entes locales no territoriales infra o supramunicipales, en virtud de lo dispuesto en el mismo precepto en su apartado 2.

2. Para el ejercicio de dicha potestad por los Entes locales, una Ley estatal o de Comunidad Autónoma, en el ámbito de su respectiva competencia, ha de contener, en primer lugar, la regulación de las conductas típicas, bien de modo completo o bien señalando los criterios mínimos de antijuridicidad conforme a los cuales cada Ayuntamiento puede establecer tipos de infracciones; esto es dicha norma legal ha de contener los criterios que orienten y condicionen la valoración de cada Municipio a la hora de establecer los tipos de infracción. Y en segundo lugar, la ley reguladora de cada materia ha de señalar las clases de sanciones que pueden establecer las ordenanzas municipales; tampoco se exige el establecimiento de una clase específica de sanción para cada grupo de ilícitos, pero sí una relación de las posibles sanciones que cada Ordenanza Municipal puede predeterminar en función de la gravedad de los ilícitos administrativos que ella misma tipifica.”

En la actualidad, dicha doctrina debe ser puesta en relación con la innovación legislativa producida a través de la modificación de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local. Como sabemos, aquella reforma no se debió a un puro capricho del legislador. Antes bien, significó una respuesta legislativa a las consecuencias que del principio de legalidad sancionadora aplicado al ámbito local, había expurgado el Tribunal Constitucional en su conocida sentencia 132/2001, de 8 de junio. En la misma, se significaba que “la mera atribución por ley de competencias a los Municipios -conforme a la exigencia del art. 25.2 LBRL- no contiene en sí la autorización para que cada Municipio tipifique por completo y según su propio criterio las infracciones y sanciones administrativas en aquellas materias atribuidas a su competencia. No hay correspondencia, por tanto, entre la facultad de regulación de un ámbito material de interés local y el poder para establecer cuándo y cómo el incumplimiento de una obligación impuesta por Ordenanza Municipal puede o debe ser castigada.”

Señaló asimismo el Tribunal Constitucional en aquella ocasión, con vistas a la adaptación del principio de reserva de ley a la realidad de los Entes Locales teniendo en cuenta en particular su carencia de potestad legislativa y los límites que para el

legislador estatal y autonómico supone la garantía institucional de la autonomía municipal, las exigencias mínimas que, a resultas del art. 25.1 de la Constitución, había de reunir la ley que regule la potestad sancionadora municipal en un ámbito concreto de la intervención pública. Así, deberá fijar en primer lugar los criterios mínimos de antijuridicidad conforme a los cuales cada Ayuntamiento puede establecer tipos de infracciones, y, en segunda instancia, habrá de preestablecer cuando menos las clases de sanciones que pueden establecer las ordenanzas municipales.

En el caso concreto, se planteaba ante la Sala de instancia si el régimen sancionador contemplado en vía reglamentaria municipal en relación con la actividad consistente en la gestión de purines y lodos de depuración, podría encontrar acomodo, bien en la legislación sectorial, bien, con carácter subsidiario, en alguno de los criterios de antijuridicidad incorporados al Título XI de la LBRL.

En cuanto a la primera parte de la interrogante, hemos de estar de acuerdo con la resolución recurrida. La recurrente sostiene la cobertura del régimen sancionador previsto en la Ordenanza originariamente impugnada, tanto en la Ley (estatal) 10/1998, de 21 de abril, de Residuos, como en la Ley (regional catalana) 6/1993, de 15 de julio, Reguladora de los Residuos.

Comenzando por la ley estatal, contiene el reconocimiento de una parcial potestad sancionadora municipal en la materia, pero no contempla el ejercicio por el Municipio de una potestad reglamentaria sancionadora (de desarrollo de la ley en dicho aspecto), que le habilite para tipificar infracciones y sanciones en la materia. Así, el art. 37.2, en relación con el art. 34.3.b) de la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos, atribuye a los Alcaldes –siempre que se trate de residuos urbanos- la sanción de la infracción grave consistente en “El abandono, vertido o eliminación incontrolado de cualquier tipo de residuos no peligrosos sin que se haya producido un daño o deterioro grave para el medio ambiente o se haya puesto en peligro grave la salud de las personas”. Se trata, por lo tanto, de una mera atribución de una potestad aplicativa del Derecho (en este caso, sancionando conductas contrarias a la ley), pero no de una potestad creativa del Derecho, que es la que se ejerce, con los límites ya expuestos en sus términos esenciales, a través de la tipificación de infracciones y sanciones en determinada materia.

Por la que se refiere a la Ley de la Generalidad de Cataluña 6/1993, de 15 de julio, Reguladora de los Residuos, aplicable, no obstante su actual derogación, atendido el momento de promulgación de la Ordenanza en cuestión, contiene, en su Capítulo IV, bajo la rúbrica “Gestión de los Residuos Municipales”, un amplio acervo de competencias municipales en la materia objeto de la ley. En concreto, su art. 41.2, en redacción dada por la Ley 15/2003, de 13 de junio, de modificación de la Ley 6/1993, reseña que “En el marco de la intervención administrativa ambiental de las actividades, los ayuntamientos deben velar para que todas las actividades productoras de residuos ubicadas en el propio término municipal, así como las actividades de gestión de residuos que se desarrollen en el mismo, cumplan estrictamente las determinaciones de la presente Ley”. Esta norma, que parece apuntar, aparte de a la función inspectora y de control, a la actividad sancionadora, no se puede entender sin embargo suficiente a los efectos que nos planteamos de cobertura de la actuación normativa municipal en materia sancionadora, al no establecer los criterios de antijuridicidad ni la delimitación de sanciones a que habría de ajustarse su desarrollo en sede reglamentaria municipal. Repárese, en relación con la jurisprudencia constitucional y contencioso-administrativa citada ut supra, en que la dulcificación del rigor del principio de legalidad sancionadora en lo que se refiere a su relación con la

potestad reglamentaria local, no puede servir para admitir remisiones en blanco, que supondrían una dejación del legislador en su función de regulación de los derechos fundamentales que le viene atribuida constitucionalmente, en particular en materia sancionadora (art. 25.1 CE).

En esta misma dirección, tampoco debe ser obviado que, cuando la ley de referencia ha querido remitirse a la potestad reglamentaria municipal, lo ha hecho expresamente; así, en el art. 43.2, en relación con la previsión de equipamientos en los municipios para hacer efectiva la gestión, recogida y transporte de los residuos urbanos.

Finalizando con el limitado análisis de la normativa autonómica, significar que en el Título III de la Ley 6/1993, referido a las “Infracciones y sanciones”, el art. 67.2 se limita a contemplar que “Los municipios también pueden tipificar conductas ilícitas que afecten a la limpieza de espacios públicos, ajustando la clasificación de las infracciones, las sanciones, el procedimiento y otros requisitos a los que establece la presente Ley”. Con independencia de la discusión sobre si una previsión semejante contiene los elementos necesarios para dar legítima cobertura al despliegue de la potestad normativa sancionadora municipal, es necesario matizar que, una materia como la que nos planteamos, en que se trata de desplegar competencias aflictivas, no es dócil a interpretaciones extensivas, y sólo forzando los términos legales más allá de lo que se desprende de su mera evocación, se podría considerar que la limpieza de espacios públicos (de propiedad pública o bien susceptibles de uso público, acepción esta última que parece más bien la utilizada por el legislador en el caso) se equipare a la gestión de deyecciones ganadoras relacionadas con el uso agrícola de los predios

Descartado de esta manera un posible amparo en la legislación sectorial, estatal o autonómica, invocada por la Administración recurrente, del régimen sancionador contemplado en la Ordenanza Municipal reguladora de la aplicación de purines y fangos de depuración de Rocafort de Queralt, habremos de plantearnos si aquél puede encontrar sustento jurídico en la regulación, subsidiaria y parcial en cuanto a las materias a que puede afectar, previsto en la LRBRL a raíz de su reforma por la Ley 57/2003.

Como punto de partida, resulta evidente que los criterios utilizados por el legislador en el art. 139 remiten a bienes jurídicos de considerable extensión. Así, se habla en el mismo de la posibilidad de establecer un régimen sancionador por los Entes Locales, cuando tal habilitación no se pueda desprender directamente de la normativa sectorial, “para la adecuada ordenación de las relaciones de convivencia de interés local y del uso de sus servicios, equipamientos, infraestructuras, instalaciones y espacios públicos, los entes locales podrán, en defecto de normativa sectorial específica”. Resulta también palmario que los conceptos a cuya protección remite el precepto legal deberán ser objeto de interpretación casuística en vía jurisdiccional, de forma que se pueda llegar al entendimiento de si, en cada caso, una determinada regulación municipal puede hallar encaje en los mismos.

En el caso de autos estamos ante una normativa de regulación de la gestión de productos resultantes de deyecciones animales. Se plantea, principalmente, si tal actividad puede considerarse relacionada con la “ordenación de las relaciones de convivencia de interés local”. Un elemento de primordial interés interpretativo para valorar si tal asimilación puede realizarse, reside en la consideración de las infracciones previstas en los arts. 139 y 140 de la LRBRL. Y, siguiendo con tal línea de investigación, la Sala aprecia que tanto el art. 140.1.a), en lo concerniente a las

infracciones muy graves, como el art. 141.2.b), por lo que se refiere a las graves y leves, se remiten a la posible perturbación que en la salubridad pública puedan producir las conductas infractoras. Sin ninguna duda, la materia regulada en la Ordenanza Municipal reguladora de la aplicación de purines y fangos de depuración de Rocafort de Queralt, y en particular su régimen infractor, tienden a la protección de dicho bien jurídico.

Razones por las que procede estimar el motivo segundo de casación formulado en nombre del Ayuntamiento de Rocafort de Queralt, anulando los pronunciamientos de la Sala de instancia, relativos a la anulación de los arts. 7 a 17 de la Ordenanza Municipal reguladora de la aplicación de purines y fangos de depuración de Rocafort de Queralt, en cuanto en la declaración de disconformidad a Derecho de todos ellos la Sala de instancia aduce su falta de cobertura legal, con independencia de que, con respecto de alguno de dichos artículos, se utilicen también argumentos adicionales”.

VIII.2.3. Presupuestos municipales

De todos los actos y acuerdos de las Corporaciones locales, los que generan más pronunciamientos de la Sección son los presupuestos municipales.

a) La nivelación o estabilidad presupuestaria es aplicable a los presupuestos municipales.

STS 21 junio 2011 (RC 6674/2009), con cita de la STS 20 noviembre 2008 (RC 4209/2006).

b) Principio de anualidad:

STS 30 septiembre 2009 (RC 3284/2006):

“Y, como recuerda la Sentencia de esta Sala y Sección de 14 de febrero de 2001, recurso de casación 2958/1995 claramente se desprende de la normativa legal y se proclama en las sentencias de esta Sala que cita -entre otras la de 7 de mayo de 1999 - que "aunque con carácter extemporáneo e irregular, el presupuesto general anual puede ser validamente aprobado aun tras pasado el límite fijado en el art. 150.2 siempre que sus efectos puedan retrotraerse el 1 de enero en que hubiese debido empezar a regir”.

Lo relevante es que carece de base legal aprobar la previsión presupuestaria para un ejercicio económico ya concluido, cuando las obligaciones previstas y los ingresos calculados para el mismo constituyen un hecho consumado y no una expectativa futura. Por ello, en lo que aquí atañe, es significativo se apruebe el presupuesto dentro del ejercicio a que ha de referirse porque el presupuesto no tiene otra finalidad que expresar la suma de ingresos y gastos autorizados para el año que ha de sobrevenir. Como dicen las sentencias de 18 de enero y 22 de mayo de 2000, recursos de casación 88/1994 y 5006/1994 constituye una irregularidad pero no implica la anulación del presupuesto si reúne los requisitos necesarios de viabilidad”.

c) Patrimonio municipal del suelo.

Es un patrimonio separado que se rige por la retroalimentación, esto es, la obligación de invertir los ingresos obtenidos por la enajenación de terrenos ó sustitución del aprovechamiento en su conservación y ampliación. Ello hace que la previsión de otro destino diferente o incluso la no previsión expresas de ese concreto destino (conservación y ampliación del PSM) sea vicio determinante de la anulación del presupuesto municipal. La STS 21 julio 2011 (RC 1646/2009) trata este último caso (no previsión del destino de esos ingresos). Pero con cita de otras SSTS trae otros ejemplos de destinos previstos que se consideraron contrarios a Derecho en la jurisprudencia del TS:

“Podemos traer a colación la Sentencia de fecha 11 de mayo de 2009, RC 2800/2007, analizando igualmente en el ámbito de la Comunidad Valenciana, si se transgredió la normativa reguladora del patrimonio municipal del suelo:

“QUINTO.- Tras lo vertido en los razonamientos anteriores cabe añadir que como dijimos en nuestra sentencia de 3 de julio de 2008, recurso de casación 4921/2005 , la cuestión esencial (destino tasado de los bienes que constituyen patrimonio municipal del suelo) tiene una pacífica jurisprudencia en el sentido mantenido por la parte recurrida.

Se parte de un texto legal que, difícilmente, puede admitir una interpretación como la pretendida por el Ayuntamiento recurrente.

Recordemos que el contenido del artículo 276.2 del TRLS/1992 subsiste. Ni fue declarado anticonstitucional por el Tribunal Constitucional en su sentencia 61/1997, de 20 de Marzo , ni tampoco abrogado por la Disposición Derogatoria Única de la Ley 6/1998, de 13 de abril del Régimen del Suelo y Valoraciones.

Subrayemos que la citada norma establece que "los bienes de Patrimonio municipal del suelo constituyen un patrimonio separado de los restantes bienes municipales, y los ingresos obtenidos mediante enajenación de terrenos (...) se destinarán a la conservación y ampliación del mismo".

Precepto que, en lo esencial se reproduce en el art. 38 del RD Legislativo 2/2008, de 20 de junio por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo.

SEXTO.- Nos hallamos frente a una cuestión ampliamente tratada por este Tribunal en múltiples sentencias como recuerda la STS de 7 de noviembre de 2005, recurso de casación 7053/2002 , con cita de pronunciamientos anteriores respecto a la "imposibilidad de que los Ayuntamiento conviertan el Patrimonio Municipal del Suelo en fuente de financiación de cualesquiera necesidades municipales".

Las esenciales características del mismo han sido recogidas en las sentencias de 2 de noviembre de 1995, recurso de apelación 3132/1991 , 31 de octubre de 2001, recurso de casación 4723/1996 y 2 de noviembre de 2001, recurso de casación 4735/1996 que declaran que "El Patrimonio Municipal del Suelo fue regulado en la Ley del Suelo de 1956 como un conjunto de bienes de que las Corporaciones se pueden servir "para regular el precio en el mercado de solares" (Exposición de Motivos), con la finalidad de "prevenir, encauzar y desarrollar técnica y económicamente la expansión de las poblaciones". Este conjunto de bienes tiene una característica especial, a saber, que su finalidad específica se realiza mediante la circulación propia del tráfico jurídico pero sin disminución o merma del propio Patrimonio, toda vez que el producto de las enajenaciones de los bienes de éste habrá de destinarse a la conservación y ampliación del propio Patrimonio (Art. 93 del TRLS). Por ello se ha podido decir que "las dotaciones económicas que se pongan a disposición del

Patrimonio Municipal del Suelo constituyen un fondo rotatorio de realimentación continua, por aplicaciones sucesivas al mismo fin de dicho Patrimonio, lo que constituye una técnica visible de potenciación financiera". En definitiva, se ha venido así aceptando pacíficamente que el Patrimonio Municipal del Suelo constituye un "patrimonio separado", (lo que hoy está ya expresamente dicho en el artículo 276-2 del nuevo Texto Refundido de la Ley del Suelo de 26 de Junio de 1992). La Ley ha querido y quiere que el Patrimonio Municipal del Suelo funcione como un patrimonio separado, es decir, como un conjunto de bienes afectos al cumplimiento de un fin determinado, fin que aquí no es cualquiera de los que las Corporaciones han de perseguir según la legislación de régimen local (artículos 25 y 26 de la Ley de Bases de Régimen Local de 2 de Abril de 1985), sino el específico y concreto de "prevenir, encauzar y desarrollar técnica y económicamente la expansión de las poblaciones" (artículo 89-2 del Texto Refundido de 9 de Abril de 1976), y ha querido y quiere expresamente, con una claridad elogiada, que el producto de las enajenaciones de terrenos del Patrimonio se destinen no a cualquier fin, por loable y razonable que sea, sino al específico de la conservación y ampliación del propio Patrimonio Municipal del Suelo. (Artículo 93 , ya citado).

Esta es la caracterización que el legislador ha dado a los Patrimonios Municipales del Suelo, y se comprenderá que, ante tamaña claridad, sólo una expresa previsión legislativa en contrario puede hacer que los mismos, abandonando su origen su caracterización y su finalidad pasen a convertirse en fuente de financiación de otras y muy distintas necesidades presupuestarias municipales. Esto, desde luego, puede hacerlo el legislador, (asumiendo el posible riesgo de desaparición de los Patrimonios Municipales del Suelo), pero no puede hacerse por la vía de la interpretación sociológica de las normas jurídicas, (artículo 3-1 del Código Civil), porque esa interpretación ha de respetar, en todo caso, el espíritu y la finalidad de las normas, muy otros, como hemos visto, a la financiación general e indiscriminada de las necesidades municipales".

SEPTIMO.- Tal consolidada interpretación ha impedido pudiera prosperar una pretensión municipal de que la compra de un edificio para el Servicio Municipal de Hacienda con lo obtenido de la venta de las parcelas del patrimonio municipal del suelo encaje en tal disposición de la legislación urbanística (STS 7 de noviembre de 2005, recurso de casación 7053/2002).

Si la normativa urbanística establece un fin último como es el destino a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o a otros usos de interés social de acuerdo con el planeamiento urbanístico a él debemos atenemos sin que quepa interpretaciones flexibles en una disposición tan clara como la aquí concernida.

Así en la sentencia de 31 de octubre de 2001, recurso de casación 4723/1996 , se afirmaba que el concepto de "interés social no es equivalente a mero interés urbanístico, sino que es un concepto más restringido. El artículo 1-1 de la C.E ., que define nuestro Estado como un Estado social, en relación con el artículo 9-2 de la misma, puede darnos por analogía una idea de lo que sea el concepto más modesto de uso de interés social: aquél que tiende a que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos sean reales y efectivas o a remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud o a facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social".

En tal línea es significativo que la sentencia de 2 de noviembre de 1995 (rec. apelación 3132/1991) había desestimado el recurso de apelación deducido frente a sentencia dictada en instancia que anulaba la venta en pública subasta de parcelas integrantes del Patrimonio Municipal del Suelo para destinar su importe a la construcción de un centro socio cultural y deportivo, la construcción del edificio del archivo municipal, adquisición de locales para centros de tercera edad, inversiones en centros de enseñanza, etc.

En idéntico sentido la precitada sentencia de 31 de octubre de 2001 al rechazar unas finalidades variadas plasmadas en un Convenio que van desde el pago de una deuda antigua hasta la adquisición de unas plantas bajas y sótanos cuyo uso no consta, pasando por un diseño estrictamente urbanístico sin más, finalidades todas ellas lícitas y plausibles pero que exceden de las específicas que impone el art. 280.1. TRLS/1992 .

Si atendemos a la hermenéutica expuesta no ofrece duda la aplicación del art. 276.2 de la TRLS/1992 . Se parte de la existencia de unos bienes adscritos al patrimonio municipal del suelo que han sido objeto de venta por lo que los ingresos obtenidos tras su enajenación han de destinarse a la conservación y ampliación del meritado patrimonio separado y no a otro fin como hacer frente a gastos derivados de la atención al servicio municipal de basuras."

A la vista de esta doctrina, y teniendo en cuenta que lo cuestionado no es el concreto destino de las cantidades ingresadas con motivo de enajenaciones de Patrimonio Municipal del Suelo, (ya que si así fuera el parámetro de enjuiciamiento sería necesariamente autonómico, conforme a la normativa autonómica entonces vigente, la ya citada Ley 6/1994, de 15 de noviembre, Reguladora de la Actividad Urbanística), sino la omisión de la determinación del destino de estos ingresos, ha de coincidirse con la Sala de instancia pues se constata la ausencia de indicación de destino de lo percibido por enajenación de inmuebles procedentes del Patrimonio Municipal del Suelo. Así, el Presupuesto municipal impugnado prevé como ingresos dentro del Capítulo 6 "Enajenación de Inversiones Reales", -folios 9 y 10 del listado de Presupuesto de Ingresos incorporado al expediente administrativo-, partidas como: 600.00 ENAJEN. SOLARES Y PARCELAS PATRIMO. MUNICIPAL; 600.14 APROVECHAMIENTO PATRIMONIO MUNICIPAL DEL SUELO; 602.00 PARCELAS SOBANTES DE LA VIA PÚBLICA; 603.00 SUELO APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO..., sin que conste en el resumen por Capítulos del Presupuesto de Gastos, -folios 13 y siguientes del listado de presupuesto de gastos que obra en el expediente administrativo- partida alguna en relación a la reinversión legalmente impuesta en conservación y ampliación del Patrimonio Municipal del Suelo, y tampoco se recoge mención alguna al Patrimonio Municipal del Suelo en el documento "Memoria de la Alcaldía. Presupuesto Municipal 2006".

De esta forma, debe estimarse de forma parcial el recurso contencioso-administrativo interpuesto, exclusivamente en lo que atañe a éste extremo, en cuanto al omitir la determinación del destino de los ingresos procedentes del Patrimonio Municipal del Suelo incumple la obligación de reinversión de los mismos en la conservación y ampliación del citado Patrimonio Municipal del Suelo (siendo aplicable a dicho efecto lo dispuesto, junto con la ya citada normativa autonómica, el artículo 276.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992), confirmándose el Acuerdo Municipal recurrido en cuanto al resto".

Misma jurisprudencia en STS 21 junio 2011 (RC 6674/2009). STS 9 mayo 2011 (RC 6337/2006)

d) Provisión de puestos de trabajo por el sistema de libre designación

Es un sistema excepcional y debe justificarse por qué debe utilizarse. STS 29 marzo 2011 (RC 3788/2009): desestima la casación y confirma la STSJ Andalucía (Granada) que anula el extremo del presupuesto municipal de Loja que contiene la calificación de puestos de trabajo de “Vigilante de Obras” y “Vigilante de Obras en anejos”.

VIII.3. CUOTAS DE URBANIZACIÓN

No son tributos. STS 30 septiembre 2011 (RC 1894/2004), citando la de 11 julio 2007 (RC 887/2003). Ambas sentencias consideran de “absoluta corrección” las siguientes premisas de la Sala de instancia:

"Así, debe partirse de las siguientes premisas: 1º) las cuotas de urbanización no son tributos (en ninguna de sus categorías de impuestos, tasas o contribuciones especiales) sino ingresos de derecho público de naturaleza parafiscal; 2º) la delegación del ejercicio de competencias exige un acto expreso y formal y para su eficacia debe ser publicado en el diario oficial que corresponda conforme al art. 13 de la LPAC 30/92 ; 3º) la gestión y cobro de las cuotas de conservación, urbanización y mantenimiento que nos ocupan corresponde, en periodo voluntario, a la Entidad Urbanística de Conservación o a la persona jurídica o entidad en quien delegue, y la gestión en vía de apremio al Ayuntamiento de Vidreres en base al art. 70.1 del Reglamento de Gestión Urbanística o a aquella otra Entidad Local en quien aquél quiera delegar, conforme al art. 7 de la Ley de Haciendas Locales ; 4º) hasta el 1 de Enero de 1999, con la modificación que de este último precepto hizo la Ley 50/98 , no podían delegarse las facultades de gestión relativas a cuotas urbanísticas dada la falta de cobertura legal al respecto".

IX. PATRIMONIO HISTÓRICO

IX.1. COMPETENCIA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

IX.1.1. Los títulos competenciales del Estado no pueden impedir la competencia de la Comunidad Autónoma de declarar un bien como BIC o delimitar su entorno de protección.

SSTS 3 diciembre 2008 (RC 3373/2006) y 16 marzo 2011 (RC 2645/2009), sobre delimitación del entorno de protección de la Iglesia de San Fernando y la Ciudadela de Jaca, adscritas a la defensa nacional.

Dice la primera:

“El motivo ha de estimarse. Esta Sala y Sección en Sentencias de 6 de noviembre de 2007 y 15 de octubre de 2008, recursos de casación números 5141/2002 y 294/2006, respectivamente, se ha enfrentado a la cuestión esencial que plantea el recurso que resolvemos, y que no es otra que la relativa a la interpretación que debe darse al artículo 6.b) de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español en aquellos supuestos en los que una Comunidad Autónoma declara un bien de interés cultural en cualquiera de sus categorías o, como en este caso, delimita el entorno de un bien previamente declarado de interés cultural con la categoría de monumento, cuando ese bien está adscrito a un servicio público gestionado por la Administración del Estado.

En la primera de las Sentencias citada expresamos en el fundamento de Derecho quinto que: "La Constitución en el art. 46 realiza un llamamiento a todos los Poderes Públicos a garantizar "la conservación y a promover el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad". En desarrollo de ese mandato el art. 148. 1. 16 encomienda a las Comunidades Autónomas la asunción de "competencias en las siguientes materias: Patrimonio monumental de interés de la Comunidad Autónoma".

La Ley del Patrimonio Histórico Español en el art. 9.2 al referirse a la declaración de bien de interés cultural que se hará por Real Decreto por el Organismo competente previa incoación y tramitación de expediente administrativo, no concreta quién posee la competencia para dictar ese Real Decreto, y remite a lo dispuesto en el art. 6 de la Ley que expresa que "a los efectos de la presente ley se entenderá como Organismos competentes para su ejecución: a) Los que en cada Comunidad Autónoma tengan a su cargo la protección del patrimonio histórico. b) los de la Administración del Estado... respecto de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español adscritos a servicios públicos gestionados por la Administración del Estado o que formen parte del Patrimonio Nacional". Y el art. 11. 1. y 2 del Real Decreto 111/1986, de 10 de enero de desarrollo parcial de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, siguiendo el texto legal expone que "1. Corresponde a cada Comunidad Autónoma incoar, de oficio o a instancia de cualquier persona, los expedientes para declarar de interés cultural los bienes de titularidad pública o privada que se encuentren en su ámbito territorial, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado siguiente.

2. Corresponde al Ministerio de Cultura incoar, de oficio o a instancia de cualquier persona, los expedientes para declarar de interés cultural los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español adscritos a servicios públicos gestionados por la Administración del Estado o que formen parte del Patrimonio Nacional".

Y más adelante y glosando la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 17/1991, de 31 de enero decíamos que en el fundamento de Derecho octavo dio respuesta a la interpretación que el Gobierno del País Vasco ofrecía del art. 6.2.b) de la Ley 16/1985, en el sentido de que con él "se producía la creación indirecta de un título competencial a favor del Estado, mediante la simple adscripción de un bien a un servicio público gestionado por su Administración". Y afirmó que "de la redacción de tal precepto tan sólo cabe deducir que tendrán competencia en la ejecución de la Ley en general (y no sólo para la defensa o protección) respecto de un bien ya adscrito a un servicio público estatal, los órganos también estatales encargados de la gestión del servicio, lo cual no es más que una consecuencia de la plenitud de ejercicio de la

competencia de dichos órganos, que si la tienen exclusiva para la gestión del servicio, deberán extenderla también al régimen de uso y gestión de los bienes afectos al mismo y necesarios por ello para su prestación; lo contrario condicionaría dicho ejercicio y sería perturbador para la gestión del servicio mismo" y añadió que "el precepto, pues, en sí no vulnera el orden competencial en la materia, porque no nace de esta disposición un derecho del Estado a invadir competencias autonómicas más allá de lo que supone la estricta gestión de un bien de necesaria utilización y afectado a un servicio de su titularidad".

Y añadíamos a lo anterior que "la realidad de este aserto deriva también de la propia Sentencia mencionada cuando en el fundamento de Derecho décimo se enfrentó al inciso final del art. 9.1 de la Ley 16/1985 que requería para la declaración de Bien de Interés Cultural el que se hiciese por Real Decreto de forma individualizada . La Sentencia mantuvo que "a ellas, (las Comunidades Autónomas) en cuanto la tengan asumida estatutariamente, debe corresponder la competencia para emitir su declaración formal, sin perjuicio de la del Estado en los supuestos singulares en que a éste le viene atribuida por la Constitución y se señalan en el ap. b) del citado art. 6.

En consecuencia, el inciso final del art. 9.1 ("declarados de interés cultural mediante Real Decreto de forma individualizada ") no se ajusta al bloque de la constitucionalidad mas que si se entiende referido solamente a aquellos supuestos en que es competente el Estado para la ejecución de la Ley, es decir, los mencionados en el pfo. b) del citado art. 6. Pero sería contrario a aquél si se le considerase aplicable en todo caso. Así depurado el precepto de su exceso competencial (incluso el inciso inicial del pfo. 2º) el resto de sus normas no implican extralimitación y son aplicables a todos los expedientes de declaración tanto los de competencia del Estado como de las Comunidades Autónomas".

Y concluíamos que "por lo tanto, y de lo expuesto no es posible deducir otra cosa más que reiterar como ya expusimos, el acierto de la Sentencia de instancia cuando rechazó el argumento de la Administración del Estado, y lo hizo acogiéndose a los principios constitucionales recogidos legalmente que deben inspirar y presidir las relaciones entre las distintas Administraciones territoriales como los de cooperación o colaboración que permitirán resolver las cuestiones que se puedan suscitar entre esas Administraciones Públicas".

Esta doctrina es de perfecta aplicación también al supuesto que ahora nos ocupa. Como sabemos por Real Decreto 3410/1978, de 29 de diciembre, el Ministerio de Cultura declaró monumento histórico artístico de carácter nacional, la Iglesia de San Fernando en Zaragoza. Por Orden de 29 de abril de 2002 del Departamento de Cultura y Turismo del Gobierno de Aragón se completó "la declaración originaria de Bien de Interés Cultural de la denominada Iglesia de San Fernando en Zaragoza, conforme a la Disposición Transitoria Primera de la Ley 3/1999, de 10 de marzo, de Patrimonio Cultural Aragonés". La Orden describía el monumento del que afirmaba sin más concreción "que más adelante, la iglesia pasó a ser parroquia castrense" y ese entorno se plasmaba en un plano de la denominada parcela 64152 en uno de cuyos extremos se sitúa el templo cuya fachada se orienta y da frente a la vía Paseo del Canal.

De los documentos que obran en autos se deduce que la Iglesia mencionada que se había levantado para el servicio religioso de los trabajadores que construyeron el Canal Imperial de Aragón, se afectó al Ministerio del Ejército mediante acta de 21 de abril de 1971 para el destino antes mencionado. Practicándose diez años después el

deslinde de los bienes de los que eran titulares de un lado el Canal Imperial de Aragón y de otro el Ministerio de Defensa en la finca denominada "Centro Regional de Mando", antes "Cuartel de Torrero". Como consecuencia de ese acto la finca quedó delimitada en los cuatro puntos cardinales y se describía en su límite "Norte como Vía de San Fernando e Iglesia de San Fernando, propiedad del Estado y afecta al Ministerio de Defensa, en realidad además con calle Barón de Lalinde y terraza de Pina, mediante valla de cerramiento, con tres puertas de acceso en vía de San Fernando". En la actualidad la instalación se denomina acuartelamiento de San Fernando y en el se sitúa el ya citado "Centro Regional de Mando".

Es claro que para resolver la cuestión planteada como ocurre en la mayor parte de las ocasiones en cualquier litigio que resuelven los órganos que integran el Poder Judicial, los principios generales han de ser aplicados a la singularidad del supuesto concreto, y, de ahí, extraer las consecuencias inherentes al caso que se dilucida. De este modo y existiendo en materia de patrimonio histórico competencias concurrentes entre las distintas Administraciones territoriales la solución al supuesto que se enjuicie debe estar presidida por los principios de cooperación y colaboración entre esas Administraciones, buena fe y confianza legítima y que se resumen en el de lealtad institucional que expresa el art. 4 de la Ley 30/1992 y que explícita en sus distintos apartados y a los que ya nos referimos en la Sentencia de 6 de noviembre de 2007, recurso de casación número 5141/2002.

Arrancando de esta idea, en el supuesto concreto que enjuiciamos estamos en presencia de un bien inmueble, declarado bien de interés cultural y cuya titularidad la ostenta el Estado, y que está adscrito al Ministerio de Defensa, que se ubica en una parcela exenta, en tanto que aislada, dentro del denominado acuartelamiento de San Fernando y en el que se encuentra instalado el "Centro Regional de Mando", que acoge el conjunto de todos los servicios militares de la Plaza, Gobierno Militar, Pagaduría etc.

Dicho lo anterior se trata ahora de elucidar si en esas concretas circunstancias decae la competencia general y prevalente de la Comunidad Autónoma de Aragón en el ámbito territorial que le es propio, para delimitar el entorno de ese Bien de Interés Cultural, con las limitaciones que esa delimitación acarrea, a favor de la competencia de la Administración del Estado y de acuerdo con lo establecido en el art. 6.b) de la Ley 16/1985, de Patrimonio Histórico Español. Para ello hemos de volver sobre lo expuesto en relación con esta cuestión por el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 31 de enero de 1991, núm. 17/1991.

El fundamento de Derecho octavo de la Sentencia citada mantiene que "de tal precepto (el art. 6.b) de la Ley 16/1985,) tan sólo cabe deducir que tendrán competencia en la ejecución de la Ley en general (y no sólo para la defensa o protección) respecto de un bien ya adscrito a un servicio público estatal, los órganos también estatales encargados de la gestión del servicio, lo cual no es más que una consecuencia de la plenitud de ejercicio de la competencia de dichos órganos, que si la tienen exclusiva para la gestión del servicio, deberán extenderla también al régimen de uso y gestión de los bienes afectos al mismo y necesarios por ello para su prestación; lo contrario condicionaría dicho ejercicio y sería perturbador para la gestión del servicio mismo. El precepto, pues, en sí no vulnera el orden competencial en la materia, porque no nace de esta disposición un derecho del Estado a invadir competencias autonómicas más allá de lo que supone la estricta gestión de un bien de necesaria utilización y afectado a un servicio de su titularidad. La cuestión, que esta Ley no aborda, se planteará en su caso, en un momento previo o sea en el de la decisión de adscribir el

bien al servicio y habrá de resolverse entonces conforme al régimen jurídico que rija el modo de afectación de cada cosa en concreto y por los cauces adecuados en cuanto a los procedimientos establecidos para ello".

Pues bien sin contradecir lo expuesto, en este caso, y aún siendo el bien concreto titularidad del Estado y hallándose incluido en el ámbito físico donde desarrolla su actividad el "Centro Regional de Mando", que sin duda se integra en el servicio público de defensa nacional, y aceptando el destino de parroquia castrense que se asigna al templo, por mas que es un hecho notorio que sólo mantiene el culto propio de parroquia Castrense limitado a los supuestos en que ocasionalmente ello ocurra, y que sólo puede ser visitado con las autorizaciones precisas, en nada se opone a la gestión del servicio de defensa en sentido estricto que presta el mencionado Centro Regional de Mando, el que la Comunidad Autónoma delimite el entorno del templo con las consecuencias que de esa decisión derivan en relación con las obligaciones que se impondrían a los responsables de la Administración del Estado para no afectar el valor cultural del bien. Cuestiones a valorar y resolver por las Administraciones implicadas en los supuestos concretos que se planteen, por tanto, entre la titular del espacio en que se ubica el servicio, así como la Administración de la Comunidad Autónoma y el Ayuntamiento de la ciudad de Zaragoza.

Es obvio, por ello, que el ejercicio de esa competencia para la delimitación del entorno sigue estando en manos de la Comunidad Autónoma de Aragón puesto que la misma no compromete el régimen de uso y gestión de los bienes adscritos efectivamente al servicio público de defensa como son los edificios que dentro de la parcela que ocupan, circundan a la Iglesia de San Fernando, que ostenta la condición de bien de interés cultural que no se desnaturaliza por el hecho de que mantenga la condición de parroquia castrense del modo descrito, puesto que esa condición no le vincula en sentido estricto al servicio de defensa en tanto que servicio público gestionado por la Administración Militar del Estado.

En consecuencia estimamos el motivo y, por tanto, el recurso, y **casamos** la Sentencia de instancia que declaramos nula y sin ningún valor ni efecto".

(el subrayado no está en el original)

IX.1.2. Necesidad de plan especial de protección para que los Ayuntamientos puedan conceder licencias urbanísticas en el conjunto histórico artístico (Granada). Art. 20 LPHE compatible con la autonomía local

STS 2 diciembre 2010 (RC 601/2007)

"El segundo de los motivos al amparo del apartado d) del núm. 1 del Art. 88 de la Ley de la Jurisdicción se refiere a la "infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate" y considera que la Sentencia recurrida vulneró el "Art. 25.2.d) de la Ley de Bases del Régimen Local de 1985, al negar las competencias municipales para otorgar la licencia de edificación como consecuencia de que el solar se encuentra en el casco histórico y contraviene las normas reguladoras del patrimonio cultural, entendiendo la Sala de instancia que la competencia correspondía a la Comunidad Autónoma y que actuó correctamente impidiendo el aumento de edificabilidad. Se considera indebidamente aplicado el Art. 20.3 de la Ley del Patrimonio Histórico Español, toda vez que existía un estudio de detalle aprobado con posterioridad a la declaración de conjunto histórico de Granada".

(...) Tampoco este motivo puede prosperar. Es obvio que el inmueble que fue demolido y en cuyo solar se pretendía edificar se ubicaba en el seno del conjunto Histórico Artístico de la Ciudad de Granada, declarado como tal por el Real Decreto de cinco de diciembre de mil novecientos noventa y dos, y cuya delimitación quedó establecida por el Decreto andaluz 85/1993, de 29 de junio.

Como consecuencia de lo anterior ese conjunto goza de la condición de Bien de Interés Cultural y se acoge al régimen de protección que le dispensa el Art. 20 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español.

(...) En este caso y puesto que el inmueble que se pretendía construir se hallaba dentro del Conjunto Histórico de Granada y dentro de su casco histórico, y que cuando se pretendió obtener la licencia de edificación no existía Plan de Protección aprobado, es claro que la Corporación Municipal no podía hacer otra cosa que no fuera la denegación de la licencia pretendida hasta tanto no existiera resolución favorable de la Consejería competente de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del Art. 20 de la Ley del Patrimonio Histórico Artístico.

Y proceder de ese modo no contraviene el ejercicio por el Municipio de la competencia que en los términos de la legislación del Estado le otorga el Art. 25.2.d) de la Ley de Bases de Régimen Local "sobre la ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística", que debe cohonestarse en este supuesto con la que también otorga a los ayuntamientos el siguiente apartado e) de ese mismo número y artículo relativa "al patrimonio histórico artístico" y que les impone funciones de cooperación con las Comunidades Autónomas, Art. 7 de la Ley 16/1985, y 20.3 de la misma al que ya nos hemos referido.

Por último, y en cuanto a este motivo, ninguna influencia puede poseer en su resolución el que existiera un estudio de detalle que fijase cuatro plantas de altura en la Plaza de San Isidro con calle Ancha puesto que el mismo como figura complementaria del planeamiento destinada a establecer, adaptar o reajustar alineaciones y rasantes de acuerdo con los planes generales o parciales no podía ser de aplicación dentro del Conjunto Histórico sin que existiese el Plan de Protección que debía respetar, plan que por otra parte no permitiría alineaciones nuevas, alteraciones de la edificabilidad, parcelaciones ni agregaciones y ello cuando precisamente ese Estudio de Detalle agrupaba tres parcelas en una y fijaba cuatro plantas como altura reguladora de la zona".

IX.2. INCOACIÓN DEL EXPEDIENTE

IX.2.1. Acto de trámite cualificado, susceptible de recurso

STS 23 marzo 2011 (RC 3763/2009).

IX.2.2. La incoación del expediente no es preceptiva ante la presentación de una solicitud por un interesado.

STS 2 noviembre 2011 (RC 4384/2010):

“Este Tribunal ha tenido ya ocasión de conocer recursos en los que se suscitaba la legalidad de decisiones denegatorias de la incoación de expedientes para la

declaración de un bien como de interés cultural, a cuyo efecto el artículo 10 de la Ley 16/1985, de Patrimonio Histórico Español, establece que “Cualquier persona podrá solicitar la incoación de expediente para la declaración de un bien de interés cultural. El Organismo competente decidirá si procede la incoación. Esta decisión y, en su caso, las incidencias y resolución del expediente deberán notificarse a quienes lo instaron”. Y así, hemos analizado la naturaleza y ámbito de fiscalización de la resolución de denegación de la incoación de expedientes de esta clase en:

· La Sentencia de 21 de junio de 1996, sec. 3ª, rec. 12431/199, en la que reputamos que “...nos encontramos ante una facultad discrecional de la Consellería de Cultura a la que le corresponde decidir sobre la incoación o no del expediente de declaración de Bien de Interés Cultural, pero la jurisdicción contencioso administrativa tiene dentro de sus facultades revisoras del actuar administrativo, la posibilidad de examinar y revisar tales facultades y en definitiva pronunciarse sobre si la Administración ha hecho uso de tales facultades o si se ha excedido de las mismas”.

· La Sentencia de 7 de octubre de 1998, sec. 3º, rec. 9756/1990, en la que declaramos que “...es indudable que la Administración no tiene que abrir, en todo los casos que se le solicite, expediente para la declaración de un Bien de Interés Cultural, - con lo que ello comporta en aspectos económicos y burocráticos-, pues, probablemente, en gran número de ocasiones los propietarios supervaloran los objetos preciosos que les pertenecen, cuando realmente para los especialistas una simple observación de los mismos les llevaría a descartar su interés histórico-artístico.”.

Establecido el anterior planeamiento general, atendemos ahora que la Sentencia acuerda anular la resolución de no incoar el expediente para la declaración como Bien de Interés Cultural del edificio del “Colegio de San Ambrosio”, por estimar que son presupuestos para la incoación del expediente, primero, que existan unos bienes y, segundo, que se solicite por el titular de un interés legítimo; lo que así entendido habría de llevar a la reglada incoación de expedientes de este tipo ante cualquier solicitud, aún cuando no se justificara indicios serios del interés histórico-artístico del bien, que no es la previsión ni la consecuencia que contempla el artículo 10 de la Ley 16/1985, de Patrimonio Histórico Español, conforme la interpretación que resulta de nuestra jurisprudencia.

Procede conforme dichas circunstancias estimar el motivo de casación y, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 95 de la Ley Jurisdiccional, resolver lo que corresponda dentro de los términos en que aparece planteado el debate...”.

IX.2.3. Efectos de la incoación: potestades de intervención de la Administración competente (suspensión de obras: art. 16.1 LPHE). Principio de superior tutela de los bienes de interés cultural.

El art. 16 LPHE es aplicable aunque se trate de obras no precisadas de licencia municipal. STS 11 junio 2012 (RC 4095/2011).

“La recurrente, frente a la interpretación de la sentencia de instancia, defiende que el artículo 16 LPHE sólo contempla, para el caso de incoación del expediente de declaración de interés cultural respecto de un inmueble, la suspensión de las licencias de parcelación, edificación o demolición en las zonas afectadas y los efectos de las ya otorgadas, esto es, sólo prevé, en lo que aquí interesa, la suspensión de obras sujetas a licencia y no las no necesitadas de la misma, como es el caso que nos ocupa, en que la obra, autorizada por la Administración competente en materia de aguas, no está sujeta

a licencia municipal por virtud de lo dispuesto en el artículo 127 del Texto Refundido de la Ley de Aguas y 223.1, in fine, de la Ley del Suelo de la Región de Murcia.

Tal interpretación no puede ser aceptada, tanto porque la misma es contraria al espíritu de superior tutela que preside la protección de los bienes de interés cultural, que el mismo precepto manifiesta al admitir solamente en los inmuebles a que se refiere la ejecución de obras que hubieran de realizarse por razón de fuerza mayor y con carácter inaplazable, que, en todo caso, precisarían autorización del organismo competente para la ejecución de la Ley; como porque en el momento en que se promulga la Ley de Patrimonio Histórico Español todas las obras de edificación y uso del suelo estaban sujetas a licencia municipal”.

IX.3. PLAZOS DE PROCEDIMIENTO: CADUCIDAD

IX.3.1. Es aplicable también a procedimientos iniciados bajo la normativa anterior (Ley 13 mayo 1936) en la que no se fijaba plazo de caducidad.

STS 14 febrero 2011 (RCUD 245/2008).

“QUINTO.- Hemos dejado constancia sobre que la jurisprudencia de esta Sala ha sido oscilante.

Mientras, la sentencia objeto de impugnación (en razón de la remisión a otra sentencia anterior) menciona tres sentencias (doctrina conforme art. 1.6 C.Civil) en apoyo de la producción de la caducidad, acontece que la sentencia de contraste se apoya exclusivamente en una sola (lo que en sí misma no constituye doctrina), ciertamente posterior, mas que no explicita las razones del cambio de criterio ya que ninguna mención realiza a la doctrina vertida en las sentencias anteriores.

Nos desenvolvemos, pues, en un ámbito no suficientemente definido por la jurisprudencia de esta Sala lo que ha propiciado las distintas opciones adoptadas por diferentes Secciones de la Sala de instancia.

Sentado lo anterior hemos de recordar lo primero que la caducidad es una institución que garantiza la seguridad jurídica, consagrada en nuestra Constitución, art. 9.3 , mediante la fijación de un plazo rígido (es decir no interrumpible) que delimite el período de tiempo en el que puede llevarse a cabo una actuación en un concreto procedimiento.

Constituye una técnica que protege al administrado esencialmente en los procedimientos administrativos que pudieran conducir a un resultado desfavorable al mismo. No obstante en la sentencia de 3 de diciembre de 1998, recurso de casación 8901/92 se recuerda la jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 2 de Abril de 1982 , 26 de Diciembre de 1990 y 10 de Junio de 1997), que ha declarado que "está en la naturaleza de la licencia el que sea sometida a un plazo de caducidad", así como que "ha de entenderse que pertenece a la esencia de la licencia, como institución al servicio de la eficacia del planeamiento, la posibilidad de su caducidad".

Su positivización en una norma procedimental administrativa común a todas las administraciones tuvo lugar mediante la promulgación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, LRJAPAC y la introducción de su art. 44 respecto de los procedimientos iniciados de oficio.

En la antedicha situación se encuentra un expediente de declaración de protección del patrimonio histórico por cuanto implica por la administración el ejercicio de potestades de intervención susceptibles de producir efectos de gravamen (apartado 2. del art. 44 LRJAPAC).

No parece razonable que tras la vigencia de la Constitución pueda operar sin restricciones una norma legal con más de 50 años a sus espaldas que no atendía a los principios consagrados por la LRJAPAC para amparar a los ciudadanos frente a la prolongada lentitud de las administraciones en la conclusión de un procedimiento administrativo con efectos desfavorables sobre el mismo. En el presente caso se pone de manifiesto, a partir de los datos reflejados por la Sala de instancia, que el expediente administrativo duró 18 años.

Avanzando más hemos de subrayar el contenido de la Sentencia de esta Sala y Sección de 21 de enero de 2008, recurso de casación 7172/2003 donde se citaba otra anterior sentencia de 7 de marzo de 2007, recurso de casación 219/2002 en que se afirmaba que "la caducidad se produce "ope legis" por incumplimiento de los plazos para resolver y no depende, ni de los intereses de los afectados en el expediente, ni de cual fuera su voluntad al respecto.....". Se insiste en que la caducidad tiene lugar por el transcurso del tiempo, siempre y cuando se cumplan los requisitos que establezca el precepto aplicable, aquí en concreto la denuncia de la mora reiteradamente contemplada en nuestra jurisprudencia cuando de la LPHE se trata (así la STS de 19 de junio 2007, recurso de casación 3861/2002 y la STS de 29 de mayo 2007, recurso de casación 8444/2004).

SEXTO .- Al acoger como doctrina correcta la vertida por la sentencia impugnada y las de este Tribunal invocadas en aquella más arriba configuradas, así como otras posteriores de esta Sala y Sección, hemos de desestimar el recurso”.

IX.3.2. No es necesaria la denuncia de la mora:

Tradicionalmente la jurisprudencia de la Sección la había exigido. Por ejemplo, STS 12 marzo 2012 (RC 3339/2010):

“Y en la Sentencia de esta Sala y Sección de 21 de enero de 2008, recurso de casación 7172/2003 , FJ Sexto, in fine se reiteró que " Cómo dijo este Tribunal en su sentencia de 7 de marzo de 2007, recurso de casación 219/2002 "la caducidad se produce "ope legis" por incumplimiento de los plazos para resolver y no depende, ni de los intereses de los afectados en el expediente, ni de cual fuera su voluntad al respecto.....". Se insiste en que la caducidad tiene lugar por el transcurso del tiempo, siempre y cuando se cumplan los requisitos que establezca el precepto aplicable, aquí en concreto la denuncia de la mora reiteradamente contemplada en nuestra jurisprudencia cuando de la LPHE se trata (así la STS de 19 de junio 2007, recurso de casación 3861/2002 y la STS de 29 de mayo 2007, recurso de casación 8444/2004).

Y más recientemente en Sentencia de 22 de noviembre de 2011, rec. cas. 2700/2010 se afirma en un recurso interpuesto por una sociedad que "el presente recurso no puede prosperar por cuanto la cuestión ya se ha resuelto por esta Sala y Sección ,en la sentencia que se cita ya por la recurrida Comunidad de Canarias, de veintiséis de enero de dos mil diez, recurso de casación 5849/2007 , que a su vez recoge otra anterior , también citada por la sentencia de instancia, de veintinueve de marzo de dos mil siete, recurso de casación 8444/2004 que ya han determinado una consolidada

Jurisprudencia en el sentido de exigir la previa intimación para que pueda producirse la caducidad del procedimiento de declaración BIC".

Pero las SSTS 27 marzo 2012 (RC 4285/2010) y 24 abril 2012 (RC 3734/2009) cambiaron el criterio de la Sección. Dice esta última:

“Estos dos motivos segundo y cuarto los resolveremos conjuntamente por que, en ambos, la cuestión es en esencia la misma, y poseen un denominador común que, en síntesis, se refiere a que la sentencia de instancia desconoce la Jurisprudencia de esta Sala en relación con la interpretación que la misma ofrece del artículo 9.3 de la Ley 16/1.985, de 26 de junio, del Patrimonio histórico español en relación con la caducidad de los procedimientos seguidos para la declaración de un bien de interés cultural, y, en este supuesto, y de igual modo, en relación con el artículo 10.2 de la Ley 9/1.993 del Patrimonio cultural catalán.

La consecuencia de ese planteamiento común en relación con ambos motivos es la posibilidad de proceder a una resolución conjunta de los mismos que a continuación acometemos.

Como expusimos en la sentencia citada de 27 de marzo pasado recurso de casación núm. 4.285/2.010 "Conviene ahora antes de entrar en la decisión de estos dos motivos recordar cuál fue la razón de decidir de la sentencia de instancia que, efectivamente, se apartó razonando por qué, de las sentencias de esta Sala que se citan como inaplicadas.

Lo hizo porque entendió que la denuncia de la mora que establecían tanto la Ley del Estado, como en lo que ahora importa la Ley 9/1.993 del Patrimonio Cultural Catalán, había quedado sin efecto con la modificación introducida por la Ley 4/1.999, de 13 de enero, en la Ley 30/1.992, de 26 de noviembre, de RJAPPAC, cuyo artículo 44.2 en procedimientos como el aquí aplicable prescindía de la denuncia de la mora, de modo que una vez transcurrido el plazo para resolver sin notificarse la resolución, el procedimiento se entendía caducado y, por tanto, había de declararse así, y archivarse el procedimiento. Ello sin perjuicio de que afirmase que los supuestos contemplados en las sentencias citadas o bien se referían a procedimientos iniciados antes de la reforma de la Ley 30/1.992, o bien hacían abstracción del dato relativo a la fecha de iniciación del procedimiento. Partiendo de esta posición concluía que ninguna otra de las razones de la demanda impedía entender caducado el procedimiento.

Los motivos primero y cuarto se rechazan. Para ello hemos de manifestar previamente que hemos de apartarnos de la interpretación que esta Sala venía efectuando de la necesidad de que en los procedimientos de declaración de bienes de interés cultural era precisa la denuncia de la mora una vez transcurrido el plazo para dictar la resolución procedente en los mismos, y ello porque en la mayoría de los supuestos en que se mantuvo esa interpretación los procedimientos de declaración se habían iniciado antes de la entrada en vigor de la modificación de la Ley 30/1.992 por la Ley 4/1.999 de 13 de enero.

Un cambio de orientación o de criterio en una determinada línea jurisprudencial es perfectamente posible, como tiene declarado esta Sala en sentencias como las de 1 de abril de 2.002, rec. 8.744/1.995 , en la que manifestamos que: "es sabido que nada impide a los Tribunales variar sus criterios o interpretar de forma diferente las normas aplicables, siempre que el cambio de criterio no sea fruto de un mero voluntarismo casuístico sino consciente, justificado y razonado" (SSTC 91/1.990,

de 23 de mayo , y 200/1.990, de 10 de diciembre), o en la de 30 de octubre de 1.999, rec. 3.775/1.996 , en la que también expresamos sobre esta cuestión lo que sigue: "Otro tanto cabe decir del principio de seguridad jurídica, recogido en el mismo artículo 9.3 de la Constitución , cuya vigencia no se desconoce por seguir la más reciente orientación jurisprudencial para resolver conforme a ella, respetándose dicha seguridad jurídica también con los cambios de criterio interpretativo cuando se justifican debidamente, pues lo contrario sería ignorar el significado de la jurisprudencia, recogido en el artículo 1.6 del Código civil , cuya finalidad es la de guiar y orientar la función de aplicar las leyes al servicio de la mejor interpretación de éstas y de los principios generales del derecho, mientras que la estricta vinculación con el precedente constituiría un impedimento al cumplimiento de este fin".

Expuesto lo anterior es claro que la reforma de la Ley 30/1.992, de 26 de noviembre, por la Ley 4/1.999, de 13 de enero, en relación con la falta de resolución expresa en plazo en procedimientos iniciados de oficio afecta a procedimientos como los resueltos por la sentencia de instancia que deciden sobre la declaración de bien de interés cultural, aplicando en este caso la Ley del Parlamento de Cataluña 9/1.993 que en su artículo 10.2 dispone que una vez transcurrido el plazo para determinar lo procedente se requiere la denuncia de la mora para a partir de ese requerimiento, y transcurrido el nuevo plazo establecido para resolver sin que así se haga, ha de declararse la caducidad del procedimiento.

Así resulta del artículo 44 de la Ley 30/1.992 que tras disponer en su primer párrafo que: "En los procedimientos iniciados de oficio, el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa no exime a la Administración del cumplimiento de la obligación legal de resolver, produciendo los siguientes efectos" añade en su número 2 que: "En los procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad. En estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el art. 92".

Efectivamente esa regulación contenida en la Ley 30/1.992 citada, que es Ley básica, establece un denominador común que las Comunidades Autónomas han de respetar y, por tanto, Ley que condiciona la Ley complementaria autonómica. Ello en el bien entendido de que por común habrá de considerarse cualquier garantía esencial que asegure a los administrados un trato común o idéntico en términos de igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de sus deberes. Así resulta de la Constitución española cuando afirma en el Artículo 149 1 . que: "El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 1ª) La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales" y 18ª "Las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas (...) que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas", lo que obliga a considerar que esa Ley básica general deroga la Ley especial, bien sea del Estado o de la Comunidad Autónoma, e impone que en procedimientos iniciados de oficio y de intervención susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, como el aquí establecido por la Ley Catalana 9/1.993 en su artículo 8 y siguientes, y que según su artículo 10.2 dispone que se "adoptará (el acuerdo de declaración de bienes culturales de interés nacional) en el plazo de dieciocho meses a contar desde la fecha en que se ha incoado el expediente"

concluya con la declaración de caducidad transcurrido ese plazo, sin que proceda la previa denuncia de mora prevista en ese precepto que obligaba al interesado a solicitar la caducidad del expediente y concedía a la Administración un nuevo plazo de veinte días a partir de esa petición para resolver.

En consecuencia y como declaró la sentencia de instancia transcurridos dieciocho meses desde la incoación del expediente y no notificada en ese plazo a los interesados la declaración de bien de interés cultural el expediente había caducado”.

IX.3.3. Andalucía: obligación de terminar los expedientes en plazo de 3 años por normativa autonómica.

STS 22 mayo 2012 (RC 5869/2009):

“Es esta la razón del sentido de la sentencia, que sin embargo el recurso no critica, conformando de esta manera un supuesto esencialmente igual al que conocimos en nuestra Sentencia de 25 de septiembre de 2008, recurso 7092/2005 , en la que declaramos:

" A) Que la Disposición transitoria de la Ley del Parlamento de Andalucía 1/1991, de 3 de julio, por la que se regula el Patrimonio Histórico de Andalucía, vigente en el año 1999, ordenó que "en el plazo de tres años la Consejería de Cultura y Medio Ambiente incluirá en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz los bienes declarados, o en trámite de declaración, de Interés Cultural con arreglo a la Ley 16/1985, de 25 de junio, en el momento de la entrada en vigor de esta Ley". Disposición que, bien entendida, obligaba a terminar en ese plazo de tres años los procedimientos dirigidos a la declaración de Bienes de Interés Cultural sitios en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley andaluza 1/1991 y sujetos, por ello, a la Ley estatal 16/1985. Seguir amparándose en ésta en el año 1999, para aplicar a un procedimiento que se resuelve en éste el régimen procedimental de la Ley 16/1985, supone tanto como olvidar el mandato que el legislador andaluz plasmó en la Disposición transitoria trascrita. Y

B) Que transcurrido el citado plazo de tres años, la consecuencia lógica que se impone como regla general, esto es, salvo excepciones justificadas por la correcta aplicación de otras normas que habilitaran la demora, aquí no invocadas, era o debía ser la caducidad misma de los expedientes anteriores, o al menos la aplicación a estos del régimen procedimental dispuesto en las normas sectoriales andaluzas si así se demandaba por los particulares afectados. En este orden de ideas, el motivo de casación no combate la interpretación que la Sala de instancia hace del artículo 14.1 de aquel "Reglamento de Protección y Fomento del Patrimonio Histórico de Andalucía ", en el sentido de que lo dispuesto en él supone tanto como la desaparición o no exigencia del requisito previo de la denuncia de mora; ni argumenta nada acerca de la eventual ilegalidad de dicho precepto; ni, más en concreto, nada sobre la eventual contradicción por él de normas estatales de carácter básico ."

IX.4. ENTORNO DE PROTECCIÓN

La declaración de BIC lleva aparejada la necesaria delimitación de un entorno de protección, tanto si la declaración se produjo antes de la Ley 16/1985 como después de

su publicación y bajo su vigencia. Y también en un procedimiento a caballo entre una y otra regulación.

STS 7 octubre 2011 (RC 6603/2009):

“Debemos alterar el orden en el que viene configurado el motivo, pues de concluir que la declaración de un inmueble como bien de interés cultural efectuada una vez entrada en vigor la Ley 16/1985, del Patrimonio Histórico Español, implica o conlleva de manera inseparable la delimitación de su entorno de protección, resultaría innecesario abordar la cuestión que se suscita como primordial, relativa al carácter continuista o no de la presente regulación con respecto la contenida en la Ley de 13 de mayo de 1933, en cuanto a la preceptividad de la delimitación de aquella delimitación del entorno afectado por la declaración.

Y en dicho aspecto, la resolución de lo que se nos plantea ha de partir de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Sexta de la citada Ley 16/1985, del Patrimonio Histórico Español, a cuyo tenor “1. La tramitación y efectos de los expedientes sobre declaración de bienes inmuebles de valor histórico-artístico incoados con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley se regirán por la normativa en virtud de la cual han sido iniciados, pero su resolución se efectuará en todo caso mediante Real Decreto, y con arreglo a las categorías previstas en el art. 14,2 de la presente ley.”, que significa en lo que nos ocupa que el expediente iniciado con anterioridad a la entrada en vigor de la citada Ley, pero pendiente de resolución a dicha fecha, rige su trámite procedimental por la legislación de aplicación en la fecha de su incoación, mas su resolución se sujeta a la ya vigente, lo que conlleva tanto que la categoría de protección del inmueble como bien cultural lo sea conforme a las categorías de monumentos, jardines, conjuntos y sitios históricos, y como zonas arqueológicas; como que la declaración de cualquiera de las referidas categorías referidas a inmuebles implica, ex lege, la necesaria la delimitación del entorno afectado por la referida declaración, de la que es por tanto inescindible, conforme respectivamente establece el artículo 11.2 y el artículo 18 de la citada Ley 16/1985, del Patrimonio Histórico Español.

La ordenación que propone la sentencia objeto del recurso de casación supone la aplicación de un régimen especial de transitoriedad distinto al querido por el legislador, del que se aparta para establecer al supuesto un tercer género, no coincidente con la regulación vigente en la fecha de incoación del expediente, pero tampoco con la aplicable en el momento de su resolución, al ordenar que la declaración de protección del inmueble lo sea conforme alguna de las categorías previstas en las Ley 19/1985, mutándole sin embargo un elemento esencial y común a todas ellas, cual es la delimitación del entorno de protección del inmueble.

Por otro lado, los bienes anteriormente declarados histórico-artísticos o incluidos en el Patrimonio Artístico y Arqueológico, pasaron, gracias a la Disposición Adicional 1ª de la Ley 16/1985, del Patrimonio Histórico Español, a tener la consideración de bienes de interés cultural, lo que ha comportado la necesidad de la integración del anterior régimen de protección del inmueble mediante la adición de la delimitación del entorno de protección de cada bien de interés cultural, lo que hemos reputado conforme en Derecho, tal como ha sucedido recientemente en nuestra Sentencia de 16 de marzo de 2011, recurso 2645/2009, en relación la Ciudadela de Jaca; lo que dejamos aquí expuesto en cuanto expresivo de carecer de lógica y razón que pueda, decimos mejor “deba”, delimitarse el entorno afectado respecto los bienes culturales declarados con anterioridad a la entrada en vigor de la repetida Ley

16/1985, y sin embargo no pueda serlo en unidad de acto respecto el bien de interés cultural que es declarado una vez de aplicación aquella misma ley, que en todo caso no viene impedido por el suceso en que se fija la sentencia recurrida, cual es que la regulación anterior siga rigiendo el orden y efectos del trámite procedimental del expediente de la declaración, cuyo sentido y contenido lo es conforme a las categorías previstas en la nueva ley”.

IX.5. PUEDE DECLARARSE BIEN DE INTERÉS CULTURAL UN EDIFICIO AUNQUE ESTÉ EN RUINA

STS 15 diciembre 2011 (RC 4941/2010).

X. EDUCACIÓN

X.1. DERECHO A LA EDUCACIÓN

X.1.1. Titulares

Los extranjeros deben acreditar la residencia para acceder a las becas de la educación postobligatoria (STS 14 febrero 2012 RC 3757/2010, que se remite a la STS 8 noviembre 2011 RC 6464/2010).

“Esto es, ni de la redacción del artículo 9 de la LODyLEE, ni de la interpretación que del mismo realizó el Tribunal Constitucional en el recurso de inconstitucionalidad que dio lugar a la STC 236/2007, se deduce el derecho de los estudiantes extranjeros no residentes a disfrutar de la gratuidad de la educación superior en las mismas circunstancias que los nacionales, siendo por esto que la previsión de acreditar la residencia en la situación temporal a que se refiere la Resolución originariamente impugnada no es una exigencia disconforme con el Ordenamiento Jurídico, y actualmente se halla recogida en aquel mismo precepto –“2. Los extranjeros mayores de dieciocho años que se hallen en España tienen derecho a la educación de acuerdo con lo establecido en la legislación educativa. En todo caso, los extranjeros residentes mayores de dieciocho años tienen el derecho a acceder a las demás etapas educativas posobligatorias, a la obtención de las titulaciones correspondientes, y al sistema público de becas en las mismas condiciones que los españoles.”-, conforme la redacción dada mediante LO 2/2009, de 11 de diciembre”.

X.1.2.Límite de plazas.

X.1.2.1. No puede ampliarse con amparo en los derechos a la libre elección de centro o a la educación de los hijos conforme a las propias convicciones

STS 30 marzo 2012 (RCIL 94/2010), fija la siguiente doctrina legal:

“No es posible el aumento judicial de la ratio para Educación Primaria en los centros escolares sostenidos con fondos públicos por encima del límite fijado por el art. 157.1 a) de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, con fundamento en el

derecho a la libre elección de centro escolar ni en el derecho de los padres a que los hijos reciban la educación moral y religiosa que esté acorde a sus propias convicciones”.

X.1.2.2. Criterios

Una cosa es reconocer el derecho a la enseñanza universitaria y otra muy distinta que ese acceso sea ilimitado cuantitativamente, por lo que son lícitos los procedimientos de concurrencia competitiva (pruebas de acceso a la universidad) así como las pruebas para mejorar la nota de admisión. STS 12 julio 2011 (rec. cont-adm. 323/2010).

X.2. ORGANIZACIÓN DEL SISTEMA

X.2.1. Educación no obligatoria: posible “doble red” de centros.

No es contraria a Derecho la existencia de guarderías asistenciales donde se acogen niños sin pretensión educativa y que no tienen por qué acogerse a los requisitos educativos exigidos por la ley. STS 21 febrero 2012 (RC 1826/2010).

X.2.2. Educación concertada:

X.2.2.a) Motivación de la resolución denegatoria de conciertos educativos:

SSTS 25 septiembre 2012 (RC 6430/2011) y 16 octubre 2012 (RC 6431/2011), con cita de las SSTS 30 enero 2007 (RC 4670/2002), 19 julio 2007 (RC 10848/2004), 13 mayo 2008 (RC 10280/2004), 18 julio 2008 (RC 6547/2005):

“...tratándose de decisiones que afectan directamente al derecho fundamental a la educación y al derecho de los padres a elegir la enseñanza, la Administración debe motivar decisiones que inciden en ellos, no solo con argumentos genéricos, sino con razones concretas y, sobre todo, acreditando, cuando se aduce ese motivo, que no cuenta con fondos suficientes para mantener el número de unidades de enseñanza primaria y secundaria que hasta ese momento venía financiando en el centro, respecto del cual no se ha objetado incumpla los requisitos necesarios para la renovación del concierto que establece el artículo 43 del Real Decreto 2377/85”, y que en la sentencia de catorce de abril de mil novecientos noventa y cuatro esta Sala del Tribunal Supremo ha declarado “las limitaciones presupuestarias insoslayables, las que han de ser probadas por la Administración no bastando su mera alegación y en ningún caso podrán ser motivo de exclusión de un Centro Privado del régimen de conciertos educativos”

X.2.2.b) No es aplicable el “principio de subsidiariedad”

STS 18 enero 2010 (RC 163/2007), reproduciendo la STS 6 noviembre 2008 (RC 1548/2006): **[OJO, errata: “ha” en lugar de “a” en el segundo párrafo transcrito; se destaca en negrita]**

“Examinando ahora desde los principios constitucionales, el texto legal en aquellos aspectos que directamente atañen a la cuestión objeto de debate, conviene antes que nada corregir la afirmación que contiene el texto de la Sentencia recurrida cuando en el fundamento tercero afirma que "en esta materia rige el principio de subsidiariedad, de modo que solamente ha de acudir al régimen de conciertos cuando la necesidad educativa no resulta satisfecha por los centros públicos, por lo que cuando está previsto que en estos se implanten las unidades educativas para las que se solicita el concierto ha de negarse la solicitud del concierto con centro privado a fin de evitar la duplicidad del gasto público que, en definitiva, es una de las razones centrales por las que tiene lugar la denegación en el caso presente".

Esa afirmación no puede compartirse por que es contraria a la letra y al espíritu de la Constitución y de la Ley Orgánica del Derecho a la Educación. Y ello porque la invocación que hace el preámbulo de la Ley al principio de subsidiariedad es radicalmente contraria al sentido en el que la Sentencia utiliza ese término de que habiendo oferta pública que satisfaga las necesidades que existan, la misma debe prevalecer frente a la privada, de modo que no habrá lugar a concertar con centros privados. Cuando la Ley se refiere a ese principio en la exposición de motivos lo hace en relación con una situación pretérita en la que las insuficiencias del desarrollo económico y los avatares del desarrollo político, en diversas épocas, obligaron al Estado [h]a hacer "dejaición de sus responsabilidades en este ámbito, abandonándolas en manos de particulares o de instituciones privadas, en aras del llamado principio de subsidiariedad". No es esa la situación actual en la que la norma que desarrolla la Constitución, la Ley Orgánica del Derecho a la Educación quiere garantizar "al mismo tiempo el pluralismo educativo y la equidad" y así reconoce "la libertad de crear centros docentes y de dotarlos de un carácter o proyecto educativo propio", ... e "incluye, asimismo, la capacidad de los padres de poder elegir para sus hijos centros docentes distintos de los creados por los poderes públicos, así como la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones, tal como se recoge en el art. 4". De ahí que distinga entre los centros privados y "los centros sostenidos con fondos públicos, y dentro de éstos los privados concertados y los de titularidad pública", que impartirán "la educación obligatoria en régimen de gratuidad". Por otra parte añade que la "programación debe asegurar simultáneamente el derecho a la educación y la posibilidad de escoger centro docente dentro de la oferta de puestos escolares gratuitos, pues tal libertad no existe verdaderamente si no está asegurado aquel derecho para todos". Asimismo garantiza "el régimen de conciertos a través del cual se materializa el sostenimiento público de los centros privados concertados que, junto con los públicos, contribuyen a hacer eficaz el derecho a la educación gratuita, y, de acuerdo con el art. 27.9 CE, establece los requisitos que deben reunir tales centros". De ahí que el art. 27.9 de la Constitución utilice la expresión "los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la Ley establece".

Por mas que la expresión ayudarán que utiliza ese inciso del art. 27 de la Constitución pueda calificarse de ambigua, y que la misma se refiera sin matices a todos los centros docentes que reúnan los requisitos que la Ley establece y, por tanto, no sólo a los privados, es claro que los centros privados concertados poseen la garantía institucional constitucionalmente expresada y legalmente reconocida de sostenimiento por las Administraciones Públicas competentes de la gratuidad de la enseñanza básica que se declara obligatoria y gratuita. En consecuencia el principio de subsidiariedad al que se refiere la Sentencia no puede aceptarse del modo que la misma lo entiende, de forma que existiendo oferta de enseñanza básica suficiente en centros

públicos la misma es preferente a la existente en los centros privados que reúnan los requisitos legales que, en esos casos, no tendrán derecho al concierto”.

X.2.2.c) Obligación de escolarizar a alumnos de ambos sexos

SSTS 23 julio 2012 (RC 4591/2011) y 24 julio 2012 (RC 5423/2011)

“Antes de entrar a resolver este primer motivo y aunque el desarrollo del mismo lo deja sentado con claridad meridiana, (así resulta del enunciado del mismo), es conveniente recordar que se refiere con exclusividad al Colegio Torrevelo. Centro éste al que la Resolución administrativa que desencadenó el posterior proceso que hoy culmina, denegó, por un lado, el acceso al régimen de conciertos de 6 unidades de Educación Infantil, así como la denegación de la renovación del concierto para 6 unidades de Educación Primaria y 4 unidades de Educación Secundaria Obligatoria, si bien prorrogó el concierto que existía sobre esas unidades por un año, eso sí motivando su decisión y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44 del Real Decreto 2.377/1.985 .

En consecuencia y en relación con el Colegio Torrevelo la Administración adoptó, al menos, dos decisiones. La primera la denegación de acceso al concierto de 6 unidades de Educación Infantil; la segunda la no renovación del concierto que había concluido, por cumplirse el plazo de 4 años por el que se había establecido, de las 6 unidades de Educación Primaria y 4 unidades de Educación Secundaria Obligatoria concertadas, y una tercera, consecuencia de la anterior, de mantener durante un año la prórroga del concierto existente en relación con las 10 unidades a las que se extendía el concierto en su día aprobado.

En cuanto a la primera de esas decisiones no acceder a concertar 6 unidades de Educación Infantil la razón única, tal y como resulta de la Resolución inicial de 14 de abril de 2.009 de la Consejería de Educación de Cantabria, luego refrendada por la posterior del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de 13 de agosto siguiente, fue la referida al cambio legal introducido en la Ley Orgánica 2/2.006, de 3 de mayo, de educación, que en el Título II, que dedica a la equidad en la educación, Capítulo III, relativo a la escolarización en centros públicos y privados concertados, artículo 84, dedicado a la admisión de alumnos, y en su apartado 3 dispuso que: "En ningún caso habrá discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social".

La Administración demandada entendió que la nueva Ley Orgánica se apartaba de los criterios anteriores de admisión existentes tanto en la Ley Orgánica 8/1.985, de 3 de julio, cuyo artículo 20.2 prohibía la discriminación en la admisión de alumnos "por razones ideológicas, religiosas, morales, sociales, de raza o nacimiento" y, de igual modo, esa enumeración se mantuvo en idénticos términos en el artículo 72.3 de la Ley Orgánica 10/2.002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación . Y en consecuencia entendió que la incorporación del término sexo, entre aquellos ya referidos en las normas anteriores, venía a añadir un nuevo criterio de discriminación que prohibía la concertación, o, lo que es lo mismo, el sostenimiento con fondos públicos de aquellos centros privados de educación diferenciada por sexos, que, en consecuencia, no aceptan la escolarización conjunta de alumnos de ambos sexos, es decir, la coeducación.

Pues bien esa norma vigente y de directa aplicación, por tanto, por la Comunidad Autónoma, que ya había sido objeto de desarrollo por la misma al dictar el

Decreto 16/2.009, de 12 de marzo, en cuyo artículo 2.5 relativo a los criterios generales de admisión ya se hacía referencia al sexo como criterio de discriminación en la admisión de alumnos, fue rectamente aplicada por aquélla, y lo hizo oportunamente cuando el centro afectado Colegio Torrevelo con motivo de solicitar la renovación del concierto que mantenía con la Administración cántabra, solicitó le fueran concertadas 6 nuevas unidades de Educación Infantil.

Esa decisión de la Administración confirmada por la sentencia de instancia, no cuestiona la existencia de la educación diferenciada, tan legítima como el modelo de coeducación que preconiza la Ley, pero sí se ajusta al mandato legal que descarta que la misma pueda acogerse al sistema de enseñanza gratuita de centros concertados sostenidos con fondos públicos. Y ello porque esa es la opción legítima que adopta el legislador y que no contraría el artículo 27.9 de la Constitución que dispone que "los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca". De modo que ese derecho que es de configuración legal no alcanza de conformidad con lo que dispone la Ley Orgánica de Educación, Ley 2/2.006, de 3 de mayo, a los centros docentes que opten por el modelo de educación diferenciada que no pueden ser concertados, y por ello no pueden ser sostenidos con fondos públicos.

Y si ello puede predicarse de la no concertación de las seis nuevas unidades de Educación Infantil pretendidas, lo mismo puede decirse de la renovación del concierto para las unidades de Educación Primaria y Secundaria Obligatoria, que en número de seis y cuatro, respectivamente, se pretendían mantener y que fueron denegadas por idéntica razón, y para cuya denegación sirven las razones ya expuestas, para rechazar la concesión de las nuevas.

Sin que esta conclusión pueda enervarse con la mención que efectúa el motivo de los artículos 43 y 44 del Real Decreto 2.377/1.985, de 18 de diciembre, puesto que si bien el primero de ellos declara que: "Los conciertos se renovarán siempre que el centro siga cumpliendo los requisitos que determinaron su aprobación, no se haya incurrido en las causas de no renovación previstas en el art. 62.3 de la ley orgánica reguladora del Derecho a la Educación y existan consignaciones presupuestarias disponibles. En este último supuesto se aplicarán los criterios de preferencia del art. 48.3 de la citada ley orgánica", no es menos cierto que esos criterios que permitían la renovación del concierto se aplicaban una vez que el artículo 20.2 de la misma Ley Orgánica 8/1985, había excluido con carácter previo la existencia de discriminación en la admisión por los centros de los alumnos por "razones ideológicas, religiosas, morales, sociales, de raza o nacimiento", prohibiciones que mantuvo inalterables la Ley Orgánica 10/2.002, de Calidad de la Educación, de 23 de diciembre, y a los que añadió la Ley Orgánica 2/2.006, el del sexo, de modo que teniendo eso en consideración una vez concluida la vigencia del Concierto su renovación no era posible al introducirse esa causa prohibitiva de discriminación por sexo en relación con la admisión de alumnos en los centros privados sostenidos con fondos públicos.

También el motivo se remite a la Disposición Adicional Vigésima Quinta de la Ley Orgánica 2/2.006 que se rubrica como "fomento de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres" y dispone que: "Con el fin de favorecer la igualdad de derechos y oportunidades y fomentar la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, los centros que desarrollen el principio de coeducación en todas las etapas educativas, serán objeto de atención preferente y prioritaria en la aplicación de las previsiones recogidas en la presente Ley, sin perjuicio de lo dispuesto en los convenios internacionales suscritos por España".

(...)

Sin embargo lo que la Disposición Adicional Vigésima Quinta de la Ley Orgánica 2/2.006 pretende, y así resulta de su rubrica "fomento de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres", es "favorecer la igualdad de derechos y oportunidades y fomentar la igualdad efectiva entre hombre y mujeres" y conseguir que "los centros que desarrollen el principio de coeducación en todas las etapas educativas" sean "objeto de atención preferente y prioritaria en la aplicación de las previsiones recogidas en la Ley". En el bien entendido que para ello deben mantener ese modelo en todas las etapas educativas y que se refiere a las previsiones recogidas en la Ley y que, por tanto, no se refiere solo a la preferencia en la posibilidad de obtener conciertos con la Administración Educativa. Y desde luego de ese trato preferente y prioritario a esos centros no se deduce que España desconozca lo dispuesto en los convenios internacionales suscritos en materia de educación, y en concreto aquél al que se refieren las recurrentes.

Sin embargo, y por las razones ya señaladas, y sin que ello sea consecuencia de la Disposición Adicional citada, si bien se reconoce la legitimidad del sistema docente de educación diferenciada por sexos, se excluye a esos centros de la posibilidad de concertar con la Administración competente su sostenimiento con fondos públicos. Así resulta del artículo 116.1 de la Ley Orgánica 2/2.006 que dispone que "Los centros privados que ofrezcan enseñanzas declaradas gratuitas en esta Ley y satisfagan necesidades de escolarización, en el marco de lo dispuesto en los arts. 108 y 109, podrán acogerse al régimen de conciertos en los términos legalmente establecidos". Artículo que en su número 2 añade que: "Entre los centros que cumplan los requisitos establecidos en el apartado anterior, tendrán preferencia para acogerse al régimen de conciertos aquellos que, atiendan a poblaciones escolares de condiciones económicas desfavorables o los que realicen experiencias de interés pedagógico para el sistema educativo. En todo caso, tendrán preferencia los centros que, cumpliendo los criterios anteriormente señalados, estén constituidos y funcionen en régimen de cooperativa". En modo alguno se menciona entre esos criterios que permiten la concertación el que los centros se acojan al sistema de coeducación. Pero, es obvio, que, previamente, el artículo 84 de la Ley 2/2.006 que expresamente se refiere a "la admisión de alumnos" ha excluido de la posibilidad de concertación a los centros de educación diferenciada por sexos, al prohibir en su número 3 la discriminación por sexo en la admisión de alumnos, existencia de discriminación que es previa al cumplimiento del resto de las condiciones que se exigen para lograr la suscripción del concierto.

(...)

Por otra parte nadie puso en duda la legitimidad del sistema de educación diferenciada; cuestión distinta es que a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 2/2.006 sea posible que esos centros privados puedan tener la condición de concertados sostenidos con fondos públicos, cuando expresamente en el régimen de admisión de alumnos se prohíbe la discriminación por razón de sexo, artículo 84.3 de la Ley. Precepto que por otra parte en nada se separa del contenido del artículo 14 de la Constitución del que es trasunto fiel a la hora de enumerar las discriminaciones que proscribire. Y esa imposibilidad de obtener conciertos esos centros docentes que optan por la educación separada por sexos tampoco perturba ningún derecho constitucional de los padres que conservan el derecho de libre elección de centro y el de los titulares de la creación de centros con ideario o carácter propio, y sin que se vulnere el número 9 del artículo 27 de la Constitución porque determinados centros no puedan acceder al concierto si no reúnen los requisitos que la Ley establece.

Ya esta Sala en sentencia de 11 de junio de 2.008, recurso de casación núm. 689/2005 , citando sentencias anteriores, manifestó que "Ni la LODE ni la LOCE reconocen a los titulares de los centros concertados el derecho a establecer en ellos un sistema de enseñanza diferenciada como parte integrante de su derecho de creación y dirección de centros privados y que, por esta razón, deba ser aceptado como un contenido adicional de lo directamente establecido en el artículo 27 CE .

Consiguientemente, carece de fundamento esa vulneración a la configuración legal del derecho fundamental reconocido en dicho artículo 27 CE que la sentencia recurrida viene a atribuir a las normas reglamentarias impugnadas por esa mención del "sexo" contenida en ellas que anula.

El sistema de enseñanza mixta, en el caso de los centros concertados, es una manifestación o faceta más de esa competencia sobre la admisión del alumnado que corresponde a la Administración educativa que financia dichos centros concertados; esto es, forma parte de esa intervención estatal que limita el derecho de dirección en los centros privados que reciben ayudas públicas en virtud de lo establecido en el artículo 27.9 CE ".

También en sentencia de 26 de junio de 2.006, recurso 3.356/2.000 , tras mencionar y transcribir la misma, tanto el artículo 10.c) de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer al que se refería la Central Sindical recurrente, así como el artículo 2 a) de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza de 14 de diciembre de 1.960 de la UNESCO que citaba la Sociedad recurrida, mantuvimos que sobre la educación separada por sexos "las normas internacionales dejan abierta la cuestión" si bien también expresamos que: "Es significativo a este respecto que las normas reguladoras del régimen de admisión de alumnos en los centros públicos -y en los concertados- no hayan incluido hasta ahora al sexo entre los motivos por los que no se puede discriminar a los alumnos (artículos 20.2 y 53 de la LODE, 3 del Real Decreto y, posteriormente, el artículo 72.3 de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación). Es verdad que el artículo 84.3 de la Ley Orgánica, 2/2006, de 3 de mayo, de Educación , actualmente en vigor, sí incluye al sexo entre las causas por las que no se podrá discriminar a los alumnos en la admisión a los centros públicos y a los concertados. Y que su disposición adicional vigésimo quinta asegura una atención preferente y prioritaria a los centros que desarrollen el principio de la coeducación en todas las etapas educativas. No obstante, esta novedad, cuyo alcance no es el caso determinar ahora, no puede proyectarse sobre la Sentencia recurrida que se dictó a la vista de las normas entonces vigentes.

Y, por último, en sentencia 24 de febrero de 2.010, recurso de casación núm. 2.223/2.008 mantuvimos "que la educación separada por sexos era conforme en España y estaba autorizada de acuerdo con la Convención (de la UNESCO aprobada el 14 de diciembre de 1.960) puesto que el Estado la admitía, y desde luego así resultaba hasta la derogación de la Ley Orgánica 10/2.002 (...)". Para seguidamente añadir que: "hay que admitir que dejó de serlo para los Centros Docentes sostenidos con fondos públicos una vez que la Ley Orgánica 2/2.006 introdujo como criterio de no discriminación en el art. 84 que regula el proceso de admisión de alumnos, el relativo al sexo imponiendo definitivamente en esos centros el criterio de la coeducación".

X.2.3. Autonomía pedagógica y organizativa de los centros.

STS 21 febrero 2012 RC 926/2010.

“Sin embargo si tiene razón la parte recurrente en cuanto alega que altera la dirección administrativa y pedagógica de los centros privados e incide en grave dificultad objetiva organizativa.

Es aceptable el alegato de que la norma infringe los arts. 120 y 124 de la LOE afectando a la organización y funcionamiento del centro reconocida en el art. 124 de la LOE y a su autonomía pedagógica consagrada en el art. 120, con fundamento en el art. 27.CE que garantiza el derecho a la libertad de enseñanza. Precepto constitucional que al ser interpretado por el Tribunal Constitucional ha considerado comprende no debe tener limitaciones que conduzcan a graves dificultades objetivas en la dirección del centro (STC 11/1981, de 8 de abril).

La disposición afecta a principios pedagógicos y de organización que no tienen porqué ser impuestos por las autoridades educativas cuando ninguna Ley Orgánica así lo hubiere establecido. El tenor del art. 15 de la LODE no cercena tampoco esos principios.

No conviene olvidar que el art. 9 del Real Decreto 1630/2006, de 29 de diciembre, por el que se establecen las enseñanzas mínimas del segundo ciclo de Educación infantil constituye materia a determinar por las administraciones educativas, reitera la autonomía de los centros por cuanto en su apartado 1 establece que "las administraciones educativas fomentarán la autonomía pedagógica y organizativa de los centros.....".

Lo anterior parte de la LO 2/2006 que al regular la ordenación y principios pedagógicos de la educación infantil en su art. 14 establece contenidos educativos y métodos de trabajo basados en las experiencias, las actividades y el juego en un ambiente de afecto y confianza para potenciar la autoestima e integración social de los niños y niñas.

En modo alguno la Ley Orgánica interfiere en la organización educativa del centro y en el sistema pedagógico de si el mismo profesor debe atender a los mismos niños y niñas a lo largo de todo el ciclo educativo infantil o si los profesores pueden especializarse en los distintos períodos del ciclo atendiendo siempre a niños y niñas de idéntica edad. Constituye una opción pedagógica a decidir por el titular del centro.

Cuestión distinta acontece con los contenidos educativos del primer ciclo de la Educación infantil y el currículo del segundo ciclo y los requisitos que hayan de cumplir los centros que impartan el ciclo de educación infantil. En tal caso, conforme al art. 14 de la LO 2/2006, del 3 de mayo de Educación, y su desarrollo por Real Decreto 1630/2006, de 29 de diciembre, por el que se establecen las enseñanzas mínimas del segundo ciclo de Educación infantil constituye materia a determinar por las administraciones educativas.

Mas contenido educativo y método pedagógico constituyen ámbitos distintos.

Prosperan, pues, los motivos”.

En este sentido, las SSTS 13 junio 2012, 22 de noviembre de 2011, 17 y 18 de enero de 2012 (RRCC 19123/2010, 5260/2009, 5132/2009 y 6016/2009) declararon contraria a

Derecho la imposición a los centros de impartir la asignatura de “Educación para la Ciudadanía” en inglés:

“Y ello porque el desarrollo de la enseñanza de determinadas materias del currículo en lengua extranjera -inglés en este caso- no se puede imponer de forma generalizada en todos los centros sino formando parte de un programa que requiere del compromiso que asume el centro y que debe autorizar la autoridad educativa competente, y, por si ello no fuera bastante, en este caso además afectaba a los profesores a los que se encomendaba aquella tarea que no podían sin más abordarla, y a los que se imponía la colaboración con el departamento de inglés que habría de tutelar el desarrollo de la actividad pedagógica, y en cuanto a la opción B) prevista en la Orden impedía el conocimiento completo de la asignatura y limitaba a elección de los alumnos con los condicionantes conocidos los temas a tratar en la misma”.

X.2.4. Catalán. Sistema de inmersión lingüística.

STS 12 junio 2012 (RC 5825/2011). Doctrina de la STC 31/2010, de 28 de junio (Estatuto de Cataluña). El catalán no puede ser única lengua vehicular. El castellano ha de ser también, necesariamente, lengua vehicular junto con el catalán, en la proporción que proceda y que debe determinar la Administración. Es preciso que las normas reglamentarias reconozcan expresamente el castellano como lengua vehicular; nulidad de la norma que no lo reconoce.

“Es ahora el momento de explicitar las razones sobre las que se construye esta sentencia y que serán de posterior aplicación cuando se analicen cada uno de los motivos del recurso de casación que resolvemos.

La primera de ellas la constituye la ineludible obligación de este Tribunal de partir de la necesaria aplicación de la doctrina constitucional establecida en la sentencia 31/2.010 que ya utilizamos en las sentencias más arriba citadas, y que otorga al castellano la condición de lengua vehicular y docente como el catalán, de manera que solo atribuyendo al mismo esa condición en el sistema de enseñanza catalán son conformes con la Constitución los artículos 6 y 35.1 y 2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña; y esa naturaleza de lengua vehicular y docente se debe reconocer en las normas que regulen el sistema de enseñanza catalán y, por tanto, en el Decreto correspondiente como norma de menor rango que lo desarrolle, comportando su nulidad si su contenido explícito no es conforme con la doctrina constitucional citada.

La segunda de esas razones es la que resulta de la insuficiencia de la declaración que contiene la sentencia recurrida para considerar la conformidad a Derecho de los artículos 4.1 y 4. 3, del Decreto 181/2.008, en tanto que los mismos mantienen una identidad sustancial con el artículo 35 apartados 1, 2 y 3 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, lo que le lleva a concluir que interpretando los mismos del modo en que el Tribunal Constitucional lo hizo con los números 1 y 2 del artículos 35 del Estatuto no son inconstitucionales.

Lejos de ello es preciso que esa norma reglamentaria de desarrollo expresamente reconozca al castellano como lengua vehicular y docente en Cataluña para que pueda entenderse conforme a Derecho, puesto que así lo impone la doctrina constitucional ya conocida, y que es de aplicación obligada en la norma.

La tercera de las razones sobre las que se asentara el posterior desarrollo de esta sentencia se deduce de la imposibilidad de poder compartir el argumento que contiene el fundamento séptimo de la sentencia recurrida.

En ese fundamento la sentencia sostiene que: "Podría afirmarse que esta correspondencia entre la norma estatutaria y la reglamentaria que aquí se impugna no impide la apreciación de la inconstitucionalidad de ésta última, porque no hace referencia expresa al uso de la lengua castellana en el ámbito educativo, cuando la propia naturaleza reglamentaria de la disposición la obligaría a agotar la regulación en este campo. Según este criterio, lo que sería admisible en el Estatuto de Autonomía, como ha precisado el Tribunal Constitucional, no lo sería en el ámbito del reglamento que establece la ordenación de las enseñanzas del segundo ciclo de la educación infantil.

Sin embargo, esta argumentación no tiene en cuenta la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, conforme a la cual el control judicial de los reglamentos no puede suplir las omisiones reglamentarias, salvo supuestos muy concretos en que exista un requerimiento taxativo de una disposición de rango superior, del mismo modo que tampoco puede determinarse la forma en que han de quedar redactados los preceptos contrarios al ordenamiento jurídico, según lo dispone el artículo 71.2 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción".

Ese fundamento tras la cita de varias sentencias de este Tribunal Supremo que apoyan ese argumento de imposibilidad de colmar por la Jurisdicción las omisiones reglamentarias, concluye afirmando que nada añade a esas consideraciones la Jurisprudencia de este Tribunal Supremo establecida por la sentencia de 9 de diciembre de 2.010 y las posteriores a ella que mantienen la misma línea "por que dichas resoluciones no se refieren como en este caso a una disposición de carácter general, sino a actuaciones administrativas concretas, de manera que el método con el que debe abordarse la cuestión litigiosa resulta ciertamente distinto. En este proceso, el hecho de que la disposición reglamentaria impugnada no se refiera al uso vehicular del castellano no supone en sí mismo su exclusión y, por ello, no cabe afirmar la existencia de una infracción legal, del mismo modo que el Tribunal Constitucional no ha extraído consecuencia alguna de tal omisión al examinar el artículo 35 del Estatuto de Autonomía, más que la de establecer la interpretación de (sic) ha de darse a la norma impugnada".

Nuestra discrepancia con ese criterio deviene no del hecho de que el Decreto omita cualquier referencia al uso del castellano como lengua vehicular o docente, o, de que incluso, se separe del contenido de la norma legal vigente cuando se dicta, sino de que la sentencia de instancia no contraste el Decreto con la Doctrina constitucional establecida por la sentencia del Tribunal Constitucional 31/2.010, y extraiga de ella las consecuencias obligadas habida cuenta de la vinculación que esa sentencia impone a todos los Tribunales.

De ahí que la norma reglamentaria interpretada conforme a esa Doctrina para ser constitucional, deba expresar que el castellano es lengua vehicular y docente junto con el catalán, y que la utilización de esa lengua como vehicular y docente constituye en el sistema educativo catalán un derecho constitucionalmente reconocido, que no puede quedar sometido en su ejercicio a la condición de que se solicite por quien lo posea a título individual. O lo que es lo mismo, la norma reglamentaria, último producto normativo, debe explícitamente asumir esa doctrina constitucional, y declarar el carácter docente y vehicular del castellano, junto con el catalán, de modo que si esa

es la lengua habitual del alumno ese derecho se le ha de reconocer sin necesidad de que se inste.

Un último criterio que constituye línea esencial de esta sentencia es el relativo al hecho de que la existencia de la Ley Catalana 12/2.009, de Educación, que deroga a la Ley 1/1.998, de Política Lingüística, se deberá someter en su posterior desarrollo reglamentario a la Doctrina constitucional que resulta de la sentencia 31/2.010 del Tribunal Constitucional, y, por lo tanto, incorporar en el sistema educativo de Cataluña al castellano como lengua vehicular y docente junto con el catalán, y en los términos que esta Sala dispuso en sus sentencias de 9, 13, y 16 de diciembre de 2.010 y 4, 10 y 19 de mayo de 2.011, de modo que el mismo no quede reducido en su uso al de objeto de estudio de una asignatura más, sino que se haga efectiva su utilización como lengua docente y vehicular en la enseñanza”.

Sobre este mismo tema (inmersión lingüística en catalán) se pronuncian también las SSTs de 9, 13 y 16 de diciembre de 2010, 10 y 19 de mayo de 2011 (RC 793/2009, 796/2009, 1839/2009, 1602/2009 y 395/2010), pero no sobre normas, sino sobre actos administrativos singulares (denegación de la escolarización en castellano).

X.2.5. Condiciones laborales del personal educativo.

Sólo deben ser objeto de negociación colectiva las disposiciones generales que afecten a las condiciones de trabajo “cuya regulación exija rango de Ley” (art. 37.1.k Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público), no cualesquiera otras. STS 24 abril 2012 (RC 7111/2010), con cita de la STS 21 febrero 2012 (RC 1788/2010).

X.2.6. Reutilización de libros de texto.

No infringe la Ley de Propiedad Intelectual: SSTs 24 abril 2012 (RC 1280/2011), 17 junio 2011 (RC 3521/2010), 15 de junio de 2011 (RC 5965/2009) y 31 de enero de 2012 (RC 5757/2010).

X.2.7. Autonomía universitaria

Incluye la autonomía económico-financiera, por lo que es contrario a la autonomía universitaria constitucionalmente garantizada el establecimiento de una autorización de la Comunidad Autónoma para gastos ya previstos en programas o planes de financiación.

STS 16 diciembre 2009 (RC 1468/2008) y otras en relación con la Orden 4789/2004 de la Comunidad de Madrid sobre requisitos para realizar libramientos para gastos de las Universidades Públicas Madrileñas:

“Compartimos el criterio de esta sentencia, pues la Orden impugnada diseña “ex novo” un modelo o sistema que contradice y se opone no sólo al Programa de Actuación para el período 2003/2006 en materia de inversiones de las Universidades Públicas de la Comunidad de Madrid en el que se concretan los proyectos de inversión propuestos para la Universidades para su realización en el período indicado, las previsiones de financiación anuales y la forma de efectuar los libramientos en el ejercicio de 2003, sino que también lesiona la autonomía universitaria, garantizada constitucionalmente como derecho fundamental, e infringe, por tanto, los artículos 79 y

81 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, que respectivamente disponen que las Universidades públicas tendrán autonomía económica y financiera y que en el marco de lo establecido por las Comunidades Autónomas podrán elaborar programaciones plurianuales que puedan conducir a la aprobación por las Comunidades Autónomas de convenios y contratos-programa que incluirán sus objetivos, financiación y la evaluación del cumplimiento de los mismos, pues como atinadamente sostiene la recurrente al reproducir y entrecomillar las fundamentaciones jurídicas de la sentencia dictada por la Sección Novena de Madrid "si bien no cabe dudar previamente al libramiento de fondos para una obra nueva o para la adquisición de equipos, la Administración ha de comprobar si tales actuaciones solicitadas por las Universidades se encuentran comprendidas en las previstas en el Programa de Actuación y su coste no sobrepasa las cantidades asimismo previstas, tal comprobación no puede compararse a la autorización establecida en la Orden por cuanto la misma supone en definitiva que una obra o adquisición de equipos ya prevista en el Programa de Actuación pueda ser denegada por la Administración, exigiendo una Orden de prioridad y una justificación y evaluación de necesidad".

De ahí, al exigirse por la Norma impugnada, y en concreto en su artículo segundo y la referencia que se efectúa en los artículos tercero y cuarto, que no <<se podrán librar fondos destinados para una obra nueva o para la adquisición de equipos sin la autorización previa de la Dirección General de Universidades e Investigación, a pesar de que aquellas puedan estar comprendidas entre las contempladas en el Programa de Actuación y su coste no exceda de las cantidades inicialmente establecidas>>, modifica el Programa y además condiciona su autorización a obras menores de reposición, mantenimiento y seguridad cuya realización compete, en todos los casos, a la Universidad en base a su autonomía económico-financiera.

En consecuencia procede acoger este motivo de casación y de conformidad con el artículo 95.2.d) de la Ley Jurisdiccional casamos la sentencia recurrida, y estimando parcialmente, de acuerdo a lo razonado, el recurso contencioso-administrativo, anulamos los artículos segundo, tercero y cuarto de la Disposición impugnada, en cuanto que éstos tienen una indubitada conexión con el primero de los citados".

X.3. CLASES DE ENSEÑANZAS Y TÍTULOS

X.3.1. Enseñanza de religión

STS 23 julio 2009 (rec. cont-adm 29/2007):

"Esta Sala ha dictado sentencia con fecha de 9 de diciembre de 2008 en el recurso contencioso administrativo 35/2007, también interpuesto por el partido político Izquierda Republicana contra el Real Decreto 1631/2006, sobre enseñanzas mínimas en Educación Secundaria Obligatoria. Igualmente se ha pronunciado en un asunto similar al que aquí se resuelve en la sentencia de 10 de diciembre de 2008 dictada en el recurso contencioso administrativo nº 36/2007. Dado que los argumentos y motivos empleados en aquel recurso son sustancialmente los mismos que los utilizados en el recurso que ahora enjuiciamos, -incluso menciona en el epígrafe "Fondo del Asunto" distintos incisos del Real Decreto 1631/2006-, y dado que las normas aquí impugnadas son de todo punto similares a las que entonces enjuiciamos, debemos reproducir los

fundamentos de aquella sentencia, por aplicación de los principios de seguridad jurídica, unidad de doctrina e igualdad:

(...)

Impugna en primer lugar la parte recurrente el apartado 3 del Real Decreto 1631/2006, mas atrás citado, por vulneración de los principios de igualdad y no discriminación del artículo 14 de la Constitución Española, del principio de libertad ideológica y religiosa y de los principios de legalidad y seguridad jurídica de los artículos 16.1 y 9.3 de la Constitución Española.

Y procede rechazar tal alegación.

Pues como la vulneración del derecho de igualdad y la discriminación, la predica unas veces en defensa de los que libremente optan por la enseñanza de religión y otras por los que no optan a esa enseñanza y si a la alternativa de la atención educativa, ciertamente que el recurrente, como refiere el Abogado del Estado, en ese particular esta evidenciado la falta de legitimación, que se le ha reconocido por ser un partido laico e impugnar una norma que regula la enseñanza de religión, pues no actúa en esas alegaciones en defensa propiamente del derecho que ha indicado para que se le reconozca la legitimación y si esta actuando con un mero interés de legalidad para el que no esta legitimado.

Pero es que además también en el fondo hubiera procedido su desestimación de acuerdo con la doctrina de esta Sala sobre la vulneración del principio de igualdad en esta materia, expresada entre otras en sentencias de 31 de enero de 1997, que declara: "es evidente que las actividades alternativas no sería necesario programarlas si no fuese preciso que los poderes públicos estuvieran obligados constitucionalmente a atender a la enseñanza religiosa en los términos que hemos indicado"; y la de 1 de abril de 1998 que declara: "Pues en el supuesto de que no se les impusiese tales actividades alternativas, ello supondría una penalización de la Religión y un motivo disuasorio en contra de ella pues se dejaría a los alumnos que no opten por ninguna enseñanza religiosa en una situación ventajosa respecto de aquéllos, pues evidentemente tendrían menos horas de clases, y menos actividades a realizar con la posibilidad de dedicar esas horas a juegos y ocio, lo que atraería a la mayoría de alumnos a no optar por ninguna clase de Religión, de lo cual se desprende que no existe la discriminación descrita por los recurrentes".

Y de igual forma hubiera procedido desestimar esas alegaciones sobre vulneración del principio de igualdad y discriminación de acuerdo con la doctrina expresada por el Tribunal Constitucional por auto de 22 de febrero de 1999 que inadmitió un recurso de amparo interpuesto por la parte actora contra la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 1988 y que se refería a una cuestión planteada en relación con el Real Decreto 2438/94 que regulaba la alternativa a la religión, en el que aparece: "...la alegación de una pretendida vulneración de la igualdad en la ley (art. 14 CE) parte de una premisa inadecuada, toda vez que hace abstracción del marco teleológico del derecho a la educación. Según establece el art. 27.2 CE, donde se plasma el <<ideario educativo de la Constitución>> (STC 5/198 fundamento jurídico 10), en términos por lo demás sustancialmente coincidentes con los arts. 26.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948 y 13.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 19 de diciembre de 1966, la educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales".

Con la finalidad de integrar esos fines, reiterados en los arts. 2 LODE y 1 LOGSE, con el adecuado cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado, tanto en la esfera internacional como en el ámbito del Derecho interno, la disposición adicional segunda de la LOGSE prevé que la enseñanza de la religión se impartirá conforme a lo establecido en el acuerdo sobre enseñanza y asuntos culturales suscrito con la Santa Sede el 3 de enero de 1979 y, en su caso, a lo dispuesto en aquellos otros que pudieran suscribirse con otras confesiones religiosas. En desarrollo de esta previsión, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 2 del Acuerdo de 3 de enero de 1979 precitado, el art. 1 del Real Decreto 2438/1994 establece que la enseñanza de la Religión Católica, de oferta obligatoria para los Centros educativos y de carácter voluntario para los alumnos, se llevará a cabo en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales. Del mismo modo, y ajustándose a los acuerdos de cooperación aprobados por las Leyes 24, 25 y 26/1992, de 10 de noviembre, el art. 2 del Real Decreto 2438/1994 garantiza el derecho a recibir enseñanza de otras confesiones religiosas distintas de la católica. Finalmente, el art. 3 del citado Real Decreto se regula el ejercicio del derecho de opción a favor de la enseñanza religiosa, ordenándose a los centros educativos que organicen, para los alumnos que no hubieran ejercido esa opción, unas actividades de estudio alternativas, como enseñanzas complementarias, en horario simultáneo a las enseñanzas de Religión.

En primer lugar debe indicarse que con estas previsiones normativas se persigue garantizar el derecho de todos a la educación, que "se ejerce en el marco de un sistema educativo en el que los poderes públicos determinan los currículos de los distintos niveles, etapas, ciclos y grados de enseñanza, las enseñanzas mínimas y las concretas áreas o materias objeto de aprendizaje organizando asimismo su desarrollo en los distintos Centros docentes" (SSTC 337/1994, fundamento jurídico noveno y 134/1997, fundamento jurídico cuarto) por lo que, en principio y desde esta perspectiva general, ningún reproche ni inconstitucionalidad cabe hacer a las mismas. Otro tanto puede afirmarse tras analizar la finalidad y el contenido concreto de esas actividades alternativas y complementarias.

No pudiendo calificarse como discriminatorio el hecho de que, quienes no han ejercido expresamente su derecho de opción a favor de la enseñanza religiosa, reciban unas enseñanzas alternativas y complementarias, que no son objeto de evaluación.

Por ultimo en relación con la vulneración del principio de legalidad y de seguridad el recurrente refiere: Asimismo al no regularse en la Ley Orgánica de Educación la alternativa de la "atención educativa", efectuándose una remisión genérica en el apartado 3 de la Disposición Adicional Segunda a los centros docentes para establecer las medidas organizativas necesarias para su efectividad, se está excediendo el normal ejercicio de la potestad reglamentaria por el Gobierno con arreglo a l a Constitución y a las leyes, según el artículo 97 CE, vulnerando los principios de legalidad y seguridad jurídica del artículo 9.3 de la norma fundamental.

Y para dar respuesta a esa alegación basta de un lado con referirse a las alegaciones del Abogado del Estado que esta Sala acepta y que refieren: "Ya se ha expuesto que la atención educativa alternativa aquí cuestionada existe, bajo una u otra modalidad, desde hace años, mucho antes de que se promulgase el Rd 1631/06 y es consecuencia de los Acuerdos entre el Estado español y la Santa Sede y del desarrollo que se ha hecho de los mismos a partir de los preceptos de la CE, fundamentalmente los arts. 16 y 27 CE. La LOE se remite en su Disposición Adicional Segunda a estos acuerdos aunque no mencione expresamente (como sí hacía por ejemplo, con otra denominación, la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la

Educación) la atención educativa alternativa a la que se refiere el RD 1631/2002. Por otra parte, el RD 1631/2006, se dicta en respuesta al mandato contenido en el art. 6.2 LOE, según el cual corresponde al gobierno fijar las enseñanzas mínimas a las que se refiere la disposición adicional primera, apartado 2, letra c) de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, Reguladora del Derecho a la Educación. No se ve pues en qué manera se infringen los principios de legalidad y seguridad jurídica a los que tan vagamente se alude. El Reglamento se dicta con plena habilitación legal".

Y también de acuerdo con doctrina expresada por esta Sala del Tribunal Supremo en sentencia 24 de junio de 1994, que desestimó una alegación similar aunque referida a la antigua Ley Orgánica de Ordenación General del Sistema Educativo, que declara entre otros: 1º) El derecho reconocido en el artículo 27.3 de la Constitución no tiene por qué ser citado ni desarrollado en la LOGSE, ya que, como hemos visto, su protección se realiza a través del establecimiento y protección de otros derechos. Con independencia de ello, tal derecho es expresamente citado en los artículos 4.c) y 18.1 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación. 2º) conforme a lo dicho, la disposición adicional 2ª de la LOGSE no es un desarrollo específico y completo del derecho reconocido en el artículo 27. 3 de la Constitución, sino exclusivamente, una previsión sobre la enseñanza de algunas religiones, que no agota en absoluta tal derecho. 3º) La enseñanza de la religión, cuando se trata de religiones inscritas en el Registro correspondiente (artículo 5.1 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio de Libertad Religiosa y con las cuales el Estado ha concluido acuerdos de cooperación (antedichos acuerdos, pues de otra forma se incumpliría el mandato de cooperación que dispone el artículo 16.3 de la Constitución. 4º) Y no por ello se viola la reserva de Ley Orgánica para el desarrollo de los derechos fundamentales (artículo 81.1 de la Constitución), primero, porque la remisión a los acuerdos es una remisión hecha por Ley Orgánica (a saber, la disposición adicional segunda de la LOGSE) y segundo, porque, según lo antes dicho, tal disposición adicional no es un desarrollo específico y concreto del derecho reconocido a los padres en el artículo 27.3 de la Constitución. Otra cosa es que esa disposición, al remitirse a los acuerdos con las distintas confesiones religiosas, afecta al derecho fundamental de que se trata, lo que es perfectamente normal a la vista de lo dispuesto en el artículo 94.1.c) de la Constitución, que permite que los Tratados puedan afectar a los derechos y deberes fundamentales, siempre que exista autorización de las Cortes Generales (los Acuerdos con la Santa Sede y con otras religiones han sido, en efecto, aprobados por las Cortes Generales). En cualquier caso, no es cierto que con la remisión que contiene la disposición adicional 2ª de la LOGSE se deje en manos de otra potencia la configuración de un derecho constitucional (pagina 21 de la demanda), porque un Pacto, un Acuerdo o un Tratado no son imposiciones de Estados extranjeros, sino ejercicio de la propia soberanía.

CUARTO.- En segundo lugar impugna la parte recurrente el apartado 4 del Real Decreto 1631/2006, por vulneración de los principios de igualdad y no discriminación del artículo 14 de la Constitución Española.

Y procede rechazar tal alegación.

De una parte porque al remitirse el recurrente a los argumentos esgrimidos al impugnar el apartado anterior procede sin mas remitirse a lo ya valorado dado que la impugnación del apartado anterior ha sido rechazada.

De otra, porque alega discriminación para los alumnos que hayan elegido la enseñanza de religión y al margen de no estar amparada esa alegación con la

legitimación reconocida, ya que es como se ha visto la de un partido laico para impugnar la enseñanza de religión, y no parece coherente con ello que se defienda a los alumnos que opten por la enseñanza de religión, es lo cierto que esa opción aparece y es voluntaria y de libre elección lo que de por sí excluye cualquier discriminación.

Y en fin porque las alegaciones que hace en relación con el contenido adecuado del currículo común, además de que no son el objeto del proceso, su determinación y concreción corresponde hacerlas en su caso a las autoridades educativas y no obviamente a la parte recurrente, sin perjuicio de que en su condición estricta de partido político pueda en el momento y trámite oportuno hacer las consideraciones que estime oportunas.

QUINTO.- En tercer lugar la parte recurrente impugna los apartados 5 y 6, mas atrás citados del Real Decreto 1631/2006, por vulneración de los artículos 27.2 y 16.3 de la Constitución Española.

Alegando entre otros que los citados preceptos establecen una dejación por parte del Estado de alguna de sus funciones básicas y que el que el Estado refrende esa valoración confesional confiriéndole valor académico vulnera ese principio constitucional, artículo 16.3.

Y procede rechazar tal alegación.

De una parte porque junto al carácter no confesional del Estado la Constitución garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto, señalando el artículo 16.3 que los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia católica y las demás confesiones" y en la misma línea aparece la Ley Orgánica 7/1980 de 5 de julio, de Libertad Religiosa.

De otra parte, porque los apartados aquí impugnados no hacen sino recoger el contenido de los Acuerdos entre el Estado Español y la Santa Sede, así como los suscritos por el Estado con otras confesiones, y por tanto la vía de su impugnación sería la de la impugnación de tales Acuerdos y es por ello por lo que el recurrente, pretende se plantee la cuestión de inconstitucionalidad respecto al Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede de 3 de enero de 1987, porque ciertamente tal Acuerdo da plena cobertura al contenido de los apartados aquí impugnados.

Y en fin porque entre otros en sentencia de 15 de febrero de 2007, el Tribunal Constitucional ha declarado "el derecho de libertad religiosa y el principio de neutralidad religiosa del Estado implican que la impartición de la enseñanza religiosa asumida por el Estado en el marco de su deber de cooperación con las confesiones religiosas se realice por las personas que las confesiones consideren cualificadas para ello y con el contenido dogmático por ellas decidido".

SEXTO.- Por último y en relación con lo mas atrás valorado procede rechazar la petición que sobre el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad hace la parte recurrente en relación con el Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre Enseñanza y Asuntos Culturales de 3 de enero de 1979.

Pues no es solo que a lo largo de su dilatado periodo de vigencia el citado Acuerdo de 3 de enero de 1979 ha sido avalado por reiterada doctrina de esta Sala del Tribunal Supremo, entre otras sentencias de 31 de enero de 1997 y 1 de abril de 1998 y del Tribunal Constitucional, sentencias de 13 de febrero de 1981 y de 28 de febrero de 1994, sino que esta Sala del Tribunal Supremo en sentencia de 3 de julio de 2001,

rechaza expresamente el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad frente al citado Acuerdo y el Tribunal Constitucional en sentencia de 15 de febrero de 2007, se pronunció expresamente rechazando una cuestión de inconstitucionalidad planteada contra los Acuerdos entre el Estado Español y la Santa Sede por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias [...]".

X.3.2. Enseñanzas “de grado”: sólo las enseñanzas universitarias

Las “enseñanzas artísticas superiores” son educación superior pero no universitaria. Impropiidad de los términos enseñanzas “de grado” y títulos de “graduado o graduada” (anulación parcial de los RRDD 1614/2009 y 630 a 635 de 2010). SSTS de 13 y 16 (3) de enero de 2012 y de 5 de junio de 2012 (rec. cont-adm 122/2009, 123/2009, 124/2009, 127/2009 y 125/2009). Y SSTS de 23 de mayo de 2012 (rec. 377/2010), 12 de junio de 2012 (rec. 379/2010) y 19 de junio de 2012 (rec. 378/2010).

X.3.3. Denominación de los títulos: ingeniería de la edificación.

Confusión en la denominación del título. STS 24 julio 2012 (rec. cont-adm. 319/2010):

“Como conocen las partes, este Tribunal Supremo en sentencias de 9 de marzo de 2010, 22 de noviembre de 2011 y 26 de junio y 3 de julio de 2012 , dictadas respectivamente en los recursos números 150/2008 , 308/2010 , 598/2009 y 597/2009 , ha enjuiciado impugnaciones análogas de títulos de igual denominación de "Graduado o Graduada en Ingeniería de la Edificación", pertenecientes allí a otras Universidades, llegando a la conclusión de que la misma no es conforme a derecho.

En esencia, se ha dicho en ellas que tiene razón la parte recurrente al afirmar que esa denominación induce a confusión e infringe por ello el inciso final del núm. 1 de la Disposición adicional decimonovena de la Ley Orgánica 6/2001 , pues a pesar de que la Disposición impugnada se cuida en precisar que la denominación de los títulos universitarios oficiales deberá facilitar la identificación de la profesión para cuyo ejercicio habilita y en ningún caso podrá conducir a error o confusión sobre sus efectos profesionales, es lo cierto que al establecer una titulación así denominada puede provocar confusión en la ciudadanía, pues la expresión "Ingeniería de la Edificación" es tan genérica que induciría a pensar que estos Arquitectos Técnicos tienen en detrimento de otros profesionales una competencia exclusiva en materia de edificación”.

La primera sentencia sobre la denominación de “Ingeniería de la Edificación” (STS 9 marzo 2010) ha sido confirmada, además, por la STC 183/2011, de 21 de noviembre (BOE de 21 de diciembre).

X.4. PROFESIONES REGULADAS

X.4.1. Concepto.

STS 30 abril 2012 (rec. 265/2010).

“Debe anticiparse que el recurso no puede prosperar. La demanda en síntesis sostiene que la Ingeniería Técnica Informática tiene la condición de profesión regulada y que la no inclusión en los Anexos del Real Decreto recurrido supone una desventaja arbitraria e irracional en relación con el resto de Ingenierías Técnicas. Para alcanzar esa conclusión se refiere la evolución respecto de las iniciales Ingenierías Técnicas que eran recogidas en el Decreto 148/1969 , cuyo listado no puede entenderse como definitivo o petrificado sino correspondiente a ese momento, siendo que la propia Ley 12/1986, de 1 de abril preveía la modificación, como así hizo el Gobierno. Recuerda el concepto de profesión regulada a tenor del artículo 4 del Real Decreto 1.837/2.008, de 8 de noviembre , " la actividad o conjunto de actividades profesionales para cuyo acceso, ejercicio o modalidad de ejercicio se exija, de manera directa o indirecta, estar en posesión de determinadas cualificaciones profesionales, en virtud de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas ". Todas las especialidades propias de cualquier especialidad de la Ingeniería - artículo 2.1 de la Ley 12/1986 - son perfectamente atribuibles a los Ingenieros Técnicos en Informática y por ello, debe considerarse e interpretarse como profesión regulada sin que sea exigible una regulación legal de la profesión.

Debemos hacer referencia a la alegación de la recurrente referida a la vulneración del trámite de audiencia en el procedimiento de elaboración de la disposición general. Pero, a pesar de lo anterior mantiene que por las recurrentes se remitió al entonces Ministerio de Educación y Ciencia los informes y alegaciones conducentes a su inclusión en los Anexos del Decreto. Incluso, llega a considerar que tales informes y alegaciones fueron tenidos en cuenta para dar una respuesta errónea respecto a la consideración de no regulada de la Ingeniería Técnica Informática. El Abogado del Estado también reconoce la existencia de los distintos escritos remitidos y que fueron estudiados por el Departamento Coordinador del Proyecto. Por tanto, y al amparo de lo previsto en el artículo 24 de la Ley 50/1997 , no podemos entender que se haya producido vulneración alguna del trámite de audiencia, por cuanto no puede conceptuarse como un trámite exclusivamente formal, sino que las recurrentes formularon alegaciones e Informes que se tuvieron en cuenta, y estudiaron por parte del Departamento coordinador del Proyecto de Decreto, por lo que ninguna indefensión se les ha causado, al haber sido escuchadas en sus pretensiones.

Pues bien, podemos traer al presente proceso la reciente sentencia dictada por esta Sala y Sección el catorce de febrero de dos mil doce, recurso ordinario 478/2010 , en el que se analiza la cuestión de la regulación exigida para la consideración de profesión regulada, tras la Constitución Española -artículo 36 - y que es plenamente aplicable al presente en virtud del principio de unidad de doctrina y seguridad jurídica:

"Para rechazar la pretensión que se ejercita en el proceso (consideración de la profesión de Geólogo en España como profesión regulada, que no titulada) sería suficiente con transcribir parcialmente el preámbulo del Real Decreto 1.837/2.008. En ese texto se puede leer que: "El anexo VIII recoge la relación de profesiones y actividades reguladas en España, a efectos de la aplicación del presente real decreto. Como se ha señalado, el de «profesión regulada» es el concepto central del sistema, pues las profesiones y actividades no reguladas se entiende que son de ejercicio libre y, por tanto, no requieren ningún reconocimiento.

En el anexo IX se recogen las profesiones reguladas para cuyo ejercicio se exige un conocimiento preciso del derecho nacional y en las que, por tanto, no cabe la opción de la persona solicitante del reconocimiento entre prueba de aptitud y período de prácticas.

Este real decreto se limita a recoger, en dichos anexos VIII, IX y X, las profesiones y actividades que, con el apoyo de una diversa casuística normativa pueden considerarse reguladas a efectos de su inclusión en el ámbito de aplicación del sistema de reconocimiento de cualificaciones establecido en la presente norma. Como es bien sabido, la regulación profesional es competencia exclusiva de los Estados miembros. En el caso de España, el art. 36 de la Constitución establece una reserva de Ley que debe entenderse sin perjuicio de la vigencia, en su caso, de las regulaciones profesionales preconstitucionales materializadas a través de instrumentos normativos de menor rango. La mera creación de un título oficial relacionado con un determinado ámbito profesional, o incluso la existencia, en dicho ámbito, de un Colegio Profesional, no ha de implicar por sí misma que esa profesión haya de considerarse regulada. Cuando razones de interés social aconsejen acometer la regulación y ordenación de una determinada profesión o actividad profesional, será el legislador quien delimite las diferentes atribuciones que le son propias y, en su caso, su vinculación con la posesión de un determinado título oficial. Como ha señalado el Tribunal Constitucional, compete en exclusiva al legislador, atendiendo a las exigencias del interés público y a los datos producidos por la vida social, considerar cuándo una profesión debe dejar de ser enteramente libre para pasar a ser profesión regulada

" Y es que siendo todas profesiones tituladas existen en el derecho interno español profesiones tituladas que se regulan de acuerdo con el artículo 36 de la Constitución citado, de modo que las mismas requieren de la existencia de una norma con rango de Ley que determine cual es el ámbito específico de las mismas y las competencias que les son propias una vez obtenido el título que habilita para su ejercicio, siendo estas profesiones reguladas (de las que constituyen una subespecie las tituladas) aquellas que se caracterizan por la afectación real del interés público que supone la actividad profesional que desarrollan y la relación existente entre la titulación que se exige y las actividades que integran la competencia profesional que supone el título que se obtiene.

En palabras del Tribunal Constitucional en la sentencia del Pleno de 24 de julio de 1.984 , sentencia 83/84 "Este es el caso, (...) del ejercicio de las profesiones tituladas, a las que se refiere el art. 36 CE , y cuya simple existencia (esto es, el condicionamiento de determinadas actividades a la posesión de concretos títulos académicos, protegido incluso penalmente contra el intrusismo) es impensable sin la existencia de una Ley que las discipline y regule su ejercicio". Y en la sentencia 42/1986, de 10 de abril el propio Tribunal Constitucional insiste en esta idea afirmando que: "Compete, pues, al legislador atendiendo a las exigencias del interés público y a los datos producidos por la vida social, considerar cuándo existe una profesión, cuándo esta profesión debe dejar de ser enteramente libre para pasar a ser profesión titulada.

Por ello, dentro de las coordenadas que anteriormente se han mencionado, puede el legislador crear nuevas profesiones y regular su ejercicio, teniendo en cuenta, como se ha dicho, que la regulación del ejercicio de una profesión titulada debe inspirarse en el criterio del interés público y tener como límite el respeto del contenido esencial de la libertad profesional".

En el bien entendido, igualmente, que el ámbito de estas profesiones reguladas debe tener un tratamiento restrictivo y por ello aplicable solo, como ya se ha dicho, a las actividades profesionales que afecten a los intereses públicos y generales." (FD 6º).

Partiendo de lo anterior, y sentada la doctrina en la Sala, los recurrentes fundamentan su pretensión anulatoria en base a una profusa cita de preceptos y

disposiciones, pero ninguna de esas normas tiene rango de Ley, según se ha sostenido por las Sentencias citadas del Tribunal Constitucional ni tampoco las de este Tribunal y, por tanto, es evidente que no puede considerarse como profesión regulada la Ingeniería Técnica en Informática al no observarse la regulación legal que exige la Constitución Española -artículo 36 - e interpreta el Tribunal Constitucional en las sentencias citadas. Por otra parte, pues tampoco podemos olvidar que no nos corresponde hacer una interpretación de la Ley 1/1986, de 12 de abril, al remitirse al Decreto 148/1969, de 13 de febrero puesto que excede nuestras funciones ya que correspondería en su caso al Tribunal Constitucional tal exégesis. Y ello, sin perjuicio de que en el futuro tras la concurrencia de las variables correspondientes, puedan tales Ingenierías (acorde ya al Espacio Europeo de Educación Superior) ser incluidas en los Anexos correspondientes del Real Decreto o en la normativa que le suceda. No puede este Tribunal sostener una interpretación que contraríe el sistema de fuentes tal y como está establecido constitucionalmente, dejando a parte de la cuestión si las reivindicaciones de las recurrentes son atendibles o no.

Se desestima el recurso contencioso administrativo”.

X.4.2. Reconocimiento de cualificaciones profesionales

Diversos colegios profesionales impugnaron el RD 1837/2008, de 8 de noviembre, alegando, en síntesis, que modificaba el régimen de profesiones reguladas o que cambiaba la denominación de la profesión. Recursos desestimados en SSTS 13 julio 2010 (rec. cont-adm. 5/2009), 21 diciembre 2010 (rec. cont-adm. 9/2009), 22 diciembre 2010 (rec. cont-adm. 7/2009), 1 marzo 2011 (rec. cont-adm. 6/2009), 6 mayo 2011 (rec. cont-adm. 10/2009), 10 octubre 2011 (rec. cont-adm. 80/2009).

Todas ellas se remiten a la primera, que dice:

A) *"[...] lo cierto es que el Proyecto fue tramitado correctamente y sí se produjo el cambio que se dice afectó a la denominación de la profesión el mismo no obligaba a reproducir el procedimiento porque en todo caso en lo esencial el procedimiento se había respetado y esa inclusión de poseer esa trascendencia no era susceptible de dar lugar de una nulidad de pleno derecho porque no produjo indefensión porque se podía reaccionar ante la misma en esta vía jurisdiccional.*

Ello sin olvidar que la Memoria justificativa se refirió a ese cambio, como expresó la contestación a la demanda, aduciendo que el mismo se incorporó a instancias del Ministerio de Fomento porque los reconocimientos en las Ingenierías Técnicas se conceden con su correspondiente especialidad práctica que avala la Ley 12/1986 que vincula las atribuciones profesionales a esas especialidades".

B) *"[...] El Real Decreto 1837/2008 ... es conforme a Derecho, puesto que no cambia la denominación de la profesión y, por ello, no es posible estimar el recurso.*

El Real Decreto que constituye el objeto del recurso transpone al Derecho patrio la Directiva 2005/36 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2.005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales. La finalidad de la Directiva se explicita cuando la misma inicia su preámbulo afirmando que: "En virtud de lo dispuesto en el Art. 3, apartado 1, letra c), del Tratado, la supresión, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de personas y servicios constituye uno de los objetivos de la Comunidad. Dicha supresión supone concretamente para los nacionales de los Estados miembros la facultad de

ejercer una profesión, por cuenta propia o ajena, en un Estado miembro que no sea aquel en que hayan adquirido sus cualificaciones profesionales. Además, en el art. 47, apartado 1, del Tratado se establece que se adoptarán directivas para el reconocimiento mutuo de diplomas, certificados y otros títulos de formación.

A ese objetivo se consagra el Real Decreto cuando afirma en el artículo 1 que: "Tiene por objeto establecer las normas para permitir el acceso y ejercicio de una profesión regulada en España, mediante el reconocimiento de las cualificaciones profesionales adquiridas en otro u otros Estados miembros de la Unión Europea y que permitan a su titular ejercer en él la misma profesión". El Art. 2 se refiere al ámbito de aplicación y lo concreta al expresar que sus normas se aplicarán a: "los nacionales de Estados miembros de la Unión Europea, incluidos los pertenecientes a profesiones liberales, que pretendan ejercer, por cuenta propia o ajena, una profesión regulada en España a través del reconocimiento de sus cualificaciones profesionales obtenidas en otro u otros Estados miembros". Y en el artículo 3 reconoce los efectos que produce ese reconocimiento al mantener que "permitirá a la persona beneficiaria acceder en España a la misma profesión que aquella para la que está cualificada en el Estado miembro de origen y ejercerla con los mismos derechos que los nacionales españoles". Para seguidamente añadir que: "A los efectos de este real decreto, se entenderá que la profesión que se propone ejercer la persona solicitante en España es la misma que aquélla para la que está cualificada en su Estado miembro de origen, cuando las actividades cubiertas por dicha cualificación sean similares".

Este es el objeto limitado del Real Decreto que desde luego hasta el momento poco tiene que ver con el pretendido cambio de denominación de la profesión regulada de Ingeniero Técnico Industrial en España.

El Real Decreto define lo que ha de entenderse por cualificación profesional y dice que se entenderá por tal, Art. 5, "la capacidad para el acceso a una determinada profesión, o a su ejercicio, que viene acreditada oficialmente por un título de formación, por un certificado de competencia tal como se define en el art. 19.1 .a), por una experiencia profesional formalmente reconocida, o bien por el concurso de más de una de tales circunstancias", y define Art. 4 "a los exclusivos efectos de la aplicación del sistema de reconocimiento de cualificaciones regulado en este real decreto, como «profesión regulada» "la actividad o conjunto de actividades profesionales para cuyo acceso, ejercicio o modalidad de ejercicio se exija, de manera directa o indirecta, estar en posesión de determinadas cualificaciones profesionales, en virtud de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas".

C) "[...] en cuanto a la alegada infracción de la reserva de Ley que a las Corporaciones Públicas, en este caso un Consejo General de una profesión regulada, otorga el Art. 36 de la Constitución cuando dispone que: "La ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas" es evidente que no ha sido desconocida por el Real Decreto. En primer término porque ya hemos negado que se haya cambiado la denominación de la profesión, pero, aún no siendo así, no puede olvidarse que la reserva de Ley que otorga la Constitución se refiere en este sentido al ejercicio de las profesiones tituladas y por el hecho de añadir al título de la profesión el de una especialidad no puede aceptarse que se esté afectando al ejercicio de esa profesión que es lo que garantiza la Ley".

Y en cuanto al sometimiento del profesional a las normas españolas (art. 12.4 RD 1837/2008), dice la STS 26 enero 2011 (rec. cont-adm. 12/2009):

“Y en cuanto a la nulidad o anulabilidad del Art. 12.4 del Real Decreto segunda de las pretensiones que contiene la demanda, y que se enmarca en el ámbito del principio a la libre prestación de servicios y que dispone que: "En caso de desplazamiento, el prestador de servicios estará sujeto a las normas profesionales españolas de carácter profesional, jurídico o administrativo que estén directamente relacionadas con las cualificaciones profesionales, incluyendo la definición de la profesión, el empleo de títulos y la negligencia profesional grave que se encuentre directa y específicamente relacionada con la protección y la seguridad del consumidor, así como a las disposiciones disciplinarias aplicables en España a los profesionales que ejerzan la misma profesión" se afirma que el mismo debió de incorporar como solicitó la Corporación demandante, la mención a la ordenación de la profesión, puesto que esa expresión es un elemento definidor fundamental para su ejercicio por el prestador del servicio. Como consecuencia de la petición realizada se expuso en la memoria justificativa del proyecto que se aceptaba la propuesta que finalmente no se incorporó, omitiéndose de ese modo a juicio de la demandante, una precisión esencial que debería figurar en la redacción definitiva, dando ello lugar a un error invalidante.

Frente a la pretensión de nulidad o invalidez del precepto que contiene la demanda, opone la Abogacía del Estado que no es posible aceptar la misma puesto que el artículo está redactado en términos que implícitamente comprende a todas las organizaciones y normas y reproduce fielmente el Art. 5.3 de la Directiva 2005/36 /CE.

Ambos argumentos los comparte esta Sala plenamente. La lectura del precepto que refiere que el prestador del servicio queda sujeto a las normas profesionales españolas de carácter profesional, jurídico o administrativo que estén directamente relacionadas con las cualificaciones profesionales, incluyendo la definición de la profesión, el empleo de títulos y la negligencia profesional grave que se encuentre directa y específicamente relacionada con la protección y la seguridad del consumidor, así como a las disposiciones disciplinarias aplicables en España a los profesionales que ejerzan la misma profesión, no sugiere sino lo que se pretendía incluir, es decir la ordenación de la profesión, y si a ello se une que efectivamente reproduce lo que sobre el particular incluye la Directiva 2005/36 /CE, que se transpone, ninguna duda cabe acerca de lo innecesaria que resulta esa pretendida adición que inspira la demanda”.

X.4.3. Las resoluciones que aprueban el establecimiento de títulos universitarios o de formación profesional regulan enseñanzas, y no profesiones reguladas; no afectan a las competencias profesionales

Entre las más recientes, SSTS 6 junio 2012 (RC 787/2011) y 23 julio 2012 (RC 4956/2011), sobre OM que regulan planes formativos de enfermería, que incorporan enseñanzas sobre diagnóstico y prescripción de medicamentos. Dice la STS 23 julio 2012:

“Tal y como refleja la sentencia impugnada, la Orden de 17 de junio de 2010, lo que regula es el programa formativo de la especialidad de Enfermería Pediátrica y, de ahí, se deduce una primera conclusión difícilmente rebatible, cual es que no se trata de una regulación de la competencia profesional de los Enfermeros, sino de su programa de formación en el ámbito específico de la Pediatría.

A partir de esta inicial conclusión es fácil compartir, con la sentencia impugnada, que se trata de dotar a los interesados de los conocimientos, habilidades y actitudes propias de la atención de salud y, así, se afirma -y debemos compartir- que la LOPS establece, por tanto, "no sólo el marco de las profesiones definiendo la regulación del ejercicio, sino que además estructura la formación pregraduada y especializada a fin de dotar a los interesados de conocimientos y habilidades competenciales. Es decir, el marco de la formación aparece vinculado a la regulación del ejercicio de las profesiones sanitarias, si bien se constituyen como ámbitos distintos en los que se pretenden objetivos distintos; a saber, la formación de un lado, y la distribución de competencias de cada una de las profesiones sanitarias, de otro. La regulación de la Orden aquí impugnada se circunscribe al aspecto de la formación especializada, no a la regulación de la profesión y las competencias que han de desarrollar cada uno de los profesionales implicados en los procesos sanitarios de promoción y recuperación de la Salud. La regulación no incide en el ejercicio, sino en la formación previa".

De un modo más general, dice la STS 3 diciembre 2009 (rec. cont-adm. 154/2007), con cita de las SSTS 19 enero 1998 (rec. cont-adm. 727/1994) y 19 noviembre 1997 (rec. cont-adm. 336/1994):

Concluye el apartado D) del FJ 2º de la sentencia de 19 de enero de 1998 " se ha apreciado que en ellas no se define una o unas profesiones cuya posibilidad de ejercicio se subordine jurídicamente a la posesión del título que establecen; dicho muy sintéticamente, lo que se hace es definir y organizar las enseñanzas mínimas que conducen a su obtención, y definir cual es el perfil profesional asociado al título, es decir, las acciones o realizaciones profesionales con valor y significado en el empleo que cabe esperar de quienes obtengan el título. El efecto jurídico de la norma se limita por tanto a regular el derecho al título, que se adquiere por la superación de las específicas enseñanzas que se establecen y organizan, y a reconocer como inherente a él unas determinadas capacidades profesionales. No se regula el ejercicio de una profesión titulada, esto es, de un empleo, facultad u oficio que deja de ser libre por quedar su ejercicio subordinado a la posesión de un título, ni se penetra por tanto en el ámbito jurídico constitucionalmente reservado a la ley ".

X.4.4. No pueden obtenerse por silencio títulos profesionales:

STS 17 noviembre 2009 (RC 6336/2006):

"En el quinto y último motivo de casación, sin cita expresa de motivo alguno del artículo 88.1 LRJCA, se denuncia la infracción del artículo 43.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común en cuanto al régimen del silencio administrativo. Se sostiene que la solicitud fue estimada por silencio administrativo al haber transcurrido con exceso el plazo máximo de duración del procedimiento, ya sea éste de tres o de seis meses, sin haberse resuelto el mismo, sin que concurran, por otro lado, ninguna de las salvedades que impidan entender estimada por silencio la solicitud y sin que se hubiera suspendido el procedimiento.

Sobre la aplicabilidad de los efectos del silencio administrativo a los procedimientos para la obtención del título de médico especialista desarrollados al amparo del Real Decreto 1497/1999 se ha pronunciado recientemente esta Sala y

Sección, en sentencia, entre otras, de 21 de enero de 2009 (recurso de casación nº 4023/2006), en la que literalmente se afirma lo siguiente, de perfecta aplicación al caso ahora enjuiciado: "Por último, en el motivo quinto se sostiene, reiterando una vez más los argumentos de la instancia, que se obtuvo el título de Médico Especialista en virtud de los efectos afirmativos del silencio de la Administración, a tenor del artículo 43 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Pero el recurrente, al mantener esta tesis, hace un notable esfuerzo forense en el que incurre en temeridad procesal al sostener (contra lo que correctamente afirma la Sentencia) que pueden obtenerse títulos profesionales por silencio de la Administración. Es indudable que asiste la razón a la Sentencia recurrida, y que los títulos denegados o bien obtenidos por haber superado un procedimiento de selección no se rigen por las normas reguladoras del silencio administrativo".

Doctrina que procede reiterar en el presente caso, por lo que procede también la desestimación de este último motivo de casación".

En parecidos términos, STS 15 septiembre 2009 (RC 4028/2006).

X.5. HOMOLOGACIÓN DE TÍTULOS

X.5.1. Normativa aplicable:

X.5.1.a) Imprudencia de aplicar la normativa correspondiente a la creación de centros universitarios.

Solución de la jurisprudencia que se expone, resumida, en la STS 23 octubre 2012 (RC 6145/2011):

"Esta Sala y Sección viene dictando con cierta reiteración sentencias en casos análogos al presente en las que se considera que para la homologación de títulos obtenidos con estudios cursados antes de la entrada en vigor del Real Decreto 285/2.004, que se produjo el 30 de marzo de 2.005 de acuerdo con el Real Decreto 309/2.005, es aplicable el reglamento anterior sobre la materia (Real Decreto 86/1.987, derogado por aquél) que no exigía el requisito de la autorización del centro radicado en España. Son exponentes de esta jurisprudencia, entre las más recientes, las sentencias de 3 de junio y 7 de diciembre de 2.011, dictadas en los recursos de casación 3.742/2.010 y 338/2.010, respectivamente. Y, muy especialmente, la de 3 de enero de 2.012, resolutoria del recurso de casación 3.929/2.010, en el que se examinaba un caso en que los estudios conducentes a la obtención del título cuya homologación se pretendía se habían desarrollado entre los años 1.998 y 2.004, y, por tanto, al menos en parte tras la entrada en vigor de la LOU, a pesar de lo cual se entendió aplicable aquel Real Decreto 86/1.987, precisamente por haberse cursado los estudios antes de la entrada en vigor del Real Decreto 285/2.004.

Por consiguiente, esta primera denuncia en la que se plantea la infracción del artículo 86.3 de la LOU, por sí solo, debe ser desestimada".

Las SSTS citadas y muchas otras se pronuncian sobre la materia, aplicando un criterio que parte de la STS 19 junio 2006 (RC 2296/2000).

“QUINTO.- Para resolver el presente recurso de casación conviene precisar qué es lo que se debe decidir en este pleito. Según se ha visto el Sr. del Carmen Tornera solicitó la homologación del título que expidió en su favor la Embry-Riddle Aeronautical University el 13 de agosto de 1991. Tal como afirma la Sentencia de la Audiencia Nacional, se trata de un título oficial extranjero y no se discute que sea de educación superior. Por tanto, en principio, parece que debería aplicarse al procedimiento administrativo incoado al efecto el Real Decreto 86/1987, ya que tiene, precisamente, ese objeto. Así lo hizo el Ministerio de Educación y Cultura, que siguió los trámites previstos en esas normas reglamentarias. No obstante, en cuanto tuvo conocimiento de que parte de la enseñanza que soporta el título la siguió el Sr. del Carmen Tornera en los campus de la University of Maryland en Rota y Torrejón, la Administración consideró inviable la pretensión del interesado porque tales centros no cuentan con la autorización prevista por el Real Decreto 557/1991, de acuerdo con los razonamientos que se han expuesto.

Sin embargo, a juicio de la Sala, ese proceder seguido por el Ministerio de Educación y Cultura, primero, y confirmado por la Sentencia de la Audiencia Nacional, después, no se ajusta al ordenamiento jurídico. En particular, incurre en la infracción que el Sr. del Carmen Tornera apunta en el segundo de los motivos de su recurso de casación. Es decir, se aparta del sistema de fuentes e inaplica la normativa procedente: el Real Decreto 86/1987. Si estamos ante un título oficial extranjero de educación superior cuya homologación se pretende, hay que aplicar las reglas que rigen ese procedimiento, no las relativas a la creación y reconocimiento de Universidades y Centros Universitarios porque no es de eso de lo que aquí se discute.

De lo que se debe tratar, punto este en el que todos parecen coincidir, es de determinar si, efectivamente, hay equivalencia entre la formación gracias a la que el Sr. del Carmen Tornera obtuvo el título que quiere homologar y la exigida en España para la expedición del título de Ingeniero, Superior o Técnico, Aeronáutico. Porque no parece preciso observar que seguir el camino de la aplicación del Real Decreto 86/1987 no significa conceder necesariamente la homologación solicitada. Supone, ante todo, comprobar si existe o no esa equivalencia. Y, si no se da, no procederá la homologación y no se producirá ninguna elusión ni fraude. Mientras que, si existe esa equivalencia, tampoco podrá considerarse que ha habido fraude porque, siendo equivalente a la exigida en España la formación en que se sustenta tal título, procederá su homologación.

Lo determinante para la homologación de títulos extranjeros de educación superior de cuya oficialidad no se duda, como aquí sucede, es la formación que comportan. Y esa formación depende de sus contenidos, no del lugar en el que se imparten las enseñanzas. No cabe, pues, intercalar en el régimen dispuesto para la homologación de títulos extranjeros previsiones sobre los requisitos necesarios para reconocer en España Universidades o Centros Universitarios. En definitiva, se ha producido una indebida aplicación del Real Decreto 557/1991, mientras que se inaplicaba, también, indebidamente el Real Decreto 86/1987.

SEXTO.- Cuanto acabamos de decir se separa de lo mantenido por la Sentencia de esta Sala y Sección de 9 de diciembre de 2003 (casación 4310/1998) dictada en un supuesto semejante al presente, en el que la Administración aplicó los mismos criterios que en este caso, los cuales fueron asumidos por la Sentencia de la Audiencia Nacional

entonces impugnada. Se trataba entonces de una solicitud de homologación del título de Bachelor of Arts expedido por la Saint Javier University de Chicago, con estudios parciales en el Instituto Europeo de Derecho y Economía de Barcelona, con el español de Licenciado en Ciencias Económicas.

Nos apartamos ahora de aquella solución, porque consideramos que la interpretación correcta es la mantenida en esta Sentencia por las razones que se han expuesto, las cuales se ven confirmadas, además, por los cambios normativos que se han producido en los últimos años en materia de homologación de títulos extranjeros de educación superior. Así, la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, en su artículo 86, apartado 3, dispone:

"3. Los títulos y enseñanzas de educación superior correspondientes a estudios extranjeros realizados, en todo o en parte, en España sólo podrán ser sometidos al trámite de homologación o convalidación si los centros donde se realizaron los citados estudios se hubieran establecido de acuerdo con lo previsto en los apartados anteriores, y las enseñanzas sancionadas por el título extranjero cuya homologación se pretende estuvieran efectivamente implantadas en la Universidad o centro extranjero que hubiera expedido el título. Reglamentariamente, y a los efectos de dicha homologación, el Gobierno regulará las condiciones de acceso a los estudios en dichos centros".

Los apartados anteriores de este artículo 86 encomiendan al Gobierno la regulación del marco general en que han de impartirse en España las enseñanzas correspondientes a tales títulos extranjeros de educación superior y las condiciones que han de reunir los centros que las ofrezcan, los cuales deberán contar con autorización del órgano competente de la Comunidad Autónoma, previo informe del Consejo de Coordinación Universitaria. Asimismo, estarán sujetos a la evaluación de la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación o del órgano de evaluación externa que, por Ley, señale la Comunidad Autónoma.

En coherencia con estas previsiones, el Real Decreto 285/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan las condiciones de homologación y convalidación de títulos y estudios extranjeros de educación superior, establece en su artículo 2, al regular su ámbito de aplicación:

"Artículo 2. Ámbito de aplicación

Este real decreto se aplica a:

(...)

b) La homologación de títulos extranjeros de educación superior cuyas enseñanzas hayan sido cursadas total o parcialmente en España en centros debidamente autorizados por las Administraciones españolas competentes.

(...)"

Y, más tarde, en el artículo 5 dice:

"Artículo 5. Exclusiones

(...)

2. No serán objeto de homologación o convalidación los siguientes títulos o estudios extranjeros:

(...)

b) *Los correspondientes a estudios extranjeros realizados, en todo o en parte, en España, cuando los centros carezcan de la preceptiva autorización para impartir tales enseñanzas, o bien cuando las enseñanzas sancionadas por el título extranjero cuya homologación se pretende no estuvieran efectivamente implantadas en la universidad o institución de educación superior extranjera en el momento en que ésta expidió el título, de acuerdo con lo señalado en el art. 86 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades. No obstante, cuando esas circunstancias afecten sólo a parte de los estudios realizados, los estudios parciales que no incurran en ellas podrán ser objeto de convalidación, en su caso.*

(...)"

No hay duda de que la decisión del legislador de incluir en la nueva disciplina de la homologación de los títulos extranjeros de educación superior las reglas recogidas en el precepto reproducido de la Ley Orgánica 6/2001, con su consiguiente desarrollo reglamentario, corrobora que, bajo la vigencia de la Ley Orgánica 11/1983 y del Real Decreto 86/1987 no era exigible, para obtener la homologación, el requisito de que los centros radicados en España en los que se hubiera seguido toda o parte de la formación necesaria para obtener el título universitario extranjero contaran con la autorización prevista en el Real Decreto 557/1991.

Por lo demás, la Sentencia de esta Sala de 12 de abril de 2005 (casación 6026/2002) ofrece consideraciones de interés para el caso que nos ocupa. Ciertamente, se pronuncia sobre un supuesto que no coincide con el que aquí está planteado. No obstante, sí guarda con él claros elementos de afinidad. Se trataba allí de la denegación de la habilitación para el ejercicio en España de las profesiones de Ingeniero Industrial e Ingeniero Técnico Industrial solicitada por quien poseía el título de Bachelor of Science in Technology Management with Second Class Honours, expedido por el University of Wales Institut de Cardiff (Reino Unido). Tal denegación se debió a que el solicitante se había formado en el Centro de Estudios Superiores San Valero, de Zaragoza, que no contaba entonces con la autorización administrativa española. Tras diferenciar entre homologación de títulos y habilitación para el ejercicio profesional en virtud de un título expedido por un Estado miembro de la Unión Europea, la Sentencia, respecto de la exigencia de la autorización del centro situado en España en el que se cursaron los estudios en cuestión, dice:

"En el presente caso es obvio que el interesado ha solicitado no la homologación de su título sino el reconocimiento a efectos del ejercicio de la profesión de Ingeniero Industrial e Ingeniero Técnico Industrial, tal cual indicó inicialmente y en el suplico de la demanda. A estos efectos, lo importante es el título expedido al margen del lugar en que los estudios fueron realizados, pues nada impide a un Estado miembro de la Unión Europea reconocer estudios realizados en Centros de otro Estado miembro y con base en los mismos otorgar el correspondiente título. El control de calidad de los estudios y demás medidas de garantía deben reconocérsele al Estado que expide el título, que hay que presumir por su propio interés que velará por la regularidad y cualificación de los mismos. No otra cosa puede extraerse del artículo 2º del Real Decreto 1665/91 que como requisito para ejercer en España una profesión regulada por nacional de un Estado miembro de la Unión Europea únicamente exige estar en posesión de un título obtenido en un Estado de la Unión Europea, y ello con independencia del lugar en que los estudios se cursaron, pues el artículo 1º define como título, "cualquier título expedido por una Autoridad competente en un Estado miembro, que acredite que el titular ha superado un ciclo de estudios postsecundarios de una duración mínima de tres años en una Universidad, en un Centro de Enseñanza Superior

o en otro Centro del mismo nivel de formación y que posee las cualificaciones profesionales requeridas para acceder a una profesión regulada en dicho Estado miembro, siempre que la formación haya sido adquirida principalmente en la Comunidad o el titular tenga una experiencia profesional de tres años acreditada por el Estado miembro que haya reconocido el título"; es decir, se exige la concurrencia de los siguientes requisitos: título, superación de estudios postsecundarios de duración mínima de tres años y que la formación haya sido adquirida en la Comunidad. Dichos requisitos concurren en el interesado, por lo que debe estimarse su recurso de casación, sin que pueda observarse la existencia de un fraude de ley, en atención a lo que a continuación se dirá".

En definitiva, el criterio que lleva a esta Sentencia a estimar el recurso de casación es, sustancialmente, el que hemos observado a propósito de la homologación del título del Sr. del Carmen Tornera, ya que el problema que resuelve es, en el fondo, el mismo: la aplicabilidad de las normas sobre autorización de Universidades y Centros Universitarios a los procedimientos de homologación de títulos o de habilitación para el ejercicio profesional. Aplicabilidad que se estima improcedente, según la normativa anterior a la Ley Orgánica 6/2001, en la Sentencia citada y en la que estamos dictando".

X.5.1.b) Normativa de homologación de títulos aplicable por razones temporales: la de la fecha en que se cursaron los estudios

SSTS 19 junio 2011 (RC 2803/2010), 28 junio 2011 (RC 2976/2010) y 3 junio 2011 (RC 3742/2010):

"Ciertamente, existe una línea ya consolidada de esta Sala en la que se manifiesta en el mismo sentido que la sentencia recurrida. De hecho, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en la sentencia recurrida, cambia la doctrina seguida hasta el momento con el objeto de adaptarse a las numerosas sentencias que, en vía de casación, habían anulado decisiones suyas adoptadas en casos similares.

Podemos ahorrarnos reproducir cuál es el criterio seguido por esta Sala con anterioridad. Lo ha recogido con fidelidad la sentencia recurrida, en los términos que hemos reproducido en su literalidad en el fundamento de derecho primero. Desde tal punto de vista, nada se podría reprochar por nuestra parte a la sentencia recurrida, puesto que no hace sino adaptarse a la doctrina que venimos fijando con insistencia en los últimos tiempos. Aparte de las sentencias citadas por las que hoy se recurre, es harto significativa nuestra reciente resolución de seis de mayo de dos mil once, recaída en el recurso de casación 4773/2009.

La novedad estriba en que, en el presente recurso, el Abogado del Estado pretende no sea aplicada la doctrina que hemos reflejado en las sentencias que han motivado el cambio de criterio, en la sentencia recurrida, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. Y lo hace porque entiende que así ha de derivarse de la disposición transitoria única del Real Decreto 309/2005, de 18 marzo, por el que se modifica el Real Decreto 285/2004, de 20 de febrero .

El argumento así planteado contrasta por completo con la actuación de la Administración, a que el Abogado del Estado representa y defiende. Tanto la resolución de cuatro de julio de dos mil seis, del Secretario General Técnico, por delegación de la Ministro de Educación y Ciencia de 4 de julio de dos mil seis, como la resolución de la

Subsecretaria, con idéntica delegación, de nueve de julio de dos mil ocho, por la que se desestima el recurso de alzada contra la anterior, se sustentan en la aplicación al caso del art. 86.3 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades , en relación con el art. 5.2.b) del Real Decreto 285/2004, de 20 de febrero , por el que se regulan las condiciones de homologación y convalidación de títulos y estudios extranjeros de educación superior. Ninguna referencia se hizo en las mismas a la innovación que habría de suponer la modificación de la disposición derogatoria de aquella norma reglamentaria por el Real Decreto 309/2005, de 18 de marzo.

Contradice al principio de buena fe pretender aplicar a la interesada y actual recurrida una normativa distinta de la que la Administración, examinado el caso con el asesoramiento técnico oportuno, consideró aplicable en la resolución denegatoria de su solicitud de homologación de título universitario. Y ello es razón suficiente para desestimar sin más el recurso de casación.

En efecto, esta sala se ha pronunciado reciente y copiosamente en torno a la cuestión que nos ocupa en el presente recurso, dictándose al efecto cinco Sentencias de fecha 30 de noviembre de 2007 (recursos de casación nº 3758 , 3767 , 4261 , 4475 y 4485/05) y otra más de 14 de marzo de 2008 (recurso de casación nº 6207/06) en las que se desestima -de manera idéntica- la pretensión casacional planteada por el Abogado del Estado”.

Una explicación más extensa del criterio del TS sobre la normativa aplicable por razones temporales se encuentra en las SSTS 3 enero 2012 (RC 3929/2010) o 19 septiembre 2011 (RC 3752/2010), que recogen y citan sentencias anteriores. Dice la STS 3 enero 2012:

“Esta Sala y Sección en numerosas Sentencias de las que son exponente las de 16 de junio de 2009 (recurso de casación núm. 1921/2008) dos de 21 de julio de 2009 (recursos de casación núm. 1719/2008 y recurso de casación núm. 7157/2005) y 23 de julio de 2009 (recurso de casación núm. 828/2008) viene declarando que lo trascendente a los efectos de homologación de títulos académicos expedidos por Universidades extranjeras es la normativa existente en el momento en el que se cursaron los estudios y no en el momento en el que se solicitó la homologación pretendida, por lo que habrá que estar a la normativa entonces vigente para determinar si era necesario o no que el centro radicado en España contase con la preceptiva autorización administrativa. Por lo que si los estudios se cursaron antes de que entrase en vigor la Ley Orgánica 6/2001 y el Real Decreto 285/2004 , resultaba aplicable para la homologación la anterior normativa, constituida por la Ley Orgánica 11/1983 y el Real Decreto 86/1987, normas en las que no era exigible para obtener la homologación, el requisito de que los centros radicados en España en los que se hubiera seguido toda o parte de la formación necesaria para obtener el título universitario extranjero contaran con la autorización prevista en el Real Decreto 557/1991”.

X.5.1.c) Problema de los estudios cursados “a caballo” entre las dos normas sucesivas reguladoras de la materia (RD 86/1987 y 285/2004)

STS 23 octubre 2012 (RC 6145/2011)

“En la segunda parte del motivo se plantea la que es en realidad cuestión nuclear de este recurso, que es la de cuál es la normativa aplicable a los casos de estudios desarrollados a caballo entre las dos normas reguladoras de la materia, el Real Decreto 86/1.987 y el Real Decreto 285/2.004. Según cuál sea la normativa aplicable habrá de exigirse, o no, el requisito de la autorización del centro radicado en España.

Y en esta cuestión, las mismas razones que nos han llevado a considerar que para la homologación de títulos es aplicable la normativa vigente en el momento de cursarse los estudios, y no la vigente en el momento en que se solicita la homologación, esta misma jurisprudencia, repetimos, debe llevarnos a entender que hay que estar a las fechas de los cursos desarrollados en España. Y este criterio nos conduce, a su vez, a desestimar el recurso interpuesto por la Abogacía del Estado.

Y es que tal y como puntualiza la parte recurrida, en su caso se cursaron en el centro radicado en España -que nadie discute carecía de la autorización exigida por el Real Decreto 285/2.004- los cursos académicos 2.002/2.003, 2.003/2.004 y 2.004/2.005. Esto es, cursos impartidos cuando el Real Decreto 285/2.004 que exigía aquella autorización no estaba en vigor (solamente lo estaba en los últimos meses del último curso, pues aquel Real Decreto 285/2.004 entró en vigor el 30 de marzo de 2.005).

Por tanto, el citado Real Decreto -y su requisito de la autorización del centro radicado en España- solamente era aplicable al siguiente curso (2.005/2.006) que ya se desarrolló en un centro radicado en el extranjero, la Universidad de Derby, que expidió el título en septiembre de 2.006 (folios 12 y 17 del expediente administrativo). Y como es natural, a esta universidad extranjera no le es exigible aquella autorización.

En consecuencia, procede desestimar esa denunciada infracción del Real Decreto 285/2.004, que por lo que hemos dicho no era aplicable al caso.

Es una solución, por lo demás, compatible con otros pronunciamientos de esta Sala, como el de aquella sentencia de 3 de enero de 2.012, recurso de casación núm. 3.929/2.010 ya citada, en la que se aplicaba el Real Decreto 86/1.987 a un caso en que los estudios y el título se desarrollaron y expidieron, respectivamente, antes de la entrada en vigor del Real Decreto 285/2.004; o el de las sentencias de 21 de julio de 2.009 (recurso de casación 2.980/2.008) y 5 de octubre de 2.010 (recurso de casación 326/2.009), que aplican todavía el Real Decreto 86/1.987 a un título expedido justamente al finalizar el curso 2.004/2.005 (el 24 de julio de 2.005, concretamente), último al que según hemos razonado ya es de aplicación el reglamento de 1.987”.

X.5.2. Régimen vigente, contenido en el Real Decreto 285/2004, de 20 de febrero.

X.5.2.1. Explicación del sistema:

STS 25 enero 2012 (RC 6560/2010)

“Por lo que se refiere al [motivo] segundo, sostiene la parte recurrente que, al haber solicitado la homologación de un título universitario oficial de un país perteneciente a la Unión Europea al grado español de Licenciado, el Ministerio de Educación español se debería haber limitado a aplicar los criterios expuestos en el artículo 19.1.c) y 2 del Real Decreto 285/2004 , lo que impediría tener en cuenta la

duración y créditos de los estudios cuyo seguimiento determinó la obtención del título aportado.

Hemos de tener en cuenta que el Capítulo II del reglamento en cuestión, al regular los procedimientos para la homologación de títulos extranjeros de educación superior, distingue tres tipos distintos de homologación, que realmente son dos, si bien el segundo de ellos admite dos submodalidades.

Así, la Sección 1ª del mencionada Capítulo II contempla la posibilidad de solicitar la homologación de un título universitario extranjero a alguno de los concretos títulos del catálogo español de títulos universitarios oficiales. De la regulación del procedimiento mediante el que ha de concederse o denegarse esta primera modalidad de homologación, interesa ahora destacar dos aspectos. El primero de ellos, la previsión, en el artículo 10, de que la resolución sea dictada previo informe de un comité técnico designado por el Secretario de Estado de Educación y Universidades (al que equivalía, hasta su constitución, el del Consejo de Coordinación de Universidades). El segundo, el relativo a los criterios que habrán de tomarse en consideración con vistas a la resolución favorable o desfavorable a la homologación, que se prevén en el artículo 9, y cuyo análisis huelga realizar a los concretos efectos que nos planteamos.

La segunda posibilidad que se ofrece a quien ostente un título universitario extranjero es la de solicitar, no ya su homologación a un título universitario español concreto, sino a un grado académico de los establecidos en el artículo 37 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, que, en su versión anterior a su modificación por la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, aplicable al caso, eran los de Diplomado Universitario, Arquitecto Técnico, Ingeniero Técnico, Licenciado, Arquitecto, Ingeniero y Doctor.

El procedimiento para obtener esta segunda modalidad de homologación varía en función de que se pretenda o no la homologación de un título oficial de educación superior expedido en un Estado miembro de la Unión Europea. Cuando no sea éste el caso, a tenor de la Sección 2ª del Capítulo II de la norma reglamentaria, el procedimiento será el mismo previsto para la homologación a un concreto título (incluyendo, por tanto, el informe preceptivo del comité técnico), con algunas peculiaridades, en particular la relativa a los criterios que deben seguirse para la homologación a grados académicos. Dice así el artículo 19:

"1. Las resoluciones sobre la homologación a grado académico se adoptarán teniendo en cuenta los siguientes criterios:

a) La correspondencia entre los niveles de acceso académicos requeridos para el acceso a los estudios conducentes a la obtención del título extranjero y para el acceso al grado académico español de que se trate.

b) La duración y carga horaria del periodo de formación necesario para la obtención del título extranjero cuya homologación se pretende.

c) La correspondencia entre el grado académico de los estudios conducentes a la obtención del título extranjero y el correspondiente grado académico español al que se solicita la homologación.

2. Para la homologación al grado académico español correspondiente a los estudios oficiales de Grado, el título extranjero debe permitir en el país de procedencia el acceso a estudios oficiales de posgrado."

En cambio, cuando se solicite la homologación de un título correspondiente a enseñanzas realizadas conforme a sistemas educativos de países de la Unión Europea, a un grado académico español, la especialidad prevista con respecto al procedimiento regulado en la Sección 2ª, reside, a tenor del artículo 21.1, en que "La resolución de homologación tendrá en cuenta únicamente los criterios establecidos en los apartados 1.c) y 2 del artículo 19".

Una recta interpretación de su artículo 19 supone que, en orden a la homologación a grados académicos (no a títulos concretos) de los títulos extranjeros, han de concurrir los requisitos previstos en el artículo 19.1, que en cada caso sean exigibles. Lo serán los previstos en sus tres letras, salvo cuando se aporte un título extranjero obtenido en virtud de enseñanzas realizadas conforme a sistemas educativos de países de la Unión Europea. Y, una vez se estimen concurrentes los requisitos del artículo 19.1 que en cada caso sean exigibles, de conformidad con el artículo 19.2, habrá de comprobarse si, además, se da la condición de permitir el título extranjero cuya homologación a los grados de Licenciado, Arquitecto o Ingeniero se pretenda, el acceso a estudios de posgrado en el país de procedencia.

Dicho esto, hay que reconocer que el Real Decreto 285/2004 facilita la homologación de los títulos extranjeros, cuando hayan sido obtenidos en virtud de enseñanzas realizadas conforme a sistemas educativos de países de la Unión Europea. Así lo refiere su propio preámbulo. Sin embargo, ello no es equivalente a automaticidad en la homologación. Aparte del requisito de habilidad del título extranjero para abrir a sus titulares el acceso a estudios de posgrado en el país de procedencia, debe comprobarse, conforme al artículo 19.1.c), la correspondencia entre el grado académico de los estudios conducentes a la obtención del título extranjero y el correspondiente grado académico español al que se solicita la homologación. No es ésta una exigencia baladí, pues, de otra forma, se podrían producir incoherencias en función de que se pretenda la homologación del título extranjero a un título concreto español (en cuyo caso, como hemos visto, se establecen requisitos más rigurosos en el artículo 9), o simple y genéricamente a un grado académico".

X.5.2.2. Homologación de títulos en la UE: debe hacerse una comparación global de las titulaciones, y no asignatura por asignatura.

STS 7 noviembre 2011 (RC 2953/2010):

"Tal Jurisprudencia resulta reiteradamente recogida por sentencias de esta Sala y Sección de veintitrés de julio de dos mil nueve, recurso de casación 2557/2008, y de veintitrés de junio de dos mil nueve, recurso 1252/2006, que a su vez recogen el criterio fijado en las sentencias de uno de abril de mil novecientos noventa y ocho y diecisiete de marzo de dos mil cuatro, que en lo que aquí nos interesa suponen reconocer fundamentalmente la necesidad de que los Estados miembros de la Unión sean capaces de permitir efectivamente la libre circulación de profesionales a través del reconocimiento de cualificaciones profesionales obtenidas en un Estado miembro de origen análoga a la que se exige, en este caso en España, partiendo de una interpretación global y no exclusivamente atinente a asignaturas y programas. Con ello conseguiremos que esa libertad de circulación sea efectiva y real -según la propia Exposición de Motivos del Real Decreto 1665/1991, de 25 de octubre-. Por tanto, la denegación del reconocimiento únicamente puede darse en supuestos de diferencias sustanciales en la formación adquirida en el país de origen en áreas determinantes y relevantes de la profesión regulada en el país de acogida. Por ello, no nos encontramos

ante un reconocimiento automático o meramente comparativo de títulos sino que ha de analizarse la capacitación que otorga la titulación que se aporta por el solicitante.

El artículo 4 del Real Decreto 1665/91 al tratar de títulos, expedidos por la Autoridad competente de un Estado miembro de la Unión Europea, que acrediten que el titular ha superado un ciclo de estudios postsecundarios de una duración mínima de tres años en una universidad, Centro de Enseñanza Superior u otro Centro del mismo nivel de formación, establece que se reconocerán en España, para el acceso a las actividades de una profesión regulada, con los mismos efectos que el título español, exigiendo únicamente la sumisión a una prueba de aptitud o la realización de un periodo de prácticas en aquellos casos en que la formación recibida, comprenda materias sustancialmente diferentes de las cubiertas por el título español, o cuando la correspondiente profesión abarque en España, una o varias actividades, que no existan en esa misma profesión, en el país de origen y esa diferencia se caracterice por una formación específica exigida en las disposiciones españolas aplicables y se refiera a materias sustancialmente diferentes.

Y como hemos ya mantenido no se trata, por tanto, una vez superada la duración de tres años de los estudios, de examinar si ambas titulaciones tienen idénticas asignaturas o "nomen", sino de analizar, si coinciden sustancialmente, las materias sobre las que se ha recibido formación y las actividades que con el título correspondiente podrían realizarse en cada uno de los países y , la sentencia de instancia en base a la prueba practicada considera que existe un área relevante no cubierta por la titulación de origen y sí por la española, siendo que es la única amparada legalmente para el ejercicio de esa área. Y ello con independencia concreta del valor numérico con respecto a las restantes materias troncales que se comparan. Se concluye, que analizados separadamente el título de "Ingeniería Civil" y el de "Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos" se concluye en sentencia que la primera carece de formación en "Transportes y Territorio" que se considera de competencia exclusiva de la profesión regulada en España”.

X.5.3. Sistemas especiales (acuerdos internacionales):

X.5.3.1. Sistema de reconocimiento de títulos entre Estados miembros de la UE.

STS 23 julio 2009 (RC 2557/2008)

“En el único motivo de casación, con amparo en el artículo 88.1.d) de la LRJCA , se aduce la infracción de los artículos 4.1 y 2.1 del Real Decreto 1665/1991, de 25 de octubre , por el que se regula el sistema general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior de los Estados miembros de la Unión Europea y otro(s) Estado(s) partes, en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, suscrito el 2 de mayo de 1992, y ratificado por España el 26 de noviembre de 1993, que exigen una formación mínima de tres años de duración.

Se pone de manifiesto, en síntesis, y haciendo suyos los argumentos del voto particular de la sentencia impugnada, el error de la Audiencia Nacional al dar cobertura a un claro supuesto de fraude de ley para la obtención de títulos académicos oficiales, desde el momento en que una competencia legalmente atribuida al Gobierno, como es la verificación de los presupuestos para el reconocimiento de títulos expedidos por instituciones académicas extranjeras, es sustituida por el pacto o convenio entre

universidades, como es el presente caso, acarreado la referida práctica la vulneración del principio de no discriminación del artículo 14 de la Constitución, al eximirse a los interesados para el ejercicio de una concreta profesión en España, del requisito esencial para ello: la obtención del título académico y oficial de Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos.

TERCERO.- El motivo debe ser desestimado por las razones que se expusieron en la sentencia de esta Sala de 15 de enero de 2009 dictada en el recurso casación 1418/2006 , en un supuesto análogo al que aquí se enjuicia. Razones que reproducimos a continuación en aras de los principios de seguridad jurídica y de unidad de doctrina por ser plenamente aplicables en este proceso:

(...)

En el trámite dado a las partes para que alegasen sobre la referida Sentencia el Colegio recurrente ha sostenido que sus efectos se restringen a los directamente afectados y que no vincula a los Tribunales españoles; en lo demás reiteran alegaciones formuladas en el recurso. El Abogado del Estado, por el contrario, a la vista del tenor de dicha Sentencia, desistió de su recurso, como ya se ha señalado. La parte codemandada solicita que se tenga en cuenta dicha Sentencia, que corrobora el criterio mantenido por la Sala de instancia.

Tal como solicita la parte recurrida deben rechazarse ambos motivos y desestimarse el recurso de casación. Frente a lo que sostiene el Colegio recurrente, la Sentencia que se ha reproducido nos obliga a interpretar la Directiva 89/48/CEE en el mismo sentido que lo ha hecho el Tribunal de Justicia, y el derecho interno de conformidad con el derecho comunitario. Ello nos lleva a entender que el país comunitario de realización de los estudios es indiferente frente a la obligación de cualquier Estado de la Unión Europea de admitir los títulos académicos y acreditaciones profesionales de otro Estado comunitario. Pues bien, la objeción que se formulaba por el Ministerio de Fomento para el reconocimiento de la titulación a los efectos de la habilitación profesional era precisamente que los estudios realizados por los solicitantes se habían desarrollado en una Universidad española, siendo España también el país de acogida. Es claro que tanto la interpretación de la Directiva sostenida por el Tribunal de Justicia, como la del bloque normativo comunitario y nacional mantenida por la Sala de instancia descartan el fundamento de dicha postura, interpretación que debe ser ratificada ahora. En cuanto a los requisitos adicionales previstos en los artículos 4 y 5 y siguientes del Real Decreto 1665/1991, de 25 de octubre , (dos años de prácticas o una prueba de aptitud) para los supuestos en ellos contemplados, su procedencia fue examinada y descartada en la instancia (fundamento de derecho quinto), por lo que procedería sin más el reconocimiento por parte del Estado español de la habilitación profesional solicitada pese a que los estudios base se hubieran realizado en la Universidad de Alicante, perteneciente al propio Estado de acogida, España.

Con respecto al fraude de ley cuya concurrencia se sostiene en el segundo motivo, queda descartado al verificarse que la interpretación procedente tanto de la regulación comunitaria (la Directiva 89/48/CEE) como de la española que la transpone (el referido Real Decreto 1665/1991, de 25 de octubre) es acorde con dicho reconocimiento. Digamos, por lo demás, que el tenor literal de la norma española en ningún momento hace referencia a esa diversidad entre Estado donde se cursan los estudios y Estado de acogida que sostiene la parte recurrente."

Por todo lo expuesto, procede la desestimación del presente recurso de casación”.

X.5.3.2. Convenios internacionales

a) En general: STS 23 junio 2009 (RC 6231/2007):

“La estimación del motivo de casación, obliga a esta Sala a resolver las cuestiones en los términos en que aparezca planteado el debate, artículo 95.2.d) LRJCA.

Aduce la parte recurrente en su escrito de demanda que “existe plena equivalencia entre los estudios necesarios para obtener el título de Arquitecto en Uruguay y en España, motivo por el cual se debe acceder a la homologación plena, incondicionada y automática, sin necesidad, por tanto, de que mi representada se someta a una prueba de conjunto sobre materias propias de la licenciatura”. Se alega que la Administración no ha motivado debidamente las razones por las que considera que no concurren la equivalencia de formaciones, único supuesto en el que se puede exigir la realización de pruebas de conjunto conforme determina el Real Decreto 86/1987, de 16 de enero, por el que se regulan las condiciones para la homologación de Títulos extranjeros de Educación Superior. Se pone de manifiesto igualmente el Tratado de Intercambio Cultural entre España y Uruguay que avala, según la recurrente, la plena validez de su título en nuestro país. En definitiva se insiste en que el contenido sustantivo de ambas titulaciones es “perfectamente equivalente”. Por último, se aduce que la remisión al informe del Consejo de Universidades en el que se limita a afirmar que determinados conocimientos no han sido justificados “no puede ser aceptado como motivación suficiente para fundamentar una decisión tan gravosa para mi representada como condicionar la homologación solicitada”, debiendo tenerse en cuenta igualmente la existencia de precedentes anteriores a 1997 donde se homologaron títulos uruguayos de arquitectura, lo que podría implicar una vulneración del principio de igualdad, reconocido en el artículo 14 de la Constitución.

QUINTO.- Tales alegatos han de rechazarse. Son numerosos los pronunciamientos de esta Sala donde se ha establecido que la tesis según la cual el establecimiento por Tratados de un derecho a la homologación que imponía ésta automáticamente sin un control de equivalencia, ha sido superada por la última jurisprudencia. Así, por todas, Sentencia de 23 de noviembre de 2005 (recurso de casación nº 6863/1999) y más recientemente, Sentencia de 6 de marzo de 2008 (recurso de casación nº 4394/2007).

Resulta necesario, pues, para que pueda acordarse la homologación, que la Administración lleve a cabo un control de equivalencia del título extranjero respecto del título español al que se pretende homologar. En este caso, ha de concluirse que el título de Arquitecto, obtenido en la Universidad de la República Oriental del Uruguay (Uruguay) no puede ser homologado al título de Arquitecto español, acorde ya con las Directivas Comunitarias y normas españolas de adaptación al Derecho Comunitario, al no existir la necesaria equivalencia. En el presente caso, la falta de equivalencia y las carencias de formación fue constatada de forma debidamente motivada, con arreglo a los argumentos que constan en el expediente administrativo, por la Comisión correspondiente del Consejo de Universidades, órgano especializado que se beneficia de la discrecionalidad técnica. De ahí que la homologación quedara condicionada a la

previa superación de una prueba de conjunto específica en las materias donde se apreciaban tales carencias. Tal falta de equivalencia, tal y como se puso de manifiesto por el citado órgano, consiste básicamente en la “especial configuración de los estudios de Arquitectura en España, con fuertes contenidos en aspectos técnicos, habida cuenta las competencias de ejecución de proyectos que dicho profesional tiene atribuidas”.

Asimismo se señala en el citado informe que “La necesaria presencia de conocimientos equivalentes de predimensionado, diseño y cálculo de estructuras portante de edificios complejos; conocimientos de predimensionado, diseño y cálculo de instalaciones de agua, ambientación, electricidad, iluminaciones y mecánicas; conocimiento de solución de detalles constructivos complejos; conocimientos para la solución de planteamientos arquitectónicos en entornos urbanos específicos y conocimientos de solución de ordenación urbanísticas, entre otros, que no resultan suficientemente acreditados en la formación extranjera cuya homologación se solicita, conduce a la emisión de informe favorable a la homologación previa superación de una prueba de conjunto que integre, con especial énfasis, las áreas de instalaciones, estructuras y urbanismo que puede consistir en la realización de un Proyecto de Fin de Carrera sobre la base de los contenidos de las siguientes materias troncales de la titulación: “Acondicionamiento y servicios”, “Estructuras de Edificación”, “Construcciones Arquitectónicas” y “Urbanismo”.

Por otro lado y por lo que se refiere a la invocación del principio de igualdad y la existencia de precedentes donde, según la recurrente, sí se acordó la homologación automática en aplicación del Tratado de Intercambio Cultural entre España y Uruguay, ha de señalarse que tal y como acabamos de exponer, la tesis según la cual el establecimiento por Tratados de un derecho a la homologación que imponía ésta automáticamente sin un control de equivalencia, ha sido superada por la última jurisprudencia, razón por la cual, el hecho de que, anteriormente, se hubieran producido homologaciones automáticas, sin llevarse a cabo ese juicio de equivalencia, no comporta la conculcación del principio de igualdad ni del de seguridad jurídica, sin que pueda pretenderse la aplicación de una jurisprudencia superada. En este sentido, tal y como señala la Sentencia de esta Sala de 22 de noviembre de 2000 (recurso de casación nº 1016/1997), “Respecto a la desigualdad en la aplicación de la Ley, ésta no se produce cuando, como se ha expuesto, se razona el cambio de criterio respecto a sentencias anteriores”.

b) Convenio España – Argentina: STS 23 julio 2009 (RC 1729/2008)

“En el motivo tercero, articulado al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción, se alega la infracción del artículo 2 del Convenio Cultural entre España y la República Argentina, de 23 de marzo de 1971, en relación con el artículo 6 del Real Decreto 86/1987, de 16 de enero y con la disposición adicional 2ª que se remite al Real Decreto 127/1984, de 11 de enero y la jurisprudencia que lo interpreta. En un segundo apartado de este mismo motivo, la parte recurrente aduce igualmente la infracción de los artículos 9.3 y 14 de la Constitución, terminando sus alegaciones con un último subapartado, en el que se plantea la vulneración de los artículos 60 y siguientes de la Ley 29/1998.

Alega en síntesis la parte recurrente, que la sentencia impugnada vulnera el Convenio Cultural invocado, al obviar la cláusula de equivalencia plena que contempla el Tratado, que acarrearía la homologación inmediata del título en cuestión.

Añade la recurrente que se ha vulnerado los artículos 9.3 y 14 de la Constitución y 60 de la Ley de la Jurisdicción, al haber denegado la sentencia de instancia el recibimiento del pleito a prueba, y con ello haber impedido contrastar el reconocimiento de la homologación a otro médico con el presente caso, lo que demostraría la iniquidad del procedimiento con respecto al ahora recurrente.

Conviene señalar, a este respecto, que esta Sala ya se ha pronunciado en sentido contrario al propuesto por la parte recurrente en recursos análogos al ahora examinado, relativos el alcance del artículo 2 del Convenio Bilateral de Cooperación Cultural entre el Estado Español y la República Argentina, de fecha 23 de Marzo de 1971, ratificado por España en virtud de Instrumento de 17 de Noviembre de 1972 y publicado en el Boletín Oficial del estado de 3 de Abril de 1973. En este sentido puede citarse , por ejemplo, la Sentencia de esta Sección de 17 de abril de 2007 recaída en el recurso de casación nº 156/2001, y referida también a la homologación de Título de Médico Especialista obtenido en la Universidad de Buenos Aires de la República Argentina. Por lo tanto, bastará con remitirnos a lo sostenido en el Fundamento de Derecho Cuarto del mencionado precedente en el que se exponía que:

<<Como expresan las recientes sentencias de esta Sección Cuarta de la Sala Tercera de este Tribunal de 5 de marzo de 2007, recurso de casación 7897/2000, 11 de diciembre de 2006, recurso de casación 3349/2001, 19 de diciembre de 2006, recurso de casación 5886/2002, 20 de febrero de 2007, recurso de casación 599/2000 y 5 de marzo de 2007, recurso de casación 7897/2000, con cita de la de la Sección Séptima de 11 de octubre de 2006, recurso de casación 4829/2000, con mención de otra anterior de 11 de diciembre de 2001, recurso de casación 5100/1997, relativa a la denegación de una homologación del título de Anestesiología obtenido en la República Argentina "La doctrina jurisprudencial reiterada de este Tribunal (por todas, las sentencias de 30 de junio y 27 de octubre de 1982, 31 de octubre de 1983 y 4 de febrero de 1995) reconoció, en un primer momento, la aplicación automática de la convalidación de los títulos de educación superior entre España y Argentina, pero esta doctrina del Tribunal Supremo ha sido modificada posteriormente por las STS de 2 de diciembre de 1996, 30 de mayo de 1997, 24 de noviembre de 1997, 15 de junio de 2000 y 20 de diciembre de 2000, que forman un criterio de aplicación jurisprudencial que ha de ser seguido en su integridad, por razones de unificación de doctrina, seguridad jurídica e igualdad en aplicación de la ley. En la cuestión examinada, la posición jurisprudencial vigente de esta Sección es contraria a que la interpretación del artículo segundo del Convenio de Cooperación Cultural firmado entre España y la República Argentina en 1971, conduzca a una automática convalidación de títulos y especialidades sin la necesidad de la celebración de las correspondientes pruebas. La sentencia de 30 de octubre de 2001, relativa a un título expedido por una Universidad Argentina, que hace referencia a otras muchas, generaliza el criterio contrario al automatismo, en relación a los Convenios suscritos entre España y otros países hispanoamericanos de contenido similar al de autos, tal y como se contiene, entre otras, en las sentencias de esta Sección de 17 de septiembre de 1996, 24 de abril de 1997, 19 de junio y 3 de octubre de 1998, 14 de abril, 2 de octubre de 2000, 18 de enero, 10, 16, 17 y 23 de julio de 2001". Se ha producido, pues, una evolución en la interpretación del Convenio hispano argentino en consonancia con la propia evolución de la normativa interna que no obliga a denunciar el Convenio ni, por tanto, implica vulneración de las regulaciones establecidas en el Convenio de Viena>>.

Resolución que junto con las que en la misma se citan constituyen la jurisprudencia a tomar en consideración que comporta un cambio de criterio,

debidamente argumentado y justificado, respecto a la invocada por la parte recurrente.

Resulta patente de lo expuesto que la jurisprudencia de este Tribunal ha evolucionado en la interpretación del Convenio esgrimido y no cabe asumir una homologación automática de titulaciones académicas, sin que ello comporte la vulneración del invocado Convenio. En consecuencia la posición jurisprudencial vigente de esta Sala resulta contraria a que la interpretación del artículo segundo del Convenio de Cooperación Cultural firmado entre España y la República Argentina en 1971, conduzca a una convalidación automática de títulos y especialidades sin la necesidad de la celebración de las correspondientes pruebas, a las que en el presente caso debía someterse la parte recurrente, según el informe de la Comisión Nacional de la Especialidad de Cirugía Plástica y Reparadora, al no existir equivalencia en el programa extranjero acreditado por el recurrente con el respectivo español.

Por ello, al centrarse el contenido de la Sentencia impugnada y del recurso en el carácter automático de la homologación, por unidad de criterio con lo mantenido en los precedentes citados y atendiendo a razones de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley, debemos llegar en este recurso a la misma conclusión que en los mismos, sin que frente a ella pueda prosperar la alegación de la parte recurrida contenida en los últimos párrafos de su escrito de interposición en los que viene a mantener la equivalencia entre la formación acreditada y la exigida en nuestro país. Resulta aquí de aplicación al caso la jurisprudencia que sobre la discrecionalidad técnica en el ejercicio de sus funciones por parte de la Administración ha sido sentada por esta Sala, pues se trata de un supuesto de discrecionalidad técnica de los órganos de la Administración, en cuanto aplican criterios resultantes de los concretos conocimientos especializados y sus apreciaciones sólo se justifican en la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación, presunción iuris tantum, que no ha quedado desvirtuada por arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega, circunstancia no concurrente en este caso”.

X.5.4. Equivalencia de títulos o correspondencia de estudios: discrecionalidad técnica

X.5.4.1. Respeto al dictamen de los órganos técnicos

El sistema de homologación de títulos termina descansando en un informe de órganos técnicos sobre la equivalencia de títulos o correspondencia de estudios, que la Sala suele respetar por aplicación de la jurisprudencia sobre la discrecionalidad técnica.

STS 24 mayo 2012, RC 5356/2010.

“Pero nos encontramos ante la cuestión relativa a la "discrecionalidad técnica" de los órganos de evaluación, que ha sido reconocida y atendida por este Tribunal en multitud de ocasiones, como es la sentencia de diecisiete de noviembre de dos mil nueve, recurso de casación 6636/2006 , o la de dieciséis de septiembre del mismo año, recurso de casación 4484/2006 :

"Así lo avala el TS en SS de 14-7-2000 y 10-10-2000 al establecer que: "1) La función de los tribunales calificadoros en los procesos selectivos de acceso a la función pública es ofrecer, al órgano administrativo que ha de decidir esa selección, aquellos

conocimientos que no posee este último, pero sí resultan necesarios para realizar la tarea de evaluación profesional que constituye el elemento central de tales procesos selectivos.

2) El órgano administrativo a quien corresponde decidir el proceso selectivo, en la motivación de la resolución final que ha de dictar para ponerle fin, y por lo que hace a esa tarea de evaluación, no puede hacer otra cosa que recoger el dictamen del tribunal calificador.

3) Ese carácter de órganos especializados en específicos saberes que corresponde a los tribunales calificadores ha determinado la aceptación, en su actuación evaluadora, de un amplio margen de apreciación, esto es, de eso que doctrinalmente se ha venido en llamar discrecionalidad técnica.

Esa discrecionalidad técnica reduce las posibilidades del control de dicha actividad evaluadora, que prácticamente estarán constituidas por estos dos básicos supuestos: el de la inobservancia de los elementos reglados - cuando estos existan-, y el del error ostensible o manifiesto; y, consiguientemente, deja fuera de ese limitado control posible a aquellas pretensiones de los interesados que solo postulen una evaluación alternativa a la del órgano calificador, pero moviéndose también dentro de ese aceptado espacio de libre apreciación, y no estén sustentadas con un posible error manifiesto.

4) Lo anterior explica que las normas reguladoras de la actuación de esos órganos calificadores solo exijan a estos formalizar sus dictámenes o calificaciones mediante la expresión de la puntuación que exteriorice su juicio técnico. Y que tal puntuación sea bastante para que pueda ser considerada formalmente correcta dicha actuación de evaluación técnica.

Y cuando tales normas no exijan más que dicha puntuación, el órgano calificador cumplirá con limitarse a exteriorizarla, y no podrá reprochársele, desde un punto de vista formal, el que no la haya acompañado de una explicación o motivación complementaria."

No es posible por este Tribunal la sustitución de la conclusión mantenida en la instancia referida al contenido propio de la experiencia profesional y el tiempo de duración de la recurrente en cuanto a su valoración a los efectos de la obtención del indicado título de especialista en Inmunología, entendiendo que ello no supone ni vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva -respuesta fundada en derecho- ni tampoco el reconocimiento de un ámbito de inmunidad para la Administración en sus actuaciones -que siempre se encuentra enmarcada en el respeto pleno a la Ley y al Derecho, artículo 9.3 y 103 de la Constitución -“.

Reflejo de este respeto hacia la discrecionalidad técnica se encuentra, entre otras, en la STS 29 noviembre 2011 (RC 6668/2009):

“Por lo demás, hay que recordar, que, en sentencias de veintitrés de noviembre de dos mil diez, rec. de casación 6296/2008 , y de trece de octubre del mismo año, rec. de casación 892/2009, hemos recalcado, con relación a supuestos en que también se impugnaban por sus originarios solicitantes sentencias desestimatorias de recursos entablados contra resoluciones administrativas denegatorias de la concesión de títulos de especialistas en psicología clínica, la importancia del dictamen de la Comisión Nacional de Valoración en el procedimiento de concesión del título de Psicólogo

Especialista en Psicología Clínica conforme a las disposiciones transitorias del Real Decreto 2490/1998, de 20 de noviembre . Y ello merced al componente de discrecionalidad técnica que lo acompaña, puesto que -señalábamos en aquellas sentencias- el Tribunal Constitucional ha insistido en diversos pronunciamientos (por todas STC 86/2004, de 10 de mayo , FJ 3) en que "lo que no pueden hacer los Tribunales de Justicia es sustituir en las valoraciones técnicas a los órganos administrativos calificadoros; está vedado, por tanto, la nueva valoración de un ejercicio de un proceso selectivo, salvo circunstancias excepcionales". Ciertamente que aquí - afirmábamos- no se está frente a un proceso selectivo concurrente mas si un proceso selectivo que conduce a la obtención de una determinada titulación”.

Y en la STS 15 diciembre 2009 (RC 27/2009), citando la STS 5 marzo 2004 (RC 9602/1998):

“Como también debe destacarse que el informe de la Comisión Nacional de la especialidad es un trámite insoslayable y, además, posee un singular valor en esta materia a causa de la cualificación y objetividad que en principio debe reconocerse al órgano que lo emitió; lo que hace que deba darse primacía a ese informe mientras no se acredite de manera eficaz su evidente error...”. Y continúa la misma STS, más adelante, “...es lo cierto que resulta de aplicación al caso la jurisprudencia que sobre la discrecionalidad técnica en el ejercicio de sus funciones por parte de la Administración ha sido sentada por esta Sala, pues se trata de un supuesto de discrecionalidad técnica de los órganos de la Administración, en cuanto aplican criterios resultantes de los concretos conocimientos especializados y sus apreciaciones sólo se justifican en la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación, presunción iuris tantum , que no ha quedado desvirtuada por arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega, circunstancia no concurrente en este caso”.

Abundan en la misma doctrina la SSTS 23 noviembre 2011 (RC 6296/2008), 13 octubre 2010 (RC 892/2009), 25 enero 2012 (RC 6560/2010).

No obstante, lo anterior no significa que no puedan valorarse otras pruebas y considerar que destruyen esa presunción de acierto. STS 8 junio 2010 (RC 1045/2009):

“En nuestro caso, ha planteado precisamente la Abogacía del Estado recurrente hallarnos en el supuesto enumerado en cuarto lugar, esto es, que en la valoración de la prueba se han infringido las reglas de la sana crítica al haberla apreciado de un modo ilógico o arbitrario.

Y es criterio de este Tribunal que, al contrario de lo sostenido por la Administración recurrente, la valoración de la prueba realizada por el Tribunal de instancia en modo alguno ha llegado a un resultado ilógico o arbitrario, al haber otorgado primacía a las conclusiones vertidas en un informe pericial producido con las garantías que supone la intervención judicial, en que el perito informante razona que el período de formación seguido por el recurrido en Unidad de Transplante Renal del Hospital Clínico y Provincial de Barcelona, unido a su experiencia laboral previa y a los cursos de formación acreditados por aquel, permiten reconocer en el mismo una

formación equivalente a la exigida a los médicos residentes para la obtención del título de médico especialista en Nefrología”.

X.5.4.2. ¿Prueba en contrario?

Sobre la posible aportación de una prueba pericial para contrarrestar estos informes de los órganos técnicos de la Administración, ha dicho la STS 15 noviembre 2011 (RC 4183/2009), en un caso en que dicha prueba había sido denegada en la instancia:

“La infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales en materia de prueba que hemos dejada constatada, únicamente ha de suponer la estimación del recurso y reposición de las actuaciones al momento en que se incurrió en aquella falta en supuesto que con ella se hubiera ocasionado un supuesto de efectiva indefensión a la parte procesal, lo que no se produce cuando la prueba pericial hubiera debido igualmente ser inadmitida en aplicación estricta de las normas legales, conforme los concretos términos en los que vino propuesta su admisión y práctica.

Con esto hemos de poner de manifiesto que la conculcación del derecho fundamental exige, por un lado, la denegación inmotivada o mediante una interpretación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable -que es a lo que en anteriores fundamentos nos hemos referido- pero también, por otro, que la prueba denegada sea decisiva en términos de defensa, lo que no sucede cuando sea inútil, impertinente, innecesaria o inidónea. En este sentido, señala el artículo 283 de la Lec ., que no deberá admitirse ninguna prueba que, por no guardar relación con lo que sea objeto del proceso, haya de considerarse impertinente, como, tampoco, por inútiles, aquellas pruebas que, según reglas y criterios razonables y seguros, en ningún caso puedan contribuir a esclarecer los hechos controvertidos.

Calificación esta última que cabe predicar de la prueba inadmitida por lo que a continuación exponemos. La Comisión Nacional de la Especialidad es un Órgano con competencia para todo el territorio nacional, cuyos componentes además de altamente especializados son ajenos a los intereses de las partes y sus informes gozan de la presunción de acierto, fundada en la preparación técnica y especialización de sus miembros, de manera que solo cabe rectificar la resolución que sustente su sentido de conformidad el informe cuando se acredite que la Administración no haya apreciado convenientemente los hechos o circunstancias determinantes de la homologación interesada, siendo en este aspecto que la prueba pericial propuesta en la instancia por la parte demandante no resultaba útil para esclarecer los hechos controvertidos, al consistir su objeto en cuál fuera el parecer de un médico sobre la equivalencia del programa formativo argentino de la especialidad respecto el homónimo español, esto es, una valoración alternativa a la calificación técnica realizada por la Comisión Nacional de la Especialidad que, cualquiera que fuera su resultado, carece de fiabilidad para de ella tener aportada máxima alguna de conocimiento técnico, que a su vez permitiera al Tribunal decidir si el informe incurrió o no en error en la apreciación de los hechos habilitantes, de manera que aquella prueba (tal como sucedió en el supuesto que dio lugar a la STC 113/2009) carece objetivamente de la idoneidad de esclarecer los hechos controvertidos, siendo esta falta de utilidad de la prueba la que la hace inadmisibile.

El defecto procesal esgrimido al amparo del artículo 88.1 c) LJ -la denegación indebida de prueba- tan solo tendría trascendencia si se hubiera acreditado que se ha

causado indefensión al recurrente, lo que en las circunstancias del caso de autos no ha ocurrido. Por todo ello no puede prosperar el motivo”.

En parecidos términos, la STS 7 julio 2009 (RC 508/2007):

“En el primero de los motivos de casación, con amparo en el artículo 88.1.c) de la LRJCA , se aduce la infracción del artículo 24 de la Constitución.

Se pone de manifiesto, en síntesis, que al habérsele denegado en la instancia a la ahora recurrente la prueba propuesta consistente en documental referente a la información relativa a los aspirantes al mismo título al que optaba la recurrente, pero que sin embargo habían logrado la calificación de "apto", se le ha privado de toda posibilidad de efectuar la comparación entre el criterio manejado por el tribunal para aquellos y el empleado con la recurrente, de manera que se evidenciase el trato discriminatorio sufrido.

Como medio de prueba se propuso por la parte "A) PERICIAL: Con el objeto de que tengan aportados el dictamen pericial emitidos por el Dr. D. (...) (...) ello con el objeto fundamental de poner en contraste dichos criterios con el examen teórico-práctico realizado por mi representado, al objeto de justificar que debería haber obtenido la calificación de " apto ".D) MAS DOCUMENTAL PUBLICA: Con el objeto de que se libre atento oficio a la Administración demandada con la finalidad de que aporte a los autos informe expedido por funcionario público legalmente facultado para dar fe en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones y, en la medida en que sea necesario, de las actuaciones de los órganos intervinientes en el proceso de concesión del título de Médico Especialista al amparo del Real Decreto 1497/1999 y de las disposiciones emanadas de los tribunales examinadores, relativo a : 1º.- En relación con el examen teórico-práctico: cuestionario de preguntas (...) 2º En relación con el examen teórico -práctico: problemas concretos (...) E) SEGUNDA MAS DOCUMENTAL PUBLICA: Con el objeto de que se libre atento oficio a la Administración demandada con la finalidad de que aporte a los autos informe expedido por funcionario público legalmente facultado para dar fe en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones y, en la medida en que sea necesario, de las actuaciones de los órganos intervinientes en el proceso de concesión del título de Médico Especialista al amparo del Real Decreto 1497/1999 y de las disposiciones emanadas de los tribunales examinadores, relativo a: 2º. Respecto de los médicos a los que se ha otorgado el título de Médico Especialista en la especialidad que nos ocupa en virtud de la resolución de 4 de septiembre de 2003 (...) F) TERCERA MAS DOCUMENTAL PUBLICA: Con el objeto de que se libre atento oficio a la Administración demandada con la finalidad de que aporte a los autos informe expedido por funcionario público legalmente facultado para dar fe en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones y, en la medida en que sea necesario, de las actuaciones de los órganos intervinientes en el proceso de concesión del título de Médico Especialista al amparo del Real Decreto 1497/1999 y de las disposiciones emanadas de los tribunales examinadores, relativo a la puntuación concreta de cada uno de los méritos curriculares alegados por aspirantes (...)"

(...)Pues bien, sentado lo anterior y tal y como anticipamos, procede rechazar el presente motivo de casación. En el caso de autos ha de tenerse en cuenta que corresponde al órgano jurisdiccional de instancia la potestad para admitir o denegar cualquier medio de prueba, cuando los hechos que con el mismo se traten de acreditar no tengan trascendencia para la resolución del pleito y que a través de los medios

probatorios pretendidos y denegados por la Sala de instancia se pretendía llevar a cabo una calificación o valoración alternativa a la del tribunal del procedimiento, lo que a todas luces sobrepasaba los límites al control de la discrecionalidad técnica. Es más, se pretendía una revisión general de toda la prueba de acceso, es decir no solo del expediente del recurrente sino también del resto de los participantes en la prueba para la obtención del título de Médico Especialista. Por ello, la actividad probatoria, propuesta en la instancia por la parte demandante y denegada, resultaba inútil para esclarecer los hechos controvertidos, por lo que su denegación resultó procedente. Además, el defecto procesal esgrimido al amparo del artículo 88.1 c) -la denegación indebida de prueba- tan solo tendría trascendencia si se hubiera acreditado que se ha causado indefensión al recurrente, lo que en el caso de autos no ha ocurrido.

Debe recordarse que no estamos frente a una prueba competitiva en que unos partícipes excluyan a los otros al existir un "numerus clausus" de aprobados o de plazas sino ante un procedimiento excepcional desarrollado mediante el sistema de concurso en que se valora el currículum profesional y el resultado de las pruebas teórico prácticas. Y en tal concurso no se estableció un límite de concurrentes a aprobar sino que cada examinando simplemente tenía que superar una determinada puntuación para alcanzar la consideración de apto."

X.5.4.3. Admisibilidad de la remisión a informes vertidos en expedientes análogos:

STS 7 julio 2009 (RC 4595/2007)

"Asimismo, es claro que, salvo en los excepcionales supuestos en los que se lleve a cabo de manera ilógica o arbitraria, la valoración de la prueba constituye una potestad de la Sala de instancia no susceptible de ser revisada en casación y, en el presente caso, la Sala sentenciadora ha considerado que el informe del Consejo de Coordinación Universitaria es suficiente para acreditar "de forma concreta y pormenorizada las carencias detectadas en el contenido de los estudios cursados en los Países Bajos en relación con la formación necesaria para su homologación al título español de Licenciado en Administración y Dirección de Empresas por lo que la valoración realizada aprecia carencias numerosas en relación con la formación exigida en España, carencias que se citan y que afectan al contenido troncal y esencial de dicha titulación, y sin que estas conclusiones se hayan desvirtuado, en modo alguno, mediante las alegaciones de la demanda y prueba al efecto". Todo ello, sin que pueda ser obstáculo para aceptar tal razonamiento el hecho de que el informe del órgano al que hemos hecho referencia y que resulta preceptivo ex artículo 5.1 del Decreto 86/1987, de 16 de enero, por el que se regulan las condiciones de homologación de títulos extranjeros de Educación Superior, no se hubiese emitido específicamente con ocasión de la solicitud de homologación cursada por la recurrente sino con ocasión del análisis comparativo realizado entre el título obtenido en los Países Bajos y el título español al que se pretende homologar. En este sentido, diversas Sentencias de esta Sala han admitido pertinentes tales informes realizados, incluso, por remisión a otros expedientes análogos (por todas, Sentencia de esta Sala y Sección de 19 de febrero de 2008 -recurso de casación nº 4925/2006)".

X.5.5. Procedimiento de homologación:

X.5.5.1. El colegio profesional que representa la profesión regulada de que se trate tiene interés directo en el procedimiento, por lo que la Administración debe comunicarle su tramitación; consecuencias en el cómputo del plazo para recurrir.

La STS 1 diciembre 2009 (RC 4033/2008) hace un resumen de SSTS anteriores, sistematizando pronunciamientos de la Sección de diverso sentido. Y concluye:

“En los presentes autos, la Corporación recurrente formula al amparo del artículo 88.1.d) LRJCA un motivo de casación por vulneración de los artículos 69.e) y 46 LRJCA, en relación con los artículos 31, 34 y 58 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

El motivo ha de estimarse. La Sentencia de 20 de julio de 2006 de esta Sala reconoció a la Corporación recurrente legitimación activa para interponer el proceso, si bien luego consideró que el mismo era inadmisibile porque no se había interpuesto en plazo para recurrir de modo que lo consideró extemporáneo.

Pero también es cierto que esa Sentencia reconoció que el Consejo recurrente tenía en el procedimiento de homologación del título un interés indirecto. La Sentencia a la que nos referimos cuando examina el artículo 31 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, se refiere a la letra c) de dicho precepto y apartado y dice que la Ley considera interesados a aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva, y concluye, en ese sentido, afirmando que el Consejo no se personó, por lo que no había que notificarle la resolución que en el procedimiento recayera.

En igual sentido se pronuncia el artículo 34 de la Ley 30/1992, que se refiere a la identificación de interesados cuando dispone que "Si durante la instrucción de un procedimiento que no haya tenido publicidad en forma legal, se advierte la existencia de personas que sean titulares de derechos o intereses legítimos y directos cuya identificación resulte del expediente y que puedan resultar afectados por la resolución que se dicte, se comunicará a dichas personas la tramitación del procedimiento".

La conclusión aparentemente en este supuesto sería idéntica en principio a la que allí alcanzamos, en tanto que podríamos entender que el Colegio o el Consejo respectivo que pudiera resultar afectado por la resolución que se dicte no sería titular de un interés legítimo directo sino indirecto, y por ello no tendría que ser llamado al proceso.

Sin embargo esa conclusión a nuestro juicio es errónea. Y lo creemos así porque los Consejos o los Colegios de acuerdo con lo dispuesto por el núm. 2 del artículo 31 de la Ley 30/1992 son titulares en cuanto organizaciones representativas de intereses económicos y sociales de intereses legítimos colectivos en los términos que la ley reconozca y en el caso de las Corporaciones Profesionales la Ley de Colegios Profesionales, Ley 2/1974, de 13 de febrero, considera en su artículo 1.3 que "son fines esenciales de estas Corporaciones la ordenación del ejercicio de las profesiones, la representación exclusiva de las mismas y la defensa de los intereses profesionales de los colegiados" y entre sus funciones el artículo 5. g) les otorga la de "ostentar en su ámbito la representación y defensa de la profesión ante la Administración...Tribunales... y particulares, con legitimación para ser parte en cuantos litigios afecten a los intereses profesionales".

Como es lógico en supuestos como el presente se trata de defender por el Consejo intereses colectivos que trascienden al individual de cada profesional, y que interesan a todos, como son los intereses propios de una profesión como tal, en cuyo caso ese interés no es un interés indirecto sino directo del Colegio o Consejo, lo que obligaría a la Administración de acuerdo con el artículo 34 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común a comunicar a dichas personas jurídicas la tramitación del procedimiento, puesto que es obvio que pueden resultar afectados por la resolución que se dicte.

Esta solución no pugna con el principio de seguridad jurídica sino que lo refuerza porque la intervención en el expediente de quienes son titulares de ese interés legítimo y directo evitaría situaciones no deseadas como las detectadas en los supuestos que hemos examinado en las Sentencias anteriores referidas y en esta misma. En consecuencia es claro que los Colegios o Consejos son interesados directos en estos procedimientos y deben ser emplazados en los mismos cuando se trate de homologar títulos que afecten a la profesión regulada y titulada que cada uno represente.

Ciñéndonos ahora ya al supuesto concreto hemos de aplicar en este caso la línea que iniciamos en la Sentencia de 21 de mayo, recurso de casación núm. 2.044/2007, y ello porque homologado el título en cuestión en fecha 16 de mayo de 2005, la Corporación recurrente interpuso el recurso contencioso administrativo el 12 de mayo de 2006, pero eso no permite a la Sala conocer si el mismo estaba interpuesto en plazo, o, por el contrario, era extemporáneo puesto que de acuerdo con lo hasta ahora declarado el plazo para recurrir deberá iniciarse a partir del momento en que la Corporación tuvo conocimiento de la Orden de homologación del título, dato que no nos es conocido.

En consecuencia y en una situación procesal como la descrita procede estimar el motivo de casación y devolver las actuaciones a la Sala de instancia para que dicte Sentencia "después de que haya dado a las partes la posibilidad, tanto de aportar los elementos de prueba que entiendan oportunos para acreditar la fecha en que la organización colegial tomó conocimiento de la homologación mediante la solicitud de colegiación, como de alegar sobre la relevancia y aplicabilidad al caso de ese dato. Esta anómala decisión, que está en línea con lo que la misma parte recurrente pide en el suplico de su escrito de interposición del recurso de casación, se justifica sobradamente por ser la única que preserva sin indefensión la posición procesal de las partes una vez que la Sala de instancia introdujo en el debate aquella cuestión de la posible interposición extemporánea del recurso contencioso-administrativo".

X.6.PLANES DE ESTUDIOS

X.6.1. Sistema

Cuando se trate de títulos que habiliten para el ejercicio de profesiones reguladas, el Gobierno tiene atribuida la potestad de establecer las condiciones a las que deberán adecuarse los correspondientes planes de estudios (arts. 12.9 y 15.4 RD 1393/2007).

La STS 20 marzo 2012 (rec. cont-adm. 391/2010) explica el sistema:

“Y en lo que se refiere a la pretendida vulneración del derecho fundamental a la autonomía universitaria tampoco puede entenderse vulnerado el mismo. Y ello porque

los supuestos sobre los que actúan tanto el Acuerdo como la Orden objeto de recurso constituyen la excepción a la regla general de que los títulos serán propuestos por las universidades en aplicación del principio constitucional de autonomía universitaria, que los deberán someter a la verificación del Consejo de Universidades, de acuerdo con el procedimiento contenido en el Real Decreto 1.393/2.007 y a la autorización de la correspondiente Comunidad Autónoma. Producidos estos dos actos, el Gobierno, mediante Acuerdo de Consejo de Ministros declarará el carácter oficial del citado título y ordenará su inscripción en el RUCT. Desaparece así el control ex ante del Gobierno y con el, su intervención en la fijación de las denominaciones y contenidos de los títulos, desapareciendo en consecuencia la propia noción de catálogo oficial a la que antes se ha hecho referencia.

El principio general descrito solo decae en aquellos supuestos en que el título habilite para el ejercicio de profesiones reguladas. En estos supuestos, como es el caso que nos ocupa, de acuerdo con lo establecido en los artículos 12.9 y 15.4 del Real Decreto 1.393/2.007, el Gobierno, mediante acuerdo del Consejo de Ministros, establece previamente las condiciones a las que deberán adecuarse los planes de estudios conducentes a la obtención de títulos que habiliten para el ejercicio de la correspondiente profesión. Y en un plano posterior, el Ministerio de Educación, mediante orden ministerial, viene a establecer los requisitos para la verificación de los correspondientes títulos universitarios oficiales”.

X.6.2. Naturaleza de esas resoluciones

Esas resoluciones del Gobierno adoptan la forma de Acuerdos del Consejo de Ministros, y no tienen naturaleza normativa. STS 23 febrero 2011 (rec. cont-adm. 143/2009):

“Los Acuerdos del 26 de diciembre de 2008 del Consejo de Ministros, ostentan la forma establecida en el apartado d) del art. 25 de la Ley del Gobierno sin que debieran tener la de Real Decreto pretendida por cuanto no es una norma reglamentaria.

Constituyen un desarrollo del art. 12.9 del RD 1393/2007 que faculta al Gobierno a establecer las condiciones a las que deberán adecuarse los planes de estudios de los títulos que habiliten para el ejercicio de actividades reguladas en España.

Se trata, por tanto, de una competencia inequívocamente gubernamental que, por ende, ha de adoptar la forma establecida en la Ley del Gobierno.

No tiene un valor normativo. Deriva de la habilitación específica atribuida por el mencionado art. 12.9 del RD 1393/2007 sin que por ello que hubiere de adoptar la forma de Real Decreto. Se trata de un acto no normativo de aplicación a una pluralidad de destinatarios que en nada modifica el RD 1293/2007.

Antes al contrario, de su lectura se concluye que la denominación del título, ciclo y duración, requisitos de la formación, garantía de la adquisición de competencias, es decir los distintos apartados del Acuerdo no innovan el ordenamiento sino que se limitan a remitir o bien a la normativa aplicable, apartado quinto, o a reiterar lo dicho en otras normas legales o reglamentarias, apartados segundo a cuarto. Constituye, pues, una redundancia”.

Misma doctrina en SSTS 26 enero 2011 (rec. cont-adm. 182/2009), 11 mayo 2011 (rec. cont-adm. 132/2009), 13 mayo 2011 (rec. cont-adm. 177/2009), 7 noviembre 2011 (rec. cont-adm. 261/2010), 20 marzo 2012 (rec. cont-adm. 415/2010).

Sí tienen naturaleza normativa los planes de estudios (STS 23 octubre 2012, RC 3033/2011).

Pero no la tiene el Acuerdo del Consejo de Ministros que establece el carácter oficial de un título determinado y acuerda su publicación en el RUCT (STS *****, RC 398/2012).

X.6.3. Objeto del recurso.

Cuando se recurren esos Acuerdos del Consejo de Ministros no forma parte del objeto del proceso el ejercicio de la profesión regulada. STS 20 marzo 2012 (rec. cont-adm. 391/2010):

“Antes de examinar las alegaciones que contiene el recurso, y aún cuando pueda resultar redundante, precisaremos que el objeto de enjuiciamiento lo constituye de un lado el Acuerdo del Consejo de Ministros de 23 de julio de 2.010 por el que se establecen las condiciones a las que deberán adecuarse los planes de estudios conducentes a la obtención de títulos de Grado y Master que habiliten para el ejercicio de la profesión regulada de Arquitecto, ya que, por tratarse de una profesión regulada corresponde de conformidad con el artículo 12.9 y 15.4 del Real Decreto 1.393/2.007 al Gobierno , establecer las condiciones a las que deberán adecuarse los planes de estudios conducentes a la obtención de esos títulos de Grado y Master, respectivamente; y al Ministerio de Educación mediante la Orden EDU/2.075/2.010, la verificación de los requisitos para la obtención de los títulos universitarios oficiales de Grado y Master que habiliten para el ejercicio de esa profesión regulada de Arquitecto. En consecuencia el alcance del proceso no es otro que el expuesto, quedando fuera del mismo el posterior ejercicio de la profesión regulada de Arquitecto que se rige por las normas que así lo disponen, y a las que se remite el Anexo del Acuerdo, que en su apartado primero número 2 precisa que el mismo "no constituye una regulación del ejercicio profesional ni establece ninguna reserva de actividad a los poseedores de los títulos que cumplan las condiciones en él establecidas".

Misma doctrina en STS 20 marzo 2012 (rec. 415/2010). Y en el mismo sentido STS 6 junio 2012 (RC 787/2011):

“SEGUNDO.- La parte recurrente articula los siguientes motivos de casación:

1.- Al amparo del artículo 88.1.d) LRJCA , por infracción de los artículos 2.2 , 6.1 , 6.2.a) , 7.1 , 7.2.a) , 17.2.a) , 19.1 y 21.1 de la Ley 44/2003 de Ordenación de las Profesiones Sanitarias , así como artículos 1.2 y 7 del Decreto 450/2005 sobre especialidades de Enfermería. Se sustenta que dichos preceptos exigen una correspondencia entre la formación y el contenido de la profesión y la competencia para diagnosticar a un paciente sólo corresponde a los médicos. Por el contrario, la sentencia admite que los Enfermeros especialistas en geriatría puedan diagnosticar, siendo ésta una competencia de los médicos.

(...)

TERCERO.- Tal y como refleja la sentencia impugnada, la Orden de 13 de noviembre de 2009, lo que regula es el programa formativo de la especialidad de Enfermería Geriátrica y, de ahí, se deduce una primera conclusión difícilmente

rebatible, cual es que no se trata de una regulación de la competencia profesional de los Enfermeros, sino de su programa de formación en el ámbito específico de la Geriatría.

A partir de esta inicial conclusión es fácil compartir, con la sentencia impugnada, que se trata de dotar a los interesados de los conocimientos, habilidades y actitudes propias de la atención de salud y, así, se afirma -y debemos compartir- que la LOPS establece, por tanto, "no sólo el marco de las profesiones definiendo la regulación del ejercicio, sino que además estructura la formación pregraduada y especializada a fin de dotar a los interesados de conocimientos y habilidades competenciales. Es decir, el marco de la formación aparece vinculado a la regulación del ejercicio de las profesiones sanitarias, si bien se constituyen como ámbitos distintos en los que se pretenden objetivos distintos; a saber, la formación de un lado, y la distribución de competencias de cada una de las profesiones sanitarias, de otro.... La regulación no incide en el ejercicio como pretende la parte demandante, sino en la formación previa, atribuyendo a los diplomados en enfermería geriátrica un conjunto de conocimientos, habilidades y competencias, que en modo alguno menoscaban las competencias atribuidas a los médicos y odontólogos, porque la regulación no va más allá del aspecto de la formación".

Y continúa la sentencia señalando que la Orden objeto de impugnación debe interpretarse en consonancia con la LOPS, la cual remarca de forma suficiente el ámbito competencial de cada profesión, como ocurre en su artículo 7, apartados 1 y 2 y ello también puede predicarse de la prescripción farmacológica, respecto de las cuales el programa formativo no atribuye competencia profesional. Y la sentencia resalta que una norma posterior, la Ley 28/2009, de 30 de diciembre, modifica la normativa anterior en el sentido de admitir que los enfermeros y podólogos puedan participar en la prescripción de "determinados medicamentos", incorporándoles también en programas de seguimiento de determinados tratamientos, como cuestión "asumida en la práctica diaria de nuestro sistema sanitario".

En definitiva, la sentencia razona adecuadamente y con sustento en las normas que cita, la falta de virtualidad de los motivos de impugnación, por lo que no podemos apreciar que exista vulneración de los preceptos que se citan en el motivo primero del presente recurso de casación, tanto los referidos a la LOPS, como al Decreto 405/2005, que debe interpretarse en función de las normas de la LOPS y de la posterior ley 28/2009. El motivo primero debe ser desestimado".

X.6.4. Órdenes Ministeriales sobre requisitos para la verificación de títulos universitarios que habiliten para el ejercicio de profesiones reguladas.

X.6.4.1. Son Órdenes Ministeriales posteriores a esos Acuerdos, y no infringen el principio de reserva de ley establecida en el art. 36 CE para las profesiones reguladas.

STS 11 julio 2011 (RC 6294/2009):

"El recurso de casación sostiene que la sentencia ha infringido el principio de reserva de Ley al no anular por dicho motivo la Orden ECI/3855/2007, de 27 de diciembre, del Ministerio de Educación y Ciencia, por la que se establecen los requisitos para la verificación de los títulos universitarios oficiales que habilitan para

el ejercicio de la profesión de Arquitecto Técnico, por cuanto el Anexo de dicha Orden prevé como módulo que obligatoriamente ha de comprender el plan de estudios la " Aptitud para redactar proyectos técnicos de obras y construcciones, que no requieran proyecto arquitectónico, así como proyectos de demolición ...", lo que -dice- supone en este particular la regulación de la profesión de Arquitecto Técnico, pues ninguna norma de las que regulan la profesión recogía hasta este momento aquello como facultad propia.

La resolución de lo que plantea el recurso aconseja tener en consideración que, como ya declaró este Tribunal en Sentencia de 17 de junio de 2003, recurso 481/1999 , el alcance de la reserva de Ley establecida en el artículo 36 de la Constitución respecto de las profesiones tituladas ha sido interpretado por la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo como un principio relativo, que:

A) No excluye «la posibilidad legal del desarrollo pormenorizado vía reglamento de las Leyes formales para determinar los temas básicos de la regulación de las profesiones así como las referentes al régimen jurídico aplicable a los Colegios Profesionales» (sentencia de 25 de marzo de 1999, recurso 381/1997).

B) No afecta al Real Decreto que, dentro de la competencia del Estado, va dirigido «no a regular una profesión, sino a requerir la capacitación necesaria para el ejercicio de actividades profesionales» (sentencia de 25 de marzo de 1999, recurso 381/1997).

C) Afecta a las disposiciones que contienen una regulación básica o general de la profesión titulada que, en cuanto tal, sea subsumible en el ámbito de la reserva material de Ley que establece el artículo 36 de la Constitución (sentencias de la antigua Sala Cuarta de 1 de abril de 1986 [sic], 7 de junio de 1986 , 9 de noviembre de 1988 [sic] y 6 de octubre de 1989 y las más recientes de la Sala Tercera de 17 de junio de 1991 y 27 de noviembre de 1993, recurso 99/1990 , 10 de septiembre de 1992 y 11 de septiembre de 1992).

D) Aun admitiendo la indudable relación que existe entre el título académico y el ejercicio de una determinada profesión, no impide reconocer la independencia que debe presidir la regulación de uno y otro, como se deduce del artículo 149.1.30ª de la Constitución, que establece la competencia del Estado para «la regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales». Esta competencia del Estado va dirigida, no a regular una profesión, sino a proporcionar la capacitación necesaria para el ejercicio de actividades profesionales (sentencia de 5 noviembre 1998, recurso 519/1995).

E) No afecta a las disposiciones mediante las que no se establecen requisitos o limitaciones que alteren o afecten de modo sustancial o general al ejercicio de la profesión (sentencia de 21 septiembre 1999, recurso 346/1996).

Como en lo que específicamente se refiere a la relación existente entre la titulación académica tendente a procurar una determinada capacitación y la regulación de la profesión titulada, nuestra reciente Sentencia de 23 de febrero de 2011, recurso 143/2009 , con cita de la de 26 de enero de 2011, recurso 182/2009 , reitera que del mero hecho de que los planes de estudio recojan las condiciones que habiliten para el ejercicio de una profesión, no se deduce que se regule el ejercicio profesional de la misma, ni que trate de regular el ejercicio de una profesión.

Se trata, por el contrario, de dar cumplimiento a lo que dispone el artículo 12.9 del Real Decreto 1393/2007, de 29 de octubre , por el que se establece la ordenación de

las enseñanzas universitarias oficiales, que ordena que los planes de estudios de las titulaciones que habiliten para el ejercicio de actividades profesionales reguladas en España, en todo caso, deben diseñarse de forma que permitan obtener las competencias necesarias para ejercer esa profesión, a cuyo efecto el Gobierno ha de establecer las condiciones a las que deberán adecuarse los correspondientes planes de estudios; siendo por ello aquéllas atribuciones profesionales y no las presentes competencias de la enseñanza, las sometidas a la reserva legal que establece el artículo 36 de la Constitución.

En definitiva, la Orden que contempla cual es la capacitación necesaria para el ejercicio de la profesión de Arquitecto Técnico no está incluida en el ámbito de la reserva de Ley establecida para las profesiones tituladas, siendo por el contrario que, en lo que discute el recurso, resulta adecuada para obtener la competencia de elaborar proyectos de toda clase de obras y construcciones que no precisen de proyecto arquitectónico y los de demolición, que como atribución se atribuye para el ejercicio de la profesión de Arquitecto técnico en el artículo 2.2 de la Ley 12/1986, de 1 de abril, sobre regulación de las Atribuciones Profesionales de los Arquitectos e Ingenieros Técnicos, en relación el artículo 2.1 ,a) de la misma, cual pone de manifiesto la sentencia recurrida.

El recurso, por último, nos aporta nuestra jurisprudencia relativa a la imposibilidad que la profesión de Arquitecto Técnico pueda realizar proyectos que por su entidad y características excedan de su capacitación, mas dicho argumento sirve aquí de contrario, por ser atribución de dichos profesionales la elaboración de los restantes proyectos, a lo que precisamente responde el diseño del plan de estudios, tendente a procurar la competencia en dicha atribución.

El recurso contencioso-administrativo debe ser desestimado”.

Misma doctrina en STS 25 octubre 2011 (RC3036/2010).

X.6.4.2. Pero las Órdenes sí están sometidas al RD 1393/2007.

STS 7 febrero 2012 (rec. cont-adm. 122/2009):

“Es cierto el "supuesto de hecho" que describe el actor en su demanda, consistente en que el Plan de Estudios conducente a la obtención de aquel Título contabiliza dentro del total de los 300 créditos europeos (ECTS) necesarios los seis que asigna al "Proyecto Fin de Grado". Pero es incorrecta la interpretación de las normas jurídicas aplicables que defiende.

En efecto, aunque la Orden ECI/3856/2007, de 27 de diciembre (derogada por la Orden EDU/2075/2010, de 29 de julio), que estableció "los requisitos para la verificación de los títulos universitarios oficiales que habiliten para el ejercicio de la profesión de Arquitecto", expresaba en el Apartado 5, párrafo primero, de su Anexo que los Planes de Estudio de esos títulos "tendrán una duración de 300 créditos europeos... y presentación y defensa de un Proyecto Fin de Grado", y definía luego el módulo de éste como la "Presentación y defensa, una vez obtenidos todos los créditos del plan de estudios, de un ejercicio...", favoreciendo así, con esa literalidad de sus expresiones, la idea de que ese Proyecto no podía contabilizar para la obtención de los créditos necesarios, tal idea, tal interpretación, resulta desautorizada por una norma de rango superior, como es la recogida en el art. 12 del Real Decreto 1393/2007, de 29 de octubre, que "establece la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales".

Es así, porque ese artículo, que lleva como epígrafe el muy significativo de "Directrices para el diseño de títulos de Graduado", además de disponer en su núm. 2 que "Los planes de estudios tendrán 240 créditos" y que "En los supuestos en que ello venga determinado por normas de derecho comunitario, el Gobierno, previo informe del Consejo de Universidades, podrá asignar un número mayor de créditos", además de ello, repetimos, dispone, en clara referencia a los créditos, que estos "contendrán toda la formación teórica y práctica que el estudiante deba adquirir: aspectos básicos de la rama de conocimiento, materias obligatorias u optativas, seminarios, prácticas externas, trabajos dirigidos, trabajo de fin de Grado u otras actividades formativas", añadiendo en su núm. 7 que "El trabajo de fin de Grado tendrá entre 6 y 30 créditos, deberá realizarse en la fase final del plan de estudios y estar orientado a la evaluación de competencias asociadas al título".

Preceptos, esos de superior rango, que han de servir para interpretar aquella Orden y que, con claridad, conducen a entender que los créditos asignados al "trabajo de fin de Grado" forman parte del total de créditos necesarios.

Que ese art. 12 emplee la expresión "trabajo de fin de Grado" y la Orden la de "Proyecto Fin de Grado" es, a diferencia de lo que opina la actora, irrelevante, pues ambas expresiones, la del Real Decreto y la de la Orden, se refieren a una misma y única actividad formativa".

En el mismo sentido, STS **** (RC 398/2012)

X.6.5. Sobre el pretendido derecho a la ordenación de estudios que habiliten para el ejercicio de profesiones reguladas.

Varios colegios profesionales solicitaron del Gobierno la regulación y ordenación de los estudios universitarios que habiliten para el ejercicio de la profesión regulada que en cada caso representaban, pero sus recursos fueron desestimados por STS 14 febrero 2012, rec. cont-adm. 478/2010 (Geólogos), STS 27 marzo 2012, rec. cont-adm. 155/2011, (Químicos) y STS 5 junio 2012, rec. cont-adm. 562/2010 (Físicos).

Se desestimaron esos recursos porque no se trataba en verdad de profesiones reguladas. Dicen todas ellas:

"Para rechazar la pretensión que se ejercita en el proceso (consideración de la profesión de Químico en España como profesión regulada, que no titulada) sería suficiente con transcribir parcialmente el preámbulo del Real Decreto 1.837/2.008. En ese texto se puede leer que: "El anexo VIII recoge la relación de profesiones y actividades reguladas en España, a efectos de la aplicación del presente real decreto. Como se ha señalado, el de «profesión regulada» es el concepto central del sistema, pues las profesiones y actividades no reguladas se entiende que son de ejercicio libre y, por tanto, no requieren ningún reconocimiento.

En el anexo IX del ese Real Decreto se recogen las profesiones reguladas para cuyo ejercicio se exige un conocimiento preciso del derecho nacional y en las que, por tanto, no cabe la opción de la persona solicitante del reconocimiento entre prueba de aptitud y período de prácticas.

Este Real Decreto se limita a recoger, en dichos anexos VIII, IX y X, las profesiones y actividades que, con el apoyo de una diversa casuística normativa pueden considerarse reguladas a efectos de su inclusión en el ámbito de aplicación del sistema de reconocimiento de cualificaciones establecido en la presente norma. Como es bien

sabido, la regulación profesional es competencia exclusiva de los Estados miembros. En el caso de España, el artículo 36 de la Constitución establece una reserva de Ley que debe entenderse sin perjuicio de la vigencia, en su caso, de las regulaciones profesionales preconstitucionales materializadas a través de instrumentos normativos de menor rango. La mera creación de un título oficial relacionado con un determinado ámbito profesional, o incluso la existencia, en dicho ámbito, de un Colegio Profesional, no ha de implicar por sí misma que esa profesión haya de considerarse regulada.

Cuando razones de interés social aconsejen acometer la regulación y ordenación de una determinada profesión o actividad profesional, será el legislador quien delimite las diferentes atribuciones que le son propias y, en su caso, su vinculación con la posesión de un determinado título oficial. Como ha señalado el Tribunal Constitucional, compete en exclusiva al legislador, atendiendo a las exigencias del interés público y a los datos producidos por la vida social, considerar cuándo una profesión debe dejar de ser enteramente libre para pasar a ser profesión regulada.

Puesto que el conjunto de profesiones y actividades consideradas reguladas en los anexos VIII, IX y X, lo son a los solos efectos de la aplicación del sistema de reconocimiento de cualificaciones, esta declaración no tiene otros efectos fuera de este ámbito. Así, serán de plena aplicación a estas actividades y profesiones los instrumentos de liberalización de las actividades de servicios, como la Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, en todo aquello que se refiera a la regulación de la actividad, pero que no constituya una reserva de actividad a determinados titulados. Asimismo, la inclusión en el listado no puede ni debe servir de base a reivindicaciones de regulación de las condiciones básicas de los títulos universitarios.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que el listado de profesiones reguladas a los efectos de este Real Decreto incluye tanto profesiones en sentido estricto como actividades reguladas, de acuerdo con la distinción precisada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 386/1993 ".

Y con toda claridad plasma esas ideas el artículo 4 del Real Decreto 1.837/2.008 cuando expresa que: "A los exclusivos efectos de la aplicación del sistema de reconocimiento de cualificaciones regulado en este real decreto, se entenderá por «profesión regulada» la actividad o conjunto de actividades profesionales para cuyo acceso, ejercicio o modalidad de ejercicio se exija, de manera directa o indirecta, estar en posesión de determinadas cualificaciones profesionales, en virtud de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas.

A estos efectos, las profesiones y las actividades que entran dentro del ámbito de aplicación del sistema de reconocimiento de cualificaciones según la definición anterior son las que se relacionan en el anexo VIII sin que de dicha inclusión puedan derivarse otros efectos fuera de ese ámbito".

Sobre esta cuestión de los títulos universitarios y su obtención y regulación ha incidido de modo trascendental la reforma de la Ley Orgánica 6/2.001 de Universidades por la Ley Orgánica 4/2.007, que haciendo valer el principio de autonomía universitaria dispuso que los títulos serán propuestos por las universidades que los someterán a la verificación del Consejo de Universidades y a la autorización de la respectiva Comunidad Autónoma, procediendo el Consejo de Ministros mediante el Acuerdo correspondiente a declarar el carácter oficial del título y ordenando su inclusión en el Registro de Universidades, Centros y Títulos, todo ello en el marco de la

competencia exclusiva del Estado que sobre la materia reconoce el artículo 149.1.30ª de la Constitución .

En este marco general la excepción a esta regla la constituyen los supuestos que contempla el Real Decreto 1.397/2.007, de 29 de octubre, por el que se establece la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales, modificado por el Real Decreto 861/2.010, cuyo artículo 12.9 invoca la demanda, y que se refiere a la competencia que posee el Gobierno para la adecuación y aprobación de los planes de estudios que conduzcan a la obtención de los títulos de Grado que habiliten para el ejercicio de actividades profesionales reguladas y no solo tituladas en España, y que deberán ajustarse en su caso a la norma europea que resulte de aplicación.

En el bien entendido que esta excepción solo se contempla para aquellos supuestos en que el legislador actúe de acuerdo con lo establecido en el artículo 36 de la Constitución que exige que "por Ley se regule (...) el ejercicio de las profesiones tituladas".

Y es que siendo todas profesiones tituladas existen en el derecho interno español profesiones tituladas que se regulan de acuerdo con el artículo 36 de la Constitución citado, de modo que las mismas requieren de la existencia de una norma con rango de Ley que determine cuál es el ámbito específico de las mismas y las competencias que les son propias una vez obtenido el título que habilita para su ejercicio, siendo estas profesiones reguladas (de las que constituyen una subespecie las tituladas) aquellas que se caracterizan por la afectación real del interés público que supone la actividad profesional que desarrollan y la relación existente entre la titulación que se exige y las actividades que integran la competencia profesional que supone el título que se obtiene.

En palabras del Tribunal Constitucional en la sentencia del Pleno de 24 de julio de 1.984 , sentencia 83/84 "Este es el caso, (...) del ejercicio de las profesiones tituladas, a las que se refiere el art. 36 CE , y cuya simple existencia (esto es, el condicionamiento de determinadas actividades a la posesión de concretos títulos académicos, protegido incluso penalmente contra el intrusismo) es impensable sin la existencia de una Ley que las discipline y regule su ejercicio". Y en la sentencia 42/1.986, de 10 de abril, el propio Tribunal Constitucional insiste en esta idea afirmando que: "Compete, pues, al legislador atendiendo a las exigencias del interés público y a los datos producidos por la vida social, considerar cuándo existe una profesión, cuándo esta profesión debe dejar de ser enteramente libre para pasar a ser profesión titulada.

Por ello, dentro de las coordenadas que anteriormente se han mencionado, puede el legislador crear nuevas profesiones y regular su ejercicio, teniendo en cuenta, como se ha dicho, que la regulación del ejercicio de una profesión titulada debe inspirarse en el criterio del interés público y tener como límite el respeto del contenido esencial de la libertad profesional".

En el bien entendido, igualmente, que el ámbito de estas profesiones reguladas debe tener un tratamiento restrictivo, y por ello aplicable solo, como ya se ha dicho, a las actividades profesionales que afecten a los intereses públicos y generales.

Requisitos estos que el legislador entiende que no concurren en la profesión titulada de Químico, de modo que si no existe Ley que la contemple como tal profesión regulada no existió la inactividad reglamentaria que se achaca al Gobierno".

XI. SANIDAD

XI.1. SISTEMA NACIONAL DE SALUD

XI.1.1. Áreas Básicas de Salud.

Pueden coincidir con la provincia aunque su población supere el módulo de población de 200-250.000 habitantes previsto en el art. 56 de la Ley General de Sanidad. STS 8 noviembre 2011 (RC 5458/2009):

“El módulo de población no es por tanto un criterio exclusivo, pero tampoco determinante para concluir la infracción por el Decreto autonómico de lo que demanda en este aspecto la Ley General de Sanidad, esto atendiendo que el de establecer una Área por cada 200-250.000 habitantes es un criterio lúbil en su determinación, relativizado por la propia Ley General de Sanidad, que prevé tanto que, en todo caso cada provincia ha de tener un área, a pesar de las notorias diferencias poblacionales en la división provincial del territorio nacional, como la excepción en determinados supuestos del módulo poblacional: excepción general para los archipiélagos Canario y Balear y para las Ciudades Autónomas de Ceuta y de Melilla, y excepción con carácter particular, conforme convenga al mejor cumplimiento de los objetivos de las Áreas de Salud, en atención a los factores geográficos, socioeconómicos, demográficos, laborales, epidemiológicos, culturales, climatológicos y dotacionales en cada supuesto concurrentes; de manera que resulta insuficiente la sola comparación de la población de las provincias andaluzas con las que establece el número 5º del art. 56 de la Ley General de Sanidad, para de ello concluir inequívocamente la vulneración de mandato dirigido a la Comunidad Autónoma, de delimitación en su territorio de las demarcaciones de las Areas de salud, teniendo en cuenta a tal efecto los principios básicos que en dicha ley se establecen, para la organización de un sistema sanitario coordinado e integral.

Así se ha pronunciado esta misma Sala y Sección en Sentencia de 30 de noviembre de 1996 -recurso 2909/1993-, al conocer del recurso de casación interpuesto por el Colegio Oficial de Médicos de Sevilla contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, que se siguió contra el Decreto 80/1987, de 25 de marzo, del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, sobre ordenación y organización del Servicio Andaluz de la Salud, en la que declaramos:

“SEPTIMO.- El sexto y último de los motivos parte de la consideración no exacta de que la Ley básica estatal exige - artículo 56.5 de la Ley 14/1986 General de Sanidad - que las áreas de salud atiendan en todo caso a una población no inferior a 200.000 habitantes ni superior a 250.000. Se considera así que el Decreto vulnera la Ley estatal, en cuanto crea un Area de Salud por cada provincia andaluza cuando -se dice- es notorio que dichas provincias triplican la cifra de 250.000 habitantes. El planteamiento del motivo es inconsistente. Sin olvidar que el artículo 56.5 de la Ley 14/1986 se limita a establecer una regla general flexible -que admite todas las excepciones que enumera el propio artículo 56.4 de la misma norma básica estatal- silencio la parte recurrente el dato decisivo de que las Areas de Salud no han sido una creación del Decreto en litigio, sino de la tantas veces omitida Ley del Parlamento andaluz 8/86, de regulación del Servicio Andaluz de Salud, ciertamente no impugnada ni impugnable en este orden jurisdiccional, de la que no se hace mención. El artículo 9

de la Ley 8/1986 dispone, en efecto, que el Servicio Andaluz de Salud se ordenará en ocho demarcaciones territoriales, denominadas Areas de Salud, que coincidirán con cada provincia andaluza, lo que debe determinar la desestimación del motivo.”.

XI.2. CONCEPTO DE SANIDAD

Comprende cualquier terapia, ya sea convencional o no convencional (terapias naturales). STS 7 abril 2011 (RC 4383/2009).

“El motivo no puede estimarse. La sentencia de instancia arranca su argumentación de un hecho cierto, y es que cualquier terapia, ya sea convencional o natural como se denominan las no convencionales, deben estar integradas en el sistema de salud ya sea público o privado, en tanto que se desenvuelven en el ámbito sanitario, puesto que se ocupan de la salud de las personas y del tratamiento de las enfermedades que es en lo que consiste cualquier terapia.

Y es desde ese punto de vista desde el que la sentencia resuelve que la regulación que se haga de las terapias naturales ha de inscribirse en el ámbito de la legislación básica del Estado constituida tanto por las Leyes que cita como por el Real Decreto 1277/2003 que también posee esa naturaleza, de modo que necesariamente cualquier Comunidad Autónoma, en este caso la Catalana, debe normar la regulación de las terapias naturales considerándolas como una actividad sanitaria. De ahí que este Tribunal comparta la decisión de la sentencia de instancia que alcanzó esa conclusión.

(...)

Por último el tercer motivo invoca como infringidos por la sentencia los artículos 43 y 149.1.16 CE y ello porque corresponde a la Generalidad la competencia en la ordenación, planificación, determinación regulación y ejecución de las medidas y las actuaciones destinadas a preservar, proteger y promover la salud pública en todos los ámbitos, e, insiste, en que no estamos ante actividad sanitaria ninguna regulada en el ámbito estatal, y la Generalidad posee competencias para el desarrollo del Decreto.

Este motivo debe seguir igual suerte que los dos anteriores. Las normas básicas del Estado parten de la idea que nos es conocida y que consiste en que las terapias naturales son actividad sanitaria y deben regularse como tales, algo que sigue siendo una cuestión harto controvertida desde el punto de vista de la comunidad científica, o que en determinadas situaciones se admiten como tales, y deben ejercerse bajo la vigilancia y el control de personal sanitario y en instalaciones que tengan la consideración de centros sanitarios; y, por lo tanto, su regulación debe inscribirse en ese marco tal y como contempla el Real Decreto 1277/2003 en el Anexo I , cuando clasifica los centros, servicios y establecimientos sanitarios y se refiere en el Anexo II a las diferentes Unidades Asistenciales y denomina a la U.101 como de Terapias no convencionales, y la define como la: "unidad asistencial en la que un médico es responsable de realizar tratamientos de las enfermedades por medios de medicina naturista o con medicamentos homeopáticos o mediante técnicas de estimulación periférica con agujas u otros que demuestren su eficacia y su seguridad".

Esa es la tesis de la sentencia, y por ello la misma rechaza la regulación que llevó a cabo el Decreto impugnado correctamente anulado, tesis que ahora refrenda esta sentencia de casación”.

XI.3. LEY DEL TABACO

Infracción por Decreto autonómicos de las normas contenidas en la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco. STS 15 marzo 2011 (RC 3506/2008), con cita de otras. Trata las siguientes cuestiones: 1) dimensiones y medidas de las zonas habilitadas para fumar en establecimientos públicos; 2) cómputo de la superficie de 100 m² a partir de la cual se pueden habilitar zonas para fumadores y por debajo de la cual puede fumarse en el local; y 3) grados de las sanciones. V. apartado Derecho administrativo; normas básicas-normas de desarrollo.

XI.4. FARMACIAS

XI.4.1. Marco general

Un resumen sobre las competencias en la materia y la naturaleza de las oficinas de farmacia se encuentra en la STS 10 enero 2012 (RC 5243/2006), con cita de la STS 24 marzo 1998.

“Dado que los términos en que se expresa la parte traslucen, en relación con lo que a su juicio debe ser la regulación de las oficinas de farmacia y de sus farmacéuticos titulares, una concepción en exceso amplia del modo en que ahí han de desplegar sus efectos los principios de libre ejercicio de las profesiones y de libertad de empresa, parece necesario iniciar el análisis de ese segundo motivo de casación con unas consideraciones previas que sirvan para precisar el marco general del que partir para el enjuiciamiento de las normas reglamentarias impugnadas.

A) Ciertamente es que los artículos 88 y 89 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, reconocen, respectivamente, el derecho al ejercicio libre de las profesiones sanitarias y la libertad de empresa en el sector sanitario. Pero de ello no se sigue que las oficinas de farmacia hayan de ser consideradas, ni siquiera de modo principal, como meros establecimientos mercantiles, ni como meros empresarios sus farmacéuticos titulares. Al contrario, nuestro ordenamiento jurídico, por razones de interés público sanitario que tienen que ver, sobre todo, con la calidad y eficacia con que ha de ser prestado el servicio farmacéutico, ha sujetado y sujeta a unas y a otros a un régimen de regulación e intervención, imponiendo antes y ahora determinadas limitaciones y exigencias.

Esa misma ley, en el núm. 2 de su art. 103, dispone que las oficinas de farmacia abiertas al público se consideran establecimientos sanitarios, y añade, en el núm. 3, que aquéllas estarán sujetas a la planificación sanitaria en los términos que establezca la legislación especial de medicamentos y farmacias. En igual sentido, el art. 1 de la Ley 16/1997, de 25 de abril, que Regula los servicios de las Oficinas de Farmacia, dispone que éstas son establecimientos sanitarios privados de interés público, sujetos a la planificación sanitaria que establezcan las Comunidades Autónomas; detallando a continuación los servicios básicos a la población que ha de prestar el farmacéutico titular-propietario de las mismas. Su art. 2.1, ya con el carácter de legislación básica del Estado sobre sanidad, dictada al amparo del art. 149.1.16^a CE, prescribe que las Comunidades Autónomas establecerán criterios específicos de planificación para la autorización de oficinas de farmacia. Y en esos o similares términos, con la condición de normativa básica, se pronuncia el art. 84 de la Ley 29/2006, de 26 julio, sobre

Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios, cuya Disposición derogatoria única deroga, en particular, la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento.

La jurisprudencia, a su vez, sin olvidar la necesidad de un entendimiento flexible y liberalizador de la normativa reguladora de las oficinas de farmacia, acorde con los postulados constitucionales inherentes a los principios de libertad de ejercicio profesional y de libertad de empresa (artículos 35 , 36 y 38 CE), y matizando con ello que el interés público no puede ser aducido como soporte de una tesis expansiva de esas normas (así, por ejemplo, en las sentencias de 30 de junio de 1995 y 4 de abril de 1997), ha afirmado, recordado o precisado, sin embargo: Que no es inconstitucional imponer limitaciones al establecimiento de tales oficinas (entre otras, en la sentencia de 7 de mayo de 1992). Que la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 83/1984 declaró que la Ley de Sanidad de 1944 es constitucionalmente legítima en cuanto declara regulado y limitado tal establecimiento (sentencia de 23 de abril de 2001 , entre otras muchas). Que la Ley 14/1986 afecta al sistema legal de limitación que la Ley de 1944 introdujo, pero no lo deroga, porque no sustituye el régimen de intervención administrativa por otro de libertad (también en esa sentencia). Que (por ejemplo, en la de 20 de mayo de 2002), en lo que atañe a la apertura de oficinas de farmacia, la libertad de empresa está afectada por un régimen de intervención administrativa que condiciona su ejercicio en función del interés público y del servicio público que representa la prestación farmacéutica. O que (misma sentencia) ni la libertad de empresa (art. 38 CE) ni la libertad de elección o de ejercicio de profesión (art. 35 CE), han supuesto la derogación o sustitución del régimen de intervención administrativa que venía establecido, orientado a velar, como toda potestad administrativa, por determinados intereses públicos que en este caso son los sanitarios de la población en relación con la prestación de un adecuado servicio farmacéutico. En fin, es constante esa jurisprudencia al afirmar, en esos o parecidos términos, aquello que la Sala de instancia transcribe del fundamento de derecho sexto de nuestra sentencia de 24 de marzo de 1998 . Así, múltiples sentencias de este Tribunal, como las de 31 de mayo de 1986 , 6 de octubre de 1987 , 13 de mayo de 1989 , 24 de julio de 1990 , 30 de junio de 1995 , 4 de abril de 1997 , 5 de noviembre de 1999 , 25 de octubre de 2000 , 22 de octubre de 2002 , 14 de enero , 20 y 21 de mayo y 3 de junio de 2003 , 9 de febrero de 2004 , 8 de noviembre de 2005 , etc., afirman que nuestro Derecho abandona un sistema de libre concurrencia y configura la actividad de asistencia farmacéutica con los caracteres de «servicio público impropio» o de «servicio de interés público», sujetándola a determinadas limitaciones y exigencias en las que el interés predominante es, sin duda, la calidad y eficacia del servicio farmacéutico al público. Y aluden, también, a la conveniencia de conseguir una adecuada distribución en el territorio nacional de las oficinas de farmacia que prestan una actividad que, aunque privada, es de interés público; a la justificación de las excepciones a la libertad de empresa por exigencias del servicio público; y a la necesidad de evitar tanto la concentración en determinados puntos del territorio como la ausencia de las oficinas de farmacia en otras partes del mismo.

B) El Estado tiene competencia exclusiva sobre la "materia" referida a las "bases y coordinación general de la sanidad" (art. 149.1.16ª CE). A su vez, sin perjuicio de esa competencia exclusiva estatal, la Comunidad Autónoma de Aragón, tanto en el texto de su Estatuto vigente cuando se aprobó el Reglamento cuya impugnación nos ocupa (Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, modificada por las Leyes Orgánicas 6/1994, de 24 de marzo, y 5/1996, de 30 de diciembre: art. 35.1.41),

como en el aprobado por la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril (art. 71.56ª), la tiene en materia de "ordenación farmacéutica".

Este esquema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en la materia de ordenación de las oficinas de farmacia es refrendado por la doctrina del Tribunal Constitucional. Así, por todas, en su sentencia 109/2003 se lee lo siguiente: Este Tribunal ya se ha pronunciado en sus SSTC 32/1983, de 28 de abril , y 80/1984, de 20 de julio , acerca de la materia en que debe encuadrarse competencialmente el régimen jurídico de dichos establecimientos sanitarios, al señalar que «la determinación con carácter general de los requisitos técnicos y condiciones mínimas para la aprobación, homologación, autorización, revisión o evaluación de instalaciones, equipos, estructuras, organización y funcionamiento de centros, servicios, actividades o establecimientos sanitarios... debe entenderse como una competencia de fijación de bases, que es, por tanto, en virtud del mandato del artículo 149.1.16 de la Constitución , de titularidad estatal en cuanto trata de establecer características comunes en los centros, servicios y actividades de dichos centros. En la citada Sentencia (STC 32/1983) se decía también que tales requisitos y competencias debían considerarse siempre como mínimos y que, por consiguiente, por encima de ellos, cada Comunidad Autónoma que posea competencia en materia sanitaria... puede establecer medidas de desarrollo legislativo y puede añadir a los requisitos mínimos determinados con carácter general por el Estado, otros que entienda oportunos o especialmente adecuados» (STC 80/1984 , F. 1). [...] La competencia autonómica en materia de ordenación farmacéutica -añade aquella STC 109/2003 - ha de respetar las normas básicas del Estado, que son, precisamente, las recaídas en materia de sanidad, ya que, como antes dijimos, la ordenación de las oficinas de farmacia, en cuanto establecimientos sanitarios, debe respetar las bases del artículo 149.1.16 CE .

En virtud de aquella competencia autonómica, las Cortes de Aragón promulgaron la Ley 4/1999, de 25 de marzo, de Ordenación Farmacéutica de Aragón, cuyo art. 1.2 considera la atención farmacéutica como un servicio de interés público, definiendo en el 6 la oficina de farmacia como un establecimiento sanitario de interés público y titularidad privada, sujeto a planificación y a la normativa que establezca dicha Comunidad Autónoma.

Esa Ley, que contiene a lo largo de su articulado remisiones singulares a normas de desarrollo reglamentario, autoriza al Gobierno de Aragón, en su Disposición final primera, "para que dicte las normas de carácter general y reglamentario necesarias para el desarrollo de aplicación de la presente Ley ".

C) Aquella sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional núm. 83/1984 , después de afirmar que nada hay en la Constitución que excluya la posibilidad de regular y limitar el establecimiento de oficinas de farmacia, añade más adelante que el ejercicio de las profesiones tituladas está expresamente reservada a la ley en su art. 36 . Ahora bien, con arreglo a esa misma sentencia, esta reserva específica de ley es bien distinta de la general que respecto de los derechos y libertades se contiene en el art. 53.1 CE , por lo que, en consecuencia, no puede oponerse ahí al legislador la necesidad de preservar ningún contenido esencial de derechos y libertades que en aquel precepto no se proclaman, de suerte que la regulación del ejercicio profesional, en cuanto no choque con otros preceptos constitucionales, puede ser hecha por el legislador en los términos que tenga por conveniente. A su vez, esa reserva de ley no excluye la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, aunque sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente

subordinada a la Ley; lo cual se traduce, en suma, en ciertas exigencias en cuanto al alcance de las remisiones o habilitaciones legales a la potestad reglamentaria, que puedan resumirse en el criterio de que las mismas sean tales que restrinjan efectivamente el ejercicio de esa potestad a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley”.

Téngase presente además que los módulos de población y distancias previstos en la Ley estatal básica (Ley 16/1997, de 25 de abril) han sido declarados **conformes con el Derecho comunitario (libertad de establecimiento: art. 49 TCE) y la Constitución** (STJUE de 1 julio 2010 y STC 109/2003, de 5 de junio).

Sobre la interpretación de la STJUE puede verse la STS 3 mayo 2012 (RC 552/2011), en relación con el Decreto asturiano 72/2001, regulador de las oficinas de farmacia y botiquines en el Principado.

XI.4.2. Planificación: mapas farmacéuticos de las Comunidades Autónomas

XI.4.2.1. No es contraria a la Ley estatal la planificación farmacéutica basada en el municipio.

STS 21 diciembre 2011 (RC 1895/2010)

“Contra la referida sentencia se invoca por la recurrente, dos motivos de casación, con el común denominador de la alegada vulneración de la legislación básica del Estado al establecer la Comunidad Autónoma de Canarias en su Mapa Farmacéutico una planificación farmacéutica basada en el municipio, prescindiendo por completo de la planificación sanitaria.

Este Tribunal ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la posible vulneración de la Ley estatal 16/1997, por la normativa autonómica que, tomando como base de planificación las unidades básicas de atención primaria, hace corresponder las zonas farmacéuticas con las demarcaciones municipales. Así, en Sentencias de 6 de abril de 2010 , 13 de abril de 2010 , 18 de enero de 2011 y 25 de abril de 2011 -recurso 3624/2007 , 3927/2008 , 1970/2009 y 4454/2009 , respectivamente-, hemos declarado:

"Y es que no obstante la argumentación expuesta por el recurrente en cuanto a la infracción del artículo 2.2 de la Ley 16/1997 , por no haberse tenido en cuenta criterios "demográficos, características geográficas y dispersión de población", lo cierto es que constituyendo dicho precepto legislación básica del Estado sobre sanidad - Disposición Final Primera de la citada Ley 16/1997 -, ello no se desconoce por la normativa gallega sobre el particular.

Basta para ello con comprobar cómo el Real Decreto Ley 11/1996, de 17 de junio, de ampliación del Servicio Farmacéutico a la Población, dispuso en el art. 1.1. párrafo segundo que: "La planificación farmacéutica se realizará de acuerdo a la planificación sanitaria. Las demarcaciones de referencia para la planificación farmacéutica serán las unidades básicas de atención primaria fijadas por las Comunidades Autónomas", añadiendo en el apartado 2 del citado artículo 1 que "Los módulos poblacionales y distancias entre oficinas de farmacia se determinarán, según tipos de zona, por las Comunidades Autónomas, de acuerdo con los criterios generales

de planificación farmacéutica. Dichos condicionantes se fijarán con arreglo a la densidad de población, características geográficas, dispersión, y a las necesidades sanitarias de cada territorio. En todo caso, los criterios de planificación deberán garantizar la adecuada atención farmacéutica a todos los núcleos de población, de acuerdo a sus características específicas" y la Ley 16/1997, de 25 de abril, de Regulación de Servicios de las Oficinas de Farmacia, en el art. 2.2 ratificó ese criterio al reiterar que "la planificación farmacéutica se realizará de acuerdo con la planificación sanitaria. Las demarcaciones de referencia para la planificación farmacéutica serán las unidades básicas de atención primaria fijadas por las Comunidades Autónomas. La planificación de oficinas de farmacia se establecerá teniendo en cuenta la densidad demográfica, características geográficas y dispersión de la población, con vistas a garantizar la accesibilidad y calidad en el servicio, y la suficiencia en el suministro de medicamentos, según las necesidades sanitarias en cada territorio. La ordenación territorial de estos establecimientos se efectuará por módulos de población y distancias entre oficinas de farmacia, que determinarán las Comunidades Autónomas, conforme a los criterios generales antes señalados. En todo caso, las normas de ordenación territorial deberán garantizar la adecuada atención farmacéutica a toda la población". De este modo es claro que la Ley gallega de Ordenación Farmacéutica, Ley 5/1999, de 21 de mayo, cuando en el artículo 18 dispone la planificación de las oficinas de farmacia y afirma que: "1. Dada su condición de establecimientos sanitarios de interés público y en orden a garantizar una atención farmacéutica conveniente, oportuna y eficiente, la autorización de nuevas oficinas de farmacia estará sometida a planificación por la Consellería de Sanidad y Servicios Sociales. 2. Se toman como base de planificación las unidades básicas de atención primaria, que, a los efectos de la presente Ley, se corresponden con las demarcaciones municipales en las que se ordena el territorio de la Comunidad Autónoma gallega creándose las zonas farmacéuticas, que se clasifican en: a) Zona farmacéutica urbana: ... b) Zona farmacéutica semiurbana: ... c) Zona farmacéutica rural: ... 3. No obstante la anterior planificación farmacéutica establecida, y al objeto de garantizar las necesidades de atención farmacéutica que se requieran, teniendo en cuenta las diferentes características geográficas, demográficas, turísticas y sanitarias, por la Xunta de Galicia podrá acordarse la declaración de determinadas zonas farmacéuticas como especiales. 4. Se establecen los siguientes módulos para la apertura de nuevas oficinas de farmacia..." efectúa una opción válida y ajustada a la competencia que tiene reconocida por el bloque de constitucionalidad constituido por el art. 149.1.16ª que otorga al Estado competencia exclusiva sobre las bases y coordinación general de la sanidad, el 148.1.21ª que dispone que "las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias: Sanidad" y el Estatuto de Autonomía para Galicia, Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril, que en sus artículos 28.8 y 33 concede competencia exclusiva a la Comunidad Autónoma en materia de ordenación farmacéutica, competencia en la que desenvuelve su actividad sin contrariar las normas del Estado vigentes sobre la materia, y a la que se ajusta, por tanto, el Decreto impugnado cuando en el artículo 1 describe el objeto que cumple de hacer público el mapa farmacéutico de Galicia, planificar la autorización de nuevas oficinas de farmacia, así como fijar la delimitación territorial concreta en que podrán establecerse las nuevas oficinas de farmacia en cada zona farmacéutica."

Conforme aquella doctrina nuestra, no es tanto lo relevante en orden la constatación del cumplimiento de la legislación básica estatal que la normativa autonómica efectúe una planificación farmacéutica correspondiente con las demarcaciones municipales, sino que en todo caso ésta tenga como base las unidades

básicas de atención primaria, teniendo además en cuenta la densidad demográfica, características geográficas y dispersión de la población, con la finalidad de la mejor prestación del servicio y atención farmacéutica; criterio finalista que habilita que, teniendo como base las zonas básicas de salud, la ordenación farmacéutica pueda concretarse en municipios, distritos y secciones”.

XI.4.2.2. Distinción entre oficina de farmacia y botiquín farmacéutico; su diferente naturaleza justifica su diferente trato:

STS 27 octubre 2009 (RC 3131/2005)

“No yerra la Sala de instancia cuando realiza la distinción entre la oficina de farmacia, establecimiento privado, aunque realice un servicio público, y el botiquín farmacéutico, público en su totalidad.

El carácter público del botiquín vinculado al farmacéutico titular con plaza en propiedad resultaba inequívoco de la Orden de 20 de febrero de 1962, relativa a los botiquines farmacéuticos en núcleos rurales. La citada norma atribuye su administración a los farmacéuticos con plaza en propiedad en los respectivos partidos si bien el médico titular del distrito custodiaba el botiquín y velaba por su buen funcionamiento percibiendo por ello una gratificación asignada por el Ayuntamiento que era quien facilitaba el local para su instalación. Función pública subrayada en la STS de 12 de marzo de 1992, recurso de apelación 2277/1990.

Del mismo modo las SSTS 20 de septiembre de 1995, recurso de casación 1600/1992, 11 de octubre de 1995, recurso de casación 5381/1993, destacan con cita de la Sentencia de 25 de mayo 1994, recaída en el recurso de casación 877/1992, que la apertura de farmacia para los farmacéuticos titulares aparece en las normas de los Reales Decretos 1711/1980 y 909/1978 como derecho-deber ya que la farmacia es el apoyo o medio para el cumplimiento de sus obligaciones o funciones públicas, entre otras, conforme al artículo 39 del Decreto 27 noviembre 1953, que aprueba el Reglamento para los Servicios Sanitarios Locales, despachar medicamentos para la Beneficencia Municipal, surtir a las Casas de Socorro y botiquines, realizar análisis químicos y microbiológicos de alimentos y bebidas. Criterio reproducido en la STS 17 de diciembre de 1998, recurso de casación 2424/1993.

Tras la Ley 4/1999, de 25 de marzo, de Ordenación Farmacéutica para Aragón se cambia radicalmente el anterior criterio vinculándose a la Oficina de Farmacia más próxima o accesible, preferentemente en la misma Zona de Salud, conforme al art. 27. Su Disposición Transitoria Quinta encomienda al Gobierno de Aragón la reasignación de los botiquines existentes de acuerdo a esos criterios.

Y tal regulación no suscita planteamiento de la cuestión de constitucionalidad pretendida.

No se vislumbra contraríe la regulación de los botiquines en la Ley del Medicamento, art. 88, Ley 25/1990, de 20 de diciembre ni implique expropiación de derecho individual ni aplicación retroactiva de las normas. Tampoco respecto a la Ley General de Sanidad 14/1986, de 25 de abril de 1986 en la que se establecieron las Áreas de Salud como piezas básicas de los Servicios de Salud en las Comunidades Autónomas, disponiendo su art. 103.3 la sujeción de las oficinas de farmacia a la planificación sanitaria.

El antedicho art. 88 de la Ley del Medicamento disponía que la planificación general de las oficinas de farmacia en orden a garantizar la adecuada asistencia farmacéutica incumbe a la administración sanitaria con competencias en ordenación farmacéutica, es decir la autonómica se reafirmaba lo ya anticipado aunque demorado en su legislación. Por su parte el Real Decreto Ley 11/1996, de 17 de junio, asumido luego por la Ley 16/1997, de 25 de abril, partió de un sustancial cambio en la planificación farmacéutica creando las áreas de salud urbana y las zonas de salud.

En consecuencia, resulta inaplicable al supuesto de autos la jurisprudencia constitucional esgrimida acerca de la irretroactividad de las normas tributarias, STC 273/2000, de 15 de noviembre, etc así como la invocada respecto a la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos o la pretendida expropiación de derechos.

Por último es obligado recordar que esta Sala del Tribunal Supremo por sentencias de 6 de junio de 2008, 19 de junio de 2008 y 18 de julio de 2008, recaídas respectivamente en los recursos de casación 1924/05, 2293/05 y 2132/05, que tenían como antecedente de otras tantas resoluciones de la Administración Autónoma, relativas a adscripción de distintos Botiquines, a las farmacias más próximas a la misma Zona de Salud, ha mantenido similar doctrina a la aquí expuesta, y por tanto, la aplicación del principio de igualdad que exige según reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, fallos iguales para supuestos iguales, hubiera obligado sin más también a desestimar el presente recurso de casación”.

XI.4.3. Procedimiento para la autorización de una oficina de farmacia:

XI.4.3.1. Número de oficinas de farmacia autorizables: una cada 2.800 habitantes (preceptiva); y posibilidad de autorizar potestativamente una más por fracción superior a 2.000 habitantes.

STS 17 abril 2012 (RC 4683/2010), que cita las SSTS 15 junio de 1993 y 18 de junio de 2008 (rec. cont-adm. 3945/2005).

“Este segundo motivo debe ser igualmente rechazado. Tanto el artículo 2.3 de la Ley 16/1997, de 25 de abril, sobre Regulación de Servicios de las Oficinas de Farmacia, cuya infracción invoca la recurrente, pero que no tiene carácter básico, de acuerdo con la disposición final primera de la misma, como el 32.5 de la Ley 19/1998, de 25 de noviembre, de Ordenación y Atención Farmacéutica de la Comunidad de Madrid y el 3 del referido Decreto 115/1997, de la Comunidad de Madrid, 18 de septiembre, especifican en su último párrafo que se podrá establecer una nueva oficina de farmacia por fracción superior a 2.000 habitantes "una vez superada la anterior proporción"; proporción que el párrafo primero cifra en una oficina de farmacia por cada 2.800 habitantes. Así pues, la facultad de autorizar y establecer una nueva oficina de farmacia por fracción superior a 2.000 habitantes en una determinada zona farmacéutica, tiene lugar cuando se supera la proporción indicada, no los habitantes indicados, esto es, no cuando se superan los primeros 2.800 habitantes computados de la zona farmacéutica o los 2.800 primeros habitantes computados, que excedan de los que corresponden a las oficinas de farmacias ya existentes en una determinada zona farmacéutica.

Qué haya de entenderse por "proporción" nos lo dice la Real Academia de la Lengua en la definición que nos proporciona la Sentencia recurrida: la

correspondencia debida entre cosas relacionadas entre si; de forma que superada la correspondencia prevista en los indicados preceptos entre una oficina de farmacia y 2.800 habitantes censados en la zona farmacéutica, si, como señala la sentencia recurrida, este resto es una fracción superior a 2.000 habitantes e inferior a 2.800, la Administración sanitaria "podrá" autorizar una nueva oficina de farmacia.

Obviamente, si este resto o fracción alcanzara el módulo de los 2.800 habitantes, la administración sanitaria "deberá" autorizar la oficina de farmacia que corresponde a éste módulo, pues del artículo 2.3 de la Ley 16/1997, de 25 de abril, sobre Regulación de Servicios de las Oficinas de Farmacia, se desprende que todas las oficinas de farmacia que se puedan crear en una determinada zona farmacéutica en función de la proporción indicada de una farmacia por cada 2.800 habitantes son de creación obligatoria y ello por contraposición al carácter potestativo que tiene la autorización de la oficina de farmacia cuando el resto de población que resulte de aplicar dicha proporción sea una fracción -del módulo de 2.800 habitantes- que exceda de 2.000 habitantes y, por supuesto, no alcance los 2.800, pues si alcanzase esta cifra de población, tal resto constituiría no una fracción del módulo, sino el módulo mismo, que determina la necesidad de aplicar la proporción contemplada en el precepto y, en consecuencia, la obligación de autorizar otra oficina de farmacia más".

XI.4.3.2. Solicitante: prohibición de discriminación por razón de edad.

SSTS "farmacias de Extremadura". P. ej. STS 9 abril 2012 (RC 8871/2003):

"En primer lugar, la Sentencia 109/2003, de 5 de junio, que declaró la nulidad del párrafo primero del artículo 14 y el párrafo primero de la disposición transitoria tercera de la Ley extremeña 3/1996, de 25 de junio, de Atención Farmacéutica. El primero de dichos preceptos, que proclamaba la intransmisibilidad de las autorizaciones administrativas de apertura de oficinas de farmacia, ya sea por actos "inter vivos" o "mortis causa" fue considerado claramente contrario a un principio básico ex artículo 149.1.16ª de la Constitución, cual es la posibilidad de transmisión de las autorizaciones de farmacias a favor de otro u otros farmacéuticos. El segundo de ellos, que limitaba la posibilidad de transmisión de las farmacias que se hallaren ya abiertas a una sola vez igualmente se declaró inconstitucional y nulo por su estrecha conexión con el principio de no transmisión.

El segundo pronunciamiento es la Sentencia 161/2011, de 19 de octubre, que declara la nulidad del artículo 11, párrafo cuarto, punto cuarto y párrafo noveno de la citada Ley Extremeña; el primero de dichos puntos, relativo a la valoración de la integración profesional y empadronamiento en el ámbito de la Comunidad Autónoma extremeña y el segundo de los mismos en cuanto impide participar en el procedimiento de autorización de oficina de farmacia a los farmacéuticos que tengan más de 65 años al inicio del procedimiento.

La declaración de inconstitucionalidad y nulidad del artículo 11, párrafo noveno, de la Ley extremeña en cuanto, como hemos dicho, impide participar en el procedimiento de autorización a los farmacéuticos que cuenten con más de 65 años al inicio del procedimiento, impone un pronunciamiento estimatorio en este punto del recurso contencioso-administrativo en cuanto la apertura del procedimiento concursal de oficinas de farmacia impide la participación en el mismo de los farmacéuticos que tengan más de 65 años al inicio del procedimiento. Ello es así por tratarse de una cuestión aducida por la parte recurrente que, no en vano solicitó el planteamiento de

una cuestión de inconstitucionalidad al respecto, en una materia sobre la que igualmente se pronunció la actuación administrativa impugnada”.

En el mismo sentido, STS 10 enero 2012 (RC 5243/2006).

XI.4.3.3. Posibilidad de acordar la retroacción de actuaciones al resolver recurso de alzada.

No infringe los derechos del adjudicatario de la licencia, ni obliga al Tribunal a pronunciarse sobre la pretensión principal (STS 21 noviembre 2011 RC 3261/2010, con cita de la STS 23 septiembre 2009 RC 5729/2007):

“Por tanto, no concurre infracción alguna de los artículos 2 y 3 de la Ley 16/1997, de 25 de abril ni tampoco de la Ley 30/1992 , de 26 de noviembre por parte de la sentencia de instancia al no proceder a reconocer la pretensión principal, puesto que es mediante un procedimiento específico previsto donde deben respetarse los principios de concurrencia competitiva que sustentarán la decisión de la Administración, sin que la mera cita de los citados preceptos pueda sin mas determinar que la sentencia los ha desconocido. No se cercena su derecho a que la solicitud de apertura de farmacia se tramite ya que será a través de un procedimiento con todas la garantías en las que deberá dilucidarse el cumplimiento de los requisitos establecidos y no en sede jurisdiccional, y declarándose que una de los principios que ha de presidirlo es el de concurrencia competitiva íntimamente unido con el de transparencia y publicidad.

(...)

“A) El tercero , que en un orden lógico es el primero a analizar, denuncia un vicio de incongruencia omisiva por no resolver la sentencia que recurre la pretensión principal planteada; esto es, la de concesión de la autorización de la oficina de farmacia . Sin embargo, claro es que la sentencia no incurre en ese vicio de incongruencia, pues lejos de no pronunciarse sobre esa pretensión, se pronuncia para decir que no procede analizarla; y que no procede porque es correcta la retroacción del expediente administrativo a fin de observar o cumplir aquellos principios de publicidad y transparencia.

Ese razonamiento es, en abstracto, hábil, adecuado, para excluir el análisis de aquella pretensión, pues no cabe resolver sobre la autorización solicitada mientras no se ultime correctamente el procedimiento que ha de ser seguido para ello. Es hábil, por tanto, para excluir el vicio de incongruencia omisiva que se imputa. Que sea certero, correcto, en el caso enjuiciado, o lo que es igual, que en éste procediera esa retroacción de actuaciones, constituye así una cuestión de fondo, sustantiva, y no una de forma, adjetiva o procesal; siendo en este ámbito, no en aquél, en el que se mueve un vicio como el imputado”.

XI.4.3.4. Posibilidad de suspender el procedimiento de apertura de farmacia.

Se ha admitido la suspensión en tanto no recaiga resolución sobre otros referentes al mismo núcleo, siempre que ello sea necesario para determinar la prioridad temporal. STS 28 junio 2011 (RC 369/2010):

“Como que es jurisprudencia consolidada de este Tribunal, así la Sentencia de 14 de abril de 2009, recurso de casación núm. 1746/2007 , con cita de otras anteriores que “esta Sala ha venido reconociendo la pertinencia de acordar la suspensión de la

tramitación de un expediente de apertura de farmacia en tanto no recaiga resolución sobre otros de análoga naturaleza referentes al mismo núcleo, siempre y cuando ello sea necesario para determinar la prioridad temporal determinante del mejor derecho para obtener dicha autorización (Sentencia de 16 de julio de 2001 , con cita de las de 3 de abril de 1998 y 10 de mayo de 1999 y más recientemente la de 6 de octubre de 2003 , 27 de enero de 2009).

La solución anterior ha prevalecido como la más correcta y resulta más adecuada que la de otorgar la autorización condicionada al posterior resultado de otros expedientes, siquiera no exista obstáculo legal específico para que en supuestos puntuales y determinados no se pueda optar por esta última posibilidad (sentencia de 16 de julio de 2001)”.

También se ha admitido la suspensión por haberse declarado la nulidad de la normativa (autonómica) reguladora. STS 15 marzo 2011 (RC 4456/2009), con cita de las SSTS 9 febrero 2009 (RC 6203/2006) y 30 septiembre 2009 (RC 5366/2007), que siguen el mismo criterio.

XI.4.3.5. Colisión de solicitudes.

a) Dos solicitudes, antes y después del traslado de farmacias.

STS 15 noviembre 2011 RC 4344/2009:

“Sin duda esa jurisprudencia es de perfecta aplicación al supuesto. Así para un caso prácticamente idéntico, esta Sala en esa sentencia de 18 de julio de 2000 declaró que: "aparte de que la doctrina consolidada de esta Sala, entre otras sentencias de 30 de junio de 1994 , 16 de enero de 1996 , 31 de marzo y 16 de mayo de 2000 , cuando declara que "en las peticiones de apertura de farmacias realizadas al amparo del artículo 3.1.b) del Real Decreto 909/78 de 14 de abril , se han de valorar las circunstancias existentes en la fecha de la petición de la autorización para la apertura de la farmacia", ampara en buena medida la petición del aquí recurrente, es lo cierto, que en dos ocasiones en las que esta Sala ha valorado situaciones similares a la de autos, en las que en dos supuestos de traslado de farmacias, se enfrentaban dos peticiones de solicitud de apertura de farmacia, una, antes de que se trasladara la farmacia, y la otra, cuando la farmacia ya se había trasladado, ha declarado, por sentencias de 20 de noviembre de 1984 y 18 de febrero de 1995 , que la solicitud realizada antes del cierre de la farmacia, esto es, del traslado material, era prematura, y que la que procedía aceptar era la petición formulada una vez producido el cierre de la farmacia. Y aplicando tal doctrina al supuesto de autos, hay que aceptar la tesis del recurrente que interesa la apertura de la farmacia una vez producido el cierre de la anterior existente en el núcleo para el que se pide, y casar la sentencia recurrida, que ha infringido tal doctrina, pues concurren los presupuestos exigidos para la aplicación del principio de igualdad, que exige, conforme a reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, fallos iguales para supuestos iguales, cual acontece en el caso de autos”.

Refuerza el motivo esa tesis refiriéndose a que la similitud entre el supuesto resuelto por la sentencia de esta Sala en 18 de julio de 2000 alcanzaba también a circunstancias tales como que en aquel caso el condicionamiento de la apertura al anterior traslado era implícita, mientras que en este supuesto expresamente se pidió de

ese modo, condicionando la solicitud de apertura a que se produjera el traslado de la existente.

Por todo ello este segundo motivo debe también estimarse y casarse la sentencia de instancia que se declara nula y sin ningún valor ni efecto”.

b) Colisión entre solicitudes de apertura y traslado.

Prioridad del farmacéutico autorizado para establecerse. STS 14 marzo 2001 (RC 3777/1995)

“Aunque la cita de la Sentencia de 15 de octubre de 1.993 no es exacta, lo cierto es que la doctrina que se menciona es correcta y ha sido reiteradamente sostenida en las resoluciones de 17 de enero de 1.995, 27 de junio de 1.996, 13 de junio y 13 de octubre de 1.999, 15 de marzo y 20 de septiembre de 2.000, en la medida en que en ellas se reconoce el derecho preferente de designación de local por parte del farmacéutico que haya obtenido la autorización de apertura de una farmacia de núcleo, sobre aquel que hubiese solicitado el traslado voluntario a esa misma zona. Es constante el criterio de la Sala de que las solicitudes de traslado formuladas con destino a una demarcación territorial diseñada como núcleo farmacéutico han de ser suspendidas en tanto la resolución sobre la apertura de la farmacia de núcleo no se adopte; o bien únicamente pueden ser otorgadas con carácter provisional, y en la medida en que ello no implique limitar la facultad del nuevo farmacéutico autorizado de designar el local de su establecimiento con absoluta libertad dentro de la zona, facultad que obliga al solicitante del traslado a no instalarse a menos de 500 metros de distancia de la farmacia otorgada específicamente para el núcleo”.

STS 21 febrero 2011 (RC 5275/2006), segunda sentencia tras haberse anulado la anterior de 12 de noviembre de 2008 como consecuencia de incidente de nulidad de actuaciones (ATS 8 abril 2010).

“Ya anticipamos que el motivo de casación interpuesto en su día, y sobre el que ahora resolvemos, se basó en un único motivo de casación al amparo del apartado d) del núm. 1 del art. 88 de la Ley de la Jurisdicción por infracción de la Jurisprudencia de esta Sala Tercera para resolver la cuestión objeto de debate, que no es otra, dice, que la de determinar quién tiene prioridad en los casos de colisión de un traslado de farmacia con un expediente previo de autorización de oficina de farmacia para el mismo núcleo al que se solicita el traslado.

Frente a la posición de la Sentencia de instancia de que prevalece el derecho subjetivo de traslado en relación con la autorización de instalación de oficina de farmacia que no ha señalado local, designación que se produce con posterioridad a la petición de traslado, mantiene la recurrente que debieron acumularse ambas peticiones y suspender la de traslado. Cita numerosas Sentencias y en particular la de 14 de marzo de 2001 recurso núm. 3777/1995.

(...)

Ante lo expuesto la Sala tiene que reiterar lo expresado en la Sentencia de 12 de noviembre de 2008, fundamento tercero, que en lo que interesa reproducimos: "Por Resolución de 23 de noviembre de 1999, el Director General de Sanidad autorizó a la

demandante la apertura de nueva oficina de farmacia como consecuencia de su solicitud de 16 de diciembre de 1994.

Promovidos recursos de alzada por cuatro de los Farmacéuticos que formularon también solicitudes de apertura de farmacia para el mismo núcleo, y que fueron acumuladas a la de la recurrente, fueron desestimados por el Consejero de Sanidad por Orden de 14 de agosto de 2000, que confirmó en todos sus extremos y por sus propios fundamentos la Resolución dictada por el Director General de Sanidad el 23 de noviembre de 1999. De esta forma, la autorización de apertura de una nueva oficina de farmacia en el núcleo de población constituido por la Urbanización Los Rosales agotó la vía administrativa.

Con fecha 7 de septiembre de 2000, la compareciente presentó en el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Madrid escrito solicitando la apertura de expediente para la instalación, establecimiento y apertura de la oficina de farmacia que le había sido autorizada por el Consejero de Sanidad el 14 de agosto de 2000 en el local situado al lado izquierdo del portal número 7 de la calle Orquídea, local que guardaba la distancia exigida con la farmacia de D. Santiago César Díez Peñas situada en C/ Petunia núm. 25, local 5.

Con posterioridad al escrito de designación de local, la demandante vino en conocimiento de que D. Santiago César Díez Peñas había solicitado con anterioridad el traslado de la oficina de farmacia que tenía instalada en la calle Petunia núm. 25, local 5, a otro local de la calle Dalia núm. 34, local de traslado con el cual resultaba incompatible el local propuesto para la nueva instalación de oficina de farmacia que le había sido autorizado para la Urbanización Los Rosales".

Teniendo en cuenta lo que se expuso en ese fundamento procede salir al paso de lo que en la oposición se afirma acerca de la demora con la que la recurrente procedió a designar el local una vez que se le autorizó la instalación de la nueva oficina de farmacia. No existió demora alguna, ya que firme la resolución de autorización que se fechó en 14 de agosto de 2000, se designó nuevo local el 7 de septiembre siguiente, por tanto, poco más de tres semanas después del momento a partir del que se pudo hacer la designación.

CUARTO.- Además de lo hasta aquí razonado reiteramos por razones obvias lo que en la Sentencia anulada expresamos en el fundamento que contó con el mismo ordinal del presente.

"A la vista de lo expuesto el motivo y por tanto el recurso debe estimarse. Se trata en este caso de determinar qué pretensión debe prevalecer de entre dos contradictorias, como son la instalación de una nueva oficina de farmacia concedida al amparo del Art. 3.1.b) del Real Decreto 909/1978, de 14 de abril, o la de traslado de una oficina de farmacia ya instalada otorgada para una zona farmacéutica y solicitado el traslado con anterioridad al momento de designación de local para la instalación de la oficina concedida en el núcleo, a un lugar de éste previamente delimitado, y que impide, en consecuencia, por razones de distancia el emplazamiento de la nueva oficina en el núcleo para el que se había concedido.

La razón por la que acogemos el motivo es tan simple como lógica, y conforme, por otra parte, con la jurisprudencia de este Tribunal de la que son expresión Sentencias como las que expresa el motivo, y la más reciente de 14 de julio del corriente, recurso de casación núm. 5365/200. Sin duda tenía trascendencia la determinación de los hechos de los que dejamos constancia más arriba, que no han sido

discutidos en modo alguno, porque ya en la lejana fecha de 16 de diciembre de 1994 la recurrente solicitó la apertura de nueva oficina de farmacia para el núcleo de población constituido por la urbanización Los Rosales de Móstoles farmacia que le fue otorgada por Resolución de la Dirección General de Sanidad de 23 de noviembre de 1999, decisión que fue recurrida en alzada y quedó firme al ser confirmada por el Consejero de Sanidad de la Comunidad de Madrid por Orden de 14 de agosto de 2000 . Conocida esa decisión, de inmediato, el 7 de septiembre de 2000, la solicitante presentó escrito señalando local para la instalación de la farmacia en la calle Orquídea 7 de la urbanización Los Rosales.

Fue poco después cuando la recurrente tuvo conocimiento de la petición del farmacéutico ya instalado en el polígono en el local sito en la calle Petunia 25, Local 5, en virtud de resolución de 20 de octubre de 1998 que así le autorizó, en la que pretendía el traslado desde ese lugar a la calle Dalia 34. Ese hecho impedía la instalación de la recurrente en el local designado por no cumplir la distancia exigida por la norma aplicable impidiéndole la instalación de su farmacia en el polígono en el que no existía otro local disponible, hecho éste que no se discute.

Así las cosas, es claro que el traslado pretendido no puede prevalecer sobre el derecho de la recurrente a instalar la oficina de farmacia que le fue concedida. No dudamos en afirmar que la petición de traslado no tuvo otra razón que la de impedir la instalación de la nueva oficina de farmacia de la actora en el núcleo para el que se le había otorgado, de modo que estaríamos en presencia de un acto realizado al amparo del texto de una norma que persigue un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, que, por tanto, constituye un fraude de ley que no impide la debida aplicación de la norma que se trató de eludir, Art. 6.4 del Código Civil.

Esta conclusión la alcanza la Sala con la simple contemplación de los hechos cuya concatenación se desprende del expediente administrativo y que expone el motivo. La autorización de la farmacia de núcleo que solicitó la recurrente obtuvo firmeza en vía administrativa al desestimarse el recurso de alzada por la Orden de la Consejería de Sanidad de 14 de agosto de 2000. La oficina cuyo traslado generó la cuestión aquí controvertida se había autorizado por resolución de 20 de octubre de 1998, como consecuencia de la convocatoria de concurso efectuada en 8 de octubre de 1997, para la instalación de una farmacia en la zona farmacéutica que a su vez comprendía la urbanización los Rosales, y el traslado se solicitó en 3 de mayo de 2000 cuando ya se había concedido la instalación de la farmacia de núcleo de la aquí recurrente, y estaba pendiente del recurso de alzada que se resolvió en agosto de 2000, tres meses después de la petición de traslado, petición que impedía por razones de distancia la instalación en el núcleo de la farmacia de la recurrente. En esas circunstancias no es posible sino concluir que el traslado cuya necesidad o conveniencia no se justifica en modo alguno, no tenía otra intención que impedir el establecimiento de la oficina de la recurrente, que era inminente, si como era de suponer, se confirmaba la decisión recurrida en alzada".

Frente a lo que se acaba de exponer no es posible como se opone de contrario tomar en consideración otras pretendidas actuaciones de ambas partes que son ajenas al proceso aquí resuelto.

En consecuencia procede estimar el motivo y el recurso y casar la Sentencia de instancia que declaramos nula y sin ningún valor ni efecto".

Véase también STS 2 junio 2010 (RC 3034/2008).

Doctrina no del todo coincidente con la citada en la STS 17 marzo 2009 (RC 2453/2006):

“Como bien expone la Sala de instancia, la problemática de la concurrencia de una autorización de traslado de oficina de farmacia con la pretensión de apertura de oficina de farmacia en el mismo núcleo de población ha sido ya resuelta por este Tribunal decantándose, finalmente por concluir que “las solicitudes de apertura de oficina de farmacia o de traslado se producen a partir de la fecha de la primera petición, y tal fecha de solicitud otorga la preferencia o mejor derecho” (STS de 3 de marzo de 2003, recurso de casación 8812/1998, que reitera lo vertido en la STS de 22 de noviembre de 2000, recurso de casación 1549/1995 y 10 de mayo de 2002, recurso de casación 5112/1997) por lo que ya existe una doctrina estable sobre la materia.

Línea también asumida en la STS de 14 de julio de 2008, recurso de casación 5365/2005, cuyo FJ 5º dice que: "nos hallamos ante dos procedimientos incompatibles de traslado de local y de apertura de una farmacia en el mismo núcleo, en donde la solicitud de farmacia del núcleo se presentó con anterioridad a la petición de traslado y, por tanto, tiene la recurrente un derecho preferente para la designación del local dentro del propio núcleo en el que se le concedió la autorización". que es reiterado en la de 27 de enero de 2009, recurso de casación 4419/2006.

Hay pues una línea jurisprudencial coherente y constante plenamente coincidente con la tesis de la Sala de instancia.

No prospera el motivo”.

XI.4.3.6. No es posible obtener una autorización de oficina de farmacia por silencio positivo, dado su carácter de servicio público. Ni siquiera en los casos de doble silencio.

STS 28 junio 2011 (RC 369/2010):

“Y tampoco se admite, en palabras de la citada Sentencia de 9 de febrero de 2009 reiterada en Sentencia de 30 de septiembre de 2009, recurso 5366/2007 , el primer apartado del motivo en pretensión de la obtención de la autorización de apertura de oficina de farmacia por medio del instituto del silencio positivo, en los procedimientos que han de resolverse en concurrencia selectiva a quién acredite mayores méritos.

Tal doctrina ha sido constante respecto a peticiones formuladas respecto de las legislaciones vigentes en distintas Comunidades Autónomas (Valencia, Navarra, Madrid, etc.) ajenas a la de Andalucía mas en todas ellas resulta aplicable la LRJAPAC, y hemos recientemente reiterado en Sentencia de 22 de febrero de 2011, recurso 6835/2004 , en la que decimos "Como sostienen las partes recurridas nuestra Sala ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la posibilidad de obtener la autorización de oficinas de farmacia por silencio, dado el carácter de servicio público que tienen las oficinas de farmacia, que se incluyen dentro de la exclusión del apartado segundo del artículo 43 de la Ley .

Y, esto es así, como nos recuerda nuestra sentencia de veinticinco de junio de dos mil ocho, recaída en el recurso de casación 4027/2005 -que con expresa cita a otras anteriores de ocho de noviembre de dos mil cinco y trece de marzo de dos mil siete, respectivamente en los recursos de casación 3004/2003 y 6824/2004-,

señalábamos que "es jurisprudencia reiterada la que considera que el silencio administrativo positivo no es de aplicación en los procedimientos cuyo objeto es decidir sobre solicitudes de autorización de oficinas de farmacia, ya que estas autorizaciones no dejan de transferir a quien las obtiene facultades relativas al servicio público, pues los establecimientos de farmacia, aunque no constituyan un servicio público en sentido estricto, sí son instrumentos necesarios e insustituibles para la adecuada y eficaz prestación del servicio público sanitario. No repugna así, sino todo lo contrario, que a tales procedimientos de autorización de oficinas de farmacia les sea de aplicación la segunda de las excepciones que prevé el inciso segundo del párrafo primero del número 2 del artículo 43 de la Ley 30/1992 .

No llegamos a otro resultado desde la nueva perspectiva que de la cuestión suscita ahora el recurso, como es la alegada infracción del artículo 43.2 de la LRJAPyPAC, en la redacción que le dio la Ley 4/1999 , en cuanto atribuye al doble silencio efecto positivo. Se sostiene que esa ha sido sin duda la voluntad del legislador, y que no se desprende de precepto alguno que se apliquen en este supuesto las excepciones de adquisición de facultades sobre el dominio Público o el servicio Público. No obstante el motivo debe ser rechazado, pues como ya contemplamos en la Sentencia de 23 de abril de 2007, recurso de casación 6828/2004 "resulta que con notable reiteración la jurisprudencia de esta Sala y Sección viene declarando que no se aplica en la materia el silencio positivo. Indudablemente las oficinas de farmacia, si no son exactamente un servicio Público en el sentido dogmático y conceptual estricto del término, participan de la condición de ser servicios públicos impropios al tratarse de establecimientos abiertos al Público y que le prestan servicio. Tras el estudio oportuno la Sala debe estar al criterio del voto particular a la Sentencia de 8 de noviembre de 2005 , en el que se rechaza la aplicación del efecto afirmativo en los casos de doble silencio, aunque sin contradecir por ello el pronunciamiento de la mayoría al ser otra la razón de decidir de aquella Sentencia."

A lo anterior cabe agregar, aunque no resulte necesario, que el artículo 4 del Real Decreto 909/1978 , precisa que iniciado el procedimiento, -de autorización de nueva oficina de farmacia-, se abrirá un plazo de quince días durante el cual se admitirán otras instancias o solicitudes de autorización, acumulándose todas ellas en un sólo expediente, de lo que fácilmente se advierte, que estamos ante un proceso de concurrencia, y en el que el primer solicitante con su solicitud, solo puede adquirir el derecho a que se inicie el expediente y no por tanto a que se le autorice la farmacia que es lo que aquí interesa el recurrente, pues la autorización será cuando la Administración tramite el expediente y compruebe si concurren o no las circunstancias exigidas, entre ellas, existencia del núcleo y número de habitantes exigido, lo que comporta una actuación y valoración de la Administración, en materia, como más atrás se ha referido que afecta al servicio público”.

XI.4.3.7. Caducidad en la designación de local.

Es plenamente aplicable la norma general del art. 76.3 LRJPAC, de tal manera que es válida la designación hecha antes o dentro del día en que se notifique la preclusión del trámite. STS 14 junio 2011 (RC 4374/2009).

XI.4.3.8. El derecho a la oficina de farmacia se perfecciona y adquiere con la autorización y designación de local, no siendo condición de su adquisición la posterior visita de apertura

STS 10 febrero 2010 (RC 389/2006), en el que

“La cuestión jurídica que se planteó en el proceso y que se trae a casación a través de aquel segundo motivo se enmarca dentro de la regulación de la transmisión mortis causa de las oficinas de farmacia. Consiste en suma en dilucidar si un farmacéutico adjudicatario de la autorización para la apertura de una nueva oficina de farmacia, que luego designó un local que según posterior resolución administrativa sí reúne los requisitos exigidos para que la farmacia se instale en él, y que después solicitó la visita de apertura o puesta en marcha de ésta, falleciendo antes de que dicha visita se efectuara, era o no titular de un derecho transmisible a sus herederos que faculte a estos para adoptar alguna de las decisiones previstas en las normas que regulan aquella transmisión mortis causa. Decisión que en el supuesto de autos fue la de solicitar el nombramiento de un farmacéutico regente que estuviera al frente de la oficina de farmacia mientras transcurría el plazo máximo señalado en la norma como hábil para que aquellos la transmitieran a un tercero; a la que accedió la Administración de la Comunidad de Madrid en las resoluciones impugnadas.

(...)

Aquel segundo motivo de casación, formulado al amparo del art. 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción, denuncia la incorrecta interpretación de aquellos textos estatales. Cita y transcribe en concreto el art. 15.1 de aquella Orden y razona a continuación, en síntesis, que el procedimiento de apertura de oficinas de farmacia finaliza con la solicitud de visita de apertura, ya que con ella el interesado finaliza todos los requisitos necesarios, dependiendo la visita de un acto de la Administración y no de una decisión o acto de aquél. El acta de apertura, añade, es un mero acto declarativo, no constitutivo, y por ello, una vez solicitada la visita nace un verdadero derecho subjetivo transmisible. En consecuencia, dado que aquellos textos estatales no prevén el modo de actuación en supuestos como el de autos, debe aplicarse a él por analogía lo que dispone el art. 661 del Código Civil.

SEXTO.- Lo primero que debemos resaltar es que las normas contenidas en aquel Real Decreto 909/1978 y en aquella Orden de 21 de noviembre de 1979 no regulan en realidad un supuesto tan singular como el que ahora enjuiciamos, sino que contemplan, al establecer el régimen de la transmisión mortis causa de las oficinas de farmacia, el supuesto normal y general de que el fallecimiento del farmacéutico ocurra después de haber abierto la que le fue autorizada. En consecuencia, no puede ni debe construirse nuestro razonamiento sobre la base de expresiones que en aquellas normas son, sin otro significado claro, mero reflejo de la redacción lógica del supuesto normal o general del que parten, tales como "continuar al frente" de la farmacia, "seguir su explotación", "continuidad en el funcionamiento", "clausura", "cierre", etc., etc.

A la misma conclusión llegamos al detenernos en el estudio de las normas que precedieron a aquéllas, de las que tampoco extraemos un claro significado ni un principio rector que como tal deba servir para interpretar las posteriores, aplicándolo al supuesto que nos ocupa.

Ni llegamos a ver que nuestra jurisprudencia, ni en concreto las sentencias citadas en las que transcribe la recurrida, de fechas 4 y 11 de junio de 1984 y 12 de febrero y 7 de marzo de 1988, haya sentado un criterio claro para ese supuesto.

SÉPTIMO.- A partir de ahí, nuestra decisión debe descansar sobre todo en consideraciones jurídicas de carácter general referidas a la perfección y adquisición de los derechos subjetivos, pues de lo que se trata es, en definitiva, de despejar la incógnita sobre el hecho que realmente determina la adquisición del derecho a abrir la oficina de farmacia, transmisible desde el momento en que así sea a los herederos del farmacéutico que lo hubiera adquirido.

En este sentido y aplicando esas consideraciones, el derecho subjetivo en formación que ahora nos ocupa, cual es el del farmacéutico adjudicatario de llegar a abrir la farmacia adjudicada, habrá de entenderse perfeccionado y adquirido, no sólo cuando la farmacia se abre efectivamente, sino, más bien, e incluso antes, cuando aquél haya cumplido todos los trámites y actuaciones que el ordenamiento jurídico pone a su cargo como necesarios y previos a la apertura. Nada indica que nos encontremos en presencia de un derecho que, a modo de los reales y a diferencia de los personales, requiera algo más que el título jurídico, convirtiendo la apertura efectiva de la farmacia en una especie de "traditio" o toma de posesión sin la cual el derecho no se constituye y adquiere. Desde aquellas consideraciones jurídicas a las que antes aludíamos, nada parece justificar la negación de la adquisición del derecho una vez que su titular ha observado todas las exigencias a las que el ordenamiento subordina su disfrute.

Mero apoyo accesorio de esta primera idea lo constituye el hecho, que es de ver en aquel art. 15 de aquella Orden de 21 de noviembre de 1979, de que el acta de apertura, a diferencia de lo que ocurre tras la designación del local, no ha de ser seguida de resolución administrativa alguna que de por concluido el procedimiento y autorice que la farmacia se abra, careciendo también el acta de todo contenido decisorio, al limitarse, como resulta del núm. 2 de dicho artículo, a la constatación de los extremos que ahí se dicen.

OCTAVO.- Avanzando más, la solicitud de visita de apertura o puesta en marcha que el farmacéutico adjudicatario presenta ante la Administración conlleva en sí misma, al menos de modo implícito, la afirmación de aquél de haber cumplido la totalidad de aquellos trámites y actuaciones.

Claro es que puede no haberlos cumplido. Pero nada justifica tampoco que esa duda se resuelva en principio y sin más en contra de lo afirmado y en perjuicio del farmacéutico y de sus herederos. Que se resuelva elevando a la categoría de hecho esencial o presupuesto necesario para la adquisición del derecho el de la apertura, aunque los repetidos trámites y actuaciones sí se hubieran cumplido en efecto. No lo justifica el principio de seguridad jurídica ni la tutela del interés público que satisfacen las oficinas de farmacia, pues el fallecimiento del farmacéutico adjudicatario no impide que la Administración constate el efectivo cumplimiento de lo que estaba a su cargo.

Por tanto, más acorde con el régimen general de adquisición de los derechos subjetivos de carácter personal y con el desenvolvimiento normal de las cosas, es que se tenga por cierta aquella afirmación implícita y por adquirido el derecho si no se acredita que la visita de inspección farmacéutica hubiera debido tener un resultado desfavorable por apreciación de defectos sustanciales.

NOVENO.- Esta regla que acabamos de afirmar en el ejercicio de nuestra función de complementar el ordenamiento jurídico es, además, la que tutela en debida forma, mejor que la contraria, los intereses en presencia. En sentido positivo, porque los públicos y privados ligados a la exigencia y necesidad de una adecuada asistencia farmacéutica, demandan que una nueva oficina de farmacia que se consideró necesaria

sea efectivamente abierta con prontitud. Y en sentido negativo, porque no sufren los de los farmacéuticos próximos, que quedaron tutelados con las previas resoluciones administrativas firmes y no anuladas de adjudicación y de aceptación del local; ni los de los restantes farmacéuticos que concurrieron al proceso de adjudicación, pues es de ver en aquel Decreto 115/1997 de la Comunidad de Madrid, sin previsión alguna ni desde luego en contrario en las normas estatales, que la falta de presentación en plazo de la solicitud de visita de apertura no da lugar, a diferencia de lo que acontece en otros trámites anteriores, como los de constitución de la garantía y designación del local, a la llamada del siguiente solicitante que más puntos hubiera obtenido.

DÉCIMO.- Dado que no vemos acreditado en los autos que la visita de apertura o puesta en marcha solicitada antes del fallecimiento hubiera debido tener un resultado desfavorable por apreciación de defectos sustanciales, procede, por lo razonado, estimar aquel segundo motivo de casación y casar la sentencia recurrida. Y procede también desestimar el recurso contencioso-administrativo, sin necesidad de abordar otras cuestiones, pues la demanda rectora de éste construía su tesis afirmando repetidamente que la planteada debía resolverse según la interpretación de las normas estatales alcanzada en aquellas sentencias de 10 de octubre de 1987 y 18 de noviembre de 1992, dado que las autonómicas de la Comunidad de Madrid no suponen una modificación de las mismas y sólo pueden ser interpretadas en el mismo sentido”.

XI.4.4. Circunstancias de hecho para la obtención de la autorización de apertura:

Previo: Un breve resumen de los pronunciamientos más importantes de la jurisprudencia se contiene en la STS 27 enero 2009 (RC 4419/2006):

“Decíamos en nuestra sentencia de veintitrés de marzo de dos mil cinco - recurso de casación 7173/2002 - que:

En nuestras recientes sentencias de 2 de febrero de 2005 y 15 de noviembre de 2004 respecto a la situación de hecho a tomar en consideración para la apertura de una farmacia resumíamos la doctrina de la Sala sobre la cuestión en los siguientes puntos:

a) De acuerdo con reiterada doctrina de esta Sala (sentencia de 21 de octubre de 1996 con cita de otras anteriores de 2 de abril de 1991, 15 de junio de 1993, 23 de febrero de 1994) las circunstancias de hecho que hay que tener en cuenta en la aplicación de las normas sobre apertura de farmacia son las que concurren en el momento de la solicitud y no las que sobrevengan después de ésta.

b) El mayor número de farmacias respecto al cupo que como consecuencia de factores o sucesos posteriores a una petición se produzcan deberán reajustarse cuando tengan lugar ulteriores peticiones con arreglo al art. 3.3 del Decreto de 14 de abril de 1978 (Sentencias de 15 de junio de 1993) pero no puede incidir en el enjuiciamiento de la conformidad o disconformidad a derecho del acto impugnado (Sentencia de 21 de octubre de 1996, Sentencia de 23 de febrero de 1994).

c) La jurisprudencia de esta Sala ha venido reconociendo la pertinencia de acordar la suspensión de la tramitación de un expediente de apertura de farmacia en tanto no recaiga resolución sobre otros de análoga naturaleza referentes al mismo núcleo, siempre y cuando ello sea necesario para determinar la prioridad temporal determinante del mejor derecho para obtener dicha autorización (Sentencia de 16 de

julio de 2001, con cita de otras anteriores de 3 de abril de 1998 y 10 de mayo de 1999 y más recientemente la de 6 de octubre de 2003).

d) *La solución anterior ha prevalecido como la más correcta y resulta más adecuada que la de otorgar la autorización condicionada al posterior resultado de otros expedientes, siquiera no exista obstáculo legal específico para que en supuestos puntuales y determinados no se pueda optar por esta última posibilidad (sentencia de 16 de julio de 2001).*

e) *No sería correcto mantener el punto de vista de la suspensión en términos generales. Así cuando hay población suficiente para otorgar las farmacias solicitadas debe declararse el derecho de los peticionarios a obtener la autorización de apertura sin condicionamiento alguno (sentencia de 6 de octubre de 2003 referida a cuatro autorizaciones en el municipio de Benidorm).*

Criterios los anteriores que también subyacen en jurisprudencia anterior. Así la Sentencia de 8 de junio de 1999 insiste en que la norma para nada valora si existen o no peticiones o expedientes en trámite, mientras la de 5 de octubre de 1993 reitera que hay que tener en cuenta las circunstancias de hecho que concurran en el momento de la petición, sin que las alteraciones o cambios que después de aquella fecha se puedan producir sean susceptibles de incidir sobre la petición anterior”.

XI.4.4.1. Son las existentes en el momento de la solicitud.

STS 17 abril 2012 (RC 4683/2010):

“Por lo demás y sin perjuicio de que, en caso de sucesión de normas, la que rija la autorización de determinada o determinadas oficinas de farmacia venga determinada por la fecha de la solicitud en función de la entrada en vigor y de las disposiciones transitorias de la norma sucesora, lo que dice la sentencia de esta Sala de 15 de junio de 1993 , que cita la de 18 de junio de 2008 , invocada por la impugnada, es que para la aplicación de las normas sobre la apertura de nuevas farmacias, las circunstancias de hecho que constituyen el presupuesto para su aplicación, y que han de tomarse en consideración para ello, son las que concurran en el momento de la solicitud, sin que las alteraciones o cambios que después de aquella fecha se puedan producir sean susceptibles de incidir sobre una petición anterior: el momento de la solicitud de la autorización no solo incide en la norma aplicable, sino que determina y fija las circunstancias de hecho que han de tomarse en consideración para la aplicación de la norma”.

STS 14 abril 2009 (RC 1746/2007):

“Tampoco este segundo motivo puede aceptarse. Es bien cierto que el art. 89 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, cuando se refiere al contenido de la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento habrá de resolver las peticiones formuladas por quien lo insta sin que en ningún caso pueda agravar su situación inicial y sin perjuicio de la potestad de la Administración de incoar de oficio un nuevo procedimiento.

Pero de ahí y en este supuesto, no puede deducirse que la Administración haya incurrido en un vicio de nulidad o que haya conculcado derecho alguno de los

recurrentes. Lo explica con claridad la resolución y lo confirma la Sentencia por mas que en nada satisfagan una y otra las expectativas de los recurrentes.

Es cierto que se produjo una petición de apertura de nueva oficina de farmacia y que dio lugar a la iniciación de un expediente encaminado a resolver esa pretensión. Pero también lo es que como resolvió en un primer momento la Administración con los datos que ofrecían los solicitantes la única solución posible era la denegación, habida cuenta de que no se cumplía el requisito inexcusable de que hubiera un número de habitantes que permitieran la concesión de una nueva oficina de farmacia. Cuando se produce el recurso de alzada y se introducen nuevos datos encaminados a conocer con exactitud los habitantes censados es cuando la Administración a la vista de la existencia de un número de personas suficiente para la concesión de una nueva oficina de farmacia decide retrotraer las actuaciones.

Esa actuación que puede carecer de técnica jurídica es, sin embargo, conforme a Derecho. Lo adecuado hubiera sido confirmar la decisión del órgano que resolvió en la instancia y por tanto denegar la pretensión de los recurrentes porque cuando solicitaron la apertura faltaba el requisito antes citado indispensable para la concesión, e iniciar de oficio un nuevo procedimiento en el que ante la nueva situación pudieran concurrir cuantos farmacéuticos estuvieran interesados y cumplieran los requisitos para ello. Y es que al tratarse de un procedimiento competitivo desde el momento en que existía la posibilidad de nueva apertura de oficina de farmacia lo presumible es que concurrieran no sólo aquellos a los que se les denegó la anterior petición sino quienes lo considerasen de su interés.

Lo que no es posible sostener es que en una situación nueva y distinta, quienes iniciaron el expediente bajo una condiciones determinadas pretendan que alteradas las existentes y una vez que les fue denegada su pretensión, defiendan que se les conceda sin más aquello a lo que no tenían derecho.

Y a idéntica solución de rechazo llegamos en relación con la invocación del art. 110 de la misma Ley de Procedimiento Común que aún no habiendo sido invocado en la instancia ahora se trae a colación, y que tampoco se vulneró puesto que el vicio que se imputa a la Administración de alterar las circunstancias de hecho "las relativas al número de habitantes- y que justifica la decisión que se adoptó fue provocado por la misma Administración que lo utiliza en perjuicio de los recurrentes para retrotraer las actuaciones y de ese modo no otorgarles la farmacia cuando ya existían circunstancias favorables para ello. Es claro que ese precepto no es aplicable a este supuesto. La Administración no podía acceder a la pretensión de los recurrentes cuando no se daban las condiciones que les hicieran acreedores de una solución favorable a sus intereses".

XI.4.4.2. Se han de computar las farmacias abiertas hasta que no sean anuladas

STS 20 mayo 2009 (RC 5813/2005)

"...En efecto, siendo el aspecto más dudoso de la interpretación que hace la Sala de instancia el consistente en demorar los efectos del pronunciamiento jurisdiccional anulatorio hasta el momento mismo del cierre de la oficina de farmacia, resulta que en el caso de autos las sentencias que anularon las autorizaciones de aquellas dos oficinas de farmacia cuyo cómputo se reputa indebido devinieron firmes en fecha posterior a la solicitud de la actora. Así resulta de lo expresado en el mismo escrito de demanda, en donde se lee que "en el momento de la solicitud de mi mandante ya habían sido anuladas [las autorizaciones de ambas farmacias] por sentencia del

TSJC, aunque pendientes de casación". Y así se afirma también con todo detalle en los folios 13 y 14 de uno de los escritos de oposición.

Siendo ello así, aquel dudoso aspecto de la interpretación cuestionada, el que demora los efectos del pronunciamiento jurisdiccional anulatorio hasta el momento mismo del cierre de la oficina de farmacia, pasa a ser accesorio; e incluso, en él no podría basarse el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, pues no es de su validez constitucional de la que dependería la decisión del proceso, dada la fecha de la firmeza de las sentencias anulatorias.

Esa decisión pasaría a depender, en realidad, de los efectos "ex tunc" o "ex nunc" que han de atribuirse a tales pronunciamientos anulatorios. Extremo éste en el que la Sala de instancia no incurre en interpretación errónea, pues los primeros quedan reservados para los pronunciamientos de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos, siendo los segundos los aplicables para los pronunciamientos de mera anulación.

Lo que acabamos de afirmar, y también que en el cómputo debían incluirse las dos oficinas de farmacia a las que venimos refiriéndonos, pues para ninguna de ellas había devenido firme el pronunciamiento anulatorio en la fecha de la solicitud de la actora, coincide con el criterio jurídico expresado por este Tribunal Supremo en un supuesto que guarda similitud, pero que se diferencia por la nota nada irrelevante de que allí la demora de los efectos del pronunciamiento jurisdiccional anulatorio no la apoyaba la Sala de instancia, como aquí, en el sentido de una norma autonómica de rango legal directamente aplicable al caso. Nos referimos a la sentencia de este Tribunal de fecha 24 de marzo de 2003, dictada en el recurso de casación número 6586 de 1998.

CUARTO.- Esa circunstancia de que las sentencias anulatorias devinieran firmes después de la solicitud de la actora, y el criterio de este Tribunal Supremo expresado en la sentencia que acabamos de mencionar, privan de sustento a la mayor parte de los argumentos expuestos en los motivos de casación (en realidad, a todos los que se conectan con aquel aspecto dudoso de la interpretación de la Sala de instancia; así como al que pretende que la firmeza posterior retrotraiga sus efectos, al menos, a la solicitud anterior). Pero cobran importancia también desde otras perspectivas, a las que a continuación nos referimos, aunque ello conlleve repetir en parte lo ya dicho.

No anuladas por sentencia firme las autorizaciones de aquellas dos oficinas de farmacia en la fecha en que se produjo la solicitud de la actora, su cómputo para decidir si cabía autorizar una más en el ABS devenía lógico e incluso obligado. Por tanto, esa solicitud, en el momento en que se hizo, no podía ser acogida, aunque luego, más tarde, devinieran firmes aquellos pronunciamientos anulatorios. Tampoco cabe pretender que dicha solicitud siguiera considerándose subsistente, o renacida en un momento posterior en el que, al cambiar las circunstancias, disminuyó el número de farmacias autorizadas y quedó incompleto el número máximo de las susceptibles de autorización en el ABS. A la solicitud de la actora se le aplicaron las circunstancias entonces concurrentes, como procede; y la aceptación de otras solicitudes posteriores, deducidas tras el cambio de circunstancias, no supuso postergar la suya, ni vulneró el principio de prioridad en el tiempo de las solicitudes a considerar. Por lo demás, que la Administración concediera nueva autorización a oficinas anuladas, no presupone por sí solo ilegalidad alguna, dado el proceso conocido de sucesiva modificación de las normas jurídicas aplicables en esa materia".

XI.4.4.3. Núcleo de población.

STS 23 enero 2008 (RC 8/2005), citada y reproducida luego en la STS 18 octubre 2011 (RC 2827/2010) pero como “obiter dicta”. En el mismo sentido, STS 6 julio 2011 (RC 451/2010).

“En nuestra sentencia de 10 de mayo de 2006, recurso de casación 8580/2003, con cita de otras anteriores se recordaba la sistematización de la doctrina sobre la aplicación del concepto jurídico indeterminado "núcleo de población", contemplado en el art. 3.1.b) del RD 909/1978, de 14 de abril, en los siguientes puntos:

a) La carretera, en principio, puede constituir un obstáculo artificial susceptible de ser considerado elemento separador o delimitador del "núcleo farmacéutico", aun dentro de casco urbano. Hay que contemplar casuísticamente las circunstancias concretas concurrentes en la carretera contemplada.

Se resaltaba en la sentencia de 10 de octubre de 2005, recurso de casación 1148/2003, que uno de los elementos separadores que determinan la existencia de núcleo en un casco urbano son las carreteras lo que ha conllevado que en determinadas circunstancias se autorizase la apertura de una nueva oficina de farmacia si, obviamente además, reunía el cómputo de población necesario.

Así cuando se justifican un determinado número de accidentes con un concreto resultado de muertos y heridos (sentencias de 11 de abril de 1989 y 26 de febrero de 2002), unas extensas distancias entre los diferentes pasos peatonales (sentencia de 21 de marzo de 1994), cierta distancia entre los semáforos existentes y los distintos pasos cebra (sentencia de 22 de enero de 1993), una concentración de los semáforos en un punto quedando el resto de la travesía privado de ellos (sentencia de 15 de febrero de 1994) o la justificación de la ineficacia de la existencia de pasos cebras y semáforos (10 de septiembre de 1991). No cuando la carretera se encuentra inserta en la malla urbana con un elevado número de semáforos, pasos de peatones y sin acreditarse una siniestrabilidad fuera de los parámetros ordinarios (sentencia de 10 de octubre de 2005) ni tampoco una avenida es obstáculo que impida el acceso a las farmacias abiertas (sentencia de 20 de abril de 2005).

b) De lo que acabamos de sintetizar se observa que los elementos circunstanciales a considerar son, entre otros, la intensidad de la circulación soportada por vía, la calzada y pasos peatonales, semaforicos o señalizados, existentes para atravesar la carretera. Y todo ello con el objetivo de comprobar si el nivel de peligrosidad o, incluso, de incomodidad soportado en el acceso al servicio farmacéutico que presta la oficina (u oficinas) ya instalada está dentro de lo que puede entenderse como estándar o parámetro normativo a partir del cual aparece ya justificada la apertura de una nueva oficina de farmacia susceptible de rebajar, para los habitantes incluíbles en el "núcleo", dicha peligrosidad o incomodidad.

Recalca la sentencia de 29 de junio de 2005, recurso de casación 8183/2002 que debe existir alguna dificultad, peligrosidad o penosidad para los habitantes del núcleo sito en el casco urbano en el acceso desde el mismo a las farmacias abiertas.

c) En consecuencia, la presencia de pasos peatonales no siempre basta para descartar o desvirtuar la eficacia separadora de una carretera o, incluso, de una vía urbana, si resulta que aquellos no son suficientes para atravesar con la suficiente seguridad y comodidad la vía, atendida la longitud de ésta o a la propia configuración del núcleo.

d) La valoración de dichos elementos ha de efectuarse de manera funcional contemplando como valor prioritario la prestación del servicio, de acuerdo con la evolución sociológica.

Pero se remacha que es, en caso de duda, que debe acudirse a principios como "pro apertura" o "pro libertate" mas dichos criterios no pueden servir para eludir el cumplimiento de las exigencias reglamentarias".

Misma doctrina en STS 18 enero 2011 (RC 639/2007).

La STS 6 julio 2011 (RC 451/2010) añade:

"... Como hemos dicho, entre otras ocasiones, en la sentencia de tres de febrero de dos mil cuatro (rec. de casación 2834/2001), en lo relativo a la existencia de un núcleo separado de población, "no es suficiente, conforme a reiterada doctrina de esta Sala, que se delimite el núcleo, a partir de una calle de la población, aunque esta sea una antigua carretera, y se alegue que tiene intenso trafico, pues es preciso alegar y acreditar que esa antigua carretera obliga a soportar a los usuarios del servicio un plus de peligrosidad, penosidad o dificultad superior a la normal, y esta Sala, reiteradamente ha declarado que no es lo importante la carretera y si el peligro o dificultad que la misma comporte, lo que exige acreditar, que el trafico, existente-concretado y precisado y no meramente alegado-y la falta de señalizaron, ausencia de semáforos o pasos de cebra, hacen dificultoso o peligroso su cruce...", acreditación que en el caso examinado se ha producido y permite por consiguiente tener por cumplido el requisito consistente en la existencia de un núcleo separado de población".

XI.4.4.4 Cómputo del número de habitantes.

a) De acuerdo con el Padrón Municipal, no con el censo: STS 23 febrero 2010 (RC 2598/2008), reproduciendo la ST 2 junio 2009 (RC 4335/2006):

"Pero antes de seguir adelante en la resolución de esos dos motivos conviene poner de relieve cómo ya esta Sala se ha pronunciado en un supuesto prácticamente idéntico, en el que eran semejantes las circunstancias concurrentes, fijando una doctrina que por razones de seguridad jurídica y unidad de la misma seguimos en esta decisión al considerarla conforme a Derecho.

En Sentencia de cuatro de noviembre de dos mil ocho, recurso de casación núm. 2112/2006, manifestamos para rechazar dos motivos de similar contenido en lo sustancial, lo que sigue: "Pues el artículo 2.5 de la Ley 16/97 de 25 de abril, lo que establece es que los habitantes a considerar por las Entidades Locales son los que figuren en el Padrón Municipal vigente, y es lo cierto que la sentencia ha valorado para señalar el numero de habitantes de la zona hasta tres certificaciones obrantes de los datos del Padrón Municipal al 1 de enero de 1999 o al 31 de diciembre de 1998, que es ciertamente lo aplicable a una solicitud efectuada en marzo de 1999, y no el censo de población efectuado por el INE en 1996, pues una cosa es el censo de población, cual refieren las partes recurridas, y otra cosa es el Padrón Municipal, que es lo que valora la Ley 16/97 y lo que ha tenido en cuenta la sentencia recurrida, pues mientras el Padrón Municipal conforme al artículo 16 de la Ley 7/85 es el registro administrativo donde constan los vecinos de un municipio y las certificaciones que de dichos datos se expidan tendrán carácter de documento publico y fehaciente para los todos los efectos administrativos y corresponde a los Ayuntamientos conforme al

artículo 17 de la citada Ley la formación, mantenimiento, revisión y custodia, y otra cosa es el censo población, que aparece regulado en el artículo 79 del Reglamento de Población y Demarcación Territorial Real Decreto 1690/86 de 11 de julio, modificado por el Real Decreto 2612/96, que en su artículo 79 precisa el censo de población que constituye una competencia exclusiva del Instituto Nacional de Estadística se apoyará en datos de los padrones municipales... y conforme al artículo 83,3 los datos de los padrones que obren en poder del Instituto Nacional de Estadística no podrán servir de base para la expedición de certificaciones”.

En definitiva lo que se establece en estas sentencias es que en una situación transitoria como la existente en el momento de la solicitud de autorización de farmacia, el cómputo de habitantes debía realizarse de acuerdo con el padrón realizado por el Ayuntamiento sin atender al aprobado por Real Decreto”.

b) Censados y flotantes:

STS 24 mayo 2011 (RC 4190/2009), con cita de la de 24 septiembre 2001 (RC 1980/1996):

“Desde una perspectiva general, se comparte algunas de las afirmaciones de la recurrente con determinadas matizaciones: el elemento humano a considerar no es sólo el censado sino también el de temporada y secuencial, pero computado en función de sus días de permanencia (promediando su estancia a través de una fórmula ya acuñada, según la cual el número de personas se multiplica por el de días que se supone residen en la zona propuesta y el resultado se divide por los 365 días del año); los habitantes computables pueden probarse no sólo por el censo, sino por cualquier medio de prueba admisible en Derecho y, de manera especial, a través de presunciones entre las que, paradigmáticamente, se han utilizado el número de edificios, pero distinguiendo los que son viviendas de los que se destinan a industria o comercio y, dentro de aquéllas, las que son primera vivienda de las que se destinan a segunda residencia (para las que es aplicable la indicada fórmula), y los abonos y contadores de electricidad y agua, si bien con las necesarias correcciones derivadas tanto de un posible destino diferente al de vivienda y como de un destino a viviendas de temporada; y, en fin, la dispersión no es un óbice para el cómputo de los habitantes, si éstos se encuentran dentro del ámbito físico o zona propuesta y se ven realmente mejorados en el acceso al servicio farmacéutico como consecuencia de la apertura de la nueva oficina solicitada.”

Sobre el cómputo de los habitantes “de hecho” -y no sólo de los “de derecho”- también se pronuncia la STS 5 junio 2012 (RC 978/2011), con cita de la STS 15 julio 2008 (RC 5977/2005).

c) Exclusión de estudiantes y trabajadores:

STS 15 abril 2009 (RC 2131/2006):

“...y aunque hipotéticamente admitiéramos este censo poblacional de siete mil doscientos cincuenta habitantes -que contradice los datos del Instituto Nacional de Estadística, según el padrón municipal de Ceutí-, tampoco se alcanzaría la cifra necesaria de siete mil seiscientos habitantes para autorizar la nueva oficina de farmacia, pues como declaramos, entre otras, en nuestras sentencias de diecinueve de junio y ocho de julio de mil novecientos noventa y seis, recaídas en los recursos de

casación números 1484/1993 y 6126/1992, "no pueden computarse como población de hecho los trabajadores de factorías industriales incluidos en el núcleo o próximos a él, así como tampoco los alumnos y profesores de centros de enseñanza -lo contrario supondría el cómputo doble de esas personas ...".

De ahí, como sostuvimos en la sentencia de ocho de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro -recurso número 8039/1991- es necesario excluir a los trabajadores de las distintas empresas cuando no se demuestra que residan en la zona; extremo, que en el caso que enjuiciamos, no se acredita ni se justifica de las certificaciones municipales aportadas a los autos y al procedimiento administrativo seguido por la representación procesal de doña María Dolores García Prieto contra los actos administrativos que reseñamos en el fundamento de derecho primero de ésta, nuestra sentencia; lo que evidentemente nos exime como ya apuntamos analizar los restantes motivos de casación por carecer, ciertamente, de relevancia jurídica".

d) Medios de prueba:

STS 6 julio 2011 (RC 451/2010)

"Con carácter previo, debemos recordar los criterios a que viene apuntando la doctrina de la Sala en lo relativo a la prueba del requisito poblacional. Así, en sentencia de cinco de abril de dos mil cinco , rec. de casación 5420 / 2002, hemos referido que "Para el adecuado análisis del motivo de casación, y en relación con la prueba de los habitantes de un núcleo de población, a los efectos de apertura de nueva oficina de farmacia, se ha de recordar: a), que esta Sala del Tribunal Supremo, a los efectos de acreditar el número de habitantes beneficiarios del servicio farmacéutico en el núcleo propuesto, viene atendiendo, tanto a las certificaciones que dejan constancia de los habitantes censados, como a los demás medios de prueba que justifiquen objetivamente la población de hecho existente, y también a los criterios supletorios, tales como contadores de suministro de agua y electricidad y número de viviendas construidas y ocupadas, siempre que se trate de datos objetivos, seguros, comprobables y constatables, sentencias de 16 de enero de 1996 , 14 de diciembre de 1999 , 1 de febrero de 2000 ; b), que la existencia de los habitantes se ha de referir al momento de la solicitud de la nueva farmacia, sin que se puedan valorar o tener en cuenta situaciones sobrevenidas o de futuro, sentencias de 10 de julio de 1990 , 26 de enero de 1994 , 4 de marzo de 1994 , 15 de junio de 1994 , y 9 de julio de 2001 ;c) que cuando se trate del cómputo a partir de las viviendas, se hace a partir de las ocupadas y a razón de 4, o 3,5, habitantes por vivienda según los casos, y cuando se trate de número de viviendas superior a las que corresponde a los habitantes censados, se computan, 4, o 3,5, habitantes por vivienda, durante los tres meses de verano, fines de semana, Navidad y Semana Santa, según los índices de ocupación que se acrediten, sentencias de 12 de enero de 1987 , 2 de noviembre de 1995 , y 23 de abril de 1998 ; y d), que cuando se trata de acudir al cómputo a partir de los contadores de agua o electricidad, se descuenta la tercera parte de los abonados, por estimar que son los que pueden corresponder a industrias, edificios públicos, colegios y cualesquiera otras construcciones no destinadas a viviendas, sentencia de 15 de febrero de 2005 , que recoge la doctrina de anteriores sentencias."

STS 29 septiembre 2009 (RC 5885/2007):

“Este motivo debe ser desestimado, pues, frecuentemente, para la apertura de una nueva oficina de farmacia y prueba del número de habitantes, como nos recuerdan, entre otras, las sentencias de dieciocho de noviembre de dos mil dos -recurso de casación 442/1998-, doce de diciembre de dos mil cinco –recurso de casación 3304/2003- y quince de julio de dos mil ocho -recurso de casación 5977/2005 -, se utiliza como dato base para deducir los habitantes el número de contadores de agua como el de electricidad, y también se admite que pueda utilizarse el consumo de una y otra, pero en función, en cada caso de las características que tienen influencia en tal consumo, o dicho en otros términos, no basta aplicar la cifra de cuatro habitantes por unidad familiar de consumo, sino que es preciso poner tales datos en relación con la condición del municipio de la zona; por ello, en atención a estas circunstancias el porcentaje de índice corrector oscila entre el 30 y 40%, y en el caso que enjuiciamos de las certificaciones obrantes en autos sobre el número de contadores de luz y agua no se distingue entre los usos industriales y los residenciales de la zona, por lo que correctamente el Juzgador de instancia aplicó el coeficiente corrector del 30% para deducir el número de habitantes en el núcleo en que se pretendía instalar la nueva oficina de farmacia”.

XI.4.4.5. Correcta formulación en casación:

Como se trata de cuestiones de hecho, susceptibles de prueba, debe articularse el motivo de casación por infracción de las normas sobre la valoración de la prueba. Si se denuncia la infracción de normas sustantivas o de la jurisprudencia el motivo debe ser desestimado (p. ej. SSTS 19 julio 2011, RC 3210/2009, y 18 enero 2011, RC 639/2007).

XI.4.5. Principio pro apertura

STS 24 enero 2012 RC 1052/2009.

“Finalmente, el recurrente plantea un tercer motivo de casación al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, “por infracción de la Jurisprudencia aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate”, invocando que “la sentencia infringe las reiteradas Sentencias del Tribunal Supremo, dictadas en materia de nueva apertura de farmacias, que exigen flexibilidad en el cómputo poblacional y flexibilidad en los medios de prueba admitidos para acreditar la población existente, que eran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate”... “jurisprudencia reflejada en las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1996, 26 de marzo de 1998 y 14 de mayo de 2001, entre otras, preconizan la procedencia de interpretar la normativa sobre ordenación farmacéutica bajo el prisma de los principios pro apertura y flexibilidad en el cómputo”.

Como dijimos en la Sentencia de 7 de octubre de 2003, recurso de casación 4473/1999, “esta Sala reiteradamente ha declarado, sentencias de 3 de abril de 2002 y 28 de enero de 2003, que el principio pro apertura y similares, sirven para aplicar y completar el ordenamiento, en este caso el régimen establecido para la apertura de farmacias, Real Decreto 909/78, y no para alterar lo dispuesto en tal régimen.”

Y en nuestra Sentencia de 6 de mayo de 1998, dictada en el recurso de apelación 3834/1992, traída a colación por el propio recurrente:

“El artículo 3.1.b) del R.D. antes mencionado se cuida de especificar claramente las circunstancias que permiten la apertura de una farmacia de núcleo, y

que siempre suponen una alteración de la regla general establecida en el artículo 3.1. a), que limita el número total de farmacias existentes dentro de un mismo municipio a la cifra de una por cada cuatro mil habitantes, salvo la excepción recogida en el mismo precepto en el caso de incremento en la cifra de población de, al menos, cinco mil habitantes, así como lo que dispone el R.D. de 31 de julio de 1.986 en cuanto a la posibilidad que se otorga a los Farmacéuticos Titulares; de suerte que, cualquiera que sea la interpretación que hubiera de darse a los preceptos temporalmente aplicables al caso debatido, lo cierto es que no puede conducir a desconocer la triple necesidad de que: 1) exista un núcleo homogéneo dotado de sustantividad física suficiente; 2) en dicho núcleo residan al menos dos mil personas, y, 3) el lugar de ubicación de la nueva farmacia diste al menos quinientos metros de las más inmediatas. Sin negar que, dada la multiplicidad de resoluciones sobre la materia haya podido crearse alguna confusión, lo cierto es que en modo alguno puede prescindirse de los tres requisitos mencionados; y así lo viene reconociendo la más reciente doctrina de esta Sala al declarar que los principios "pro apertura" y "pro libertate" tan frecuentemente invocados son criterios orientativos en la aplicación del R.D. de 1.978, pero han de acatar la observancia de un sistema normativo de limitaciones (Sentencias de este Tribunal de 11 de noviembre de 1.995, 12 de junio de 1.996, 19 de septiembre de 1.997 y 7 de abril de 1.998 entre otras muchas)."

STS 18 octubre 2011 (RC 2827/2010)

"Asimismo, en nuestra Sentencia de 29 de septiembre de 2009, recurso 5858/2007, reiteramos que "no pueden invocarse los principios "pro apertura" y "favor libertatis" para obviar el cumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 3.1.b) del Real Decreto 909/1978, pues, como declaramos en nuestra sentencia de once de marzo de dos mil tres, recaída en el recurso de casación número 10797/1998, <<el principio "pro apertura" que esta Sala ha desarrollado y aplicado, no trata de alterar el régimen establecido por el Real Decreto 909/1978, y sí resolver los supuestos límites o dudosos, a partir del cumplimiento de los requisitos establecidos en el régimen establecido en el régimen aplicable ...>>".

STS 23 enero 2008 (RC 8/2005):

"Pero se remacha que es, en caso de duda, que debe acudir a principios como "pro apertura" o "pro libertate" mas dichos criterios no pueden servir para eludir el cumplimiento de las exigencias reglamentarias."

XI.4.6. Traslado de oficinas de farmacia:

XI.4.6.1. Acto reglado:

STS 11 marzo 2009 (RC 3600/2005):

"Por las mismas razones ya expuestas en relación con el motivo segundo del recurso de la codemandada en la instancia, hemos de estimar también este motivo de la Comunidad Autónoma. La única diferencia estriba en que el motivo presente se refiere a la infracción de la jurisprudencia que efectivamente conculca la Sentencia de instancia.

En Sentencia de dos de julio de 2004, recurso de casación nº 4013/2001 expusimos que "El acuerdo de traslado voluntario de oficina de farmacia es un acto de autorización reglado. Esto significa que el farmacéutico que solicita dicho traslado tiene derecho a obtenerlo siempre que reúna las condiciones o requisitos establecidos por la norma, y que la Administración no puede denegar su petición más que en el caso de que no se cumplan los presupuestos o exigencias establecidos por aquélla".

Y añadíamos a lo anterior que "Las condiciones del traslado, que requiere en el caso del traslado voluntario una autorización administrativa fundada en la previa manifestación de voluntad del interesado y en la comprobación de las circunstancias concurrentes en el momento de la solicitud, pueden variar no sólo como consecuencia de la alteración de las circunstancias físicas y jurídicas que deben tenerse en cuenta, sino también como resultado de la modificación del criterio normativo sobre los requisitos y condiciones a que el interés público aconseja someter en cada época los referidos traslados. En consonancia con ello, esta Sala viene manteniendo que hay que realizar la medición de distancias y examen de las condiciones ateniéndose a la situación del momento en que se solicita el traslado (sentencia de 21 de mayo de 1998, recurso de apelación) o incluso del momento en que se acuerda éste cuando se dilata la tramitación del expediente (sentencia de 30 de abril de 1996,).

De no aceptarse así, resultaría una situación de petrificación normativa que haría imposible al autor de la norma reglamentaria atender a las nuevas circunstancias que en cada caso pueda exigir la atención farmacéutica de la población, pues resultaría imposible modificar de manera eficaz la regulación de los traslados de las oficinas de farmacia si la nueva regulación sólo pudiera aplicarse a las abiertas a partir de su entrada en vigor".

Véase también STS **** (RC 6201/2011)

XI.4.6.2. Traslado a un local más próximo a un centro de salud. Posible fraude de Ley.

STS 18 octubre 2011 (RC 4473/2009), con cita de otras.

"En nuestra jurisprudencia hay, conforme referimos en Sentencia de 10 de noviembre de 2009, recurso 1085/2008, desde luego, numerosas sentencias que analizan la cuestión relativa a si constituye o no un supuesto de abuso de derecho, de fraude de ley o de competencia desleal el traslado voluntario de una oficina de farmacia que comporta su aproximación a un centro de salud, obteniéndose como regla general una respuesta negativa, que quiebra y se transforma en la contraria cuando se aprecian en el caso enjuiciado circunstancias adicionales a la de la mera aproximación, tales como las de utilización de información privilegiada que no estuviera al alcance de los demás farmacéuticos, cualificado perjuicio a éstos al incidir en sus esferas de influencia o ámbito de prestación de su servicio, o especial y negativa incidencia en la prestación del servicio farmacéutico en su conjunto (por todas, puede verse la sentencia de este Tribunal Supremo de fecha 23 de febrero de 2004, dictada en el recurso de casación núm. 7282/2001, que cita otras muchas haciendo un resumen de su doctrina). Pero se trata de una jurisprudencia que arranca de una normativa, como lo era sobre todo la del art. 7 del Real Decreto 909/1978, de 14 de abril, en la que no existía la prohibición expresa de respetar una determinada distancia entre los centros de salud y los lugares de ubicación de las oficinas de farmacia (ver en este sentido, por

todas, aquella sentencia de 8 de noviembre de 2005, dictada en el recurso de casación 5209/2003).

En aludida Sentencia nuestra igualmente declaramos que en los casos en que sí existe esa prohibición expresa, ésta cobra prevalencia, siendo a partir de ella desde la que ha de juzgarse si el traslado voluntario de la oficina de farmacia solicitado antes de que se haya hecho realidad la existencia del centro de salud constituye, o no, un supuesto de abuso de derecho, de fraude de ley o de competencia desleal; publicidad de la construcción de un nuevo centro de salud que no depende tanto del estado de los procedimientos administrativos que han de proceder a esa realidad, como, más bien, de un análisis prospectivo, que valorando las concretas circunstancias acreditadas permita afirmar como conocida y como cierta la próxima realidad del centro en ese concreto solar, por ser esa y no la contraria la única conclusión lógica, la única que se impone en el devenir normal de las cosas”.

XI.4.6.3. Transmisión de las oficinas de farmacia: inconstitucionalidad de las prohibiciones de transmisión.

SSTS caso “Farmacias de Extremadura”. Por ejemplo, STS 9 abril 2012 (RC 8871/2003):

“En primer lugar, la Sentencia 109/2003, de 5 de junio , que declaró la nulidad del párrafo primero del artículo 14 y el párrafo primero de la disposición transitoria tercera de la Ley extremeña 3/1996, de 25 de junio, de Atención Farmacéutica. El primero de dichos preceptos, que proclamaba la intransmisibilidad de las autorizaciones administrativas de apertura de oficinas de farmacia, ya sea por actos "inter vivos" o "mortis causa" fue considerado claramente contrario a un principio básico ex artículo 149.1.16ª de la Constitución , cual es la posibilidad de transmisión de las autorizaciones de farmacias a favor de otro u otros farmacéuticos. El segundo de ellos, que limitaba la posibilidad de transmisión de las farmacias que se hallaren ya abiertas a una sola vez igualmente se declaró inconstitucional y nulo por su estrecha conexión con el principio de no transmisión”.

Intransmisibilidad, sin embargo, de de las oficinas de farmacia que hubieran sido concedidas a funcionarios farmacéuticos titulares de partidos farmacéuticos. STS 27 febrero 2009 (RC 426/2006):

“Los argumentos que utilizan los recurrentes en defensa de su pretensión casacional, no los compartimos, pues, como señala la Sala de instancia al invocar y reproducir en parte nuestra sentencia de nueve de abril de dos mil dos -que a su vez se remite a otras anteriores de cinco de julio de mil novecientos noventa y cinco, diez de julio de mil novecientos noventa y siete, veintiuno de abril y trece de diciembre de mil novecientos noventa y veintiséis de octubre de dos mil uno-, es reiterada y uniforme la doctrina de nuestra Sala la que se opone a la transmisión "intervivos" de las oficinas de farmacia que hubieran sido concedidas a funcionarios farmacéuticos titulares de partidos farmacéuticos en base al régimen excepcional que contempla el inciso último del artículo 1 del Real Decreto 1711/1980, de 30 de julio.

Este régimen de favor, que como excepción al sistema establecido por el Real Decreto 909/1978, se otorga, según la dicción literal de aquel precepto "al farmacéutico con nombramiento en propiedad, como titular del partido farmacéutico al

que pertenezca el municipio de que se trate y siempre que dicho farmacéutico no tenga abierta al público oficina en el referido partido farmacéutico", dado su carácter especial ha de interpretarse restrictivamente, pues, desde el momento en que se otorgó el reconocimiento y la subsiguiente autorización a un determinado funcionario, titular del partido farmacéutico, el derecho a abrir una nueva oficina de farmacia cuando no tenían este derecho los profesionales libres, el principio de igualdad exige que prevalezca esta interpretación restrictiva, por lo que el farmacéutico-funcionario no podrá obtener a través del procedimiento especial, una autorización de traslado, ni sus herederos podrán subrogarse en los derechos de aquél para transmitir la farmacia.

Cierto es, que esta Sala y Sección ha permitido en supuestos concretos y determinados que el farmacéutico-funcionario, ya jubilado, pueda seguir regentando su oficina de farmacia, pero jamás hemos reconocido la transmisión "intervivos", y por ende "mortis causa" de las oficinas de farmacia concedidas en base al régimen singular del Real Decreto 1711/1980, de 31 de julio.

De ahí, son intrascendentes las alegaciones que formulan los recurrentes en torno al dictamen del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana y la sentencia del Tribunal Constitucional 109/2003 que declaró la inconstitucionalidad del artículo 14 de la Ley 3/1996, de 25 de junio, de Atención Farmacéutica de la Comunidad Autónoma de Extremadura, que prohibía la venta, cesión, traspaso, arrendamiento o cualquier otra forma de transmisión de las oficinas de farmacia, ya sea por actos intervivos o "mortis causa", pues esta sentencia se refiere a un supuesto concreto y especial de otra Comunidad Autónoma, distinto a la norma reglamentaria que aquí enjuicamos, y la doctrina jurisprudencial que se invoca por el recurrente señor Boigues Alario en torno al principio "pro apertura" y mantenimiento de las oficinas de farmacia ya abiertas no es aplicable al supuesto analizado dado el régimen jurídico excepcional que contempla el artículo 1 del citado Real Decreto 1711/1980, de 31 de julio".

XII. DEFENSA

XII.1 PARTICIPACIÓN EN CELEBRACIONES RELIGIOSAS

XII.1.1. No afecta al derecho fundamental a la libertad religiosa ni debe regularse por Ley Orgánica.

STS 12 junio 2012 (rec. cont-adm. 312/2010):

“Lleva razón la defensa del Estado cuando niega que se trate en esa Disposición Cuarta de algo que vaya más allá de la participación de las Fuerzas Armadas en actos que se celebren con ocasión de honras fúnebres para rendir honores militares en esas ocasiones cuya regulación constituye uno de los fines del Real Decreto o de la asistencia de representaciones de las Fuerzas Armadas a celebraciones de carácter religioso con tradicional participación castrense en las que sí se hace mención a ese derecho a la libertad religiosa.

Pero lo cierto es que no se trata de regular ese derecho que reconocido en el artículo 16 de la Constitución, fue objeto de un temprano desarrollo en la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, sino de poner al día el Real Decreto que

regula los Honores Militares que en el ámbito de las Fuerzas Armadas se deben rendir como homenaje y manifestación de respeto a la Bandera de España, al Rey y a determinadas personalidades, autoridades y mandos militares. Sin perjuicio de que como expresa el preámbulo del Real Decreto se incluyan también en el Reglamento los que denomina honores especiales regulados en el Real Decreto 834/1984, de 11 de abril, (que) son sustituidos por unas normas, incluidas en la disposición adicional cuarta, sobre la participación de militares en actos en los que se incluyan ceremonias de carácter religioso, compaginando el respeto a tradiciones arraigadas en la sociedad con el principio constitucional de libertad religiosa.

En consecuencia no es posible tomar en consideración esa pretendida obligación de tratar esas cuestiones que contiene el Real Decreto a través de una norma con rango de Ley Orgánica. Por otra parte es perfectamente conforme a Derecho el título competencial que para dictar esta norma utiliza el Gobierno que es el de competencia exclusiva que otorga al Estado el artículo 149.1. 4ª de la Constitución en materia de Defensa y Fuerzas Armadas”.

XII.1.2. La participación obligatoria en los actos oficiales que se celebren con ocasión de honras fúnebres es conforme a Derecho.

Misma STS 12 junio 2012 (rec. cont-adm. 312/2010):

“Carece de razón la alegación que plantea la asociación recurrente en relación con el número 1 de la Disposición Adicional Cuarta del Real Decreto 684/2.010. Y desde luego en absoluto es aplicable a este supuesto la Doctrina establecida en la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 177/1.996, porque la misma es congruente con los hechos allí enjuiciados, y lo mismo ocurre en relación con la sentencia del mismo Tribunal 34/2.011, y por idénticas razones, en cuanto a la Doctrina en ella expuesta.

Lo que la Disposición Adicional Cuarta del Real Decreto 684/2.010 regula en su número 1, nada tiene que ver, pese a lo que indique el título de la misma, con participación en actos religiosos de las Fuerzas Armadas. Por el contrario de lo que se trata es de un acto oficial de honras fúnebres militares de los regulados en el Título IV del Real Decreto, cuyo artículo 36 dispone que: "Las Fuerzas Armadas rendirán honras fúnebres militares en señal de respeto y homenaje a los restos mortales de aquellas personas que se indican a continuación: a) Las que expresamente les corresponden honras militares según lo previsto en el Capítulo II del Título I y los arts. 15, 17, 19 y 20. b) Los ex Presidentes del Gobierno y otras personalidades de especial relevancia a las que por sus excepcionales servicios a España así se determine por real decreto de la Presidencia del Gobierno. c) Los militares y el personal civil con una especial vinculación con la Defensa y las Fuerzas Armadas que fallezcan en acto de servicio". Y que se cierra con el apartado 2 que dispone que: "Al organizar los actos de honras fúnebres se tendrá en cuenta la voluntad que hubiera expresado el fallecido o, en su caso, la que manifiesten sus familiares". Honores que según reza el artículo 37 siguiente "se rendirán por una unidad con Bandera, banda y música y consistirá en la interpretación del himno nacional completo, arma presentada y una descarga de fusilería. En su caso, la salva de cañonazos que corresponda". Y que "cuando se realicen en la inhumación, los honores se rendirán por un piquete".

De modo que el militar que haya de formar parte de esa unidad o piquete que deba acudir a prestar esas honras fúnebres no participa aunque esté presente en el acto

religioso que se celebre, sea del credo que sea, si el mismo se integra en el acto oficial de honras fúnebres militares, si ese fue el deseo expresado por el fallecido o lo deciden sus familiares. Por ello no se vulnera el derecho del militar, de libertad religiosa y de culto que garantiza la Constitución, artículo 16, y que el artículo 2 de la Ley Orgánica 7/1980 describe en sus distintas manifestaciones cuando representa a las Fuerzas Armadas en ese acto oficial. Y de ahí también que la asistencia del militar al acto concreto para el que se le designe tenga la consideración de acto de servicio como expresa la Disposición Adicional Cuarta en su primer apartado”.

XII.1.3. También es conforme a Derecho la necesaria “autorización” para asistir a celebraciones de carácter religioso con tradicional participación castrense.

Misma STS 12 junio 2012 (rec. cont-adm. 312/2010):

“Tampoco puede estimarse la pretendida nulidad de ese segundo apartado de la Disposición Adicional Cuarta del Real Decreto. Es cierto que la aconfesionalidad del Estado comporta la neutralidad de los Poderes públicos en relación con el hecho religioso; pero esa neutralidad no excluye el que esos Poderes tengan en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantengan relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones como dispone el número 3 del artículo 16 de la Constitución.

Este apartado segundo contempla un supuesto distinto del anterior y por ello el tratamiento que recibe en la norma es también diferente. En este supuesto se autorizan por la autoridad o el mando militar competente para ello "comisiones, escoltas o piquetes para asistir a celebraciones de carácter religioso con tradicional participación castrense". No se trata por tanto de actos oficiales propios de las Fuerzas Armadas en los que se rindan honores militares sino de la participación de miembros de las Fuerzas Armadas en celebraciones de carácter religioso en las que tradicionalmente ha existido una participación castrense. Celebraciones religiosas e incluso de culto que responden a las creencias religiosas de la sociedad española a las que se refiere el artículo 16.3 de la Constitución, generalmente vinculadas a la Iglesia Católica y cuya presencia según el Reglamento, es para el militar que sea designado para asistir y participar en las mismas, como no podía ser de otro modo, voluntaria. En consecuencia ese segundo apartado de la Disposición Adicional Cuarta del Real Decreto 684/2.010 es también conforme a Derecho”.

XII.2. SALVAMENTO MARÍTIMO.

XII.2.1. No hay diferencia entre los conceptos de “asistencia” y “salvamento”.

STS 18 octubre 2009 (RC 6541/2009).

XII.2.2. Presunción de acierto de las resoluciones del Tribunal Marítimo Central.

STS 18 octubre 2009 (RC 6541/2009).

“...teniendo en cuenta además que el Tribunal Marítimo Central, es un Órgano permanente con competencia para todo el territorio nacional, cuyos componentes

además de altamente especializados son ajenos a los intereses de las partes, artículos 31 a 34 de la citada Ley 60/1962, es claro que a partir de esa regulación hay que reconocer, como así lo ha declarado esta Sala en sentencias de 10 de febrero de 1998, recurso 2960/1992, con cita de las de 16 de marzo de 1963, 10 de mayo de 1965, 18 de octubre 1981, 18 de enero de 1982, y 10 de mayo de 1983, que las resoluciones del Tribunal Marítimo Central gozan de la presunción de acierto, fundada en la preparación técnica y especialización de sus miembros, y, que solo cabe rectificar el importe total del premio, o su distribución entre los participantes, cuando se acredite que la Administración no haya apreciado en forma o modo conveniente los hechos o circunstancias determinantes del tema discutido o haya desconocido las exigencias de principio de proporcionalidad, facilitando enriquecimientos injustificados que son rechazables”.

Misma doctrina en STS 1 diciembre 2010 (RC 300/2009)

XII.2.3. Legitimación para intervenir en el procedimiento iniciado ante el Juzgado Marítimo

STS 13 diciembre 2010 (RC 1814/2009)

“Efectivamente, tiene cierta razón la sociedad recurrente al afirmar que conforme al artículo 1 de la Ley 60/1962, la Asociación demandante en la instancia no estaba legitimada activamente como persona jurídica para participar en el procedimiento iniciado por el Juzgado Marítimo de Barcelona con motivo del auxilio y asistencia prestada al buque "Josef Möbius", pues, conforme al citado artículo 1 tal Asociación no tiene la consideración de armadora de un buque participante en la asistencia marítima dentro del ámbito de aplicación de la referida Ley; ahora bien, si tenemos en cuenta que su actuación administrativa fue realizada -y así claramente se desprende de su demanda-, en nombre y representación de los bomberos que personalmente intervinieron en la extinción del incendio del buque siniestrado cuando primero se encontraba a siete millas del puerto de Tarragona, no abrigamos la más mínima duda de que estaba legitimada para que por la Administración se le reconociera el concreto premio que les correspondía percibir a los bomberos de su Asociación por la labor que prestaron para el auxilio del buque, pues, no podemos olvidar que la Asociación como persona jurídica no es la beneficiaria del premio, ya que conforme al artículo 7 de la Ley 60/1962, son los bomberos que cooperaron eficazmente en la extinción del incendio, como personas ajenas a la dotación del buque auxiliar”.

Repetición por la aseguradora: STS 1 diciembre 2010 (RC 300/2009):

“Invoca la recurrente la lesión del art. 43 de la Ley del Contrato de Seguro, 50/1980, cuyo tenor es el siguiente: (...)

Se trata por tanto de una acción en que la esencia radica en la sustitución de una persona por otra diferente, es decir la clásica novación subjetiva contemplada en el art. 1158 C. Civil . Esa otra persona diferente será quién ejercite los derechos y acciones de aquella.

Ya en el ámbito de los seguros suele tener un origen netamente contractual. Significa que la entidad aseguradora, sustituye al asegurado en el ejercicio de las acciones o derechos que éste tendría contra los terceros causantes del siniestro para

poder recuperar la suma por la que aquellos deberían responder civilmente a consecuencia de los daños producidos, y cuya indemnización, en virtud de una póliza de seguro, ha sido sufragada inicialmente por la entidad aseguradora conforme a lo pactado contractualmente.

CUARTO.- Mas independientemente de los derechos del asegurador debe atenderse a la naturaleza del procedimiento administrativo del que deriva el sometido a conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa.

Ya la Disposición Final de la Ley 60/62 de 24 de diciembre, estableció claramente los límites de la antedicha Ley en el sentido que “el derecho de propiedad sobre las cosas objeto de esta Ley será declarado, en los casos de desacuerdo de los interesados, por los tribunales de la jurisdicción ordinaria que conocerán asimismo de las cuestiones a qué de lugar el ejercicio del derecho de repetición a que se refiere el artículo segundo de esta Ley”.

Se observa que, ciertamente, solo deriva a la jurisdicción civil la problemática derivada del ejercicio de la acción de repetición y la discusión de la propiedad. Nada se establece acerca del derecho de subrogación introducido por la Ley del Contrato de Seguro, 50/80, de 8 de octubre, muy posterior en el tiempo a la Ley 60/62, de 24 de diciembre.

Sin embargo ello no ha de ser óbice para entender que incumbe a la jurisdicción civil cualquier controversia sobre la posición del asegurador tras una subrogación cuando ha habido acuerdo entre las partes y, por tanto, no entra en juego la labor del Tribunal Marítimo Central para fijar el importe de la remuneración. Resulta lo lógico conforme al art. 9.2 LOPJ.

Tiene razón la parte recurrida que alega que la recurrente no cita un solo precepto infringido por el pronunciamiento de la Sala de instancia acerca de la improcedencia de la personación de la aseguradora en el procedimiento administrativo cuando ha habido acuerdo entre las partes”.

XIII. TRABAJO

XIII.1. HUELGA: FIJACIÓN DE SERVICIOS MÍNIMOS.

Necesidad de motivar su fijación (vid. apartado “motivación de los actos administrativos”). STS 10 octubre 2011 (RC 5900/2007).

STS 14 abril 2009 (RC 6401/2006):

“Entrando ahora ya en la consideración del motivo debemos destacar en primer lugar cuál fue el objeto de la convocatoria de huelga que dio lugar a la resolución recurrida. La huelga se convocó en los servicios de vigilancia y atención a comedores contratados en centros docentes públicos y según la Orden recurrida afectaba a un servicio esencial como es el de educación.

El Tribunal Supremo en la Sentencia de diecisiete de abril de mil novecientos noventa y siete, recurso de casación número 8.688 de 1.994, enseñó, haciéndose eco de la doctrina del Tribunal Constitucional: "que un servicio es esencial, no tanto por la naturaleza de la actividad que se despliega, como por el resultado que con dicha actividad se pretende. Esto es, para que el servicio sea esencial, deben ser esenciales

los bienes e intereses satisfechos, y como bienes e intereses esenciales hay que considerar los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos (ST.C. 26/1981, de 17 de julio, entre otras).

Por otro lado, cuando se trata de "asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la Comunidad" (art. 28.2 C.E), a través del establecimiento de unos servicios mínimos, estos han de fijarse con un criterio restrictivo, pues el propio art. 28.2, utiliza la expresión "mantenimiento" cuyo significado, lingüísticamente, no puede hacerse coincidir con el desarrollo regular del servicio. (ST.S. 51/86, de 24 de abril, entre otras) En conexión con lo anterior, cabe decir, también con el Tribunal Constitucional, que "la consideración de un servicio como esencial no significa la supresión del derecho de huelga de los trabajadores ocupados en tal servicio, sino la previsión de las "garantías precisas" para su mantenimiento, término éste que sin necesidad de recurrir a otro canon hermenéutico que el que brinda la interpretación lexicológica, excluye aquellas garantías ordenadas al funcionamiento normal. Mantener un servicio implica la prestación de los trabajos necesarios para la cobertura mínima de los derechos, libertades o bienes que el propio servicio satisface, pero sin alcanzar el nivel de rendimiento habitual" (F.J. 2º de la S.T.C 53/86, de 5 de mayo, reiterado en el F.J. 1º de la S.T.C. 27/1989)".

Pues bien de lo expuesto es fácil deducir sin margen de error que la huelga convocada afectaba a un servicio esencial como es el de derecho a la educación en cualquiera de los distintos espacios de edad y circunstancias en que el mismo se puede desarrollar, en este caso en centros de educación especial, educación infantil y educación primaria, puesto que la huelga afectaba a un servicio como el de comedor en aquellos centros, servicio que se constituye a su vez en esencial para en determinadas circunstancias prestar el derecho a la educación.

Rechazado ese primer aspecto de la cuestión aquí debatida, nos queda por resolver la alegación de mayor trascendencia que contiene el motivo que es el de la falta de justificación de la decisión adoptada para disponer los servicios mínimos impuestos a los trabajadores.

En Sentencia de esta Sala, Sección Séptima de once de mayo de dos mil siete, recurso de casación número 2.536/2.003, sobre esta cuestión de la motivación de los servicios mínimos hemos expuesto que: "En la adopción de las medidas que garanticen el mantenimiento de los servicios esenciales la autoridad gubernativa ha de ponderar la extensión -territorial y personal-, duración prevista y demás circunstancias concurrentes en la huelga, así como las concretas necesidades del servicio y la naturaleza de los derechos o bienes constitucionalmente protegidos sobre los que aquélla repercute (SSTC 26/1981, fundamentos jurídicos 10 y 15; 53/1986, fundamento jurídico 3.º).

En las huelgas que se produzcan en servicios esenciales de la comunidad debe existir "una razonable proporción" entre los sacrificios que se impongan a los huelguistas y los que padezcan los usuarios de aquellos (STC 26/1981, fundamento jurídico 15). Si es cierto que las medidas han de encaminarse a "garantizar mínimos indispensables" para el mantenimiento de los servicios (STC 33/1981, fundamento jurídico 4.º), en tanto que dicho mantenimiento no puede significar en principio el funcionamiento normal del servicio (SSTC 51/1986, fundamento jurídico 5.º; 53/1986, fundamento jurídico 3.º), el interés de la comunidad debe ser perturbado por la huelga sólo hasta extremos razonables (STC 51/1986, fundamento jurídico 5.º). Y si la huelga ha de mantener una capacidad de presión suficiente como para lograr sus objetivos

frente a la Empresa, en principio destinataria del conflicto, no debe serle añadida a la misma "la presión adicional del daño innecesario que sufre la propia comunidad" (STC 51/1986, fundamento jurídico 5.º), aumentando así a la que se ejerce sobre el empresario la que se realiza sobre los usuarios de las prestaciones de servicios públicos (STC 11/1981, fundamento jurídico 18 (...)).

Complementando esa exposición, la sentencia de esta Sala de 15 de enero de 2007 (casación 7145/02) perfila el alcance de la exigencia de motivación en las resoluciones que fijan los servicios mínimos señalando que: ...no basta para satisfacer las exigencias constitucionales con manifestar ante quienes convocan una huelga que servicios considera la Administración que han de ser garantizados y el personal llamado a prestarlos. La concreción que exige la jurisprudencia significa que han de exponerse los criterios en virtud de los cuales se ha llegado a identificar tales servicios como esenciales y a determinar quiénes han de asegurarlos a la luz de las circunstancias singulares de la convocatoria de que se trate. Son, precisamente, esos los datos relevantes para examinar si se ha observado la necesaria proporción entre el sacrificio que comportan para el derecho de los trabajadores y los bienes o intereses que han de salvaguardar....

En fin, procede destacar aquí lo señalado por el Tribunal Constitucional en STC 183/2006, de 19 de junio de 2006, que en su fundamento jurídico 6º se expresa en los siguientes términos: .. Por otra parte, debe significarse que la norma preconstitucional que todavía en el momento actual sigue utilizándose como base para el establecimiento por la autoridad gubernativa de las limitaciones del concreto ejercicio del derecho de huelga en garantía del mantenimiento de los servicios esenciales, esto es, el artículo 10.2 Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, establece elementos de rigor no siempre debidamente atendidos y, desde luego, no respetados en este caso. En efecto, el supuesto de hecho en que pueden imponerse medidas limitadoras se compone de dos elementos: uno, la calificación del servicio ("servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad") y otro, de carácter circunstancial ("y concurren circunstancias de especial gravedad"), que debe concurrir en ambos términos de la alternativa del primer elemento. No basta así con la calificación del servicio para justificar las medidas limitativas, sino que éstas, en su caso, deben ajustarse a las circunstancias, que deben ser no sólo graves sino de especial gravedad (en este sentido el FJ 18 de la STC 11/1981 tempranamente advirtió que, "en algún sentido, el artículo 10 del Real Decreto-ley 17/77 es más estricto que el artículo 28.2 de la Constitución")...."

(...)

Pues bien la simple lectura de ese informe que a continuación y sin más hace suyo la Orden recurrida, nos lleva a la conclusión de que la motivación no es que sea escasa o insuficiente sino que la misma no existe. Aceptando en relación con los comedores de los centros de educación especial las razones que se ofrecen para justificar la existencia de servicios mínimos, lo que resulta inaceptable es que los mismos se fijen en el 100%, sin ofrecer razón alguna para ello, lo que es tanto como anular o frustrar el efecto de la huelga. La única razón que justificaría la decisión es la utilizada de carencia de autonomía de los alumnos que no en todos los supuestos alcanzará el mismo grado. Pero en todo caso establecer sin más el 100% requiere alguna mayor motivación cuya inexistencia, como decimos, conduce a la consecuencia señalada.

Lo mismo puede predicarse de los servicios mínimos que se establecen en los corredores de centros cuyos alumnos sean beneficiarios de servicios de transporte escolar que se fijan también en el 100% y sobre cuya determinación nada se razona. Si en el supuesto anterior, la situación de los alumnos podía dejar un resquicio para sostener los servicios mínimos dispuestos, en este caso carece de la menor justificación.

Y por último en el supuesto del resto de comedores los servicios mínimos del modo en que se fijan 1 monitor por cada comedor escolar, 1 monitor cada 30 alumnos o fracción y 1 monitor más por cada 50 alumnos o fracción, resulta no sólo falto de motivación en cuanto a la proporcionalidad de la medida sino que puede calificarse, posiblemente, hasta de arbitrario.

En consecuencia el motivo y con el, el recurso debe estimarse y la Sentencia recurrida casarse y declararse nula y sin ningún valor ni efecto”.

STS 18 mayo 2010 (RC 4197/2008)

“...En efecto, se cubrirá satisfactoriamente el canon constitucionalmente exigible para la validez de dichos servicios mínimos cuando se cumpla con esta doble exigencia: en primer lugar, que sean identificados los intereses afectados por la huelga (el inherente al derecho de los huelguistas y los que puedan ostentar los afectados por el paro laboral), y, en segundo término, que se precisen también los factores y criterios que han sido utilizados para llegar al concreto resultado plasmado en los servicios mínimos que hayan sido fijados”.

XIII.2. INFRACCIONES DEL ORDEN SOCIAL

XIII.2.1. Eficacia probatoria de las actas de inspección:

STS 4 diciembre 2009 (rec. cont-adm. 292/2008) :

“Tanto bajo la vigencia del art. 38 del Decreto 1860/1975, de 10 de julio relativo al procedimiento de Imposición de Sanciones por infracciones en el Orden Social, como del art. 52.2 de la Ley 8/88, de 7 de abril, Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, ambos relativos a la eficacia probatoria de las Actas levantadas por la Inspección de Trabajo este Tribunal ha establecido una consolidada doctrina, perfectamente extrapolable a la regulación contenida en el actualmente vigente art. 53.2 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

Recuerda la Sentencia de 8 de mayo de 2000, recurso ordinario 287/1995 que: “1º. La presunción de veracidad atribuida a las Actas de Inspección se encuentra en la imparcialidad y especialización, que en principio, debe reconocerse al Inspector actuante (Sentencias, entre otras, de 18 de enero y 18 de marzo de 1991); presunción de certeza perfectamente compatible con el derecho fundamental a la presunción de inocencia (artículo 24.2 CE), ya que los citados preceptos se limitan a atribuir a tales actas el carácter de prueba de cargo, dejando abierta la posibilidad de practicar prueba en contrario. Y es también reiterada la jurisprudencia de este Tribunal que ha limitado el valor atribuible a las Actas de la Inspección, limitando la presunción de certeza a solo los hechos que por su objetividad son susceptibles de percepción directa por el Inspector, o a los inmediatamente deducibles de aquellos o acreditados por

medios de prueba consignados en la propia acta como pueden ser documentos o declaraciones incorporadas a la misma (Sentencia de 24 de junio de 1991). 2º) El análisis de los artículos 38 del Decreto 1860/75, de 10 de julio, y 52.2 de la Ley 8/88, determina que tal presunción no excluya un control jurisdiccional de los medios empleados por el Inspector -así, en sentencias de 29 de enero y 11 de marzo de 1992, de la Sección Séptima-, exigiéndose, asimismo, que el contenido de las actas, ya sean de infracción o de liquidación, determinen las "circunstancias del caso" y los "datos" que hayan servido para su elaboración. 3º) Las Sentencias de 20 de abril de 1992 y 14 de junio de 1993, señalan: "Se plantea esencialmente el reiterado problema del alcance de la presunción de veracidad de las Actas de la Inspección de Trabajo, establecida en el artículo 38 del Decreto 1860/75, sobre el particular, y como decíamos, entre otras, en Sentencia de 24 de abril de 1991 "aún partiendo de la presunción de certeza atribuida a la primera -se refería al acta por el artículo 38 del Decreto 1860/75-, no así al segundo -se refería al posterior informe de la Inspección- en S.T.S. de 10 de julio de 1981 y 25 de marzo de 1990, debe advertirse que una nutrida jurisprudencia de este Tribunal (de las que son exponente entre otras las Sentencias de 10 de marzo de 1980; 10 de julio de 1981, 7 de abril de 1982, 31 de enero, 10 de febrero y 27 de junio de 1986, 14 de abril, 29 de junio, 17 de julio y 1 de diciembre de 1987, 23 de febrero, 4 y 21 de abril y 4 y 18 de mayo, y 25 de octubre de 1988, 2 de enero, 5, 15 y 19 de marzo, 23 de abril y 25 de mayo de 1990) no se reconoce la presunción de certeza a las simples apreciaciones globales, juicios de valor o calificaciones jurídicas".

En la antedicha sentencia se afirma que "estamos ante hechos constatados por funcionarios que se formalizan en documento público con los requisitos legales pertinentes y que tienen, por tanto, valor probatorio sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos pueden aportar los administrados (art. 137.3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Ley 30/1992, de 26 de noviembre). Y resulta que en el presente caso la empresa actora no ha aportado tales pruebas de descargo, sino sólo una explicación nada convincente de que "los trabajadores extranjeros se encontraban en la finca, pero no trabajando, sino su existencia de grupo, tal es su forma de actuar para consolidar su solidaridad y fuerza del grupo en las relaciones sociales, que es notorio y común ver a grupos de extranjeros norteafricanos, hasta en los propios centros urbanos, industriales y rurales, en demanda de trabajo" (sic)."

SEXTO.- Sentado, pues, que la parte que niega los hechos recogidos en el acta tiene la carga de desvirtuar su contenido, dada la presunción de veracidad en aras del interés público, hemos de examinar si tal actividad ha sido o no desarrollada por la parte recurrente.

La resolución impugnada impone una sanción pecuniaria por la comisión de una infracción prevista en el art. 50.4.a. del RDL 5/2000 en relación con el art. 11.1 de la Ley 42/2007, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad social

(...)

No ofrece, pues, duda que los empresarios han de facilitar a la Inspección de trabajo la documentación e información requerida para realizar su trabajo de control. Consiste, por tanto, el tipo en actividad o actuación que puede y debe hacer el empresario mas, pese a la petición de la Inspección de Trabajo, no la lleva a efecto.

Partimos de que no fue practicada prueba, salvo la documental pública consistente en la reproducción del expediente administrativo, al haber denegado este

Tribunal por innecesaria y superflua la propuesta por la parte recurrente consistente en diversas actuaciones relacionadas con la identificación del número de teléfono del Inspector que levantó el acta y recibió la llamada reflejada en el acta así como en la recepción de la misma.

De lo anteriormente relatado observamos que la parte recurrente se limita a rechazar el relato fáctico del acta. Sin embargo no expresa argumentación alguna convincente y racional acerca de las razones que condujeron a que el Inspector no pudieran realizar debidamente su trabajo al no poder acceder a los vestuarios de la empresa ni tomar los datos de filiación de las trabajadoras presentes en la oficina. Así no expone argumento convincente que justificase que mientras en la primera parte de la visita el Inspector actuante constata la presencia de un determinado número de sujetos en el interior de las instalaciones de la empresa realizando actividad laboral, y que no llevaban en sus prendas de trabajo identificación de otras empresas, aquellas personas desapareciesen al tiempo que resultaba imposible acceder a los vestuarios, abiertos en el primer momento de la visita.

Dada la presunción de veracidad, resulta incontestable que el Inspector detectó mediante su percepción visual la presencia de un cierto número de personas trabajando en la empresa que no pudo identificar, pese a solicitarlo pues ni siquiera le fue facilitado el listado de trabajadores.

No debe olvidarse que incumbe al empresario o a su representante legal dar cuenta de la razón de la presencia en la empresa de las personas que en la misma se encontraran realizando actividad como es, entre otras, la descarga de un camión en la zona de carga y descarga.

Por todo lo cual procede confirmar la sanción impuesta al darse los elementos de la infracción sin entrar en el examen del grado apreciado por la administración al no haber sido combatido por la defensa de la recurrente”.

XIII.2.2. Caducidad del expediente.

a) Dies “a quo” es el de la notificación, no el de la resolución. STS 23 febrero 2010 (rec. cont-adm. 243/2008):

“Dictada la resolución el 2 de febrero de 2007, dentro del plazo máximo de seis meses establecido en la Disposición adicional única del Real Decreto 1125/2001 para resolver los expedientes sancionadores por infracciones en el orden social, pero notificada después de que hubiera transcurrido, se plantea como primer motivo de impugnación el de la caducidad del expediente. Motivo que debemos acoger.

Es cierto que la Disposición adicional séptima de la Ley 30/1992 ordena que los procedimientos administrativos para la imposición de sanciones por infracciones en el orden social se rigen por su normativa específica y, subsidiariamente, por las disposiciones de dicha Ley. E igualmente lo es que la Disposición adicional única del Real Decreto citado establece, tanto el plazo máximo para resolver esos expedientes, como el efecto de su trasgresión, disponiendo literalmente que la “falta de resolución” en dicho plazo producirá la caducidad del expediente. Hay por tanto normativa específica sobre la cuestión planteada, la de la caducidad, que excluye la aplicación directa de la Ley 30/1992 y que, aparentemente, se aparta del criterio de ésta, pues a diferencia de lo que requiere su art. 44, no exige que dentro del plazo máximo establecido se haya dictado y notificado la resolución.

Sin embargo, son varias las razones que nos llevan a no atender sólo a la literalidad de las palabras con que se expresa la repetida Disposición adicional única y a entender que tampoco en esos expedientes sancionadores por infracciones en el orden social basta, para excluir la caducidad, con que la resolución se dicte dentro de plazo.

La primera es nuestra propia jurisprudencia, pues en la sentencia de 12 de noviembre de 2001, dictada en el recurso de casación en interés de la ley núm. 256/2000, fijamos como dies ad quem (día final) del plazo de caducidad el de la notificación de la resolución del expediente. Aunque tal sentencia tomó en cuenta el art. 20.3 del Reglamento aprobado por el RD 928/1998 y no aquella Disposición adicional única del RD 1125/2001, ello es en realidad irrelevante: tanto porque aquel art. 20.3 empleaba, en lo que ahora importa, una expresión literal similar a la de dicha Disposición, cuál era "si no hubiese recaído resolución"; como por la razón a la que obedeció el dictado de la repetida Disposición adicional única, que lo fue, no para fijar propiamente un régimen de caducidad singular para aquellos expedientes y sí, más bien, para suprimir del art. 20.3 el plazo de treinta días, adicional al de seis meses, que provenía del art. 43.4 de la redacción originaria de la Ley 30/1992 y había suprimido, también, la Ley 4/1999; o lo que es igual, para adecuar la norma de aquel art. 20.3 a las modificaciones introducidas por esta última. Tras aquella sentencia, aquel criterio sobre el día final se ha reiterado, entre otras, en las sentencias de 24 de octubre de 2007 (recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 174/2006) y 25 de marzo de 2009 (recurso de casación en interés de la ley núm. 7/2008).

Además, ese criterio que reiteramos y mantenemos se sustenta también: En la consideración de que aquel carácter supletorio de la Ley 30/1992 en la materia que nos ocupa no excluye que puedan y deban tenerse en cuenta a efectos interpretativos los principios que dimanen de ella. En el significado poco concluyente que en sí misma tiene la expresión "falta de resolución", pues si la eficacia de una resolución sancionadora está supeditada a su notificación (art. 57.2 de la Ley 30/1992), de suerte que el deber de resolver no queda plenamente satisfecho hasta que se practica ésta, bien puede entenderse que la norma alude al emplearla a la resolución no sólo dictada sino también notificada. Y, por fin, en la mayor corrección o acierto que en un procedimiento sancionador ha de atribuirse a la interpretación que, siendo posible, tenga el efecto de no disminuir sin necesidad las garantías que le son propias, evitando, en lo que hace al tema que nos ocupa, el eventual abuso de intentar eludir las consecuencias de la falta de resolución en plazo mediante el procedimiento de señalar a la resolución extemporánea una fecha anterior a aquella en que realmente se adopta".

b) Suspensión por prejudicialidad penal: STS 5 junio 2012 (RCUD 195/2010).

"Como que la antinomia jurídica debe resolverse de manera conforme a la específica previsión de la norma reguladora del procedimiento sancionador en esta materia, salvada de la aplicación de la Ley del Procedimiento Administrativo Común fuera de su subsidiariedad en lo no previsto, que dice lo que dice, que no es lo que afirma la sentencia recurrida sino lo contrario, esto es que el instructor queda compelido a abstenerse de seguir el procedimiento administrativo sancionador hasta que " sea firme la sentencia o auto de sobreseimiento que dicte la autoridad judicial ", fecha a partir de la que queda alzada la suspensión y de nuevo computa al efecto del plazo máximo para resolver, según también viene a establecer el artículo 20.3 del citado Real Decreto 928/1998 .

Esta es, por lo demás la doctrina que resulta de nuestra Sentencia de 16 de julio de 2008 (recurso 5779/2005) y hemos reiterado recientemente en Sentencia de 7 de diciembre de 2011 (recurso 6479/2009), mediante el siguiente razonamiento: "En consecuencia es evidente que aún admitiendo que el expediente permaneció en suspenso desde el 3 de septiembre de 2001, una vez dictada sentencia por la Jurisdicción Penal y firme la misma desde el 18 de mayo de 2006, el expediente debió de seguir tramitándose debiendo notificarse la resolución que en el recayera en el tiempo que quedaba hasta el plazo de seis meses previsto para su tramitación. Al no haber ocurrido así y dictarse la resolución el 10 de julio de 2007 el procedimiento había caducado y así debió declararlo de oficio la Administración.

Y es que siendo cierta la obligación de comunicar oportunamente la sentencia que se dicte o el auto de sobreseimiento que recaiga que establece el artículo 5 del Real Decreto 928/1998 la falta de diligencia de una Administración, o la indebida coordinación entre aquellas, no puede perjudicar al administrado cuando el mismo posee a su favor una norma como la contenida en el artículo 20 del Real Decreto citado en la redacción que al mismo dio el posterior Real Decreto 1125/2001".

Y poco tiene que ver con la anterior nuestra Sentencia de 25 de marzo de 2009 (recurso de casación en interés de Ley 7/2008), que alega la representación de la Generalidad de Cataluña en apoyo del criterio que sustenta, en la que se propuso como doctrina legal que el plazo de suspensión se inicia desde el momento en que la Administración tenga conocimiento de las actuaciones penales sin estar condicionada a que sea acordada por la Administración actuante, en la que sus expresiones estaban dirigidas a establecer que su doctrina era correcta en relación con los términos que de la interpretación del artículo 20.3 del Real Decreto 928/1998 cuestionaba el recurso en interés de Ley.

No obviamos, por último, que el artículo 5.1 del Real Decreto 928/1998 ha recibido nueva redacción mediante el artículo único del Real Decreto 772/2011, de 3 de junio, de modificación del anterior, la suspensión del procedimiento administrativo sancionador en esta materia se produce " hasta que el Ministerio Fiscal, en su caso, resuelva no interponer acción o le sea notificada la firmeza de la sentencia o auto de sobreseimiento que dicte la autoridad judicial ", a cuyo tenor específico ha de atenderse a partir de su vigencia, de igual forma y manera que a la redacción anterior en los supuestos recaídos en su respectivo ámbito temporal, como es conocido en la sentencia recurrida.

Conforme lo anterior, resolvemos la cuestión debatida en los términos en que fue planteada en la instancia, respetando los hechos declarados como probados por la sentencia recurrida que aceptamos y, de acuerdo con ello, es obligado estimar el recurso y anular la sentencia recurrida, en cuanto adoptó como fecha para el reanudación del cómputo del plazo de la caducidad del procedimiento sancionador por infracciones de orden social, tras concurrencia con actuaciones penales, la de la toma de conocimiento por la Administración de la resolución penal, contrariando la doctrina sentada por esta Sala del Tribunal Supremo para supuestos similares".

c) Efectos de la caducidad: STS 6 noviembre 2012 (RCUD 3558/2011)

"En definitiva, todos los razonamientos anteriores obligan a entender que la paralización de las actuaciones de comprobación por más de tres meses prevista en el art. 8.2 del Real Decreto 928/1998 da lugar a la caducidad del expediente, con todas

las consecuencias propias de este instituto. Y sobre cuáles han de ser estas consecuencias ya se ha pronunciado esta misma Sala, en sentencia de 24 de febrero de 2004, dictada en el recurso de casación 3754/2001, en los siguientes términos (fundamento jurídico octavo):

"Sabemos que la declaración de caducidad no impide la apertura de un nuevo procedimiento sancionador en tanto en cuanto la hipotética infracción que originó la incoación del procedimiento caducado no haya prescrito. Así se desprende, con nitidez, del mandato legal que se contiene en el artículo 92.3 de la Ley 30/1992 (la caducidad no producirá por sí sola la prescripción de las acciones del particular o de la Administración, pero los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de prescripción).

Ahora bien, al declarar la caducidad la Administración ha de ordenar el archivo de las actuaciones (artículo 43.4 de la Ley 30/1992 en su redacción originaria; y artículo 44.2 de la misma Ley en la redacción ahora vigente), lo cual, rectamente entendido, comporta:

a) *Que el acuerdo de iniciar el nuevo expediente sancionador (si llega a producirse) puede y debe fundarse en los mismos documentos que, con el valor de denuncia, determinaron la iniciación del expediente caducado. De lo contrario carecería de sentido aquel mandato legal. Afirmación, esta primera, que cabe ver, entre otras, en las sentencias de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo de fechas 1 de octubre de 2001 (dos), 15 de octubre de 2001, 22 de octubre de 2001 y 5 de noviembre de 2001.*

b) *Que en ese nuevo expediente pueden surtir efectos, si se decide su incorporación a él con observancia de las normas que regulan su tramitación, actos independientes del expediente caducado, no surgidos dentro de él, aunque a él se hubieran también incorporado. Concepto, éste, de actos independientes, que también cabe ver en las sentencias que acaban de ser citadas.*

c) *Que no cabe, en cambio, que en el nuevo procedimiento surtan efecto las actuaciones propias del primero, esto es, las surgidas y documentadas en éste a raíz de su incoación para constatar la realidad de lo acontecido, la persona o personas responsables de ello, el cargo o cargos imputables, o el contenido, alcance o efectos de la responsabilidad, pues entonces no se daría cumplimiento al mandato legal de archivo de las actuaciones del procedimiento caducado.*

d) *Que cabe, ciertamente, que en el nuevo procedimiento se practiquen otra vez las mismas actuaciones que se practicaron en el primero para la constatación de todos esos datos, circunstancias y efectos. Pero habrán de practicarse con sujeción, ahora y de nuevo, a los trámites y garantías propios del procedimiento sancionador y habrán de valorarse por su resultado o contenido actual y no por el que entonces hubiera podido obtenerse. Y*

e) *Que por excepción, pueden surtir efecto en el nuevo procedimiento todas las actuaciones del caducado cuya incorporación solicite la persona contra la que se dirige aquél, pues la caducidad "sanciona" el retraso de la Administración no imputable al administrado y no puede, por ello, desenvolver sus efectos en perjuicio de éste".*

QUINTO.- La aplicación de la precedente doctrina al caso de autos conduce necesariamente a entender que la superación del plazo máximo de paralización

previsto en el art. 8.2 del Real Decreto 928/1998 ha de tener por fuerza las siguientes consecuencias:

a) La Administración debe declarar la caducidad de las actuaciones previas de comprobación que está tramitando.

b) Y debe proceder también a acordar el archivo de las mismas.

c) Sin perjuicio de lo anterior, si no ha prescrito la infracción presuntamente cometida, puede incoar unas "nuevas actuaciones de comprobación referentes a los mismos hechos", como expresamente permite el párrafo 2º del art. 8.2 RD 928/1998. Pero estas actuaciones de comprobación, debemos convenir en ello, sólo serán "nuevas", como exige el referido precepto, si se trata de otras distintas -incluso formalmente- a las previamente incoadas, que por tanto han de estar necesariamente archivadas por caducidad.

Pero lo que no puede admitirse es que, a pesar de la superación de aquel plazo, la Administración actúe como si nada hubiera ocurrido y prosiga con la tramitación de las mismas actuaciones de comprobación, sin solución de continuidad. Porque ello supone desconocer los efectos propios de la caducidad.

d) No obstante, lo que sí es diferente en este específico procedimiento sancionador respecto del procedimiento sancionador general es que, a diferencia de lo que allí ocurre (véase la consecuencia del archivo señalada en la letra c) de la sentencia transcrita de 24 de febrero de 2004), aquí sí debe admitirse la incorporación al nuevo procedimiento de las actuaciones practicadas en el expediente anterior caducado, porque lo permite expresamente el art. 8.2 del Real Decreto 928/1998, cuando dice que "Las comprobaciones efectuadas en las actuaciones inspectoras previas caducadas, tendrán el carácter de antecedente para las sucesivas, haciendo constar formalmente tal incidencia".

Ahora bien, para coordinar esta exigencia de "constancia formal" de la incorporación con los derechos del presunto infractor y con la obligada mención que el acta de infracción ha de hacer a los "medios utilizados para la comprobación de los hechos que fundamentan el acta", de acuerdo con el art. 14.b) del Real Decreto 928/1998, no bastará con aludir sin más a las diligencias practicadas antes de la paralización. Este es un requisito mínimo y obligado de toda acta, según el precepto citado. Para permitir la incorporación de diligencias practicadas en procedimientos caducados, habrá que exigir, además, que el acta de infracción: (i) ante todo deje constancia de la paralización y archivo producido y de la incoación de unas nuevas actuaciones previas de comprobación; además (ii) exteriorice las razones de la incorporación, es decir, explique por qué no es necesario, conveniente o posible repetir las concretas diligencias que se incorporan a ese nuevo procedimiento; y, por fin (iii), que justifique también que la traída e incorporación de esas diligencias al nuevo procedimiento, y su toma en consideración en el mismo, no menoscaban los derechos del presunto infractor".

XIII.3. REPRESENTATIVIDAD ASOCIACIONES DE TRABAJADORES AUTÓNOMOS

No planteamiento cuestión de inconstitucionalidad del art. 21 Ley 20/2007. Estas asociaciones tienen distinta naturaleza que los sindicatos y ello hace que no pueda aplicarse analógicamente la LOLS. STS 5 junio 2012 (rec. 198/2011)

XIII.4. ORGANIZACIONES SINDICALES “MÁS REPRESENTATIVAS”

a) Es constitucionalmente válida la diferenciación para reconocerles más representación, pero no para excluir a de l acceso a subvenciones a las que no ostentan tal carácter.

STS 15 febrero 2011 (RC 3000/2009):

“Y para resolver el presente recurso hemos de traer a colación la Sentencia de esta Sala recaída en el RC nº 3794/2007, con fecha 14 de julio de 2009 -posterior a la fecha de interposición del recurso que nos ocupa-, en la que se anuló la expresión "más representativas" que se incluye dentro del punto "Quinto. Entidades beneficiarias" de la Orden TAS 2783/2004, de 30 de julio. En ella dijimos lo siguiente:

“TERCERO.- Esta Sala ha abordado cuestiones similares como la que aquí se enjuicia en sentencias anteriores, siendo las más recientes las de 11 de octubre de 2004 (Rec. 7552/2000), 14 de julio de 2005 (Rec. 7517/1999), 28 de septiembre de 2005 (Rec. 4855/1999), 5 de julio de 2006 (Rec. 4050/2000) y 19 de diciembre de 2007 (Rec. 7746/2004).

En ellas se ha analizado la validez de las funciones y prerrogativas reconocidas a los sindicatos más representativos desde el patrón que significa la necesaria observancia del principio de libertad sindical e igualdad de trato de los sindicatos (derivado de los artículos 28.1 y 14 CE), y a este respecto se ha distinguido entre, de una parte, las actividades de representación institucional y, de otra, el acceso a determinadas subvenciones.

En esa distinción se ha sostenido que, mientras sí es constitucionalmente válida la diferenciación que significa limitar o reconocer aquella representación institucional solamente a los sindicatos más representativos, no es lícito excluir del acceso a las subvenciones a los restantes sindicatos que no ostentan esa condición de mayor representatividad.

CUARTO.- El criterio expuesto se ha apoyado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC) sobre el derecho fundamental a la libertad sindical. La mencionada sentencia de esta Sala de 14 de julio de 2005 cita y transcribe, como representativa de dicha jurisprudencia, la STC de 27 de junio de 2001.

Conviene, pues, recordar una vez más las ideas principales de esa línea jurisprudencial, que, expresadas de manera resumida, están representadas por las que continúan:

a) *El derecho de libertad sindical tiene un significado individual, que incluye el derecho de los trabajadores de fundar sindicatos y afiliarse al de su elección, y también un significado colectivo, en cuanto derecho de los sindicatos al libre ejercicio de su actividad de cara a la defensa y promoción de los intereses sociales que les son propios (artículo 7 CE).*

b) *La libertad de ejercicio de esa actividad forma parte del núcleo esencial del derecho de libertad sindical.*

c) *Es posible introducir diferencias entre los sindicatos para asegurar la efectividad de la actividad que se les encomienda, pero siempre que se haga con arreglo a criterios de objetividad, adecuación, razonabilidad y proporcionalidad.*

d) *El concepto de mayor representatividad es un criterio objetivo constitucionalmente válido.*

e) *Esas diferencias objetivas y razonables que se establezcan entre los sindicatos no vulneran la libertad sindical de los que no hayan recibido el paralelo "plus" de derechos, pero en la medida en que estos últimos conserven los derechos nucleares que integran la libertad sindical.*

f) *Entre las funciones y prerrogativas atribuidas con exclusividad a los sindicatos más representativos se admiten los supuestos de representación institucional ante órganos administrativos. Se rechazan, en cambio, por vulneración de la libertad sindical y no ser consecuencia del concepto, la concesión a esos sindicatos más representativos, con exclusión de los demás, de subvenciones para fines sindicales que lo son de todos sindicatos.*

QUINTO.- Esa sentencia de esta Sala y Sección de 14 de julio de 2005, referida al II Acuerdo de Formación Continua en las Administraciones Públicas de 23 de diciembre de 1996, declara especialmente que la petición del Sindicato recurrente, dirigida a formar parte del acuerdo, no era posible por no tener la condición de sindicato más representativo, y confirma la respuesta que en ese sentido había dado de la sentencia recurrida.

También afirma que ha de llegarse a la misma conclusión en cuanto a la solicitud de formar parte de la Comisión General para la Formación Continua, de naturaleza paritaria entre la Administración y los Sindicatos más representativos.

Invoca en apoyo de lo anterior lo dispuesto en los artículos 30, 31 y 32 de la Ley 9/1987, de 12 de junio (de los órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones públicas) sobre la presencia en las Mesas de Negociación de las Organizaciones Sindicales más representativas; y sobre que podrán ser objeto de negociación, entre otras materias, los sistemas de promoción profesional, en los que se incluyen los cursos de formación.

Recuerda el criterio, contenido en la sentencia de 24 de julio de 1995 de la Sala de lo Social de este Tribunal Supremo, de que, en cuanto a la participación en la Comisión General para la Formación Continua, de la misma manera que no es discriminatoria la participación para negociar, tampoco lo es la participación en la administración y desarrollo de lo acordado en la negociación.

Y añade que lo anterior no quiere decir que en esa administración no deban respetarse los derechos de las entidades sindicales no representativas, y en especial el de libertad sindical, pero será, a partir de la impugnación concreta de sus actos, donde y cuando se podrá fiscalizar dicho cumplimiento.

Sin embargo, esa misma sentencia de 14 de julio de 2005 declara que la conclusión debe ser distinta sobre los preceptos del acuerdo que se refieren a quienes pueden promover planes de formación.

Razona que la exclusión en esos preceptos de los sindicatos que no ostentan esa mayor representatividad tiene una trascendencia económica, en tanto se les priva de las subvenciones que acompañan a la realización de dichos planes. Y con esa base afirma que dicha exclusión afecta igualmente a la propia libertad sindical, al favorecerse desde la Administración la actividad de los sindicatos más representativos en perjuicio de los que no han alcanzado esa condición, más allá incluso del nivel de representación que ostentan.

SEXTO.- Razones de coherencia y unidad de doctrina, impuestas por el principio de igualdad en la aplicación de la ley, hacen que en la actual casación deba seguirse el mismo criterio ya adoptado en esos anteriores pronunciamientos que se han venido mencionando y, a consecuencia de ello, deba considerarse acertado el pronunciamiento anulatorio de la sentencia recurrida que se combate en esta casación.

Como complemento de lo que acaba de declararse, debe de subrayarse una vez más que, frente a lo que en el recurso de casación pretende sostenerse, una acción formativa como la que es objeto de convocatoria en la Orden recurrida no puede considerarse ajena o extraña a la acción sindical, al estar enmarcada dentro de esa actividad de promoción de los intereses sociales y económicos que el artículo 7 de la Constitución atribuye a los sindicatos; y procede también reiterar que la condición de sindicato más representativo, según resulta de la doctrina jurisprudencial que ha sido expuesta, justifica diferencias en cuanto a la representación institucional pero no en cuanto al acceso a determinadas ayudas.

Por tanto, no puede compartirse la aplicación que sobre la materia aquí litigiosa pretende darse al criterio de la mayor representatividad sindical, porque, como así mismo resulta de todo lo que se viene exponiendo, una cosa es la especial legitimación que de esa mayor representatividad pueda derivarse en orden a la negociación colectiva o a la representación institucional, y otra diferente el derecho que corresponde a cualquier sindicato a no ser excluido del acceso a las subvenciones que hayan sido establecidas en relación a actividades dirigidas a la defensa de intereses que son propios de todos los sindicatos

...

OCTAVO.- Procede, de conformidad con todo lo antes razonado, declarar no haber lugar al recurso de casación y, en aplicación de lo establecido en el artículo 27.3 de la LJCA, anular la expresión "mas representativas" que se incluye dentro del punto "Quinto. Entidades beneficiarias" de la Orden TAS 2783/2004, de 30 de julio.

Este pronunciamiento procede por lo siguiente:

(1) Ese punto quinto de la Orden estatal que acaba de mencionarse establece, en sus apartados a) y b), que sólo las organizaciones sindicales más representativas pueden ser entidades beneficiarias de la concesión de subvenciones públicas para la ejecución de planes de formación continua mediante la suscripción de contratos programas; y esta limitación, establecida a esos efectos de acceso a dichas subvenciones, debe considerarse no conforme a Derecho siguiendo los criterios de la doctrina constitucional que antes fue expuesta.

(2) La anulación, confirmada en esta casación, de la Orden autonómica que directamente fue impugnada en el proceso de instancia, se decidió por haber hecho aplicación de esa regulación estatal no conforme a derecho."

Posteriormente hemos dicho, en nuestra la Sentencia de 15 de febrero de 2010, RC nº 1985/2008, que la citada Sentencia de la Sección Séptima, de 14 de julio de 2009, recurso de casación 3794/2007: “Deslinda, por tanto el criterio de mayor representatividad, en orden a la negociación colectiva o a la representación sindical, del derecho que corresponde a cualquier sindicato a no ser excluido del acceso a las subvenciones que hayan sido establecidas en relación a actividades dirigidas a la defensa de intereses que son propios de todos los sindicatos”.

b) Pero no justifica la exclusión de determinadas instituciones de aquellos sindicatos que no ostenten esa condición.

STS 16 junio 2010 (rec. cont.adm. 20/2008):

“Tras lo expuesto en los apartados precedentes hemos de dilucidar lo primero si el Consejo de Responsabilidad Social de las Empresas constituye o no un órgano de representación institucional en el sentido marcado por el Tribunal Constitucional por lo que resultaría justificada la exigencia de la “mayor representatividad “.

Para resolver la cuestión hemos de atender, primero, a las sentencias parcialmente transcritas en el fundamento anterior que nos ilustra debidamente acerca de que no toda participación en determinadas instituciones ha de limitarse a los sindicatos más representativos por cuanto ni resulta razonable, ni objetivo ni guarda proporción con los fines que se pretenden obtener.

Lo contrario comportaría excluir a un sindicato de la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que le son propios, art. 7. CE, e interesan al conjunto de los trabajadores con independencia de su afiliación.

En segundo lugar debemos fijarnos en el Preámbulo del Real Decreto 221/2008 que indica de forma prolija cuáles son los antecedentes de la disposición, sus objetivos y la razón de ser. Se observa que la Unión Europea constituye el origen de la responsabilidad social corporativa en que tras diversas Declaraciones de distintas sesiones del Consejo Europeo plasma en el llamado Libro Verde publicado el 18 de julio de 2001, “Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas”.

Los fines perseguidos por el Consejo de Responsabilidad Social de las Empresas , sigue las líneas maestras marcadas en el ámbito de la Unión Europea (véase al respecto la información reflejada en la web sobre la materia de la Unión Europea), para, entre otras cosas facilitar el intercambio de experiencias y buenas prácticas, hacer efectivos códigos de conducta, fomento de la responsabilidad social entre las pymes, la innovación en la gestión de la salud de los trabajadores, la atención al respeto de los derechos humanos en el contexto internacional, etc.

No ofrece duda que tales objetivos trascienden el ámbito limitado de la mayor representatividad sindical pues se trata de funciones que exceden lo que se viene considerando representación institucional.

En el fomento del intercambio de las buenas prácticas fomentado por la Comisión Europea se pueden encontrar interesados y pueden ser agentes favorecedores del empleo de calidad otros sindicatos que gocen de otra representatividad como la de notoria implantación nacional no percibiéndose como proporcionada la limitación fijada por el Real Decreto objeto de impugnación ya que contraviene la audiencia de

una pluralidad de voces que es lo pretendido por el fomento de la Responsabilidad social de las Empresas.

Debe atenderse, por un lado, a la jurisprudencia constitucional reflejada en fundamentos anteriores y, por otro, a la jurisprudencia de esta Sala respecto a la pluralidad de opiniones cuando existen puestos suficientes para todas ellas tal cual aquí acontece lo que comporta un adecuado respecto al principio de libertad sindical. Una línea similar muestra el ámbito legislativo como se concluye de la Sentencia de esta Sala de 13 de junio de 2006, más arriba reproducida parcialmente.

Y, en tercer lugar, si acudimos a los antecedentes nacionales hemos dejado expuesto cuál ha sido la conclusión del Informe del Foro de Expertos en Responsabilidad Social de las empresas constituido por el Ministerio de Trabajo peticionando la creación de un Consejo Estatal de las Empresas participado por las distintas partes interesadas en materia de Responsabilidad Social de las Empresas.

Ninguna limitación establece la Propuesta 29 del Informe que parece decantarse por el pluralismo sindical en consonancia con el pluralismo respecto a las organizaciones no gubernamentales.

El término “más representativas” se incorpora en el punto 10 del documento “La Responsabilidad social de las Empresas. Dialogo social” mas no justifica el porqué de esa limitación respecto de unos objetivos, como el aprendizaje y la formación, respecto de los que la doctrina constitucional (STC 147/2001, con cita de otras muchas) ha declarado no pueden ser excluidos los sindicatos que no alcancen la condición de “más representativos”.

Se acepta, por tanto, que el precepto impugnado contraviene los principios enunciados”.

XIII.5. EXPEDIENTES DE REGULACIÓN DE EMPLEO

XIII. 5.1. Delimitación competencia jurisdicción contencioso-administrativa y social respecto a la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la aprobación del ERE (art. 51.5 ET).

Vid. apartado “Derecho procesal: límites de la Jurisdicción”

XIII.5.2. Competencia de la Autoridad Laboral.

STS 23 mayo 2012 RC 797/2010. STS 3 mayo 2012 RC 789/2010.

“Comenzamos recordando que es doctrina de esta Sala, manifestada, entre otras, en sentencias de 14 de febrero y 5 de junio de 2007, recaídas en los recursos de casación núms. 5809/2004 y 9441/2004, la de que “en los expedientes paccionados no le cumple a la Autoridad Laboral enjuiciar la suficiencia de las causas alegadas y estimadas como suficientes por la representación legal de los trabajadores al asumirlas con la suscripción del acuerdo; en fin, que esta intervención se limita a proteger los intereses de los trabajadores y debe recaer sobre la aportación de la documentación precisa (art. 13 del RD 696/80) y a la apreciación de si en el acuerdo pudieron influir aquellos vicios de la voluntad, y fuera de estos casos, como admite la jurisprudencia, la Autoridad Laboral debe limitarse a homologar los acuerdos y aceptaciones

conseguidos en el período de discusión y consulta previsto legalmente, y que —como consta paladinamente en el caso que enjuiciamos— concluyó con acuerdo entre las partes empresarial y sindical, y conformidad sobre las circunstancias que llevaron a autorizar el ERE a la empresa, y cuyo acuerdo vincula a la Autoridad Laboral por razón de la autonomía de la voluntad de las partes, con vinculación de carácter absoluto, que debe concretarse en ratificar su homologación y autorizar el expediente siempre que no se acredite la concurrencia de dolo, fraude coacción o abuso de derecho (STS de 24 de octubre de 2002, Sala 3ª), como sucede aquí”.

XIII.5.3. Concurrencia de las causas objetivas y proporcionalidad de las decisiones adoptadas.

STS 9 marzo 2011 (RC 3980/2009).

“El contenido del art. 51 del Estatuto de los Trabajadores, versión Real Decreto-Legislativo 1/ 95, de 24 de marzo que incorpora la ley 11/94, de 19 de mayo reguladora del despido colectivo, aquí aplicable por razones temporales, resulta más tajante que la normativa anteriormente vigente en la redacción originaria del Estatuto de los Trabajadores, Ley 8/1980, de 10 de marzo en lo que se refiere a aceptar el despido colectivo como medida idónea para superar una situación económica negativa empresarial.

Se trata de un concepto jurídico indeterminado que, con distinta redacción (situación económica negativa) hallamos en la nueva redacción del apartado 1 del art. 51. tras la reforma operada por el RD Ley 10/2010, de 16 de junio que también confiere nuevo contenido al apartado sexto del precepto pero no altera el procedimiento administrativo de regulación de empleo.

Se expresa en el apartado primero aquí aplicable que "se entenderá concurren las causas a que se refiere el presente artículo (causas económicas, técnicas, organizativas o de producción) cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya, si las aducidas son económicas, a superar una situación económica negativa de la empresa o, si son técnicas, organizativas o de producción, a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos".

Se constata que el legislador en el citado texto prima la viabilidad de la empresa y del empleo lo que significa que al tiempo se toman en cuenta las posibilidades de supervivencia de la empresa y derechos individuales de los trabajadores afectos a ella.

Por ello vuelve a insistir en el apartado sexto que "la autorización procederá cuando de la documentación obrante en el expediente se desprenda razonablemente que las medidas propuestas por la empresa son necesarias a los fines previstos en el apartado uno de este artículo".

Se consagra, por tanto, que nada obsta al sacrificio de un determinado número de empleos si con tal medida se mantienen otros empleos en la empresa en lugar de ser extinguidos todos ellos mediante la inviabilidad empresarial.

Para la adopción de tales medidas, recuerda la Sentencia de esta Sala y Sección de 10 de junio de 2004, recurso de casación 1478/2002, que la crisis económica ha de ser objetiva y real (Sentencia de 14 de julio de 2003) y su adopción

resulta idónea al fin de superar la situación de crisis y hacer viable la continuidad de la empresa (Sentencia de 26 de mayo de 2003, recurso de casación 3963/1999).

De forma similar la Sala Cuarta o de lo Social se pronuncia acerca de la “conexión que debe existir entre la situación de crisis y la medida de despido” (Sentencia de 29 de setiembre de 2008, recurso de casación para la unificación de doctrina 1659/2007).

Y no debe producirse, dolo, coacción o fraude de ley, únicos aspectos sobre los que ejerce su control la autoridad administrativa cuando se trata de homologar un Expediente con avenencia, cual es aquí el caso.

En la Sentencia de 12 de junio de 2006, recurso de casación 6774/2006 se decía que es indiscutible “que el orden jurisdiccional social, con plenitud de conocimiento y la prueba que allí se practique, resolverá lo pertinente respecto a la existencia o no de alguno de los vicios enumerados en el art. 51.5. ET /1995 mediante el procedimiento de oficio que, aunque de escasa utilización, establece el art. 146 b) LPL/1995.”

Asimismo es incontrovertible, en la actual delimitación competencial, que este orden jurisdiccional contencioso administrativo tiene absoluta competencia para controlar si una petición formulada a la administración que finaliza mediante el oportuno acto administrativo denegatorio implícito o autorizatorio expreso ha respetado la norma establecida valorando para ello los elementos aportados.

Cuestión distinta en un futuro si se aprueba en la redacción presente el art. 2, apartado n) del Proyecto de Ley Reguladora de la Jurisdicción Social publicado en el BOCG de 25 de febrero de 2011 que atribuye al orden social el conocimiento de la impugnación de resoluciones administrativas en procedimientos de despido colectivo regulado en el art. 51 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por RDL 1/1995, de 24 de marzo. Se evitará el peregrinaje jurisdiccional en los asuntos laborales.

Actualmente vemos que la impugnación de la actuación administrativa corresponde al orden jurisdiccional contencioso administrativo mientras la declaración de la existencia o inexistencia del vicio que afecta al acuerdo incumbe al orden jurisdiccional social.

Mas aquí no fue cuestionado que hubiera dolo, fraude o coacción en la obtención del acuerdo sin que la mayor o menor razonabilidad del acuerdo sea elemento sometido a control de esta jurisdicción cuando se trata de una homologación tras la suscripción de un Acuerdo con los representantes de los trabajadores”.

Véase también STS 24 mayo 2010 (RC 3958/2008)

XIII.5.4. Plazo para recurrir el despido el trabajador.

Se cuenta desde que se tiene conocimiento de la decisión de la Autoridad Laboral (recepción de la carta de despido), porque no hay obligación de notificar individualmente a cada trabajador la resolución administrativa aprobando el ERE (STS 3 mayo 2012 RC 6471/2010, cita la STS 21 noviembre 2006 RC 4141/2004).

XIII.5.5. Criterios discriminatorios:

a) Constitucionalidad de la medida que fija una determinada edad como criterio objetivo para la fijación de excedentes laborales. Decisión no discriminatoria ni contraria al art. 14 CE.

STS 15 junio 2005

“La utilización, en este caso, del criterio de la edad, eligiendo una edad próxima a la de jubilación forzosa, no puede ser tildada de desproporcionada en relación con la finalidad que esa aligeración de plantilla persigue dentro del contexto general de reestructuración de la empresa para garantizar su viabilidad, pues se trata de prescindir de un porcentaje de trabajadores -sin duda importante- de los que necesariamente habría de prescindirse a corto y medio plazo, por lo que conectar la amortización de los excedentes de plantilla con aquellos trabajadores que se encuentran en una edad más próxima a la de jubilación forzosa parece una medida razonable desde esa perspectiva de crisis económica de la empresa -única que cabe considerar a la hora de ponderar la proporcionalidad de la medida en relación con la finalidad que con ella se persigue-, y ello porque el mantenimiento de las relaciones laborales de trabajadores próximos a la edad de jubilación repercutiría negativamente, a corto y medio plazo, en la delicada situación económica de la empresa que, una vez ajustada su plantilla, se vería obligada, casi inmediatamente, a sustituir a esos trabajadores, según fueran llegando a la edad de jubilación forzosa, con el coste económico añadido que comporta la formación e integración en la empresa de los nuevos trabajadores que se fueran incorporando.

En este contexto, resulta menos costoso y no puede olvidarse que la medida impugnada se adopta como consecuencia de una delicada situación económica y supone afrontar la reestructuración de la plantilla de una forma más definitiva, para lo que parece razonable que los trabajadores afectados por las medidas de ajuste de plantilla sean aquéllos que se encuentran más próximos a la edad de jubilación y, consiguientemente, con unas expectativas laborales muy cortas”.

(...)

De ahí se infiere que las medidas de solución del excedente, incluidas las extintivas, se intenta que produzcan el menor daño posible sobre el conjunto de trabajadores y sobre los afectados en particular y desde esta orientación es como se conciben medidas tales como la recolocación diferida, la aceptación de bajas indemnizadas voluntarias, que no siempre coincide con la mejor pretensión o interés empresarial y los sistemas de jubilación.

En consecuencia, siendo pacífica y no controvertida la existencia real de la crisis empresarial y de las causas económicas y organizativas que la motivan y resultando idénticamente acreditada la necesidad de reducir y adecuar la plantilla de la empresa, tanto en su dimensión como en sus condiciones, resultaba imprescindible configurar un conjunto de medidas que, dando solución al excedente estructural de plantilla, produjeran los menores efectos dañinos para el empleo colectivo y para los afectados por la pérdida del puesto de trabajo, coherente con la finalidad de optimizar los recursos humanos de la empresa, cuantitativa y cualitativamente y al cumplir con dicha finalidad, es evidente que dichas medidas no devienen en carentes de fundamento, de objetividad y de racionalidad.

Tanto la resolución administrativa originaria, como la sentencia recurrida valoren y aprecien que la jubilación, dentro del conjunto de medidas, es razonable y

objetiva, está dotada de cobertura económica suficiente y es socialmente solidaria respecto del colectivo total de trabajadores.

No puede olvidarse que del total de los 246 extinciones contractuales autorizadas y aplicadas en base al expediente administrativo, 103 han visto extinguido su contrato sin otra alternativa que la compensación económica, y de los 143 afectados por la medida que la parte recurrente denomina genéricamente jubilación, más de la mitad mantuvieron la vigencia de su vínculo laboral, hasta el momento de su acceso material a la jubilación anticipada, permitiendo con ello la recuperación del empleo a un número igual de trabajadores afectados por la inicial y pura extinción del contrato.

Como preveía el Plan Social, se contempla la "recolocación diferida" con la finalidad de "cubrir puestos de trabajo que quedaran vacantes a medida que se vayan materializando las prejubilaciones e igualmente se establecía la "recolocación directa interna" que se declaraba de aplicación para los supuestos que tenían su causa en la aplicación del resto de las medidas.

Todas estas consideraciones dotan de sentido, fundamentación objetiva y correcta adecuación la finalidad perseguida por el expediente, tanto en lo que se refiere a asegurar la supervivencia de la empresa, su continuidad y la vigencia de más de mil contratos de trabajo, como a paliar los efectos negativos del empleo en una perspectiva colectiva y en una perspectiva individual de los afectados.

Entendemos que se cumplen los elementos y requisitos establecidos por la doctrina del Tribunal Constitucional para excluir el concepto de discriminación (incluso por edad) en la toma de decisión en la que entran en juego los factores previstos en el artículo 14 de la CE y procede desestimar el motivo”.

La STS 9 marzo 2011 (RC 3980/2009), remitiéndose a la anterior, añade otros razonamientos:

“No vamos a reiterar el contenido de la Sentencia de esta Sala y Sección de 15 de junio de 2005 (y de la doctrina constitucional a la que hace referencia), al venir reproducida en la sentencia de instancia.

Sólo añadir que el contenido de la antedicha sentencia fue repetido en la sentencia de 17 de octubre de 2008, recurso de casación 8242/2004 por lo que ya existe un criterio consolidado acerca de que “parece razonable que los trabajadores afectados por las medidas de ajuste de plantilla sean aquellos que se encuentran más próximos a la edad de jubilación y, consiguientemente, con unas expectativas laborales muy cortas” sin que ello comporte la lesión del art. 14. CE.

En fecha reciente la Abogado General Sra. KoKott en las conclusiones presentadas en el asunto 499/2008, Asunto Andersen, ulteriormente fallado por sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de 12 de octubre de 2010 pone de relieve que la petición de decisión prejudicial en cuestión supone la petición por primera vez al Tribunal de que se pronuncie sobre la delimitación de la discriminación directa e indirecta por razón de la edad, a fin de aclarar el alcance que debe darse a la sentencia de 22 de noviembre de 2005, Mangold, asunto 144/04.

La cuestión se encuadra en la Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación aquí esgrimida.

Insiste la Abogado General, apartado 21, en que “el principio de no discriminación por razón de la edad debe considerarse un principio general del Derecho de la Unión” tras haber recordado que el Tribunal de Justicia (sentencias Mangold, de 22 de noviembre de 2005 y Küçükdeveci, de 19 de enero de 2010) ha declarado que la Directiva en cuestión no establece por sí misma el principio de igualdad de trato en materia de empleo y ocupación.

Invoca la recurrente el fallido Proyecto de Constitución Europea y su art. II-81 la prohibición de toda discriminación por razón de edad se encuentra ahora proclamada en el art. 21 de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea vigente desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

En el supuesto Andersen concluye, apartado 47, que la normativa nacional “excede de lo que es necesario para alcanzar los objetivos de política social que se persiguen con dicha disposición”.

Sin embargo en el caso de autos no se percibe lesión de dicho principio. El marco jurídico es bien distinto.

No estamos, como acontecía en los asuntos Andersen, Küçükdeveci, frente a situaciones derivadas del cuestionamiento de la aplicación directa de normas legales nacionales (denegación de la indemnización por despido cuando existe derecho a percibir una pensión de jubilación (Andersen), legislación nacional relativa al despido que no tiene en cuenta el período de trabajo completado antes que el trabajador haya cumplido la edad de 25 años para el cálculo de la duración del preaviso (Küçükdeveci) sino frente a una actuación, expediente de regulación de empleo, en que era voluntaria la incorporación al mismo y sus efectos.

No prosperan ni primer ni segundo motivo”.

b) No existe ese mismo derecho para los titulares de familias numerosas:

STS 18 febrero 2009 (RC 3319/2005):

“El art. 10 de la vigente Ley 40/2003, de 18 de noviembre establece al referirse a la Conservación de situaciones laborales de Familias numerosas que “1. Los convenios colectivos podrán incluir medidas para la protección de los trabajadores cuya familia tenga la consideración legal de familia numerosa, en particular en materia de derechos de los trabajadores, acción social, movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y extinción del contrato de trabajo.

2. Para los trabajadores que formen parte de unidades familiares que tengan reconocida la condición de familia numerosa, se duplicarán los plazos señalados legalmente para desalojar la vivienda que ocupen por razón de trabajo cuando quede extinguida la relación laboral.

3. Los beneficios obtenidos de acuerdo con lo establecido en los dos apartados anteriores se entenderán sin perjuicio de las demás preferencias establecidas por la legislación que se encuentre en vigor en cada momento.

Marco distinto del aquí invocado bajo la vigencia de la Ley anterior, la 25/1971, de 25 de junio, con una regulación no homogénea a lo largo de su vigencia temporal en razón de su remisión reglamentaria.

(...)

Avanzando en el tiempo se constata que la precitada Ley de Relaciones Laborales fue derogada en virtud de la Disposición Final Tercera del Estatuto de los Trabajadores, Ley 8/1980, de 10 de marzo, cuyo apartado noveno del art. 51 solo reconoce en los casos de extinción del contrato de trabajo por causas tecnológicas o económicas o fuerza mayor que “los representantes legales de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa en los supuestos a que se refiere este artículo”. En consecuencia, desaparecieron todas aquellas especiales protecciones que no fueron, de nuevo, introducidas en la norma legal.

Y en línea con lo regulado en el Estatuto de los Trabajadores el apartado primero del art. 13 del Real Decreto 696/1980, de 14 de abril para la aplicación del Estatuto de los Trabajadores a los expedientes de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y de suspensión y extinción de las relaciones de trabajo al confeccionar la relación de los trabajadores afectados exige “expresión del nombre y apellidos, fecha y lugar de nacimiento, especialidad y grupo profesional, fecha de ingreso en la Empresa, sueldo mensual y si ostenta la condición de representante legal de los trabajadores”.

Observamos, por tanto, que la única exigencia de identificación especial, es la de la condición de representante legal de los trabajadores, habiendo desaparecido el resto de las que figuraban en la derogada Ley de Relaciones Laborales sin que pudiera aplicarse directamente la Ley 25/1971 al no contener una regulación determinante del beneficio reclamado.

Por todo ello, al carecer de cobertura legal la pretensión invocada procede su desestimación”.

XIII.5.6. El cumplimiento de las condiciones establecidas por la Autoridad Laboral da derecho a ser incluido en las medidas previstas.

STS 7 febrero 2011 (RC 2981/2009):

“Justamente para desechar el motivo hemos de acudir al contenido del último fundamento de la sentencia impugnada.

Razona la sentencia que la demandante en instancia cumplía las condiciones del Acta Complementaria de 7 de junio de 2006, aquella que denomina “complementaria al acta final de la ampliación del expediente de regulación de empleo, autorizado por la DG de Trabajo el 3 de agosto de 2005, suscrita por las partes el 7 de junio de 2006”.

A tal Resolución debe añadirse la de 13 de junio de 2006, expediente de regulación de empleo 15/06 cuyo punto 3 autoriza a la empresa la extinción de los contratos del personal de ventas y servicios centrales que solicite voluntariamente la aplicación de las medidas de “baja indemnizada que permite enlazar con la jubilación” y de “baja incentivada” sin poderse determinar el número exacto, dado el carácter voluntario de la medida.

Ambos documentos constan en autos y a ellos hace mención la sentencia de instancia .

Argumenta la Sala de instancia que se acredita el cumplimiento de las condiciones establecidas en el acta complementaria -ocupar un puesto amortizable, ser delegada sindical y solicitar ser incluida en el Expediente de Regulación de Empleo en

el término de un mes a partir de la autorización del ERE- por lo que tenía que aplicársele forzosamente la medida.

Se constata, pues que, al contrario de lo que invoca el Abogado del Estado, la autoridad laboral no había fijado un número concreto de afectados ni autorizado nominativamente la extención de los contratos de determinados trabajadores individualizados, sino que se limitó a fijar criterios para la extinción cuyo cumplimiento entiende producido la Sala de instancia sin que se evidencie que no concurran aquellos. Tal actuación administrativa podrá no ser estrictamente ortodoxa mas no fue objeto de controversia.

Y además no debe olvidarse que nuestro ordenamiento jurídico no obstaculiza ni impide la facultad del trabajador delegado sindical de renunciar al derecho a no ser despedido.

Tras lo acabado de exponer no se vislumbra que la sentencia conculque el art. 51. ET esgrimido por el Abogado del Estado sin que quepa en esta sede casacional combatir la valoración de la prueba efectuada por la Sala de instancia.

No prospera el motivo”.

XIII.6. ALTAS Y BAJAS EN LA SEGURIDAD SOCIAL

Minusválidos. Empresa con objeto ilícito (venta de cupones sin la preceptiva autorización). La Administración puede revisar de oficio la inscripción y dar de baja a la empresa. STS 6 julio 2009 (RC 4585/2007) y 29 noviembre 2011 (RC 5532/2009).

“Avanzando en el examen del motivo hemos de partir del contenido del invocado artículo 55 del Real Decreto 84/1996, Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, cuyo tenor es el siguiente:

“1. Cuando la inscripción, protección de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, tarificación, cobertura de la prestación por incapacidad temporal, afiliación, altas, bajas y variaciones obrantes en los sistemas de documentación de la Tesorería General de la Seguridad Social no sean conformes con lo establecido en las leyes, en este Reglamento y demás disposiciones complementarias, si así resultare del ejercicio de sus facultades de control o por cualquier otra circunstancia, dicha Tesorería General podrá adoptar las medidas y realizar los actos necesarios para su adecuación a las normas establecidas, incluida la revisión de oficio de sus propios actos en la forma y con el alcance previstos en este artículo y los siguientes.

2. Las facultades de la Tesorería General de la Seguridad Social para revisar, de oficio o a instancia de parte, sus propios actos de inscripción, formalización de la protección frente a riesgos profesionales, cobertura de la prestación económica por incapacidad temporal, tarificación, afiliación, altas, bajas y variaciones de datos no podrán afectar a los actos declarativos de derechos, en perjuicio de los beneficiarios de los mismos, salvo que se trate de revisión motivada por la constatación de omisiones o inexactitudes en las solicitudes y demás declaraciones del beneficiario.

3. La Tesorería General de la Seguridad Social podrá rectificar, en cualquier momento, los errores materiales o de hecho y los aritméticos de los actos regulados en este Reglamento”.

De la lectura del precepto se concluye inequívocamente que la Tesorería General de la Seguridad Social puede revisar de oficio sus propios actos de inscripciones que no podrán afectar a los actos declarativos de derechos, en perjuicio de los beneficiarios de los mismos.

De tal precepto cabe concluir que la Tesorería General de la Seguridad Social, ante un actividad ilícita desarrollada por una empresa inscrita en la Seguridad Social ha de deslindar dos efectos sustancialmente distintos:

a) Se trata de no perjudicar a un beneficiario de la Seguridad de los efectos de un acto declarativo de derechos. Así el reconocimiento de la condición de trabajador por cuenta ajena por mor de una sentencia de la jurisdicción social que tras declarar una relación como laboral declara improcedente un despido, condenando a la readmisión del trabajador o al abono de una indemnización si no optan por la readmisión. Debe aceptar la Tesorería General de la Seguridad Social los efectos ejecutados del contrato de trabajo, es decir el pago de las cuotas de la seguridad social correspondiente al citado período de trabajo en razón de que tales cuotas constituyen salario indirecto de un período cuya relación laboral fue declarada en sentencia. Estamos ante cotizaciones eficaces respecto al concreto período declarado en sentencia de la jurisdicción social.

b) Pero, en paralelo, la existencia de un pronunciamiento, o en este caso varios por afectar a distintos trabajadores, de la jurisdicción social declarando, en el estricto marco de un proceso por despido, la existencia de una relación laboral no puede predeterminar la actuación de la Tesorería General de la Seguridad Social obstaculizando el desarrollo de lo regulado en el art. 55 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores de la Seguridad Social. Así no puede impedir que, tras el correspondiente procedimiento de revisión de oficio de los actos de inscripción, respecto del cuál no se ha denunciado vicio alguno, proceda a dar de baja a una empresa inscrita cuya actividad sea ilícita.

Se acoge, pues, el motivo”.

XIII.7. AUDITORÍAS SEGURIDAD

XIII.7.1. Sumisión de las mutualidades a las normas del Plan General de Contabilidad de la Seguridad Social.

STS 14 abril 2011 (RC 2972/2009):

“En un único motivo de casación, formulado al amparo del artículo 88.1.c) LJ, alega que la sentencia de instancia infringe el artículo 22 del real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre que aprueba el Reglamento sobre colaboración de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social a la gestión de la Seguridad Social, en relación con la resolución de 22 de diciembre de 1998, de la Intervención General de la Administración del Estado por el que se aprueba la adaptación a las mutuas citadas del Plan General de Contabilidad, aprobado por Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 6 de mayo de 1994.

La sentencia de instancia se basó en una repetida doctrina de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional que, sin embargo, ha sido

corregida por este Tribunal en sentencia de 27 de mayo de 2009 , que sienta una doctrina mantenida después en las de 10 de junio y 17 de julio de 2009. Como decimos en esas sentencias el criterio de la Mutua Universal, Mugenat, confirmado por la sentencia recurrida "contradice lo dispuesto por el art. 22 del Real Decreto 1.993/1.995, de 7 de diciembre , Reglamento sobre colaboración de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social cuando expresa que: "1. Las Mutuas llevarán su contabilidad al corriente y de forma clara y precisa, de manera que permita conocer en todo momento su verdadera situación económica y financiera y rendir, con referencia a cada ejercicio económico, que se ajustará al año natural, sus cuentas anuales. 2. Las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, en su condición de Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social y administradoras de fondos públicos, deberán ajustarse, dentro del régimen de la contabilidad pública, al Plan General de Contabilidad de la Seguridad Social, estando sometidas a la rendición de las cuentas de su gestión al Tribunal de Cuentas".

"Y ese ajuste de la Mutuas al Plan General de Contabilidad dispuesto por la Resolución de 22 de diciembre de 1998, de la Intervención General de la Administración del Estado, por la que se aprobó la adaptación del Plan General de Contabilidad Pública, aprobado por Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 6 de mayo de 1994, a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social obliga a que las prestaciones controvertidas deban contabilizarse como gastos en el ejercicio en que se producen y como ingreso en el ejercicio en que se produzca el recobro o reintegro, y ello con independencia que ese ingreso o recobro sea un hecho cierto desde el momento en que se produce su abono. Únicamente con este modo de proceder se respetan los criterios contables a los que las Mutuas quedan sometidas."

XIII.7.2. Botiquines.

Su reposición corre a cargo de la Seguridad Social, pero sólo en su contenido mínimo reglamentariamente establecido. STS 30 marzo 2011 (RC 4811/2009).

XIII.8. ENTIDADES COLABORADORAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

XIII.8.1. Compensación por la colaboración en la gestión.

Vigencia del régimen de colaboración en la gestión de la asistencia sanitaria y de la incapacidad laboral transitoria derivadas de enfermedad común y accidente no laboral previsto en el art. 77.1.b) del TRLGSS. Múltiples recursos, todos idénticos. Entre las más recientes SSTs 22 mayo 2012 (RC 2846/2009), 17 mayo 2012 (RC 2851/2009), 3 mayo 2012 (RC 2658/2011), 10 abril 2012 (RC 1457/2010), 14 febrero 2012 (RC 5212/2010), 31 octubre 2011 (RC 4242/2009), 28 junio 2011 (RC 4597/2010), 20 junio 2011 (RC 4608/2010), 3 junio 2011 (RC 3481/2010), 14 abril 2011 (RC 3515/2009).

Dice la primeramente citada (STS 22 mayo 2012, RC 2846/2009):

"Los dos motivos, en realidad, plantean una temática común, que es la relativa a la subsistencia del régimen de colaboración con la Seguridad Social previsto en el art. 77.1.b) del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio , por el que se aprueba

el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, con anterioridad a la supresión de dicho apartado -con efectos de 1 de enero de 2009- por la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009, y a resultas de lo dispuesto en la disposición transitoria sexta de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

En concreto, el motivo numerado como primero en el escrito del Abogado del Estado considera que la Sentencia infringe "la Disposición Transitoria Sexta de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, en relación con el Real Decreto 1830/1999, de 27 de agosto, las Órdenes del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 26 de enero de 1998, 15 de enero de 1999, 28 de enero de 2000 y 29 de enero de 2001, el art. 77.1.b) de la Ley General de la Seguridad Social y el art. 4.2 del Código Civil".

Sustenta igualmente que el fallo no es conforme a Derecho "porque el régimen de separación de fuentes de financiación entre el Sistema Nacional de Salud y la Seguridad Social terminó en 1999, lo que conllevó la desaparición de la modalidad de colaboración social en la gestión de la asistencia sanitaria previsto en el art. 77.1.b) de la Ley General de Sanidad, aunque éste no haya sido formalmente derogado.

Así resulta de la Disposición Transitoria Sexta de la Ley 66/97, norma de carácter temporal, aplicable en tanto culmina el proceso de separación de fuentes. Norma especial o específica que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 4.2 del Código Civil, no puede aplicarse a situaciones distintas de las contempladas en ella".

Y tras referirse a los antecedentes normativos que menciona mantiene que la misma demuestra "que el régimen de colaboración que sirve de fundamento a la pretensión de compensación económica reconocida por la sentencia que se recurre había dejado de existir en 1999; no siendo precisa, como tenemos dicho, la derogación formal del art. 77.1.b) de la Ley General de la Seguridad Social.

(...)

El motivo no puede prosperar. Esta Sala y Sección en múltiples ocasiones ha rechazado motivos idénticos (incluso en su redacción) aducidos en recursos de casación interpuestos por el Sr. Abogado del Estado frente a Sentencias en las que se resolvían supuestos similares al aquí decidido (así, sentencias de 15 de diciembre de 2006, recurso 1793/2004; de 8 de febrero de 2008, recurso 2127/2005; de 22 de julio de 2008, recurso 6280/2004; o, entre las más recientes, sentencias de 14 de abril de 2011, recurso 3515/2009; de 3 de junio de 2011, recurso 3481/2010; de 20 de junio de 2011, recurso 4608/2010; y de 31 de octubre de 2011, recurso 4242/2009). Y lo ha hecho de conformidad con los argumentos que ahora vamos a reiterar por evidentes razones de unidad de doctrina y seguridad jurídica.

En síntesis, poníamos de manifiesto en dichas resoluciones que no resulta aceptable que una colaboración de décadas entre la empresa demandante en instancia y la Administración de la Seguridad Social pueda quedar extinguida por voluntad tácita de la Administración, sin comunicación expresa alguna, permitiendo al tiempo que la entidad colaboradora persista en la gestión de la asistencia sanitaria y de la incapacidad laboral derivadas de enfermedad común y accidente no laboral, conforme al apartado 1.b.) del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, sin recibir la contraprestación económica correspondiente, es decir la participación en la fracción de la cuota correspondiente a tales situaciones y contingencias.

Por ello no resulta admisible la invocada conculcación de la Disposición Transitoria Sexta de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales , Administrativas y del Orden Social.

Tampoco se ha vulnerado el Real Decreto 1380/1999, de 27 de agosto, que establece el procedimiento para hacer efectivo el importe de la compensación económica a las empresas que colaboran en la gestión de la asistencia sanitaria, correspondiente a 1998, de acuerdo con lo establecido en la disposición transitoria sexta de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre. Cabe aceptar que el mencionado Real Decreto agotó su vigencia respecto al período considerado.

Mas la omisión de la Administración en el dictado de un nuevo procedimiento para obtener, en los años sucesivos, la compensación económica a que se refiere la disposición transitoria sexta de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, no puede significar que se hubiera producido la extinción del régimen de colaboración ya que la ausencia de término expreso de finalización en la norma legal exige, por tanto, un acto expreso debidamente notificado a la empresa colaboradora. Su falta, conlleva, "a contrario sensu", entender persistente la colaboración y, por ende, el derecho al resarcimiento económico cuyo procedimiento para hacerlo efectivo, ante la ausencia de norma reglamentaria, es el fijado por la Sala de instancia.

Lo expuesto es bastante para desconocer el argumento que esgrime el motivo de que la Disposición Transitoria Sexta de la Ley 66/1997 era una norma especial o específica que no podía aplicarse a situaciones distintas de las contempladas en ella sin vulnerar el art. 4.2 del Código Civil que dispone que: "las leyes (...) de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas". No es posible concebir que esa norma sólo pudiera regir en el ejercicio posterior al que se promulgó por que los efectos que estaba llamada a producir para extinguir la situación que se quería remediar no cumplieron el objetivo que buscaban, y la situación que pretendía clausurar no concluyó con ella sino que continuó vigente a ciencia y paciencia de la Administración que siguió consintiéndola y beneficiándose de su existencia. Que esos fueran sus designios no podrá ponerse en duda, pero que no se hicieron efectivos es igualmente indudable, de modo que no es posible creer que fuera de aplicación el artículo del Código Civil expresado. En definitiva con esta afirmación no hacemos más que apoyar o apostillar las razones ya conocidas y expuestas en las Sentencias precedentes citadas".

En el caso de la STS 28 octubre 2011 (RC 3541/2009), llegó a reconocerse esta compensación por silencio positivo.

“Ahora bien, a partir de lo anterior, la sentencia instancia no podía analizar la cuantía y extensión de la compensación por cuanto la misma ha resultado estimada por silencio positivo, y ello genera una estimación total de lo solicitado, ya que de entender lo contrario, estaríamos admitiendo una suerte de "silencio administrativo positivo parcial" y por ello , admitir que es posible adquirir por silencio facultades en contra del Ordenamiento Jurídico, lo que proscribe el artículo citado ya 62.1 F de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Así la sentencia de instancia únicamente debió analizar si se había producido la estimación por silencio de la solicitud de compensación efectuada y si ello era así proceder a estimar el recurso, anular la Resolución recurrida por ser contraria al Ordenamiento Jurídico y declarar la existencia del verdadero acto presunto, sin entrar analizar el fondo”.

Tan reiterativos resultan estos recursos que los que se interponían por el Abogado del Estado contra las SSAN que estimaban el recurso interpuesto por las entidades colaboradoras han sido inadmitidos por haberse desestimado recursos de casación sustancialmente iguales. SSTS 24 abril 2012 (RC 2383/2011), 14 febrero 2012 (RC 4242/2010), 5 abril 2011 (RC 3915/2009).

XIII.9 DEVOLUCIÓN DEL PATRIMONIO INCAUTADO A LOS SINDICATOS TRAS LA GUERRA CIVIL

Ley 4/1986, de 8 de enero de cesión de bienes del Patrimonial Sindical Acumulado. Y Ley 43/1998, de 15 de diciembre, de Restitución o Compensación a los Partidos Políticos de Bienes y Derechos Incautados en aplicación de la normativa sobre responsabilidades políticas del período 1936-1939.

Jurisprudencia general en STS 10 junio 2010 (rec. cont-adm. 525/2008)

XIII.10. DERIVACIÓN DE RESPONSABILIDAD POR DEUDAS SS

a) Sucesión de empresas (art. 44 ET): requisitos:

“SEXTO.- Esta Sala y Sección en su sentencia de 19 de julio de 2002, recurso de casación 8802/1997 FJ 4º declaró que para interpretar, el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, “deben tenerse en cuenta las declaraciones más recientes de la Sala Cuarta de este Tribunal, la cual atiende circunstanciadamente a cada caso, observando, entre otros extremos, con especial relevancia, si ha existido un procedimiento no transparente de transmisión y la forma de adquisición de la titularidad o del uso de algunos elementos patrimoniales de la anterior empresa, que la liquidación de ésta hace posible (v. gr., sentencia del Tribunal Supremo [Sala Cuarta] de 20 de julio de 2001 [recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3608/2000]).

Y en la Sentencia de 4 de febrero de 2003, recurso de casación 8625/1997, esgrimida por la recurrente, en su FJ 4º dijo .”Lo que ha de resaltarse de la resultancia fáctica reducida a la mera adquisición del inmueble y maquinaria incorporada, así como a la baja y alta consecutiva del personal laboral (únicos hechos realmente declarados probados en la sentencia recurrida) y la integración de esos hechos con lo que se ha declarado demostrado en el fundamento anterior, es si cabe deducir, con arreglo a los preceptos y doctrina jurisprudencial vulnerados en este motivo de casación -según se alega- que la adquisición consecuencia de la subasta rematada por auto de adjudicación de 11 de octubre de 1.990 supuso la subrogación de la empresa rematante en la titularidad y explotación de la industria que venía desempeñando la sociedad en suspensión de pagos y liquidación "Helisold Ibérica", entrando en posesión de una unidad económica susceptible de inmediata actividad, o pendiente solamente, para ser así, de meras formalidades administrativas.

La recta interpretación de los artículos 44 y 51.11 del Estatuto de los Trabajadores, en conexión con los actuales artículos 104.1 y 127.1 y 2 de la Ley de Seguridad Social, complementados por el artículo 10 del Reglamento de Recaudación más arriba citado nos llevan a la conclusión contraria, tal como ha venido siendo interpretada la aludida normativa por las Sentencias ya mencionadas de la Sala Cuarta

de este Tribunal Supremo y la acordada por esta misma Sala Tercera en su resolución de 20 de febrero de 1.998, en la que se hace especial hincapié en la posibilidad de inmediata iniciación de la actividad de la nueva empresa-unidad productiva como baremo indicador de la sucesión recogida en dichos preceptos.“

Vemos, pues, que esta Sala no solo atiende a las circunstancias del caso sino esencialmente a la existencia de empresa que puede ser puesta en marcha de inmediato por existir todos los elementos para su funcionamiento.

SEPTIMO.- En el momento presente la doctrina de la Sala de lo Social respecto al art. 44 ET se muestra conteste. Y así.

1. En sentencia de 23 de noviembre de 2004 recaída en recurso 6432/2003 para la unificación de doctrina expresa en su FJ 2º.2 cuyos aspectos esencial son reiterados en la Sentencia de 25 de setiembre de 2008, recurso 2362/2007 que “...se requiere la concurrencia de un elemento básico cual es el que la titularidad de la empresa o el centro de trabajo pase de una persona a otra, entendiendo por empresa o centro de trabajo una unidad de producción susceptible de continuar una actividad económica preexistente, o como con acertado criterio señala el apartado 2 del texto actualmente vigente, introducido a partir de la transposición efectuada de la Directiva 2001/23//CE del Consejo de 12 de marzo de 2001, que “la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria” – art. 1.b) -, pues solo a partir del cumplimiento de esa condición esencial puede empezarse a discutir sobre el alcance de aquella transmisión sobre los derechos de los trabajadores. ...”

“La tradición jurídica de esta Sala ha exigido en la interpretación y aplicación del art. 44 ET que concurrieran los dos elementos o requisitos subjetivo y objetivo consistentes respectivamente en la sustitución de un empresario por otro en una misma actividad empresarial y en la transmisión del primero al segundo por cualquiera de los medios admitidos en derecho de los elementos patrimoniales necesarios para continuar la actividad empresarial - por todas SSTs 3-10-1998 (Rec.-5067/97), 15-4-1999 (Rec.-734/98), 25-2-02 (Rec.-4293/00), 19-6-02 (Rec.-4225/00), 12-12-2002 (Rec.-764/02), 11-3-2003 (Rec.-2252/02) con cita de otras muchas anteriores aun cuando en relación con la necesidad de transmitir elementos patrimoniales se haya introducido recientemente una modificación de criterios en relación con las empresas de servicios en aplicación de la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas - STS 27-10-2004 (Rec.-899/2002)-. En relación con ello procede constatar que el indicado Tribunal comunitario ha señalado como elemento fundamental para determinar si existe o no sucesión empresarial el de que se haya transmitido una entidad económica organizada de forma estable, o sea, que se haya producido la transmisión de un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objeto propio y cómo la realidad de aquella transmisión garantista puede deducirse no solo de la transmisión de elementos patrimoniales sino del hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, que se haya transmitido o no la clientela o del grado de analogía entre las actividades ejercitadas antes y después de la transmisión – SSTJCE 18-3-1986, Asunto Spijkers o 19-5-1992, Asunto Stiiching, 10-12-1998 Asunto Sánchez Hidalgo, 2-12-1999 Asunto Allen y otros, 24-1-2002 Asunto Temco, entre otras -. En definitiva, hoy lo importante y trascendental es que se haya producido aquella sustitución subjetiva de empresarios o entidades, lo que habrá que concretar en cada caso a partir de las particulares circunstancias concurrentes”.

"En el presente caso, apreciada la adquisición por la entidad recurrente tan sólo del inmueble sobre el que se asentaba la explotación anterior, sin maquinaria, ni otros enseres necesarios para su continuidad, no se puede deducir de ello, que se haya producido la transmisión de un conjunto organizado de elementos que reúna las características de una explotación autónoma, porque lo transmitido fue como se ha dicho, un inmueble y nada más".

2. En la sentencia de 25 de febrero de 2002, recurso de casación para la unificación de doctrina 4293/2000 Sala General, invocada por la recurrente, además de la cita de la doctrina del Tribunal de Justicia referenciada en la que acabamos de reproducir se dice en su FJ 3.1 que " lo que los trabajadores integrantes de las empresas recurrentes hicieron fue crear dos nuevas empresas sobre las cenizas de una empresa anterior quebrada. Y ello no permite hablar de sucesión a los efectos del art. 44.1 ET que contemplamos porque, por encima de las palabras utilizadas en la letra del precepto o en las sentencias interpretativas del mismo, lo que se trasluce de ellas es la exigencia de que se haya producido una transmisión de activos patrimoniales y personales, o sea, de elementos que permitan continuar una explotación empresarial "viva", que es lo que podría permitir hablar de la permanencia en su identidad."

Observamos que la simple transmisión de un inmueble no comporta sucesión empresarial y que la transmisión de un bien en subasta judicial de una empresa quebrada no significa la continuidad de una empresa".

PARTE SEGUNDA. SISTEMA DE FUENTES

I.1. RELACIONES DERECHO INTERNO – DERECHO COMUNITARIO

I.1.1. Primacía del derecho comunitario

STS 24 febrero 2010 (RC 5911/2007):

"El segundo y último de los motivos de casación, formulado, ahora sí, al amparo del citado art. 88.1.d), afirma que la sentencia de instancia infringe la Ley 40/1997, de reforma de la Ley 4/1989, que también hacía referencia expresa a la exigencia de que no hubiera otra solución satisfactoria y que fue interpretada por este Tribunal Supremo en su sentencia de 24 de noviembre de 2003, entendiéndose entonces que facultaba al órgano foral para en ejecución de la misma dictar la Orden Foral que autorizaba la contrapasa.

Pero a partir de ahí, el motivo se hace de nuevo poco comprensible. Sobre todo cuando dice que la sentencia de instancia "se ha basado en una Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 9 de junio de 2005, que en su fundamentación (ptos. 15 a 28) aplica directamente la Directiva de forma contraria y olvidando la transposición efectuada por la Ley 40/1997, de 5 de noviembre (que reformaba la Ley 4/1989), que fue interpretada por el Tribunal Supremo en Sentencia de 24 de noviembre de 2003". Si lo que se quiere decir es que frente a la Directiva y su interpretación por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas debe prevalecer la ley estatal y la interpretación de ésta hecha por este Tribunal Supremo, nuestra respuesta ha de ser

rotundamente negativa, pues el efecto útil de las Directivas permite al particular invocarlas ante el Juez nacional también cuando la norma de transposición se tache de inadecuada o insuficiente, obligando el principio de primacía a que éste aplique la interpretación hecha por aquel Tribunal de Justicia, inaplicando por su propia autoridad cualquier disposición contraria de la legislación nacional”.

I.2. RELACIÓN NORMAS BÁSICAS – NORMAS DE DESARROLLO

I.2.1. Doble dimensión, formal y material, de normas “básicas”

STS 5 julio 2011 (RC 2045/2010).

“En cuanto a los requisitos de las normas básicas, también insistimos (STC 188/2001 ,F.8) en la doble dimensión formal y material que tiene que caracterizar a aquéllas. En concreto, con referencia especial a la STC 69/1988 , señalamos que la dimensión formal se manifiesta a través de la inclusión de la norma básica en la Ley formal, lo que garantiza «una determinación cierta y estable de los ámbitos de ordenación de las materias en las que concurren y se articulan las competencias básicas estatales y reglamentarias autonómicas». Si bien, por excepción, admitíamos también que el Gobierno pueda servirse de su potestad reglamentaria para regular algunos de los aspectos básicos de una materia mediante Decreto, «cuando resulten, por la naturaleza de ésta, complemento necesario para garantizar el fin a que responde la competencia estatal sobre las bases». En estos casos, el carácter básico de la norma reglamentaria también debe explicitarse, aceptándose excepcionalmente que no sea así cuando ello se infiera indudablemente de su propio contenido.

En lo concerniente a la dimensión material de las normas básicas, siempre hay que estar a la valoración concreta de la norma, apreciando si la misma contiene los criterios determinantes para la ordenación del segmento sustantivo de que se trate, criterios dotados, en principio, de una cierta estabilidad y que constituyen, por así decirlo, el mínimo común normativo de dicho segmento (STC 141/1993, de 22 de abril , F.3, entre otras muchas)" , STC 212/2005, de 21 de julio, Conflicto positivo de competencia nº 4215/1996”.

I.2.2. Normas básicas constituyen un “común denominador normativo” que debe dejar espacio a las CC.AA. para desarrollar su propia política.

STS 19 junio 2012 (rec. 219/2011):

“Nuestro razonamiento parte del concepto material de "normas básicas", que identifica a aquéllas que, en las "materias" en que la Constitución las exige, garantizan en todo el Estado un común denominador normativo necesario para asegurar de manera unitaria y en condiciones de igualdad los intereses generales. Y toma en cuenta que el deseable componente formal de aquéllas, de su identificación expresa en un texto con rango de ley, admite lógicas salvedades, pues normas básicas, no denominadas así en leyes preconstitucionales, pueden encontrarse en éstas si de su contenido se infiere en efecto que son unas que establecen ese común denominador normativo en la "materia" en que es necesario, con la conveniencia entonces de que su identificación como tales no deje de hacerse, complementándolas incluso, en las que acometan su desarrollo reglamentario”.

STS 24 mayo 2012 (RC 4892/2010)

“Por tanto, plasmado este marco básico estatal, la Comunidad Autónoma ha de poder tener espacio de desarrollo respetando aquel como mínimo común denominador. Como se establecía en la STC 235/1999, cuando la Constitución utiliza el término “bases”, comprende funciones normativas que aseguren un tratamiento uniforme, unos mínimos a modo de reglas a partir de las cuales las Comunidades Autónomas que hayan asumido competencias en la materia por permitirlo el marco constitucional y expresarlo en el correspondiente Estatuto de Autonomía, puedan ejercerlas, desarrollarlas, exteriorizar una opción política propia y específica de un modelo asumido. La sentencia de instancia cita STC que son fundamentales en la conjugación de este modelo de imbricación bases-desarrollo, que ya no requiere que reiteremos”.

I.2.3. Prevalencia de la ley básica posterior sobre la ley autonómica anterior: efecto “desplazamiento”

STS 7 abril 2009 (RC 418/2006):

“Lejos de incurrir en las infracciones que se denuncian, lo que la Sala de instancia hace es aplicar correctamente uno de los principios o efectos que rigen las relaciones existentes entre la normativa estatal básica y la autonómica de desarrollo: el denominado de desplazamiento de la ley autonómica previa por la posterior ley estatal básica.

En nuestra sentencia de 13 de octubre de 2003, dictada en el recurso de casación número 2602/2000, sintetizamos el sistema de relaciones existente entre el ordenamiento estatal, de un lado, y los distintos ordenamientos autonómicos, de otro, señalando en lo que ahora importa lo siguiente: Que los principios de unidad y de jerarquía informan internamente cada uno de ellos, siendo el de competencia, y no esos otros dos, el que rige la articulación entre ambos ordenamientos. Que el reconocimiento por virtud de este principio de un ámbito propio para el ordenamiento autonómico, se produce sin perjuicio de la articulación de éste y del estatal en el “supraordenamiento” constitucional, de suerte que la separación entre ordenamientos no es absoluta, sino que encuentra una articulación superior en la Constitución como norma fundamental o norma “normarum”. Y que cuando el reparto competencial actúa sobre una misma materia mediante el concurso, para su regulación global, de normas estatales básicas y autonómicas de desarrollo, surgen entonces entre ambas los efectos denominados de preclusión y de desplazamiento. Por el primero, queda cerrada para la norma autonómica, sin posibilidad de que ésta la replantee, la regulación que como propia del Estado global, del Estado en su integridad, haya hecho la previa norma estatal básica. Y por el segundo, queda desplazada la autonómica previa por la estatal básica posterior: ésta, en lo que dispone con tal carácter, desplaza a aquélla, que queda inaplicable e ineficaz hasta tanto no varíe o se modifique, haciéndolas compatibles, la estatal básica.

A ese principio o efecto denominado de desplazamiento se ha referido este Tribunal Supremo en diversas ocasiones (así, entre otras, en sus sentencias de 19 de septiembre de 2006, 11 de mayo y 7 de septiembre de 2007 y 30 de julio de 2008). Y lo ha aplicado de modo coincidente a como lo aplica la Sala de instancia en la sentencia recurrida, en un supuesto cuyo planteamiento inicial era similar al de autos: norma autonómica (Ley Valenciana 6/1994) anterior a la básica estatal (Ley 7/1997); y norma reglamentaria (Modificación del Plan General de Ordenación Urbana de Valencia)

aprobada en virtud de lo previsto en la ley autonómica, pero después de la entrada en vigor de la estatal básica y contradiciendo a ésta.

En tal supuesto (sentencia de 20 de febrero de 2007, dictada en el recurso de casación número 4381/2003), y ante motivos de casación que también denunciaban, en esencia, la infracción consistente en inaplicar una ley autonómica sin plantear previamente la cuestión de inconstitucionalidad, respondió este Tribunal negando que tales motivos pudieran ser acogidos: "lisa y llanamente -decíamos- porque la Sala de instancia no declara inconstitucional ni nula ninguna norma con rango de Ley, sino que se limita, como le compete, a seleccionar la norma aplicable; labor en la que le es perfectamente lícito «desplazar» una Ley autonómica cuando otra posterior, estatal, ha declarado el carácter de legislación básica de una determinada regulación a la que no se ajusta la establecida en aquélla".

V. también SSTS 24 abril 2012 (RC 3734/2009) y 27 marzo 2012 (RC 4285/2010). Vid. apartado "Derecho administrativo; Patrimonio histórico; caducidad; no es necesaria la denuncia de la mora".

I.2.4. Contradicción entre normas básicas y normas de desarrollo.

I.2.4.1. La contradicción expresa implica su nulidad.

Así, STS 15 marzo 2011 (RC 3506/2008), con cita de las SSTS 10 y 12 noviembre 2009 (RRCC 5974/2007 y 241/2008), sobre Decretos autonómicos de desarrollo de la llamada "Ley anti-tabaco" (Ley 28/2005, de 26 de diciembre).

"La cuestión planteada, que supone en definitiva el contraste entre los rigurosos requisitos impuestos por el art. 11 de la Ley 28/2005, en su redacción inicial, en orden a la posibilidad de establecer zonas en que esté permitido fumar en locales de restauración, se ha suscitado en dos ocasiones anteriores a esta Sala en términos estrictamente similares.

En efecto, la redacción incorporada al art. 11 del Decreto 53/2006, del Consell de la Generalidad Valenciana, es cabalmente idéntica a la incluida sobre la misma cuestión en los Decretos riojano y castellano-leonés de desarrollo de la Ley de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, suministro, consumo y publicidad de los productos del tabaco. Dado que sobre estos últimos ya nos hemos pronunciado, en sentencias de 10 y 12 de noviembre de 2009 (recc. 5974/2007 y 241/2008), hemos de reproducir hoy la fundamentación contenida en la primera de las sentencias citadas, F. 6, que fue también reproducida en la segunda:

"De la lectura del precepto del Decreto se desprende de inmediato que el mismo no cumple el estándar de exigencia que impone la Ley para que se puedan habilitar esas zonas para fumadores en los locales cuya superficie útil lo permite.

La Ley en el número 2.b) permite que se habiliten zonas para fumadores siempre que estén "separadas físicamente del resto de las dependencias del centro o entidad y completamente compartimentadas, y no sean zonas de paso obligado para las personas no fumadoras, salvo que éstas tengan la condición de trabajadoras o empleadas en aquéllas y sean mayores de dieciséis años". La expresión separación física del resto de las dependencias que se complementa con la de que estén

completamente compartimentadas, es claramente más exigente que la del Decreto que exige sólo que estén separadas. Y además la Ley añade que no sean zona de paso obligado para no fumadores. Esas exigencias no las satisface el Decreto cuando manifiesta que deben estar separadas. Obsérvese que la Ley dice físicamente separadas y completamente compartimentadas, y eso va bastante más allá de la expresión del Decreto separadas y compartimentadas con cualquier elemento que garantice que el espacio destinado a no fumadores permanezca libre de humos.

Y lo mismo ocurre con el apartado c) de la Ley que exige que esas zonas físicamente separadas y totalmente compartimentadas y que no sean paso obligado para los no fumadores posean sistemas de ventilación independientes u otros dispositivos o mecanismos que garanticen la eliminación de humos. Por el contrario el Decreto pretende satisfacer esa exigencia disponiendo que posean sistemas de ventilación adecuados, no propios o independientes, que eviten que el humo se desplace a las zonas en las que está prohibido el uso del tabaco. Exigencia claramente insuficiente”.

Aplicando la anterior doctrina, debe estimarse el primer motivo de casación formulado por la Abogacía del Estado...”.

En parecidos términos, STS 24 febrero 2010 (RC 2223/2008), que confirmó la sentencia que anulaba el Decreto de Castilla-La Mancha que incluyó la prohibición de discriminación por razón de sexo en la educación cuando todavía estaba vigente la LOCE, que no incluía como causa de discriminación el sexo de los alumnos (sí lo incluye ahora ya la LOE):

“En consecuencia es claro que el Gobierno de la Comunidad Autónoma cuando dicta el Decreto recurrido es consciente de que introduce de modo subrepticio un nuevo criterio de no discriminación, el de sexo, en el artículo 2.4, que contraviene lo establecido en la Ley Orgánica vigente y que, por tanto, va más allá de la norma legal básica a la que contradice, excediendo de ese modo el derecho que posee de desarrollo legislativo y ejecución de la enseñanza en toda su extensión, niveles, grados y modalidades, pero que no alcanza a contradecir lo dispuesto en la norma orgánica estatal vigente.

De ahí que no pueda compartirse el criterio de la recurrente de que la Sentencia debió de tener en cuenta la existencia de la posterior Ley Orgánica 2/2.006, de 2 de mayo, de educación, cuyo artículo 84 sí introduce ya, como criterio de no discriminación en la admisión de alumnos en los centros sostenidos con fondos públicos, juntos a los anteriores ya conocidos, el del sexo. Y ello porque lo que juzgaba la Sala de instancia era la conformidad o no a Derecho de la norma recurrida, y, evidentemente, no podía aplicar la norma posterior puesto que las leyes no producen efectos retroactivos, salvo en los supuestos excepcionales, que no son del caso.

Junto a lo expuesto conviene tener también en cuenta el argumento utilizado por la recurrente en la instancia, y reiterado en la oposición al motivo en el sentido de recordar que la Convención de la UNESCO aprobada el 14 de diciembre de 1.960, relativa a la lucha contra las discriminaciones en materia de enseñanza, y ratificada por España en 1.969, y que de conformidad con el art. 10 de la Constitución es norma vigente en nuestro país, tras definir en el artículo 1...

Es decir que la educación separada por sexos era conforme en España y estaba autorizada de acuerdo con la Convención puesto que el Estado la admitía, y desde

luego así resultaba hasta la derogación de la Ley Orgánica 10/2.002 en desarrollo de la cual se dictó el Decreto 22/2.004 de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha. Y desde luego hay que admitir que dejó de serlo para los Centros Docentes sostenidos con fondos públicos una vez que la Ley Orgánica 2/2.006 introdujo como criterio de no discriminación en el art. 84 en el proceso de admisión de alumnos el relativo al sexo imponiendo definitivamente en esos centros el criterio de la coeducación.

A ello no es óbice que unos pocos meses después de dictarse la sentencia de instancia, esta Sala en Sentencia de 16 de abril de 2.008, pronunciada en el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de las personas, declarara la legalidad del Decreto y la Orden también aquí recurridos, cuando introdujeron ese nuevo criterio al entender que: "El sistema de educación diferenciada, en lo que se refiere a los centros concertados, no forma parte del contenido esencial del derecho a la dirección que corresponde a sus titulares como una manifestación del derecho a la libertad de enseñanza reconocida en el artículo 27 CE".

I.2.4.2. Pero no es exigible una reproducción de la norma básica aplicable, de tal manera que el silencio de la norma autonómica de desarrollo, si puede coordinarse con la norma estatal, es conforme a Derecho.

Así, SSTS 5 junio 2012 (RC 3905/2011) y 25 septiembre 2012 (RC 237/2012).

"El primero de los motivos de casación, formulado, al igual que los ocho restantes, al amparo del art. 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción, denuncia la infracción por aquel fallo desestimatorio del art. 16 del Reglamento de Normas Básicas sobre Conciertos Educativos, aprobado por Real Decreto 2377/1985, de 18 de diciembre, pues el Anexo IV de la Orden de 14 de mayo exige cumplir unas "ratios alumnos/unidad", mientras que la "ratio legal" exigida por dicho art. 16 es, a juicio de la parte, la "ratio alumnos/profesor".

No compartimos tal criterio y desestimamos por tanto el motivo.

Ese art. 16 no impone como obligación del centro concertado la de tener una ratio sólo definida por la relación alumnos/profesor, como parece dar a entender el motivo, sino, más bien, y como es lógico, "una relación media alumnos/profesor por unidad escolar". Por ello, para que aquella literal expresión de aquel Anexo IV, "ratios alumnos/unidad", pudiera reputarse contraria a dicho artículo, sería necesario que de ella se siguiera como efecto (lo que no es así, ni vemos alegado) la eliminación para los Conciertos Educativos a que se refieren las Órdenes impugnadas de la exigencia de mantener o cumplir, también, la relación alumnos/profesor establecida para cada uno de los niveles educativos".

I.3. SUPLETORIEDAD DEL DERECHO ESTATAL:

I.3.1. La norma autonómica "completa" desplaza a la estatal

a) Ante una regulación “completa” no puede aplicarse “supletoriamente” el Derecho del Estado.

SSTS 7 febrero 2012 (RC 611/2010) y 29 mayo 2012 (RC 4570/2010), sobre la no exigencia por el Derecho valenciano del informe de impacto por razón de género sí exigido por el art. 24.1 de la Ley del Gobierno. Vid. apartado Reglamentos, procedimiento de elaboración. Estas SSTS estiman el recurso de casación por “aplicación indebida del art. 149.1.3 CE”. Pero también puede denunciarse aplicación indebida del precepto estatal.

b) Si la sentencia recurrida descansa en un precepto de la ley estatal incurre en infracción de ese precepto por aplicación indebida del mismo.

STS 21 julio 2011 (RC 1646/2009):

“El tercer y último motivo de casación "al amparo del art. 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional " denuncia "infracción por aplicación indebida del artículo 194 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976 ; e infracción por incorrecta aplicación de la STS de 7.11.2002 ".

Sostiene la Administración recurrente que el artículo 194 del TRLS de 9 de abril de 1976 no resulta aplicable pues ha de entenderse derogado por la legislación posterior en materia de haciendas locales, citando entre otras, "la Ley 39/1988 y actualmente por el Real Decreto Legislativo 2/2004 de 5 de marzo , que aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales". En cualquier caso, sostiene que su vigencia sería de "carácter supletorio en tanto no existiera una regulación específica de los patrimonios públicos de suelo en este punto", lo que no sucede en la Comunidad Valenciana, al contar ésta con legislación urbanística propia.

Y ha de estimarse el presente motivo de casación, por cuanto, como afirma la Administración recurrente, la Sentencia de instancia estimatoria del recurso interpuesto, descansa sobre un precepto que no resultaba aplicable al caso debatido, al contar la Comunidad Autónoma Valenciana, en la fecha en que se tramitaron y aprobaron los presupuestos cuestionados, con legislación propia en materia urbanística, la Ley 6/1994, de 15 de noviembre, Reguladora de la Actividad Urbanística , ley autonómica que, si bien en su versión primitiva, no regulaba la institución del Patrimonio Municipal del Suelo, legitimando por tanto la aplicación del precepto debatido, -el artículo 194 TRLS-76-, fue objeto de modificación posterior por Ley 16/2003, de 17 de diciembre , añadiendo a éste texto normativo los artículos 100 y 101 , dedicados a la regulación del Patrimonio Municipal del Suelo, y por tanto, de forma previa al momento de aprobación del Acuerdo Plenario del Ayuntamiento de Valencia de 29 de diciembre de 2.005, por el que se aprobó el presupuesto de la Corporación para el año 2006. La aprobación de normativa autonómica específica, reguladora del Patrimonio Municipal del Suelo, determinó, sin lugar a dudas, desde su entrada en vigor, con carácter previo a la fecha de adopción del Acuerdo recurrido, que lo dispuesto en el artículo 194 del TRLS de 1976 perdiera su vigencia en la Comunidad Autónoma de Valencia, rigiendo en aquel entonces exclusivamente la normativa básica estatal (lo que quedaba vigente del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992) y la normativa autonómica, la Ley 6/1994, de 15 de noviembre, Reguladora de la Actividad Urbanística , modificada por la Ley 16/2003, de 17 de diciembre (en cuanto esta normativa autonómica sustituyó a lo dispuesto al efecto en el TRLS de 1976)”.

I.4. LAS NORMAS CON RANGO DE LEY TIENEN PRESUNCIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD

STS 28 junio 2011 (RC 4257/2010), con cita de la de 8 octubre 2010 (RC 4098/2009).

I.4. RELACIÓN LEY - REGLAMENTO

a) Reserva de Ley y colaboración del reglamento

STS 3 marzo 2009 (rec. cont-adm 50/2007):

“De ahí, que al desarrollar la Disposición General impugnada, las previsiones contenidas en la citada Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, que, permite al Gobierno fijar los requisitos básicos de los centros de formación profesional y a las Administraciones competentes establecer sus requisitos, no podemos afirmar que la Norma impugnada conculque el principio de reserva de Ley, pues no existe obstáculo legal alguno para que, como en el supuesto que analizamos, una ley estatal habilite expresamente a un Reglamento, cual es el aquí impugnado, para concretar y desarrollar sus mandatos en un objeto concreto y determinado, pues como declaró el Tribunal Constitucional en su sentencia 101/1991, de 13 de mayo, es constitucionalmente legítimo que el legislador orgánico se remita al reglamento para completar el desarrollo normativo de las materias reservadas a la Ley Orgánica, siempre que esta delegación se realice en condiciones que no contraríen materialmente la finalidad de la reserva ya que una cesión en blanco del poder normativo defraudaría la precisión constitucional”

STS 2 febrero 2009 (RC 201/2007):

“Avanzando en el examen de la cuestión ninguna duda ofrece que la LOE establece la “promoción” de un curso a otro en el supuesto de la superación del primero o con una evaluación negativa, como máximo, de dos materias. Criterio que, por otro lado, no constituye novedad en nuestro sistema educativo.

Se observa que, independientemente de las distintas denominaciones utilizadas en las sucesivas regulaciones legales que han ordenado el sistema educativo, para “pasar de un curso al siguiente”, “matricularse en el curso siguiente”, “promocionarse” era y es necesario tener superado o el curso en su totalidad o en la casi totalidad de las asignaturas. No debe olvidarse que en el uso de la lengua española una de las acepciones de “promocionar” es subir de categoría.

Por su parte el art. 14.2 del RD permite “la matrícula” condicionada de asignaturas de segundo cuando los que no promocionen a segundo y tengan evaluación negativa en tres o cuatro materias podrán optar entre repetir curso en su totalidad o por matricularse de las materias de primero con evaluación negativa y ampliar dicha matrícula con dos o tres materias de segundo en los términos que determinen las administraciones educativas.

Se constata que la norma reglamentaria permite la inscripción en las asignaturas con evaluación negativa de primero y en algunas de segundo con carácter

condicionado siendo preciso estar en condiciones de promocionar a segundo dentro del curso escolar para que dichas materias puedan ser calificadas. Es de suponer que dicha evaluación y promoción está tomando como punto de partida el apartado tercero del 36 de la LOE -“los alumnos podrán realizar una prueba extraordinaria de las materias que no hayan superado, en las fechas que determinen las Administraciones educativas”- mas dicho apartado tercero debe ser examinado en conjunción con el segundo del mismo precepto relativo a que “los alumnos promocionarán de primero a segundo de bachillerato cuando hayan superado las materias cursadas o tengan evaluación negativa en dos materias, como máximo”.

Vemos, pues, que la dicción literal de la LOE solo ofrece o "la repetición de curso cuando hubiere más de dos evaluaciones negativas" o "la promoción a segundo con dos evaluaciones negativas de primero". No establece la LOE la matrícula condicionada de asignaturas de segundo que si establece el RD en unión de la matrícula de las materias de primero con evaluación negativa.

Significa, pues, que el Real Decreto contempla, además de la repetición de curso que comporta la evaluación negativa de más de dos materias y de la promoción a segundo curso con dos materias, como máximo, con evaluación negativa, una tercera posibilidad reservada a aquellos alumnos que tengan evaluación negativa en tres o cuatro materias que podrán optar por repetir el curso en su totalidad o por matricularse de las materias de primero con evaluación negativa y ampliar dicha matrícula con dos o tres materias de segundo en los términos que determinen las administraciones educativas.

Tal regulación reglamentaria carece de cobertura legal y altera, por completo, el régimen regulador de la LOE.

Instaura una “matrícula condicionada” en modo alguno estatuida en la LOE aunque fuere de uso corriente en el ámbito universitario para supuestos muy determinados. Así se condiciona la eficacia de la matrícula a la veracidad de los datos que se consiguen, cumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa vigente y al pago completo en la forma y términos establecidos. También puede condicionarse a la superación de las Pruebas de Acceso a la Universidad. O, cuando un alumno solicita su preinscripción en varias carreras pero manteniéndose en lista de espera en otras, se le permite realizar una matrícula condicional, de forma que se le reserva plaza en la citada carrera mientras esté en lista de espera en otras titulaciones, etc. Supuestos todos que comportan cumplir los requisitos en el momento temporal de la realización de la matrícula independientemente de que puedan, en unos casos acreditarse, en momento temporal ulterior.

El precepto reglamentario vulnera la LOE al crear una modalidad de estudio del Bachillerato -asignaturas sueltas de primero y asignaturas sueltas de segundo- que no está prefijada en la LOE que constituye el marco a respetar. La introducción de condiciones suspensivas de la eficacia de una matrícula adolece de falta de validez al no tener cobertura en la Ley.

No incumbe a esta Sala decidir si tal opción confiere mejor respuesta a la problemática de la enseñanza del Bachillerato en España (la elevada tasa del fracaso escolar destacada por el Abogado del Estado) otorgando la “flexibilidad” aplaudida por algunos componentes de la Conferencia Sectorial de Educación en la que participan tanto representantes del Ministerio de Educación como de las Consejerías de Educación de las Comunidades Autónomas.

Sin embargo si corresponde a este Tribunal declarar, conforme a lo estatuído en el art. 103.1 CE, que la Administración no ha respetado la Ley, en este caso, la LOE como norma de superior rango a la que se encuentra sometida”.

STS 27 enero 2009 (RC 5661/2006)

“Más adelante la Ley de cofradías se ocupa de la creación, fusión y disolución de estas corporaciones de derecho público pero, en modo alguno, contempla la intervención de las mismas por la Administración gallega. De modo que al no existir en el ámbito de la tutela administrativa establecida en la Ley la posibilidad de intervención de aquellas no es posible que el Reglamento de desarrollo de la Ley permita esa intervención, que sí sería posible efectuar por decreto, pero en virtud de un previo mandato legal inexistente en este supuesto.

(...)

El motivo debe estimarse. La Ley gallega de cofradías nada expresa en cuanto a las condiciones que han de reunir las personas que se elijan para integrar los órganos de dirección de aquellas como son la Junta General, el Cabildo y el patrón mayor. Es el decreto el que en el art. 90.1 al referirse a quiénes pueden ser elegibles para esos cargos exige en el apartado c) que no podrán serlo aquellos que "desempeñen otra actividad profesional principal distinta a la de empresario o trabajador del sector extractivo". No se alcanza a comprender cuál pueda ser la razón de semejante restricción no prevista legalmente, que impida a un armador que tenga otra actividad aún principal, o a un trabajador que realice otra actividad que también pueda tener para él esa condición de importante o principal además de la que lleve a cabo, para ser elegido para ocupar un lugar en los puestos electivos en el ámbito de las cofradías. Se trata por tanto de una condición que restringe el derecho a ser elegido que resulta ilógica y desproporcionada y que por ello debe declararse nula”

I.5. RETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS JURÍDICAS.

I.5.1 Concepto y clases de retroactividad.

STS 14 noviembre 2011 (RC 6171/2009):

“En este punto debe recordarse la ya reiterada distinción , que , de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional -que arranca de la STC 6/1983, de 4 de febrero-, y se recoge en sentencia de esta Sala y Sección de veintiuno de noviembre de dos mil seis, recurso de casación 5277/2004, y otras anteriores de otras secciones , sobre la clasificación de la retroactividad de las normas. Y así, ha de distinguirse entre una retroactividad de grado máximo "cuando se aplica la nueva norma a la relación o situación básica creada bajo el imperio de la norma antigua y a todos sus efectos consumados o no", una retroactividad de grado medio "cuando la nueva norma se aplica a los efectos nacidos con anterioridad pero aún no consumados o agotados" y una retroactividad de grado mínimo "cuando la nueva norma sólo tiene efectos para el futuro aunque la relación o situación básica haya surgido conforme a la anterior".

Esta retroactividad de carácter mínimo es excluida por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo de la retroactividad en sentido propio, ya que la norma afecta a situaciones o relaciones jurídicas actuales no concluidas (sentencias

del Tribunal Constitucional 42/1986, 99/1987, 227/1988, 210/1990 y 182/1997 , entre otras, y sentencias del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1995, 15 de abril de 1997 y 17 de mayo de 1999 , entre otras muchas). Debiendo recordarse que la prohibición de la retroactividad sólo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto y no a los pendientes, futuros, condicionados y expectativas, según reiterada doctrina del Tribunal Supremo. En cuanto a la retroactividad en grado medio, habrá que ver si los efectos a los que afecta son consustanciales al derecho ya adquirido y por tanto los anula o no -sentencia de esta Sala y Sección de quince de diciembre de dos mil diez ,recurso de casación 2649/2009-“.

I.5.2. Retroactividad de reglamentos.

STS 22 febrero 2011 (rec. 135/2010):

“Que nuestra jurisprudencia a propósito de la irretroactividad de las normas reglamentarias, que puede verse, por todas y como más significativas, en las sentencias de 25-11-1997 (recurso contencioso-administrativo núm. 576/1994), 16-9-1998 (recurso de apelación 12366/1991), 26-2 y 17-5-1999 (recursos contencioso-administrativos 89/1996 y 627/1995), 7-6-2002 (2) (recursos de casación 3112/1995 y 5894/1997), 3-6-2003 (recurso de casación 1700/1999), 2-7-2004 (recurso de casación 4013/2001) y 17-5-2005 (recurso de casación 770/2003), no pregona una interdicción general de la retroactividad de las mismas, distinguiendo, por el contrario, tres grados de retroactividad, máximo, medio y mínimo, y afirmando que este último es aceptado pacíficamente por el Tribunal Constitucional y por este Alto Tribunal”.

Interdicción de la retroactividad de grado medio:

STS 15 diciembre 2010 (RC 2649/2009).

“Y en relación con la Disposición Transitoria Segunda afirma el motivo que la Sentencia infringió el Art. 9.3 de la Constitución al anular esa Disposición al entender "que la misma introduce una retroactividad de grado medio, en el que la nueva norma se aplica a los efectos nacidos con anterioridad pero aún no consumados o agotados. Se trataría, en todo caso, de una retroactividad de grado mínimo, en el que la nueva regulación sólo tiene eficacia de futuro, una vez que transcurran los plazos establecidos en la Disposición Transitoria Tercera, contemplada para todos los establecimientos autorizados ante de la entrada en vigor del Decreto, por lo que resulta un contrasentido que dichos establecimientos dispongan de un plazo de adaptación a la nueva normativa cuando no cumplan los requisitos, y que aquellos que están pendientes de autorización, por haberse iniciado ya el procedimiento de instalación y apertura, no deban reunir los requisitos establecidos en la norma en los mismos plazos que el resto de los establecimientos. Por ello, dijimos que el mismo razonamiento y fundamentación que sigue la sentencia de instancia para declarar la conformidad a Derecho de la Disposición Transitoria Tercera, sirve para evidenciar la de la Disposición Transitoria anulada”.

La Sentencia de instancia se ocupó de esa cuestión en el fundamento quinto y mantuvo que en esa Disposición Transitoria Segunda relativa a los expedientes pendientes de resolución sus solicitudes de autorización "se regirán por la normativa vigente en el momento de presentación de su solicitud, aunque deberán adecuarse a los requisitos exigidos en el presente Decreto en los plazos establecidos en la disposición

transitoria tercera del mismo, "es decir de un plazo de seis meses desde la fecha de entrada en vigor para adecuar su equipamiento y un plazo de dos años para adecuar sus instalaciones o dependencias y atendiendo a lo expuesto la Sentencia anuló la misma por contener una retroactividad de grado medio puesto que la nueva norma se aplica a los efectos nacidos con anterioridad pero aún no consumados o agotados pues se exige a los titulares los requisitos del nuevo decreto por lo que procede su anulación.

A lo expuesto por la recurrente opone la recurrida que como esa Disposición Transitoria afecta al capítulo tercero del Decreto que a su vez no sólo se refiere como expresa la Disposición Transitoria Tercera a los equipamientos y a las instalaciones o dependencias de los centros, sino, también, a la dirección técnica de los mismos y por tanto a la cualificación de sus titulares, a la que se refiere el Art. 12 del Decreto cuyo apartado c) se anula por la Sentencia es claro que desde ese punto de vista la Disposición así entendida afectaría a situaciones ya agotadas o consagradas para esos profesionales que poseían cualificación suficiente y no la pretendida por el Decreto de modo que así entendida la Sentencia anuló con acierto la Disposición Transitoria Segunda”.

STS 18 mayo 2009 (RC 3826/2007):

“La cuestión de fondo se concreta en determinar si la Disposición Transitoria Única del Decreto 31/2005 de 8 de febrero, autoriza una retroactividad proscrita por el Ordenamiento e infringe los artículos 2.3 del Código Civil, 9,3 de la Constitución Española y 57,3 y 105 de la Ley 30/92.

La Disposición Transitoria Única que aquí se impugna, dispone “las ayudas para fomentar las inversiones forestales en explotaciones agrarias aprobadas en el periodo 1993/1998 continuarán rigiéndose conforme al Decreto 127/92 de 16 de junio”.

Y procede acoger las alegaciones de la parte recurrente formuladas en su escrito de demanda y anular la Disposición Transitoria Única del Decreto 31/2005.

Pues además de que es cierto como el recurrente pone de manifiesto que el Decreto 127/92 entre otros en su artículo 14, endurece y altera las condiciones establecidas en los Reales Decretos 378/93 de 12 marzo, 2086/94 de 20 de octubre y 152/96 de 2 de febrero y en los Decretos de la Junta de Andalucía 73/93, 50/95 y la Orden de 20 de marzo de 1995, al amparo de los cuales se concertaron distintas ayudas, y supondría por tanto el alterar con carácter retroactivo las condiciones pactadas en base a los normas anteriores, es lo cierto, que es el propio Decreto 127/92, el que en su Disposición Transitoria Cuarta, expresamente dispone que “los expedientes de ayuda aprobados al amparo de la normativa anteriormente vigente continuarán rigiéndose por esta y en lo no previsto en dicha normativa se regirán por el presente Decreto”, y por tanto si la Disposición Transitoria Única del Decreto 31/2005, dispone sin excepción alguna, como se ha visto, que las ayudas para fomentar las inversiones forestales aprobadas durante el período 93/98 se regirán por el Decreto 127/92, es claro también que esa previsión va en contra de la propia Disposición Transitoria Cuarta, citada, pues sin respetar el régimen de las ayudas concertadas y regidas por normativa anterior somete a todas las obtenidas durante el periodo 93/98 al régimen del Decreto 127/92, alterando el régimen antes pactado y que la respetaba la Disposición Transitoria Cuarta del propio Decreto 127/92, y le da a este Decreto una aplicación retroactiva, alterando y endureciendo el régimen de ayudas existente y

concertado, con lo que ciertamente comporta una aplicación retroactiva que afecta a derechos adquiridos y que por ello no está permitida en nuestro ordenamiento conforme a los preceptos que el recurrente invoca, artículos 57 y 106 de la Ley 30/92 y 9.3 de la Constitución Española. Sin olvidar como también se ha referido, que esa previsión de la norma impugnada va en contra de los propios términos del Decreto 127/92 que trata de aplicar, pues su aplicación se dispone para las ayudas habidas en el periodo 1993 a 1998, sin excepción alguna y es el propio Decreto 127/92 el que en su Disposición Transitoria Cuarta respetaba el régimen para las ayudas aprobadas al amparo de la normativa anterior”.

I.6. “IUS SUPERVENIENS”.

a) Los actos impugnados deben enjuiciarse de acuerdo con la legislación vigente en el momento en que fueron dictados: STS 24 febrero 2010 (RC 2223/2008), sobre la aplicación a un Decreto autonómico de la Ley Orgánica de Calidad de la Educación entonces vigente y no la nueva Ley Orgánica de Educación.

“El motivo no puede prosperar. Cuando se dicta el Decreto 22/2004 del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha que regula la admisión del alumnado en los centros docentes no universitarios sostenidos con fondos públicos, está en vigor la Ley Orgánica 10/2.002, de 23 de diciembre, que al regular la admisión de alumnos en centros públicos, y por tanto, también, en los centros privados concertados, dispuso en el art. 72.3 que: "En ningún caso habrá discriminación en la admisión de alumnos por razones ideológicas, religiosas, morales, sociales, de raza o nacimiento”.

(...)

En modo alguno por tanto esa exposición de intenciones se refiere a la introducción de un nuevo criterio el de no discriminación por razón de sexo, y ello tanto más cuanto que en el primer párrafo de esa introducción, como ya expusimos, se transcribe el texto del art. 72.3 de la Ley Orgánica de Calidad de la Educación vigente a la sazón, que garantizaba la no discriminación del alumnado por razones ideológicas, religiosas, morales, sociales, de raza o nacimiento.

En consecuencia es claro que el Gobierno de la Comunidad Autónoma cuando dicta el Decreto recurrido es consciente de que introduce de modo subrepticio un nuevo criterio de no discriminación, el de sexo, en el artículo 2.4, que contraviene lo establecido en la Ley Orgánica vigente y que, por tanto, va más allá de la norma legal básica a la que contradice, excediendo de ese modo el derecho que posee de desarrollo legislativo y ejecución de la enseñanza en toda su extensión, niveles, grados y modalidades, pero que no alcanza a contradecir lo dispuesto en la norma orgánica estatal vigente”.

b) La Ley posterior que convalida el Reglamento anterior carente de habilitación legal.

SSTS 18 julio 2011 (RC 224/2010), 18 octubre 2011 (RC 228/2010) y 25 octubre 2011 (RC 281/2012), caso de la Ordenanza para la convivencia cívica de Barcelona.

“En el segundo motivo se denuncia la infracción del artículo 30 de la Ley estatal 1/2006, de 13 de marzo, en cuyo apartado 3 dispone:

"En la imposición de sanciones por el incumplimiento de deberes, prohibiciones o limitaciones contenidos en las ordenanzas por resolución motivada del órgano que resuelva el expediente sancionador, se podrá sustituir la sanción económica por trabajos en beneficio de la comunidad, la asistencia obligatoria a cursos de formación, a sesiones individualizadas o cualquier otra medida alternativa que tenga la finalidad de sensibilizar al infractor sobre cuáles son las normas de conducta en el espacio urbano o reparar el daño moral de las víctimas."

Según la Administración recurrente, la ley autonómica 22/1998, de 30 de diciembre, por la que se aprobó la Carta municipal de Barcelona ya preveía en su artículo 29, apartado 3, que "cuando la ordenanza municipal lo establezca, de acuerdo con la ley, o en su defecto, previo consentimiento de la persona afectada, pueda sustituirse la multa pecuniaria por trabajos para la comunidad"; pues entiende, que es evidente que la ley estatal concreta con mayor precisión tal posibilidad desarrollando el propio concepto de trabajos en beneficios de la comunidad e incluyendo en ellos, casi a modo de ejemplo, algunos "subtipos" o "modalidades" de los mismos, como son: "la asistencia obligatoria a cursos de formación, a sesiones individualizadas o a cualquier otra medida alternativa que tenga la finalidad de sensibilizar al infractor sobre cuáles son las normas de conducta en el espacio urbano a reparar el daño moral de las víctimas"; por lo que interpreta que a este argumento no puede oponerse, como hace la Sala de instancia que la Ley 1/2006 fuera aprobada tres meses después que la Ordenanza de Convivencia de Barcelona, y que por tanto cuanto esta nació no disponía de la cobertura legal suficiente, máxime cuando en la fecha que fue dictada la sentencia de instancia, se cumplían más de tres años de vigencia de la ley estatal 1/2006.

Y, en base a este planteamiento, solicita que se considere que en la fecha en la que fue dictada la sentencia de instancia, las previsiones relativas a las medidas sustitutorias o alternativas eran plenamente ajustadas a la legalidad vigente, sin que en último término proceda de acuerdo con la pacífica doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional sobre la llamada legalización sobrevenida o "ius superveniens", anular los preceptos que con el derecho vigente serían plenamente legales y por tanto podrían aprobarse en la actualidad por los entes locales, pues la hipotética falta de cobertura legal de la sustitución de las sanciones por sesiones formativas o actividades cívicas sólo se habría producido durante los días que transcurrieron entre la entrada en vigor de la Ordenanza de Convivencia -el veinticinco de enero de dos mil seis- y la publicación de la Ley 1/2006 -marzo de dos mil seis-, lo cual sólo podía dar lugar en su caso, a la anulación de los actos aplicativos correspondientes producidos durante estas escasas semanas de diferencia entre la vigencia de una y otra norma, pero en absoluto a la nulidad de la Disposición, que en la fecha de la sentencia se adaptaba plenamente al Ordenamiento Jurídico vigente.

SEXTO.- Este motivo de casación debe ser estimado, pues siendo cierto como es, que a los escasos meses de la promulgación y entrada en vigor de la Ordenanza municipal impugnada, se publicó la Ley 1/2006, que en el citado apartado 3 del artículo 30 habilita a los Ayuntamientos para que a través de resolución motivada y previo consentimiento de la persona afectada, pues "sustituir la sanción pecuniaria por trabajos en beneficio de la comunidad o por la asistencia obligatoria a cursos de formación, o asistencia individualizada, a sesiones individualizadas o cualquier otra medida alternativa", resulta evidente que a través de la mencionada Ley se purifica o convalida "ex lege" la Disposición general recurrida, que como señala la Sala de instancia, "con un espíritu plausible establece una serie de medidas correctoras sustitutivas de las sanciones pecuniarias cuando las personas infractoras sean menores

..."; por lo que, de conformidad con lo establecido en los artículos 128.2 y 57.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, debe reconocerse, en virtud de esta nueva regulación legal, carácter retroactivo a los artículos 84.2 y 93.1, 2 y 3 de la Ordenanza aprobada por el pleno municipal, en fecha veintitrés de diciembre de dos mil cinco, en cuanto que las medidas sustitutorias o alternativas establecidas son más beneficiosas para el sancionado, sea éste, mayor o menor de edad".

c) Incidencia de la declaración de nulidad de un reglamento sobre otro posterior dictado en desarrollo del mismo (relación jerárquica: Real Decreto-Orden Ministerial):

Acarrea la nulidad de ese segundo reglamento si efectivamente mantienen esa relación de subordinación o dependencia. STS 9 diciembre 2010 (RC 1934/2008):

"Con carácter previo, hemos de examinar si la Sentencia de esta Sala y Sección, de fecha 9 de marzo de 2010, estimatoria del recurso ordinario 12/2007, interpuesto contra el Real Decreto 1338/2006, de 21 de noviembre, por el que se desarrollan determinados aspectos del artículo 93 de la Ley 29/2006, de fecha veintiséis de junio, de Garantías y Uso Racional de Medicamentos y Productos Sanitarios en el marco del sistema de precios de referencia, tiene o no incidencia sobre la Orden SCO/3997/2006 objeto de impugnación en la instancia a que se refiere el recurso de casación que hoy nos ocupa, es decir, si de la declaración de nulidad de pleno derecho del Real Decreto 1338/2006 que efectuamos en nuestra Sentencia 9 de marzo de 2010, deriva la de la Orden SCO/3997/2006.

Y la conclusión que alcanzamos es negativa, dado que la Orden SCO/3997/2006, dictada en ejercicio de la potestad reglamentaria del Ministro del ramo en los términos previstos en la legislación específica, encuentra cobertura directamente en el artículo 93.2 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios y no constituye desarrollo del anulado Real Decreto 1338/2006 por lo que la nulidad de pleno derecho de éste no determina o acarrea la de aquélla".