

Crónica de la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo referida a las Islas Canarias (año 2022)

Pedro Escribano Testaut

*Letrado coordinador del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo
(área contenciosa-administrativo)*

1. ACTOS ADMINISTRATIVOS Y ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

1.1. Director Insular: grado que le corresponde cuando proviene de otra Administración pública. Art. 70.11 del Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración General del Estado (Real Decreto 364/1995)

La STS de 15 de septiembre de 2022 (Recurso de casación nº 4643/2020) centra como cuestión dotada de interés casacional objetivo la consistente en determinar “*Si el grado personal de un empleado público reconocido por los órganos competentes de otra Administración pública solo será anotado en la hoja del Registro Personal de aquellos funcionarios que previamente hayan sido funcionarios de la Administración General del Estado; o bien, si, por el contrario, ese reconocimiento también es extensible a aquellos funcionarios que presten servicios en la misma aunque provengan de otras Administraciones Públicas*”. Ello, en relación con una sentencia de la Sala de Santa Cruz de Tenerife que resolvió el recurso promovido por un funcionario de la Administración autonómica canaria, con grado personal 28, que en un momento dado fue nombrado Director Insular de la isla del Hierro, puesto de libre designación en la Administración periférica del Estado que lleva aparejado el nivel 26. Con base en el art. 70.11 del Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración General del Estado (RGIP), aprobado por Real Decreto 364/1995, el recurrente solicitó que en el desempeño del puesto de Director Insular le fuese reconocido y aplicado el grado personal 28; pero la solicitud fue denegada por el Ministerio de Política Territorial y Función Pública, por dos razones: primera, que el solicitante no es funcionario de la Administración General del Estado, a cuyos funcionarios exclusivamente se refiere el precepto reglamentario invocado; y segunda, que

el solicitante no había reingresado en la Administración General del Estado ni se había reintegrado en la misma, sino que —siendo funcionario de otra Administración pública— fue llamado a ocupar un puesto de libre designación en la Administración General del Estado. En suma, la resolución administrativa denegatoria de la solicitud se basa en que el presente caso no es subsumible en el supuesto de hecho del art. 70. 11 del RGIP.

La STS de 25 de septiembre de 2022 resuelve el interrogante planteado señalando que *“de conformidad con el art. 70.11 del RGIP, los funcionarios provenientes de otras Administraciones públicas que pasan a prestar servicio en la Administración General del Estado como Directores Insulares tienen derecho a que aquélla les reconozca y aplique el grado personal que tuvieran en su Administración pública de origen”*.

2. CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO

2.1. Resolución contractual. Oposición del contratista extemporánea, pero dentro del plazo de resolución. Aplicación de la Ley 39/2015

Al hilo de un recurso de casación interpuesto por el Cabildo Insular de Fuerteventura, la STS de 4 de abril de 2022 (RC 944/2020) aclara *“si puede entenderse formulada la oposición del contratista, prevista en el artículo 109.1.d) del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, una vez transcurrido el plazo otorgado por la Administración, pero antes de la notificación de la resolución del contrato”*.

Considera el Tribunal Supremo que, efectivamente, *“puede entenderse formulada la oposición del contratista, prevista en el artículo 109.1.d) del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, una vez transcurrido el plazo otorgado por la Administración, pero antes de la notificación de la resolución del contrato”*.

3. DERECHO PÚBLICO ECONÓMICO. SECTORES REGULADOS

3.1. Orden TEC/1260/2019, de 26 de diciembre, por la que se establecen los parámetros técnicos y económicos a emplear en el cálculo de la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica en los territorios no peninsulares con régimen retributivo adicional durante el periodo regulatorio 2020-2025, y se revisan otras cuestiones técnicas

La STS de 21 de marzo de 2022 (procedimiento ordinario nº 71/2020) resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la entidad ENDESA GENERACIÓN, S.A.U., contra la Orden TEC/1260/2019, de 26 de diciembre, por la que se establecen los parámetros técnicos y económicos a emplear en el cálculo de la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica en los

territorios no peninsulares con régimen retributivo adicional durante el periodo regulatorio 2020-2025, y se revisan otras cuestiones técnicas.

La sentencia estima en parte la demanda, con los siguientes pronunciamientos:

“A) El apartado 2 del Anexo I de la Orden impugnada (que establece los “valores unitarios de la anualidad de operación y mantenimiento fijos de las instalaciones tipo”) debe ser anulado, por vulnerar el artículo 14.3 de la Ley del Sector Eléctrico, en la medida en que, a efectos de la fijación de los valores unitarios que se establecen en el citado apartado 2 del Anexo I, se ha reducido en un 28% el importe del coste auditado correspondiente al concepto “estructura y servicios compartidos”.

B) Procede que declaremos la invalidez de los valores unitarios de la anualidad de operación y mantenimiento fijos establecidos en el apartado 2 del Anexo I de la Orden impugnada para las instalaciones tipo IT-0062 e IT-0063, en la medida que se les dispensa un tratamiento diferente al otorgado a las demás instalaciones tipo.

C) Como consecuencia de los dos anteriores pronunciamientos, procede que declaremos el derecho de la parte actora a ser indemnizada por los daños y perjuicios que se deriven de la aplicación de los dos apartados de la Orden que ahora se anulan, viniendo determinada la indemnización —cuya cuantía se fijará en ejecución de sentencia— por la diferencia que exista entre la retribución derivada de la aplicación de los valores que aquí se anulen y la que resulte de aplicar los nuevos valores que se establezcan en sustitución de los anulados.

D) El recurso contencioso-administrativo debe ser desestimado en lo que se refiere a las demás pretensiones que formula la parte demandante.”

3.2. Sector eléctrico canario. Impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras. Planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad

El ATS de 1 de marzo de 2022, Recurso de casación 8312/2019, estudia un recurso de casación en el que se había identificado como cuestión de interés casacional la consistente en *“Determinar si la autorización administrativa autonómica a la que se refiere el apartado 4 del artículo 6-bis de la Ley 11/1997, de 2 de diciembre, de regulación del sector eléctrico canario, puede considerarse equivalente o sustituir a la licencia de obras o urbanística a las que se refiere el artículo 100 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, a los efectos de conformar el hecho imponible del Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras”.*

Puntualiza el Tribunal Supremo que lo que acontece en el caso es que (1) una norma autonómica (LSEC), dictada en el ámbito competencial del sistema eléctrico canario, (2) amplía o extiende el hecho imponible de un impuesto de creación estatal, cual es el ICIO, determinado en una ley estatal (texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, TRHL).

Pues bien, la Sala, tras examinar el tema litigioso, acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 6 bis, apartado, 4 de la Ley 11/1997, de 2 de diciembre, de Regulación del sector eléctrico canario (conforme a su redacción en la Ley 2/2011, de 26 de enero, por la que se modifica la Ley 11/1997, de 2 de diciembre de Regulación del sector eléctrico canario y la Ley 19/2003, de 2 de diciembre, por la que se aprueban las Directrices de ordenación general y las directrices de ordenación del turismo de Canarias), por la posible infracción de los artículos 33.1, 133.1 y 2, 142 y 149.1.14 y 18 de la Constitución Española, en relación con el artículo 6.3 de la Ley 8/1980, de 22 de septiembre, Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas (conforme a su redacción en la Ley Orgánica 3/2009, de 18 de diciembre).

Considera el Tribunal Supremo que la actuación del legislador canario, aun actuando en el marco competencial correspondiente al sector eléctrico propio de la Comunidad Autónoma de Canarias (artículos 30.26 y 32.8 del Estatuto de Autonomía de Canarias, aprobado por Ley Orgánica 10/1982, de 10 de agosto, modificado por Ley Orgánica 4/1996, de 30 de diciembre —hoy, derogada por Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, que aprobó el vigente Estatuto de Autonomía—), ofrece dudas a la Sala al contrastar dicha actuación normativa con el artículo 133.1 de la CE, en relación con el artículo 31.3 del mismo texto constitucional, pudiendo, por otra parte, invadir las competencias estatales previstas en el artículo 149.1.14 (“Hacienda general”) y 18 (“Bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas”).

4. EXPROPIACIÓN FORZOSA

4.1. ¿Tiene legitimación activa, con carácter general, el expropiante —para impugnar el Acuerdo de justiprecio del Jurado— cuando concurre con un beneficiario diferenciado, a partir del criterio sostenido en Sentencia de la Sección Sexta de este Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2013 (recurso de casación en interés de la Ley nº 1623/13), en relación con la obligación subsidiaria de dicho expropiante en el pago de justiprecio?; 2) ¿Cabe negar legitimación a un expropiante —que fue codemandado en el proceso— para impugnar el acuerdo de tasación dictado en ejecución de sentencia?

La STS de 22 de septiembre de 2022, recurso de casación nº 4027/2021, a propósito de un procedimiento expropiatorio desarrollado en el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, analiza la cuestión consistente en “determinar: i) con carácter general, si cabe negar al expropiante legitimación activa para recurrir judicialmente el acuerdo del órgano tasador administrativo cuando concurre con un beneficiario diferenciado en el procedimiento expropiatorio, a la vista de la doctrina sentada por esta Sala a partir de la sentencia de su Sección Sexta de 17

de diciembre de 2013 (recurso de casación en interés de la ley nº 1623/13) sobre la obligación subsidiaria, en todo caso, del expropiante al pago del justiprecio no satisfecho por el beneficiario; y ii) ello no obstante, si cabe negar legitimación activa al expropiante que pretende recurrir el acuerdo de tasación dictado en ejecución de la sentencia recaída en un proceso en el que ya fue parte como codemandado”.

Centrada así la cuestión, responde la Sala fijando la siguiente doctrina:

“1. La Administración expropiante —cuando existe beneficiario— no está legitimada para impugnar el acuerdo de justiprecio, que sólo afecta a la relación beneficiario y expropiado.

2. Sin embargo tiene legitimación para impugnar el justiprecio del Jurado acordado en ejecución de la sentencia —cuando se ha personado y actuado como parte codemandada la expropiante— (cualquiera que fuese la situación económica del beneficiario) en aplicación de las reglas procesales comunes (arts. art. 109 y 89.1 LJCA, entre otras).”

5. FUNCIÓN PÚBLICA

5.1. Artículo 70.1 del EBEP. Ley de función pública de Canarias. Contenido de la oferta de empleo público. Alcanza a las plazas de promoción interna

La STS de 3 de marzo de 2022 (recurso de casación nº 7731/2019) resuelve la cuestión consistente en determinar si las plazas a cubrir por promoción interna deben incluirse en la Oferta de empleo público; a propósito de la impugnación de las bases específicas que habían de regir el proceso selectivo por promoción interna de tres plazas de Comisario de la Policía Local del Ayuntamiento de Gran Canaria.

Enriende el Tribunal Supremo que *“la expresión que el artículo 70.1 del Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público —EBEP— debe ser interpretada en el sentido de que la previsión de inclusión de plazas en la oferta de empleo público alcanza a las plazas que deban ser ofertadas a procesos selectivos de promoción interna.”*

5.2. Subsanción de la omisión de presentación del formulario de elección de plaza tras aprobar un procedimiento selectivo: es aplicable el inciso final del art. 73 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común

En el recurso de casación nº 8018/2020, resuelto por STS de 20 de julio de 2022, se examinó la cuestión de interés casacional objetivo consistente en determinar, en relación con un proceso selectivo de personal desarrollado en el Servicio Canario de Salud, *“si, en el seno de un procedimiento selectivo, puede considerarse subsanado el trámite de presentación de documentación, en concreto,*

el formulario de elección de plaza, cuando se aporta la documentación, una vez transcurrido el plazo previsto, pero, antes o dentro del día en que se publique la resolución en la que se tenga por transcurrido el plazo”.

A esta cuestión se contesta en la STS referida señalando que *“en un procedimiento selectivo y aun habiendo transcurrido el plazo, cabe subsanar la falta de presentación del formulario de elección de plaza si se hace antes o dentro del día en que la Administración publique la resolución declarando transcurrido el plazo”.*

5.3. Reconocimiento de la situación de servicios especiales en la carrera militar, en los supuestos de nombramiento para desempeñar puestos o cargos en organismos públicos o entidades dependientes o vinculadas a las Administraciones Públicas. El de Gerente del Consorcio de Emergencias de Gran Canaria no está asimilado a alto cargo

La STS de 21 de septiembre de 2022 (recurso de casación nº 6897/2020), resuelve en grado de casación un litigio planteado ante la Sala de Las Palmas de Gran Canaria, la cual acogió las pretensiones de un capitán del Cuerpo General del Ejército de Tierra, y anuló la resolución del Subsecretario de Defensa que denegó declararlo en situación administrativa de servicios especiales por haber sido nombrado Gerente del Consorcio de Emergencias de Gran Canaria, puesto al que, en contra del parecer de la Administración, consideró asimilado a alto cargo. El auto de admisión del recurso de casación centró el tema debatido justamente el alcance del artículo 109.1 c) de la Ley 39/2007, de la carrera militar, sobre reconocimiento de la situación de servicios especiales en supuestos de nombramiento para desempeñar puestos o cargos en Organismos Públicos o Entidades dependientes o vinculados a las Administraciones Públicas; *“en concreto, a quién corresponde la determinación normativa de la asimilación a alto cargo para el pase a la situación de servicios especiales según la legislación que sea aplicable y el rango normativo de tal decisión de asimilación”.*

Pues bien, el Tribunal Supremo llega a la conclusión de que *“la interpretación correcta del artículo 109.1 c) de la Ley 39/2007 no autoriza a considerar asimilado a alto cargo el puesto de Gerente del Consorcio de Emergencias de Gran Canaria, porque no se ha establecido su asimilación mediante una disposición”.*

5.4. Personal Estatutario de sustitución. No situación de fraude. Aplicación del artículo 9.4 del estatuto marco y no de las medidas de artículo 9.3

Son abundantes los recursos de casación que en los últimos tiempos han accedido al Tribunal Supremo en relación con la llamada “estabilización” del personal temporal de las Administraciones Públicas; habiendo recaído ya distin-

tos pronunciamientos de la Sala Tercera que han clarificado la cuestión, perfilando en que casos puede hablarse de abusividad en la contratación de personal temporal, y las consecuencias personales y patrimoniales de tal declaración de abusividad. En este sentido, ciñéndonos al ámbito de las Islas Canarias, cabe citar la STS de 7 de julio de 2022 (recurso de casación nº 2867/2019), dictada en relación con una enfermera del Servicio Canario de Salud, en la que se planteó como cuestión dotada de interés casacional la consistente en determinar *“Si, en el caso que nos ocupa, es de aplicación al personal de sustitución regulado en el artículo 9.4 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, las consecuencias que previene el párrafo final del artículo 9.3 del referido texto para el personal eventual”*.

La respuesta de la Sala es que *“en el caso que nos ocupa, no son de aplicación al personal de sustitución regulado en el artículo 9.4 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, las consecuencias que previene el párrafo final del artículo 9.3 del referido texto para el personal eventual.”*

5.5. Disponibilidad permanente por teléfono móvil de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía que prestan servicio en la Unidad de Atención a la Familia y la Mujer: es inherente a la función y no da derecho a complemento retributivo por exceso horario en el tiempo de trabajo

La STS de 27 de octubre de 2022 (recurso de casación nº 1201/2021) examina el recurso de casación promovido contra una sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del TSJ de Canarias (Sede de Las Palmas), en el que se suscitó la cuestión de interés casacional objetivo consistente en determinar *“si debe considerarse el tiempo de prestación de servicio fuera de su jornada presencial en la correspondiente unidad, aquel durante el que los miembros de la Unidad de Atención a la Familia y a la Mujer deben de estar en la modalidad de localización permanente a través del teléfono móvil y en disposición de dar respuesta inmediata a los requerimientos que pudieran plantear las víctimas que tienen asignadas, como tiempo de trabajo a la vista de los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, así como de lo establecido en la Circular de la Dirección General de la Policía de 18 de diciembre de 2015 que desarrolla la jornada laboral de los funcionarios de la Policía Nacional”*.

Tras estudiar el caso desde la perspectiva del Derecho nacional y europeo, la Sala resuelve la cuestión referida en los siguientes términos: *“la disponibilidad telefónica permanente de los funcionarios de la UFAM no comporta el derecho a recibir un complemento retributivo por exceso horario en el tiempo de trabajo”*.

5.6. Enfermeros de Instituciones Penitenciarias. Derecho al descanso semanal de 35 horas tras la guardia de los sábados

La STS de 10 de marzo de 2022, RC 4094/2020, resuelve sobre la pretensión de una enfermera de Instituciones Penitenciarias con destino en el Centro Penitenciario Las Palmas II, señalando que *“la reducción de los períodos mínimos de descanso semanal fijados en el sector sanitario penitenciario por las previsiones contenidas en la Instrucción 3/2013, de 25 de octubre, concretamente, en su apartado 4.2.1, (de igual contenido que la actual Instrucción 7/2019) no resulta conforme con el artículo 5 y concordantes de la Directiva 2003/88/CE, 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo”*.

5.7. Para formar parte un sindicato de la Mesa de Negociación, ha de superar el 10% tanto en personal laboral como funcionario

Así se expresa la STS de 3 de marzo de 2022 (recurso de casación nº 2957/2021), a propósito de un pleito entablado por un sindicato contra la desestimación presunta de su solicitud de inclusión en la Mesa General del Ayuntamiento de San Miguel de Abona.

El auto de admisión plantea la cuestión atinente a la determinación de si por el hecho de que un sindicato forme parte de la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas, debe reconocérsele su legitimación para participar en la mesa general de Negociación de una Administración Local, cuando sólo supera el porcentaje de 10% de representación de los funcionarios, pero no del personal laboral.

La respuesta del Tribunal Supremo es *“que el artículo 36.3 del Estatuto Básico del Empleado Público ha de interpretarse en el sentido de que el 10% de audiencia que requiere para que las organizaciones sindicales presentes en la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas participen también en la Mesa que negocia las materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario y laboral, ha de alcanzarse en el ámbito del Ayuntamiento correspondiente.”*

6. PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.

6.1. Recurso de queja promovido contra la denegación de la preparación de la casación anunciada, frente a una sentencia ya firme, por la Administración autonómica canaria, quien alega no haber sido debidamente emplazada en el proceso de instancia. Desestimación

EL ATS de 8 de julio de 2022, Recurso de queja nº 521/2021, explica que solo tendría sentido preparar el recurso de casación si nos halláramos ante una re-

solución procesal de instancia no firme; pero si, como es el caso, tal firmeza ya se ha declarado, carece de sentido preparar el recurso de casación. Al contrario, siempre partiendo de esta firmeza, si la parte recurrente (Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias) consideraba que se le había ocasionado indefensión en la tramitación de las actuaciones, por no habersele tenido por parte personada y no habersele practicado las notificaciones de las resoluciones que iban recayendo, no debió haber preparado un recurso de casación ya improcedente (por promoverse contra una resolución judicial al fin y al cabo firme), sino que debió haber promovido el correspondiente incidente de nulidad de actuaciones ante el propio Tribunal de instancia (dicho sea esto a efectos dialécticos, y sin prejuzgar en modo alguno su efectiva pertinencia y prosperabilidad); pues el incidente de nulidad es un remedio procesal extraordinario que procede en relación con resoluciones judiciales firmes (art. 241 LOPJ), y esa firmeza ya se había dado en el caso examinado. Por tanto, no cabe calificar de contraria a Derecho la decisión del Tribunal a quo de denegar la preparación del recurso de casación.

7. SANIDAD Y SEGURIDAD SOCIAL

7.1. Un hospital privado que deriva o facilita el traslado de pacientes a un hospital público no puede ser considerado tercero obligado al pago de la asistencia sanitaria que se les haya prestado, en el sentido que deriva del artículo 83 de la ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, desarrollado en el artículo 2.7 y en el Anexo IX del Real Decreto 1030/2006 de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, salvo en aquellas asistencias sanitarias prestadas por el Hospital Público cuya atención corresponda al Hospital privado conforme al convenio o concierto suscrito con la respectiva administración sanitaria

Así se aprecia en la STS de 23 de mayo de 2022 (recurso de casación nº 7367/2020), dictada en relación con la impugnación de una resolución de la Junta Económico-Administrativa de Canarias, referida a la resolución del Director Gerente del Hospital Universitario Nuestra Señora de Candelaria, que desestima el recurso de reposición deducido frente a una factura por asistencia sanitaria prestada a solicitud de facultativo de Clínica Parque “que decide trasladar a su paciente privado al centro público citado”.

El auto de admisión del recuso de casación decidió que revestía interés casacional objetivo “*determinar si, un hospital privado que deriva a un paciente a un hospital público puede ser considerado tercero obligado al pago, en el sentido que deriva del artículo 83 LGS, desarrollado en el artículo 2.7 y en el Anexo IX RD*”.

1030/2006, y de poder serlo bajo qué concretas condiciones, de modo que resulte posible girarle el precio público establecido para el servicio prestado por el servicio de salud de la comunidad autónoma competente”.

Y la sentencia del Tribunal Supremo señala, con remisión a la sentencia de 10 de mayo de 2022 (Recurso de casación nº 7160/2020), interpuesto por la misma clínica aquí recurrente, que *“un hospital privado que deriva o facilita el traslado de pacientes a un hospital público no puede ser considerado tercero obligado al pago de la asistencia sanitaria que se les haya prestado, en el sentido del artículo 83 de la ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, desarrollado en el artículo 2.7 y en el Anexo IX del Real Decreto 1030/2006 de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, salvo en aquellas asistencias sanitarias prestadas por el Hospital Público cuya atención corresponda al Hospital privado conforme al convenio o concierto suscrito con la respectiva administración sanitaria”.*

8. SUBVENCIONES Y AYUDAS PÚBLICAS.

8.2. Reintegro de bonificaciones por transporte aéreo de residentes extrapeninsulares

La STS de 21 de junio de 2022 (recurso de casación nº 5086/2020) declara que *“las cuestiones suscitadas en el recurso que presentan interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consisten en determinar (i) si los billetes pagados por un tercero por cuenta del pasajero Residente son subvencionables bajo el Real Decreto 1316/2001, y, (ii) en caso afirmativo, si los billetes pagados en especie también son subvencionables”.*

Responde la Sala a esta cuestión en los siguientes términos:

“En relación con la cuestión de si los billetes pagados por un tercero por cuenta del pasajero residente son subvencionables bajo el Real Decreto 1316/2001 y, en su caso, si los billetes pagados en especie son también subvencionables, el criterio de la Sala conforme a los razonamientos expresados en esta sentencia es el siguiente:

La Sala no encuentra objeciones para considerar subvencionables los billetes pagados por un tercero por cuenta del pasajero residente, pero estima que los billetes intercambiados por la compañía aérea por la prestación de servicios de publicidad prestados por un tercero no son subvencionables bajo el Real Decreto 1316/2001.

A partir de la entrada en vigor de la modificación efectuada por el artículo 4 del Real Decreto-ley 1/2004, de 24 de enero, de la disposición adicional 13ª de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2013, las compañías aéreas deberán registrar ante el órgano gestor los convenios, contratos y acuerdos de cualquier tipo susceptibles de generar la emisión de billetes

subvencionados, con la consecuencia de que no podrán ser liquidados por las compañías aéreas, ni serles reembolsados, los billetes emitidos bajo contratos, convenios o acuerdos de cualquier tipo que no hayan sido registrados y expresamente aprobados por la Dirección General de Aviación Civil, por lo que desde la fecha de modificación de la citada disposición adicional 13 de la Ley 17/2012, a falta de aprobación expresa del órgano gestor, no son subvencionables los billetes aéreos de residentes generados en virtud de contratos de intercambio de billetes aéreos por servicios de publicidad”.

9. TRIBUTARIO

9.1. Utilización, para establecer el hecho constitutivo de una infracción administrativa, de datos cedidos por la AEAT a efectos fiscales. Art. 93.1 de la Ley General Tributaria. Revocación de licencia de taxi

En numerosas sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo se ha examinado una cuestión que se suscitó en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias (concretamente, en el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria), aunque por su contenido y alcance puede tener repercusión general en el resto del territorio nacional. Es la consistente en determinar, primero, si son aplicables los principios y garantías propios del procedimiento administrativo sancionador a la revocación de una licencia de autotaxi, y, segundo, si es posible obtener como prueba de cargo los datos de los obligados tributarios cedidos por la Administración tributaria para la tramitación de un procedimiento sancionador y su eventual integración en el ilícito del tipo infractor.

A esta cuestión se ha dado respuesta, entre otras, en sucesivas SSTs de 11 de marzo de 2021 (recurso de casación n.º 8040/2019), 15 de marzo de 2021 (recurso de casación n.º 8288/2019), 13 de mayo de 2021 (recurso de casación n.º 5011/2019), 10 de junio de 2021 (recurso de casación n.º 7821/2019), 24 de junio de 2021 (recurso de casación n.º 1550/2020), 22 de diciembre de 2021 (recurso de casación n.º 1395/2020), 19 de enero de 2022 (recurso de casación n.º 2179/2020), 3 de marzo de 2022 (recurso de casación n.º 6580/2020), 22 de marzo de 2022 (recurso de casación n.º 1553/2020), 29 de junio de 2022 (recurso de casación n.º 5700/2020), 6 de julio de 2022 (recurso de casación n.º 6577/2020), 14 de julio de 2022 (recurso de casación n.º 6798/2020) y 20 de julio de 2022 (recurso de casación n.º 5704/2020) y 10 de octubre de 2022 (recurso de casación n.º 6614/2020); concluyéndose por la Sala que “*si una Administración, para el ejercicio de las funciones que le son propias, solicita de la AEAT la cesión de datos tributarios, tal cesión será con fines tributarios; ahora bien, si es para el ejercicio de otras potestades ajenas a las tributarias y no hay una norma legal que lo prevea, deberá contar con la previa autorización del interesado. Por tanto el acto dictado*

con base en unos datos tributarios cedidos será conforme a Derecho si la cesión respeta las reglas del artículo 95.1 de la LGT.”

9.2. Autorización judicial de entrada en domicilio: solicitudes de la Administración tributaria relativas a procedimientos de inspección en los que el obligado tributario se encuentre ya incurso

Recurso de apelación interpuesto contra un auto de autorización de entrada en el domicilio: resulta exigible que se entregue copia del expediente judicial al recurrente dentro del plazo previsto para formular el recurso.

La STS de 18 de julio de 2022 (RC 2673/2020), dictada en relación con una sociedad mercantil radicada en las Islas Canarias, identifica como cuestiones de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia las siguientes: *«Primero: determinar si, para la realización de actuaciones de obtención de información relacionadas con la aplicación de los tributos, únicamente pueden ser objeto de autorización judicial de entrada en el domicilio las solicitudes de la Administración tributaria relativas a procedimientos de inspección, en los que el obligado tributario se encuentre ya incurso. Segundo: precisar si en el recurso de apelación interpuesto contra un auto de autorización de entrada en el domicilio, dictado por el juzgado de lo contencioso-administrativo inaudita parte, resulta exigible que se entregue copia del expediente judicial al recurrente dentro del plazo previsto para formular dicho recurso».*

El Tribunal Supremo señala que en precedente sentencia de 23 de septiembre de 2021 (rca 2672/2020) ya ha dado respuesta a un recurso de casación en el que intervinieron las mismas partes que las del presente recurso, y por tanto reitera y reproduce la contestación entonces dada, en los siguientes términos:

«1) En lo que se refiere a la primera de las preguntas que suscita el auto de admisión, por las razones jurídicas precedentes, que se remiten a lo que ya habíamos declarado en la sentencia de 1 de octubre de 2020, en el recurso de casación nº 2966/2019, cabe reiterar la doctrina afirmada al respecto en dicha sentencia:

(I) La autorización judicial de entrada y registro en un domicilio constitucionalmente protegido debe estar conectada con la existencia de un procedimiento inspector ya abierto y cuyo inicio se haya notificado al inspeccionado, con indicación de los impuestos y periodos a que afectan las pesquisas por derivar tal exigencia de los artículos 113 y 142 de la LGT. Sin la existencia de ese acto previo, que deberá acompañarse a la solicitud, el juez no podrá adoptar medida alguna en relación con la entrada en el domicilio constitucionalmente protegido a efectos de práctica de pesquisas tributarias, por falta de competencia (art. 8.6 LJCA y 91.2 LOPJ).

(II) No resultando necesaria, en principio y en todo caso, la audiencia previa y contradictoria de los titulares de los domicilios o inmuebles concernidos por la entrada, la posibilidad de adopción de la autorización de entrada inaudita parte se refiere a la eventualidad de no anunciar la diligencia de entrada con carácter

previo a su práctica, situación, de rigurosa excepcionalidad, que ha de ser objeto de expresa fundamentación sobre su necesidad en el caso concreto, tanto en la solicitud de la Administración y, con mayor obligación, en el auto judicial, sin que quepa presumir en la mera comprobación un derecho incondicionado o natural a entrar en el domicilio.

2) En lo relativo a la segunda pregunta, en fase de apelación, con ocasión de la formalización del recurso (art. 85.1 LJCA), el recurrente debe tener en su poder toda la documentación posible, que haya conocido y evaluado el juez competente para la autorización, a fin de poder formular alegaciones y proponer en su caso las pruebas que considere y, en suma, para ejercitar su derecho a la tutela judicial efectiva, a valerse de los medios de prueba y a no padecer indefensión (art. 24 CE).

Por tal ha de entenderse la idea de expediente judicial, sin que la alusión que la ley jurisdiccional contiene, en todas las apelaciones, en el artículo 85.5 LJCA, que dispone que “...transcurridos los plazos a que se refieren los apartados 2 y 4 anteriores, el Juzgado elevará los autos y el expediente administrativo, en unión de los escritos presentados, ordenándose el emplazamiento de las partes para su comparecencia en el plazo de treinta días ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo competente, que resolverá, en su caso, lo que proceda sobre la discutida admisión del recurso o sobre el recibimiento a prueba”, contradiga tal exigencia de pleno y tempestivo conocimiento del expediente judicial.»

9.3. El sujeto pasivo del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, en el caso de los inmuebles de que es titular la Tesorería General de la Seguridad Social, pero adscritos o transferidos a una Comunidad Autónoma en virtud de los distintos Reales Decretos sobre traspaso a las Comunidades Autónomas de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud, es la Comunidad Autónoma.

En el recurso de casación promovido contra una sentencia de la Sala d Las Palmas de Gran Canaria y resuelto por la STS de 28 de abril de 2022 (recurso de casación nº 2140/2020), se identificó como cuestión dotada de interés casacional objetivo la consistente en “*determinar quién es el sujeto pasivo del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, en el caso de los inmuebles de que es titular la Tesorería General de la Seguridad Social, pero adscritos o transferidos a una Comunidad Autónoma en virtud de los distintos Reales Decretos sobre traspaso a las Comunidades Autónomas de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud, si la Comunidad Autónoma o la citada Tesorería*”. Esto en relación con un inmueble de propiedad de la TGSS pero cuyo uso se había transferido a la Comunidad Autónoma de Canarias

Finalmente la Sala Tercera concluyó que *«El sujeto pasivo del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, en el caso de los inmuebles de que es titular la Tesorería General de la Seguridad Social, pero adscritos o transferidos a una Comunidad Autónoma en virtud de los distintos Reales Decretos sobre traspaso a las Comunidades Autónomas de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud, es la Comunidad Autónoma»*.

10. URBANISMO Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

10.1. Planeamiento. Procedimiento. Informe sobre existencia y disponibilidad de agua. Plan especial de Canarias. Existencia de informe del Organismo con competencias sobre aguas en la concesión de un parque acuático. Inexistencia de informe en la tramitación del Plan. Inexistencia del informe. El procedimiento de otorgamiento de la concesión de un parque acuático, que era el objeto del Plan, no dejaba constancia de la existencia de recursos hídricos. Nulidad.

La STS de 16 de junio de 2022 (recurso de casación nº 1899/2021) revisa en grado de casación la sentencia de la Sala de Las Palmas que declaró nulo el Decreto 373/15, de 7 de diciembre, de la Consejería de Política Territorial, Sostenibilidad y Seguridad por el que se aprobó el “Plan de Modernización, Mejora e Incremento de la Competitividad en el ámbito de El Veril (municipio de San Bartolomé de Tirajana, Gran Canaria)”.

La cuestión de interés casacional determinante de la admisión del recuso de casación consistió en *“sí el informe emitido por la Administración hidrológica competente (en este caso, el Consejo Insular de Aguas) con ocasión del otorgamiento de la concesión para ocupación del cauce —que expresa las condiciones y medidas de obligado cumplimiento para la ejecución del proyecto por parte del concesionario— cumple la exigencia del art. 15 del R.D. Legislativo 2/2008, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo (actual art. 22.3.a) del Real Decreto Legislativo 7/2015, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana)”*.

La sentencia del Tribunal Supremo dice en respuesta a esta pregunta que *“cuando un instrumento de ordenación urbana tenga por finalidad, conforme a la normativa autonómica, la ordenación del suelo a los efectos de ejecutar un proyecto que requiere una previa concesión administrativa de la Administración, sin aumentar las dotaciones ya previstas en el objeto de la concesión, y consta acreditado que la concesión tiene garantizada la existencia y disponibilidad de los recursos hídricos, el posterior instrumento de ordenación no requiere la emisión de un nuevo informe sobre dichos recursos, en la medida que no comporta aumento respecto de los ya contemplados con ocasión del otorgamiento de la concesión”*.

10.2. Ordenanza municipal del Paisaje Urbano. Omisión informe previsto en el art. 35 de la Ley 9/14, General de Telecomunicaciones

La STS de 21 de julio de 2022 (recurso de casación nº 4675/2021) resuelve un recurso interpuesto por el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife contra la sentencia que declaró la nulidad de la Ordenanza municipal del paisaje urbano, por falta del informe previsto en el art. 35 de la Ley 9/14, de 9 de mayo, aprobada definitivamente por Acuerdo del Pleno de 6 de junio de 2014 (B.O.P. Santa Cruz de Tenerife de 5 de noviembre de 2014).

El auto de Admisión propuso determinar si el informe del Ministerio de Industria, Energía y Turismo a que se refiere el artículo 35 de la Ley General de Telecomunicaciones resulta preceptivo para la aprobación de una ordenanza municipal reguladora de aspectos materiales relativos al paisaje urbano; y la respuesta es afirmativa.

10.3. La declaración de nulidad de un instrumento de planeamiento urbanístico —en este caso, el PGOU de Arucas por sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2020 (RCA 7143/18)— durante la pendencia de un recurso, en este caso de apelación, que confirma la sentencia apelada fundada en la aplicación de dicho instrumento de planeamiento entonces en vigor, tiene plenos efectos para la resolución del recurso.

La STS de 29 de septiembre de 2022 (recurso de casación nº 8112/2021) resuelve una interesante cuestión de naturaleza urbanística, concretamente la consistente en determinar *“el alcance de la declaración de nulidad de un instrumento de planeamiento urbanístico —en este caso, el PGOU de Arucas por sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2020 (RCA 7143/18)— durante la pendencia de un recurso, en este caso de apelación, que confirma la sentencia apelada fundada en la aplicación de dicho instrumento de planeamiento entonces en vigor”*.

El Tribunal Supremo responde en esta sentencia que *«Resulta admisible la aportación en sede de recurso de apelación de una sentencia anulatoria de un Plan General, notificada con posterioridad a la sentencia dictada en primera instancia, siempre que pudiera resultar condicionante o decisiva para resolver el recurso de apelación, con el alcance que resulte de su aplicación al caso»*.

10.4. Impugnación indirecta de un plan de ordenación territorial o sectorial, con ocasión de la impugnación directa de un instrumento de ordenación urbanística, que reproduce las determinaciones establecidas en aquéllos

La STS de 28 de julio de 2022 (RC 6900/2021) resuelve la cuestión de interés casacional objetivo que se determinó en el auto de admisión del recurso de

casación, consistente en *“determinar si es posible impugnar indirectamente un plan de ordenación territorial o sectorial, con ocasión de la impugnación directa de un instrumento de ordenación urbanística, que reproduce las determinaciones establecidas en aquéllos”*; todo ello en relación con el recurso interpuesto contra el Acuerdo aprobatorio del PGOU de Garafía.

Enfatiza esta sentencia que la omisión de la evaluación ambiental en el Plan Territorial Especial de Ordenación de la Actividad Turística de la isla de La Palma (PTETLP) es una cuestión formal o procedimental que no puede ser revisada a través del recurso indirecto; dado que, con carácter general, los defectos u omisiones en informes —incluso preceptivos— en materia de planeamiento urbanístico son vicios formales o de procedimiento que solo pueden ser invocados a través del recurso directo contra disposiciones generales, quedando excluidos del objeto de los recursos indirectos frente a dichas disposiciones, como ocurre en el presente caso.

Añade la Sala que para que pueda prosperar la impugnación indirecta es necesario que el vicio de nulidad no solo exista en la disposición impugnada indirectamente (PTETLP, en este caso) sino que, además, dicha causa de nulidad tenga tal naturaleza o contenido que implique la necesaria nulidad del acto o disposición directamente impugnado, es decir, que exista una conexión directa del vicio de nulidad; lo que no es el caso, pues el vicio denunciado en el PTETLP no tiene esa vinculación o conexión directa con el Plan General de Ordenación en la medida que dicho Plan General sí ha sido sometido en su integridad —incluidas las determinaciones de contenido turístico— a la correspondiente evaluación ambiental, por lo que no procede la “contaminación” o extensión del vicio de la que se habla en el recurso.

10.5. Plan de Modernización, Mejora e Incremento de la Competitividad de Costa Mogán (Municipio de Mogán, Gran Canaria). Relevancia de la ausencia del preceptivo informe de costas

La STS de 12 de julio de 2022 (recurso de casación nº 4840/2021) estudia la cuestión que tiene interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consistente en determinar si, en el caso —como el concernido— de un instrumento de ordenación urbanística aprobado (a excepción de los que afectan a ámbitos territoriales expresamente indicados), que contienen actuaciones sobre el dominio público marítimo-terrestre, cabe declarar la nulidad total de aquél por la ausencia del informe de costas, o, por el contrario, ha de examinarse si, guardando coherencia las concretas determinaciones aprobadas, quedaban afectadas —o no— por el informe omitido (fuera de plazo), para en su caso, declarar únicamente la nulidad parcial.

La contestación a este interrogante la da la Sala en los siguientes términos: *“Es legalmente posible —y así ha sido reiteradamente admitido por nuestra juris-*

prudencia, plasmado en la normativa estatal y autonómica— la aprobación parcial de un Plan cuando, como aquí acontece, no se ve afectado por la omisión de un informe preceptivo y vinculante en materia de costas dado que sus determinaciones urbanísticas quedaban limitadas a zonas del interior desligadas del litoral e independientes de las que puedan adoptarse, una vez se reciba el informe, respecto de las zonas para las que quedó suspendida su aprobación”.