

SALA TERCERA

INDICE SISTEMÁTICO

Página

I. ADMINISTRATIVO

1. ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.....	161
1.1. Ámbito de decisión del «Gobierno en funciones». Posibilidad de denegar indultos.....	161
1.2. Estructura orgánica de los Departamentos ministeriales. Titularidad de las Direcciones Generales. Régimen jurídico de la excepción prevista en el art. 18.2 LOFAGE.....	162
2. BIENES PÚBLICOS Y PROPIEDADES ESPECIALES	163
2.1. Requisitos necesarios para el válido ejercicio de la potestad de recuperación de oficio de los bienes de dominio público.....	163
2.2. Expediente de recuperación de oficio de camino público. Falta de justificación de la posesión administrativa. Doctrina jurisprudencial susceptible de invocación a efectos de fundar un motivo de casación.....	164
2.3. Dominio público marítimo-terrestre. Deslinde en zona de protección. Doctrina de la Sala sobre el art. 12.6 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costa.....	166
2.4. Cesión de bienes de las Entidades Locales a la Administración del Estado. Procedencia de la reversión aun después del transcurso de treinta años.....	167
2.5. Construcciones en zona de servidumbre de protección marítimo-terrestre. Interpretación de la regla 2. ^a de la Disposición Transitoria Novena, 2 del Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General para desarrollo y ejecución de la Ley de 22/1988, de 28 de julio, de Costas.....	168
3. CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA	170

3.1. Diferencias entre el dominio público, la obra pública y el servicio público a efectos de la contratación administrativa. Contratación conjunta de proyecto y obra. Imposibilidad de tener en cuenta los requisitos de capacidad y solvencia como criterios objetivos de adjudicación de contratos	170
3.2. Privatización parcial de empresa mixta de servicios funerarios. Naturaleza de los informes de fiscalización del Tribunal de Cuentas. Enajenación de títulos de participación por concurso	171
3.3. Alcance de la remisión de la regulación de los negocios jurídicos sobre bienes inmuebles a la normativa local. Adjudicación por contratación directa.....	173
4. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO.....	173
4.1. Operaciones de concentración. Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se decide subordinar a condiciones la operación de concentración económica consistente en la integración de DTS Distribuidora de Televisión por Satélite, S.A. (Vía Digital) en Sogecable, S.A. (Sogecable)	173
4.2. No exigibilidad de la efectividad de la conducta anticompetitiva	174
4.3. Nulidad de la resolución aprobatoria de la Circular 1/1998, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, sobre campañas publicitarias efectuadas en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos, por los operadores que disfruten de una posición de dominio	175
4.4. Mercado de valores. OPA de adquisición. Principio de «imagen fiel» en normas de contabilidad para entidades de crédito	176
4.5. Impugnación del Real Decreto número 1066/2001, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento que establece las condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas.....	176
4.6. Cuotas participativas de las cajas de ahorro. Impugnación del RD 302/2004.....	177
5. EDUCACIÓN Y ENSEÑANZA	178

5.1. Impugnación de la Orden de la Consellería de Cultura, Educación y Ciencia, de la Generalidad Valenciana, de 22 de diciembre de 1995, en cuyo artículo único se derogan una serie de apartados del art. 4 de la Orden anterior de 16 de agosto de 1994, que dispuso la convalidación de certificados expedidos por la Junta Evaluadora de la Lengua Catalana de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares (JAC) y de la Junta Permanente de Catalán de la Generalidad de Cataluña (JPC). Homologación y convalidación de títulos oficiales y Certificados.....	178
5.2. Impugnación del Real Decreto 50/2004, de 19 de enero, por el que se regula el régimen de profesorado contratado de la Universidad de Educación a Distancia. Condiciones de trabajo del personal docente e investigador.....	179
6. EXPROPIACIÓN FORZOSA	179
6.1. Ejercicio del derecho de reversión por liquidadores de Sociedad Anónima.....	179
6.2. Solicitud de reversión de parte sobrante. Requisitos. Improcedencia respecto de terrenos cuya expropiación responde a la solicitud de la propiedad de expropiación total de la finca	180
7. EXTRANJERÍA Y ASILO	182
7.1. Derecho de asilo. Persecución por razón de género ..	182
7.2. Extranjería. Cuestión de ilegalidad en relación con el art. 70.1.1.b) del Reglamento de ejecución de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y libertades de los Extranjeros en España y su integración social, aprobado por RD 864/2000; estimación.....	183
7.3. Extranjería. Ilegalidad del punto 2.2.g) de la OM de 11 de abril de 1996, que exige el matrimonio anterior en tres años para la exención de visado	185
7.4. Extranjería. Sanción de expulsión. Necesidad de motivación de la resolución sancionadora. Es suficiente la que se derive de la mera constancia en el expediente administrativo, aunque no se haya incorporado al texto de la resolución.....	185
8. FUNCIÓN PÚBLICA.....	186
8.1. Camineros del Estado. Integración en las plantillas de personal laboral. Opción voluntaria. Hay diversidad de regímenes pero no discriminación.....	186

8.2.	Exclusión de la relación de aspirantes admitidos a la participación en las pruebas selectivas convocadas para el ingreso en la escala de gestión de la Universidad de Sevilla. El plazo de presentación de solicitudes se cuenta a partir de la publicación de la convocatoria en el BOE, de acuerdo con las bases que la rigen y no se han impugnado	187
9.	PODER JUDICIAL. ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.....	188
9.1.	Impugnación del Acuerdo del CGPJ de 3 de diciembre de 2003 por el que se aprueba el Reglamento 2/2003 para el cumplimiento de la Ley 15/2003 de 26 de mayo, reguladora del régimen retributivo de las carreras judicial y fiscal en lo relativo a las retribuciones variables por objetivos de los miembros de la carrera judicial.....	188
9.2.	Caducidad de los procedimientos disciplinarios seguidos contra jueces y magistrados. Sentencia de Pleno. Cambio de criterio en la doctrina de la Sala. Interpretación del art. 425.6 de la LOPJ.....	189
9.3.	Elecciones al Consejo Fiscal. Art. 20 del RD 437/1983. Inelegibilidad de los miembros del Ministerio Fiscal destinados en la Secretaría Técnica y en al Inspección Fiscal.....	189
9.4.	Impugnación del RD 1826/04, de 30 de julio, por el que se nombra presidente de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.....	191
9.5.	Impugnación del Acuerdo del Pleno del CGPJ de 23-2-2005. Devolución al Parlamento Vasco de la terna propuesta para cubrir la vacante por el turno de «juristas de reconocido prestigio» producida en la Sala Civil y Penal del TSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco	193
10.	RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL	195
10.1.	Responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria. Nexo causal. Probabilidad de un determinado resultado. Doctrina de la llamada «pérdida de la oportunidad»	195
10.2.	Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Caducidad de la acción en los supuestos de desestimación por silencio administrativo. Doctrina General. Equiparación al menos a notificación defectuosa	198

	<i>Página</i>
11. SANIDAD.....	199
11.1. Impugnación del Real Decreto 179/2003, de 14 de febrero, por el que se aprueba la norma de calidad para el yogur o yoghourt.....	199
11.2. Impugnación del Real Decreto 1720/2004, de 23 de julio, por el que se establecen las tipologías fisiopatológicas que permiten la superación de los límites generales establecidos para la fecundación de ovocitos en procesos de reproducción humana asistida.....	200
11.3. Nulidad del art. 7 punto 2 del Reglamento que desarrolla la Ley 28/2003 de 29 de septiembre, reguladora del Fondo de Reserva de la Seguridad Social	201
12. TRÁFICO Y SEGURIDAD VIAL	202
12.1. Nulidad de pleno derecho del inciso primero del apartado 1.º del art. 29 del Reglamento sobre la responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por Real Decreto 7/2001, de 12 de enero	202
13. URBANISMO Y MEDIO AMBIENTE	203
13.1. Entidades urbanística colaboradoras de conservación de las obras de urbanización. Habilitación legal de los preceptos del Reglamento de Gestión que las regulan.....	203
13.2. Solicitud de información mensual y permanente acerca de la emisiones de una Planta Incineradora de Residuos Sólidos Urbanos. Carácter abusivo de la petición. Distinción entre la comunicación de la información general, y la denominada «Difusión periódica de información ambiental»	204
13.3. Medio ambiente. Para acreditar un vertido contaminante mediante la obtención de muestras no es necesario observar el procedimiento establecido en las ordenes ministeriales de 23 de marzo de 1960 y 9 de octubre de 1962	205
13.4. Medio ambiente. Instalación de una depuradora en la ribera del mar. Declaración de zona de reserva. Incumplimiento del art. 32 de la Ley de Costas	206
13.5. Interpretación y aplicación del art. 37.2 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres.....	206

II. TRIBUTARIO

1. REQUERIMIENTOS DE OBTENCIÓN DE INFORMACIÓN TRIBUTARIA.....	207
2. IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO	207
2.1. Exenciones.....	207
2.2.. Sujeción	208
3. PROCEDIMIENTO DE INSPECCIÓN. PLAZO DE DURACIÓN DE LAS ACTUACIONES INSPECTORAS	209
4. NOTIFICACIONES TRIBUTARIAS	209
5. IMPUESTO SOBRE CONSTRUCCIONES, INSTALACIONES Y OBRAS. DEVENGO.....	210
6. IMPUESTO DE SUCESIONES Y DONACIONES. CRITERIO DE CONEXIÓN TERRITORIAL	211
7. IMPUESTO SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES, ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS Y OPERACIONES SOCIETARIAS. ESCRITURAS DE DESEMBOLSO DE DIVIDENDOS PASIVOS	211
8. PROCEDIMIENTO DE DEVOLUCIÓN DE INGRESOS INDEBIDOS. PLAZO DE PRESCRIPCIÓN	212

III. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

1. DENEGACIÓN DE LA EXTENSIÓN DE EFECTOS DE SENTENCIA QUE RECONOCE A FUNCIONARIO DEL CUERPO NACIONAL DE POLICÍA EL ABONO DEL COMPLEMENTO DE PRODUCTIVIDAD DURANTE EL PERÍODO DE TIEMPO EN QUE ESTUVO DADO DE BAJA POR ENFERMEDAD NO ACAECIDA EN ACTO DE SERVICIO. CONTRASTE DE LA SITUACION JURÍDICA INDIVIDUALIZADA DEL SOLICITANTE Y EL FAVORECIDO POR EL FALLO.....	213
2. INCIDENTE DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA. «PERSONAS AFECTADAS» QUE NO FUERON PARTES LITIGANTES: LEGITIMACIÓN PARA PROMOVER EL INCIDENTE	213
3. MEDIDAS CAUTELARES. EN PROCESOS DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA. PERICULUM IN MORA Y APARIENCIA DE BUEN DERECHO	214

INTRODUCCIÓN

La «crónica» de la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que se expone a continuación tiene por objetivo destacar, de forma resumida, algunas de las sentencias y autos más relevantes de la Sala a lo largo del año judicial 2005-2006. Dada la amplitud del ámbito competencial de la Sala y la gran cantidad de resoluciones dictadas durante este periodo, hemos de anticipar que la relación que sigue renuncia de antemano a cualquier pretensión de exhaustividad. Más modestamente, se ha querido llamar la atención sobre algunas sentencias y autos que merecen ser resaltados por su carácter innovador, por la densidad del asunto examinado o por la trascendencia social y jurídica de la cuestión debatida.

I. ADMINISTRATIVO

1. Administraciones públicas

1.1. Ámbito de decisión del «Gobierno en funciones». Posibilidad de denegar indultos

La STS, Pleno, 2-12-2005 (RCA 161/2004) analiza, en primer lugar, cuál es el ámbito de decisión que corresponde al Gobierno en funciones y, después, si cabe dentro de él la que tomó el Consejo de Ministros el 26 de marzo de 2004, consistente en la denegación del indulto solicitado por el

La elaboración de la Crónica de la Sala Tercera ha sido realizada por D. Javier FERNÁNDEZ-CORREDOR SÁNCHEZ-DIEZMA, Dña. Yolanda BARDAJÍ PASCUAL, D. Ángel LÓPEZ MÁRMOL, Dña. Berta GOSÁLVEZ RUIZ, Dña. María Rosario MARTÍNEZ GARCÍA, Dña. Pilar GARCÍA RUIZ, Dña. Eva María BRU PERAL, D. Daniel SANCHO JARAIZ, D. Juan Carlos GONZÁLEZ BARRAL y Dña. Miriam BRIS GARCÍA, Letrados del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, bajo la coordinación del Ilmo. Sr. D. Pedro ESCRIBANO TESTAUT, Magistrado del Gabinete Técnico, y bajo la supervisión del Excmo. Sr. D. Ramón TRILLO TORRES, Presidente de la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

recurrente. El problema surge porque el art. 21 de la Ley 50/1997, que regula, precisamente, el Gobierno en funciones, dice que estará sometido a las limitaciones establecidas por ese texto legal y que «limitará su gestión al despacho ordinario de los asuntos públicos, absteniéndose de adoptar, salvo casos de urgencia debidamente acreditados o por razones de interés general cuya acreditación expresa así lo justifique, cualesquiera otras medidas». Se trata de saber, justamente, en qué consiste ese despacho ordinario de los asuntos públicos que se presenta como el contenido natural de las funciones del Gobierno cesante y qué relación guarda con él el ejercicio de la facultad de indulto. Entiende la Sala que el Gobierno en funciones ha de continuar ejerciendo sus tareas sin introducir nuevas directrices políticas ni, desde luego, condicionar, comprometer o impedir las que deba trazar el que lo sustituya. El cese priva a este Gobierno de la capacidad de dirección de la política interior y exterior a través de cualquiera de los actos válidos a ese fin, de manera que será preciso examinar, caso por caso, cuando surja controversia al respecto, si el discutido tiene o no esa idoneidad en función de la decisión de que se trate, de sus consecuencias y de las circunstancias en que se deba tomar. Considera la Sala que el despacho ordinario al que se refiere el art. 21.3 no es el que no comporta valoraciones políticas o no implica ejercicio de la discrecionalidad. Tampoco el que versa sobre decisiones no legislativas, sino el que no se traduce en actos de orientación política. En definitiva, el despacho ordinario de los asuntos públicos comprende todos aquellos cuya resolución no implique el establecimiento de nuevas orientaciones políticas ni signifique condicionamiento, compromiso o impedimento para las que deba fijar el nuevo Gobierno. Sobre esta base, concluye la sentencia que el acuerdo del Consejo de Ministros que resuelve una solicitud de indulto no es, en principio, dadas las características con las que está concebido en nuestro ordenamiento jurídico, un acto idóneo para trazar la dirección política que la Constitución asigna al Gobierno. Es verdad que puede responder a una determinada política criminal, la seguida por el que lo dicta, pero no tiene la entidad de los actos de orientación política que la Ley 50/1997 excluye expresamente del concepto de despacho ordinario de asuntos públicos.

1.2. Estructura orgánica de los Departamentos ministeriales. Titularidad de las Direcciones Generales. Régimen jurídico de la excepción prevista en el art. 18.2 LOFAGE

La STS, Sec. 3.^a, 7-12-2005 (RCA 90/2004) estima parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por la FEDERACIÓN DE

ASOCIACIONES DE LOS CUERPOS SUPERIORES DE LA ADMINISTRACIÓN CIVIL DEL ESTADO, contra el Real Decreto 562/2004, de 19 de abril, por el que se aprueba la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales, anulando el Real Decreto recurrido en cuanto excepciona del régimen general del art. 18.2 de la Ley 6/1997 de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, a las siguientes Direcciones Generales: Dirección General de Instituciones Penitenciarias, Dirección General de Ferrocarriles, Dirección General de Integración de los Inmigrantes, Dirección General de Coordinación Informativa, Dirección General de Bellas Artes y Bienes Culturales, Dirección General de Aguas y Dirección General de Arquitectura y Política de Vivienda. Recuerda la Sala su doctrina jurisprudencial sobre la interpretación del referido art. 18.2 (donde se establece la regla general de que los titulares de las Direcciones Generales deben ser funcionarios de carrera y solo de forma excepcional pueden ser no funcionarios), singularmente la necesidad de una específica motivación para justificar el apartamiento del régimen general, señalando a continuación que en el caso examinado las expresiones contenidas en el Real Decreto para justificar dicha excepción son tan genéricas que nada indica que los especiales conocimientos y experiencias a que se refieren, o las características, condiciones y complejidades que se predicen de alguna de ellas, no se posean por los funcionarios de nivel superior, ni si estos carecen de capacidad adecuada, ni expresan en que consisten las especificidades que permiten relevar del régimen general de provisión

2. Bienes públicos y propiedades especiales

2.1. Requisitos necesarios para el válido ejercicio de la potestad de recuperación de oficio de los bienes de dominio público

La STS, Sección 7.^a, 28-12-2005 (RC 3151/2002) declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, que anuló la Resolución de un Rectorado universitario por la que se acordaba la recuperación de oficio de determinados terrenos agrícolas en su consideración de bienes de dominio público afectos al servicio docente que presta la Universidad en cuestión.

La Sentencia analizada recuerda cómo es jurisprudencia de la Sala que la potestad de recuperación de oficio de los bienes de dominio público

tiene un mero carácter posesorio, condición que es la que hace atribuir a la referida potestad la denominación de «interdictum proprium». Por ello, al protegerse con el mismo la pérdida o perturbación de la mera posesión, no es necesario que, en su ejercicio, la Administración acredite una plena titularidad dominical, permitiéndose así que quien sostenga una titularidad sobre el bien de cuya recuperación posesoria se trata pueda reivindicarla ante la jurisdicción civil.

Sin embargo, el mero carácter posesorio de la potestad administrativa de la que trata la Sentencia no exonera a la Administración que la ejercita de aportar la prueba que acredite no sólo sobre la posesión pública del bien de cuya recuperación se trate, sino también de su indebida usurpación o perturbación por aquél frente al que se pone en marcha la acción de recuperación.

La Sala recuerda que, dado el carácter excepcional de esta potestad, su ejercicio sólo cabría cuando el hecho posesorio pudiera ser respaldado por una prueba acabada y completa que deberá coexistir con la plena identidad entre lo poseído por la Administración y lo usurpado por el particular.

Con base en lo anterior, la Sala declara que no ha lugar a la casación interpuesta ya que la sentencia recurrida ni niega, a priori, relevancia a un hecho posesorio que considere constatado a favor de la Universidad ni tampoco se muestra indiferente a una indebida perturbación de la posesión sino que, al quedar de manifiesto la duda sobre si los terrenos que se tratan de recuperar fueron o no los mismos que, en su día, se transfirieron a la Junta de Andalucía —y, por ésta, a la Universidad actuante—, no es posible establecer de modo indudable ni el hecho de la posesión pública de los terrenos ni, por tanto, el de la ocupación particular de los mismos fuera indebida.

2.2. Expediente de recuperación de oficio de camino público. Falta de justificación de la posesión administrativa. Doctrina jurisprudencial susceptible de invocación a efectos de fundar un motivo de casación

La STS, Sección 4.^a, 13-2-2006 (RC 6443/2003) declara haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana que desestimó el recurso contencioso administrativo

interpuesto contra una Resolución municipal que, en esencia, ejercitaba la facultad de recuperación de oficio de un camino-aliviadero.

Con carácter previo al análisis del recurso de casación formulado, el Tribunal Supremo recuerda que, a efectos de fundar el motivo previsto en el art. 88.1.d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, resulta inapropiado citar como «jurisprudencia conculcada» o, en su caso, respetada, la doctrina vertida, sobre la materia en cuestión, por las Salas de lo Contencioso Administrativo de distintos Tribunales Superiores de Justicia pues tal posibilidad está sólo prevista sólo en relación con el recurso de casación para la unificación de doctrina. Por el contrario, en el marco del recurso de casación, la única jurisprudencia invocable es la considerada como tal en el art. 1.6 del Código Civil pues, en el marco legal actualmente vigente y respecto de las normas de Derecho estatal o comunitario europeo, «es el Tribunal Supremo quien ostenta el monopolio hermenéutico a efectos del recurso de casación» .

Con relación a la cuestión de fondo analizada —ejercicio de la potestad de recuperación de oficio por las Corporaciones Locales—, la Sentencia comentada destaca que la viabilidad de esta acción posesoria en manos de la Administración está condicionada a la justificación de la posesión pública del bien y de la perturbación en dicha posesión, por lo que la acreditación de un efectivo estado posesorio es insoslayable salvo que la demanialidad del bien fuera incontrovertible.

De igual modo, la falta de calificación de los caminos existentes en el término municipal o su no inclusión en el Inventario de Bienes no impiden que prospere la acción posesoria ejercitada por la Entidad Local cuando se acredita la naturaleza pública del bien en cuestión por otros medios, siendo, por lo demás, imprescindible que los bienes municipales se hallen perfectamente identificados sobre el terreno pues, en caso contrario, sería preciso un deslinde previo.

La Sentencia aquí analizada casa la desestimatoria pronunciada en la instancia al no ser conforme a Derecho la valoración realizada por la Sala «a quo» sobre el hecho en el que se apoya la pretensión de recuperación posesoria por parte de la Administración municipal toda vez que, en el caso controvertido, no está claro por dónde discurre el camino de cuya recuperación posesoria se trata; por lo que, al ser precisos complicados juicios de valor sobre tal circunstancia, la Sentencia debió estimar la pretensión de anulación ejercitada en el recurso contencioso administrativo.

2.3. Dominio público marítimo-terrestre. Deslinde en zona de protección. Doctrina de la Sala sobre el art. 12.6 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas

La STS, Sección 5.^a, 21-2-2006 (RCA 62/2003) desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto contra un Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se denegó la solicitud de revisión de una Orden Ministerial por la que se aprobó un deslinde en zona marítimo terrestre al estar la misma debidamente fundada.

La sentencia declara que, de acuerdo con el contenido del art. 12.6 de la Ley de Costas, el procedimiento de deslinde puede ser incoado de oficio o a instancia de los interesados no sólo cuando cualquier causa, física o jurídica, haya podido alterar la configuración del dominio público marítimo-terrestre sino también cuando aparezcan datos o circunstancias de los que se pueda deducir que el deslinde realizado no refleja con exactitud las características físicas de los bienes. Tal actividad, que puede tener lugar tanto para la inclusión como para la exclusión de los bienes del dominio público marítimo-terrestre, se produce sin necesidad de la previa declaración de lesividad y sin necesidad de acudir al procedimiento de revisión de oficio de los actos administrativos puesto que el deslinde es un procedimiento especial que permite por sí mismo revisar la delimitación de esta categoría de bienes.

En el caso aquí analizado el Tribunal rechaza la alegación de nulidad de la Orden impugnada que la parte recurrente sostiene con base en el art. 62.1.f) de la Ley 30/1992 por entender los bienes deslindados carecían de las características para ser calificados como demanio marítimo-terrestre. El Tribunal recuerda que el deslinde tiene una naturaleza meramente declarativa por lo que, a través de dicho procedimiento, la Administración no adquiere facultad o derecho alguno; tan sólo se limita a constatar que determinados bienes reúnen las características señaladas por los arts. 132.2 de la Constitución y 3 a 5 de la Ley de Costas. En consecuencia, si la parte recurrente considera que la delimitación del dominio público marítimo terrestre no fue correcta, lo procedente no es pretender la declaración de nulidad del recurrido sino instar la práctica de un nuevo deslinde.

Finalmente, frente a la pretensión de nulidad de pleno derecho de la Orden recurrida, basada en que en el procedimiento seguido se omitió la audiencia a uno de los propietarios colindantes, el Tribunal sostiene que, a pesar de lo dispuesto en el art. 12.2 de la Ley de Costas, dicha omisión

no implica una ausencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido toda vez que los interesados fueron oportunamente convocados mediante publicación en edictos en el Tablón de anuncios del Ayuntamiento, en el Boletín Oficial de la Provincia y en un diario de ámbito local, habiendo sido efectivamente oídos aquéllos que, de acuerdo con la información facilitada por el Ayuntamiento, resultaron ser los titulares de las fincas colindantes con los terrenos objeto de deslinde.

2. 4. Cesión de bienes de las Entidades Locales a la Administración del Estado. Procedencia de la reversión aun después del transcurso de treinta años

La STS, Sección 5.^a, 21-2-2006 (RC 6037/2002) declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional por la que se estimó el recurso contencioso administrativo interpuesto contra una Resolución de Secretaría de Estado de Seguridad, en su calidad de órgano que desempeña la Presidencia del Consejo Rector de la Gerencia de Infraestructuras de la Seguridad del Estado, por la que se denegó la solicitud de reversión instada por el Alcalde de un Ayuntamiento en relación con los terrenos que fueron cedidos para la ubicación de una Casa-Cuartel de la Guardia Civil.

La Sentencia analizada desestima el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia estimatoria dictada por la Audiencia Nacional y confirma, entre otros pronunciamientos, que la cesión de terrenos realizada en su día por el Ayuntamiento a la Administración del Estado ha de ser considerada como una donación modal, figura sobre la que, sin embargo, no existe una regulación específica en el ámbito del Derecho Administrativo. Como consecuencia de lo anterior, debe aceptarse, con carácter supletorio, la regulación que de este tipo de donaciones se contiene en el Código Civil (art. 647) y que habrá de completarse, además, con las normas administrativas reglamentarias que, en el ámbito de la Administración Local (Reglamentos de Bienes de las Entidades Locales de 1955 y 1986), han sometido esta figura a determinados plazos.

De acuerdo con lo anterior, y con base en la doctrina jurisprudencial de la propia Sala que resuelve la casación, en la Sentencia comentada se señala que el transcurso de los treinta años, en los que la Administración cesionaria debe emplear los bienes donados en el fin o destino para el que lo fueron propiamente, no libera o exonera a la Administración de

continuar con el modo impuesto por la Administración donante o cedente. Por ello, el incumplimiento de dicha carga, incluso después de transcurridos los treinta años, permite el ejercicio del derecho de reversión sobre los bienes cedidos. Y ello porque:

1) Resulta complejo que, aceptado el carácter modal de la donación y confirmada, por ello, la aplicación supletoria del Código Civil, se pueda perturbar la configuración de la referida institución mediante el establecimiento de un plazo que, a partir de determinada fecha, alteraría la voluntad del donante acerca de la imposición de una carga sin sujeción a límite temporal.

2) El carácter meramente reglamentario de las normas que establecen el plazo en cuestión no puede incidir en una donación modal efectuada conforme a lo dispuesto en el Código Civil; máxime cuando en las normas legales que precedieron en el ámbito administrativo a los Reglamentos de bienes más arriba mencionados, no se consignó tampoco ningún límite temporal para este tipo de cesiones.

3) La propia interpretación del art. 111 del Reglamento de Bienes de 1986 otorga un distinto tratamiento a los plazos que en el mismo se prevén:

- a) De un lado, el aplicable a los casos de bienes cedidos que no fuesen destinados al uso dentro del plazo señalado en el acuerdo de cesión o donación. en este supuesto, la consecuencia es clara: la donación se considerará resuelta y se producirá la reversión de los bienes.
- b) De otro, el supuesto en el que «debiendo mantenerse su destino durante los treinta años siguientes», los bienes en cuestión dejasen, con posterioridad al transcurso de dicho plazo, de estar destinados al uso o fin para el que fueron cedidos. todo lo cual llevará igualmente aparejada la posibilidad de ejercitar el derecho de reversión sobre los mismos.

2.5. Construcciones en zona de servidumbre de protección marítimo-terrestre. Interpretación de la regla 2.^a de la Disposición Transitoria Novena, 2 del Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General para desarrollo y ejecución de la Ley de 22/1988, de 28 de julio, de Costas

La STS, Sección 5.^a, 25-1-2006 (RC 4739/2002) declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Sala de

lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana que anuló una Resolución de la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes de la Generalidad Valenciana, por la que se autorizó la construcción de un edificio de 23 viviendas en zona de servidumbre de protección del dominio público marítimo-terrestre, en el ámbito de un Estudio de Detalle aprobado por el correspondiente Ayuntamiento.

Acogiendo lo señalado por la Sentencia de instancia, la aquí comentada recuerda que la Ley de Costas establece, con carácter general, una prohibición relativa a la construcción de edificaciones destinadas a residencia o habitación dentro de la zona de servidumbre de protección así como a la realización de obras que impliquen un aumento de volumen de las ya existentes. Por su parte, el Reglamento de desarrollo de la mencionada Ley reduce, en suelo urbano, la servidumbre de protección a 20 metros, estableciendo, además, un régimen transitorio que respeta las construcciones y usos existentes así como las autorizaciones ya otorgadas, incluso cuando no respeten esta medida. Finalmente, la regla 2.^a de la Disposición Transitoria Novena, 2 del Reglamento de desarrollo de la Ley de Costas determina que cuando la línea de edificaciones existentes esté situada a una distancia inferior a 20 metros desde el límite interior de la ribera del mar, la concesión de nuevas autorizaciones deberá someterse al cumplimiento de los siguientes requisitos: 1) previa o simultáneamente a la autorización, habrá de aprobarse un Plan Especial, Estudio de Detalle u otro instrumento urbanístico adecuado para proporcionar un tratamiento urbanístico homogéneo al conjunto de la fachada marítima; 2) el mantenimiento de la misma alineación por parte de las nuevas construcciones, siempre que se trate de edificación cerrada y que la longitud del conjunto de solares susceptibles de albergar dichas edificaciones no supere la cuarta parte de la longitud total de la fachada ya existente; y 3) sólo cuando se trate de solares aislados con medianeras de edificación consolidada a uno o ambos lados, y siempre que se ésta sea conforme con la alineación establecida en la ordenación urbanística vigente, se aplicará la regla anterior.

Pues bien, sobre la base de estas disposiciones la Sala Tercera señala que la autorización de un edificio que se eleva a siete plantas, cuando el colindante tiene sólo una, rompe con la necesaria homogeneidad del conjunto de la fachada marítima en el ámbito del suelo urbano.

La Sentencia aquí analizada declara, además, que la calificación o denominación de solar —a la que se refiere la regla 2.^a de la Disposición

Transitoria Novena, 2 interpretada— no es predicable sólo de las parcelas vacantes sino también del suelo que reúne los requisitos para tal consideración, prescindiendo de si está o no edificado.

La anterior interpretación, dice la Sala Tercera, no sólo resulta coherente con el tenor de la norma interpretada sino que, además, encuentra su confirmación en la nueva redacción que el art. 120 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, dio al apartado tercero de la Ley de Costas, que incluye un precepto prácticamente idéntico en su contenido al de la indicada regla 2.^a de la Disposición Transitoria Novena, 2 del Reglamento de la Ley de Costas, al aludir expresamente a los «solares, edificados o no».

3. Contratación administrativa

3.1. Diferencias entre el dominio público, la obra pública y el servicio público a efectos de la contratación administrativa. Contratación conjunta de proyecto y obra. Imposibilidad de tener en cuenta los requisitos de capacidad y solvencia como criterios objetivos de adjudicación de contratos

La STS, Secc. 4.^a, 23-01-06, RC 7132/2002, aborda tres aspectos relevantes en materia de contratación pública. En primer lugar, frente a la alegación de un Ayuntamiento recurrente que venía a afirmar, a los efectos de determinación del régimen jurídico de determinado negocio jurídico como contrato de concesión de obra pública, que son intercambiables los conceptos de dominio público, obra pública y servicio público, la Sala pone de manifiesto que es rigurosamente inexacta tal afirmación, y para ello explica cómo dicha confusión se puede deber a la vinculación histórica entre los tres conceptos durante el siglo XIX, probablemente a causa de los sistemas de adjudicación de la construcción de los ferrocarriles, en los que, dada la insuficiencia financiera del Estado en aquel momento para abordar grandes obras de infraestructuras, se cedía la construcción de líneas férreas a empresas privadas que, de un lado y lógicamente, utilizaban el dominio público y, por otro, se remuneraban como concesionarias mediante la explotación de servicio público. La sentencia pone de manifiesto cómo, frente al mencionado confusionismo, existió, desde fines del siglo XIX una progresiva tendencia a desvincular la construcción de una obra y la remuneración del contratista mediante la explotación de un actividad o servicio de la que tenía el carácter de concesionario. No obstante, dicha desvinculación com-

pleta no llegó a plasmarse normativamente por la aparición de la legislación reguladora de las autopistas de peaje. En cualquier caso, puede afirmarse con rotundidad el diferente sentido y naturaleza de los tres conceptos mencionados, que tiene su reflejo en el ámbito de la contratación administrativa, en las diferencias de régimen jurídico de los contratos relativos a cada una de ellas.

La segunda cuestión que plantea la sentencia mencionada es la relativa a los requisitos que deben concurrir para que pueda determinarse que un negocio jurídico concluido por una Administración Pública es subsuible en la categoría de contrato conjunto de proyecto y obra, prevista en el art. 125 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio. En este sentido, se concreta que los dos requisitos previstos en el mencionado precepto, esto es, que es sistema constructivo pueda resultar determinante de las características esenciales del proyecto y que las características de las obras permitan anticipar diversos planteamientos de trazado, diseño y presupuesto, deben cumplirse cumulativamente y, además, debe motivarse por la Administración su concurrencia, lo que en el caso resuelto en la sentencia no sucedió. Por fin, es igualmente exigible en la contratación conjunta de proyecto y obra que por la Administración se redacte un anteproyecto o documento similar, que sólo podrá sustituirse por unas bases técnicas, cuanto se motive que existe un interés público que justifique no haber redactado el anteproyecto.

Finalmente, se reitera en la sentencia la doctrina según la cual las características de capacidad y solvencia de las empresas no pueden servir de criterios objetivos para adjudicar el contrato, aun cuando ello no esté prohibido expresamente por el art. 86 del Texto Refundido de la Ley de Contratos. Afirma la sentencia que dichos elementos deben ser tenidos en cuenta para la admisión de las proposiciones u ofertas, pero como requisito previo a una fase posterior en la que se tengan en consideración otros criterios, que son los que deben resultar decisivos para la adjudicación del contrato.

3.2. Privatización parcial de empresa mixta de servicios funerarios. Naturaleza de los informes de fiscalización del Tribunal de Cuentas. Enajenación de títulos de participación por concurso

La STS, Secc. 4.^a, 20-5-06, RC 3746/2003, resuelve el recurso planteado contra la sentencia del TSJ de Madrid, que acordó anular el Acuerdo

del Ayuntamiento de Madrid por el que se aprobaron los pliegos de condiciones reguladoras del concurso para la integración de capital privado ajeno a dicha Corporación en el capital social de la empresa mixta de servicios funerarios de Madrid, y se determinaba la convocatoria del correspondiente concurso y su tramitación urgente.

En síntesis, dos son los argumentos básicos esgrimidos por la sentencia que comentamos. El primero, referido a la función del Tribunal de Cuentas, se concreta en que no es posible una aceptación acrítica por el juzgador de una mera opinión de dicho órgano, ni sobre las condiciones jurídicas del Pliego, que, en el presente caso, el Tribunal de Cuentas considera nulo de pleno de derecho, ni sobre la procedencia de la subasta o del concurso en un caso dado; y ello por que se trata de manifestaciones que se sitúan al margen de su función de enjuiciamiento contable y es al orden jurisdiccional contencioso administrativo al que le corresponde pronunciarse sobre la validez o no de la convocatoria del concurso y los pliegos.

La sentencia se pronuncia también sobre la legalidad de la venta de acciones por el sistema de concurso. Y en este sentido, partiendo de que desde el momento en el que ocurrieron los hechos, 1992, hasta el presente, se ha producido un cambio sustancial en la materia, el Tribunal recuerda, en primer lugar, que la jurisprudencia de la Sala ha venido entendiendo que la previsión contenida en el art. 80 del Texto Refundido de Régimen Local, a cuyo tenor las enajenaciones de bienes patrimoniales habrán de realizarse por subasta pública (a excepción de la permuta con otros bienes inmobiliarios), se refiere a los bienes inmobiliarios, puesto que en esas enajenaciones la Administración, al desprenderse de esos bienes, trata de obtener el máximo rendimiento económico, objetivo que no constituye el fin esencial cuando la Administración continúa gozando de un poder de decisión sobre la institución en que se integran los bienes objeto de transmisión. Por ello, la solución de la Sala consiste en precisar que, a pesar de que la legislación local vigente de producción estatal no contempla cual ha de ser el procedimiento a utilizar en la enajenación de títulos de participación de sociedades no cotizadas, la interpretación conjunta de los art. 104 del RD Legislativo 781/1986, de 18 de abril, del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local y 104,2,b) del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales permite entender que es viable el concurso en tales supuestos puesto que de lo que se trata es de incorporar a un socio privado en la gestión del servicio público y ello exige tomar en consideración criterios técnicos y de otra índole debidamente

fijados, que resultan necesarios en una actividad administrativa como la impugnada.

3.3. Alcance de la remisión de la regulación de los negocios jurídicos sobre bienes inmuebles a la normativa local. Adjudicación por contratación directa

La STS, Sección 4.^a, 25-1-06, RC 2650/2006, determina que la remisión que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establece para los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos sobre bienes inmuebles a la legislación patrimonial de las Administraciones Públicas aplicable en cada caso debe entenderse realizada, en el ámbito local, al Texto Refundido de la Ley de Régimen Local, y al Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, pero no se circunscribe a los arts. 80 del Texto Refundido —que determina que las enajenaciones de bienes patrimoniales habrán de realizarse por subasta pública— y 112.1 del Reglamento de Servicios —a tenor del cual las enajenaciones de bienes patrimoniales se regirán en su preparación y adjudicación por la normativa reguladora de la contratación de las Corporaciones locales—. Además, hay que tener en consideración el art. 118 del Texto Refundido de Régimen Local, en el que figuran como formas de adjudicación de los contratos de la Entidades locales tanto la subasta, como el concurso y la contratación directa y, también, el art. 120.1.6.^a del TRRL, que determina los supuestos en los que será posible acudir a la contratación directa, y que fue aplicado, de manera procedente, por el Ayuntamiento para adjudicar una parcela para uso hotelero.

4. Derecho administrativo económico

4.1. Operaciones de concentración. Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se decide subordinar a condiciones la operación de concentración económica consistente en la integración de DTS Distribuidora de Televisión por Satélite, S.A. (Vía Digital) en Sogecable, S.A. (Sogecable)

El Tribunal ha dictado varias sentencias que resuelven impugnaciones formuladas contra el Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se decide subordinar la integración de VD. en S.. Se trata de las SSTs,

Secc. 3, 7-11-2005, RC 32/2003, Secc. 3, 7-11-2005, RC 33/2003, Secc. 3, 7-11-2005, RC 37/2003, Secc. 3, 29-11-2005, RC 39/2003, Secc. 3, 7-11-2005, RC 64/2003. En ellas la Sala analiza si las medidas impuestas son adecuadas para restablecer la competencia o, al menos, suficientes para minimizar los efectos perjudiciales que la concentración produce en ella, si cumple las exigencias de proporcionalidad, y si la operación puede redundar en beneficio de los consumidores. Y, antes de iniciar su análisis, adelanta que si este objetivo se logra a través de las condiciones, hay que declarar su validez, aunque indirectamente produzcan limitaciones en la libertad de empresa de las plataformas concentradas. La Sala expone que, como se deduce unánimemente de todos los informes aportados, en un mercado no consolidado y con perfiles inestables, en el que existen operadores dominantes, la concentración supondrá de manera inmediata una restricción de la competencia por el correlativo aumento del peso significativo de aquéllos. Frente a esta situación, el Gobierno no podía adoptar una actitud pasiva de no oposición a la operación. Pudiendo, pues, optar por las posibilidades de oponerse a la operación, o subordinarla a la observancia de condiciones, optó por esta última, eligiendo la opción menos restrictiva. En este punto el Gobierno maneja criterios de discrecionalidad, pudiendo elegir entre las diversas soluciones aquella que considere más adecuada para la consecución de los objetivos propuestos. Es esta una apreciación subjetiva que prevalece sobre las particulares opiniones de las partes y en la que los Tribunales no pueden intervenir si no es a través de los mecanismos que el Ordenamiento establece para el control de la discrecionalidad, y en cualquier caso sin poder sustituir ese contenido discrecional del acto. Dicho esto, añade la Sala que por aplicación de la doctrina de la conservación de los actos, la anulación de una condición no determina necesariamente la invalidez del Acuerdo, salvo que la condición cuya nulidad se declara tenga una relevancia tal que sin ella el acto no se hubiera dictado.

Atendiendo a estas consideraciones, la Sala examina las condiciones cuya validez se discutía por los actores, concluyendo que ninguna de ellas infringe el Ordenamiento, por lo que desestima los recursos interpuestos.

4.2. No exigibilidad de la efectividad de la conducta anticompetitiva

Con relación a los acuerdos prohibidos que puedan alterar la competencia, la **STS, Secc. 3.^a, 11-11-2005, RC 374/2003** precisa que es el propio acuerdo el que vulnera la norma, de tal manera que no es necesario

que la conducta anticompetitiva haya sido efectivamente llevada a la práctica. En efecto, dice la sentencia que la Ley para la Defensa de la Competencia prohíbe decisiones y conductas que puedan alterar la competencia, sin que sea requisito necesario el que tales comportamientos hayan de plasmarse necesariamente en hechos o actuaciones posteriores. Y el argumento en el que se apoya esta alegación es que ninguna de las conductas sancionadas se aplicaron en la práctica, cuestión de hecho que resulta irrelevante por un lado y que la Sala de instancia, además, no considera acreditada. El hecho relevante e incontrovertible, en cambio, es que tanto las cláusulas estatutarias que prohibían las relaciones con ganaderos ajenos a la Unión como los contratos tipo proporcionados a los asociados constituyen conductas directamente contrarias a las previsiones en defensa de la competencia y susceptibles de afectar de manera relevante al mercado afectado».

4.3. Nulidad de la resolución aprobatoria de la Circular 1/1998, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, sobre campañas publicitarias efectuadas en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos, por los operadores que disfruten de una posición de dominio

La STS, Sec. 3.^a, 24-01-2006, RC 3361/2003, anula la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones que aprobó la Circular 1/1998, de 30 de julio, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, sobre campañas publicitarias efectuadas en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos, por los operadores que disfruten de una posición de dominio. Señala esta sentencia que el abuso de posición dominante (explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional) queda prohibido, como conducta tipificada y sancionable administrativamente, en el art. 6 de la Ley 16/1989, cuyo apartado dos dispone que dicho abuso «podrá consistir, en particular» en determinadas modalidades que el propio Legislador define. Es cierto que la relación de estas modalidades no resulta exhaustiva sino ejemplificativa, pero también lo es que la incorporación a este catálogo de modalidades de otra nueva mediante una mera instrucción como la aquí impugnada excede de la capacidad normativa de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

4.4. Mercado de valores. OPA de adquisición. Principio de «imagen fiel» en normas de contabilidad para entidades de crédito

Con ocasión del planteamiento de una OPA por una entidad bancaria sobre otra, consistente en la adquisición por una de ellas de las acciones de la otra participada por la primera, supuesto no contemplado de forma expresa por las normas contables aprobadas por el Banco de España, éste, mediante Orden dictada en aplicación de la Circular 4/91, sobre contabilidad y estados financieros de las entidades de crédito, expresó su conformidad a la misma y autorizó la amortización del fondo de comercio que surja en la adquisición con cargo a la prima de emisión que simultáneamente aflore en la ampliación de capital prevista. La **STS, Secc. 3, 11-10-2005, RC 6822/2002** resuelve el recurso interpuesto contra la Orden citada, concluyendo que la misma respeta la exigencia del principio de imagen fiel de las normas de contabilidad para las entidades de crédito, si bien se produce una modulación tanto de este principio como del principio de prudencia valorativa por razón de la peculiaridad del sector *«que explica precisamente que se hayan de dictar normas de contabilidad adaptadas al mismo, y no supone en modo alguno que dicho principio deje de regir como principio básico de la contabilidad de las entidades de crédito»*. Concreta que esto no implica otorgar al Banco de España la posibilidad de excepcionar la aplicación de las reglas de contabilidad, porque se trata de una autorización excepcional, que habrá de estar justificada y motivada, y limitarse a los supuestos concretos para los que está prevista, y que la previsión de la Circular de incluir en la memoria de la entidad afectada la autorización del Banco de España complementa el Código de Comercio en esta materia. Por último, en cuanto a la preceptiva autorización del Banco de España para el caso en que con carácter excepcional no sea procedente la aplicación de una norma de la propia Circular, autorización que no está contemplada en el Código de Comercio, la Sala ha declarado que *«se trata de una previsión más garantista que la contemplada en la regulación general prevista en el citado Código, que obliga a la propia entidad a inaplicar por sí propia la norma incompatible con el principio de imagen fiel, con la obligación de advertir en la memoria las circunstancias a que ya nos hemos referido. En realidad, frente a lo que parece creer el actor, es esta autorización y no lo relativo a las menciones que haya que efectuar en la memoria lo que configura la diferencia fundamental entre esta norma y el art. 48.4 del Código de Comercio, y es una diferencia que va en el sentido de reforzar el control contable y su fiabilidad, no a la inversa»*.

4.5. Impugnación del Real Decreto número 1066/2001, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento que establece las condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas

La STS, 3.^a, 19-04-2006 (RCA 503/2001) desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Real Decreto número 1066/2001, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento que establece las condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas. Estando sometida a controversia la suficiencia de los criterios de protección sanitaria frente a campos electromagnéticos procedentes de emisiones radioeléctricas, la Sala razona que no existen elementos de juicio suficientes que demuestren, con el rigor exigible, la incorrección de los valores asumidos por el Real Decreto 1066/2001. Es necesario resaltar desde un principio —señala esta sentencia— que dichos límites son el resultado de una compleja revisión científica internacional llevada a cabo por organismos públicos o entidades independientes que, una vez establecidos los niveles de exposición a emisiones radioeléctricas no ionizantes que pudieran considerarse potencialmente adversos para la salud, fijó el umbral de protección para las personas en una cantidad cincuenta veces inferior a aquéllos. Rechaza asimismo la Sala que se haya producido una infracción del llamado «principio de precaución o cautela», no sin puntualizar que si, en una hipótesis de futuro, se acreditara la presencia de efectos no previstos que implicaran graves riesgos para la salud no conocidos hasta entonces, cuya etiología no estuviera suficientemente clara, el principio de precaución entraría en juego para, ante la situación de falta de certeza científica, legitimar medidas que excepcionaran la aplicación del citado régimen general.

4.6. Cuotas participativas de las cajas de ahorro. Impugnación del RD 302/2004

Habiéndose impugnado ante la Sala determinados preceptos del Real Decreto número 302/2004, de 20 de febrero, sobre Cuotas Participativas de las Cajas de Ahorro, la STS, Sec. 3.^a, 11-10-2005 (RCA 55/2004) anula, por su disconformidad con el ordenamiento jurídico,

los siguientes preceptos del citado Real Decreto: A) La letra c) del apartado 2 del art. 10, que somete la validez del acuerdo de supresión del derecho de suscripción preferente de los cuotapartícipes a la «aprobación, en caso de que exista, del sindicato de cuotapartícipes»; y B) El inciso final del apartado 1 del art. 12, que requiere la «aprobación del sindicato de cuotapartícipes, en caso de que éste exista» para la amortización anticipada de las cuotas.

5. Educación y enseñanza

5.1. Impugnación de la Orden de la Consellería de Cultura, Educación y Ciencia, de la Generalidad Valenciana, de 22 de diciembre de 1995, en cuyo artículo único se derogan una serie de apartados del art. 4 de la Orden anterior de 16 de agosto de 1994, que dispuso la convalidación de certificados expedidos por la Junta Evaluadora de la Lengua Catalana de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares (JAC) y de la Junta Permanente de Catalán de la Generalidad de Cataluña (JPC). Homologación y convalidación de títulos oficiales y Certificados

La STS, Sección 7.^a, 15-3-2006 (Rc. 8075/1999) admite el recurso de casación y anula la Orden por la que se derogan una serie de preceptos, referidos a la convalidación de títulos oficiales, así como certificados sobre grado de conocimiento de la lengua, expedidos por órganos de las Comunidades Autónomas de Islas Baleares y Cataluña.

La Sala estima que no corresponde a los Tribunales pronunciarse sobre si la valenciana y la catalana son una misma lengua, problema este no resuelto en el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (STC 75/1997), ya que se trata de una cuestión ajena al Derecho que tiene su sede natural en el ámbito científico académico, lo que nos lleva a una discrecionalidad técnica. En este caso, la Sala afirma que correspondía a la Generalidad Valenciana la carga de señalar las razones de índole científico y académico que justifican la supresión de las convalidaciones que son el objeto de la discusión, y como quiera que esta no se ha realizado, la discrecionalidad del poder político en su acción de gobierno debe respetar el principio de igualdad garantizado en los art. 14 y 23.2 CE, que impide la diferencia de trato en la convalidación de títulos y certificados.

5.2. *Impugnación del Real Decreto 50/2004, de 19 de enero, por el que se regula el régimen de profesorado contratado de la Universidad de Educación a Distancia. Condiciones de trabajo del personal docente e investigador*

La STS, Sección 7.^a, 22-2-2006 (RCA 28/2004) estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el RD 50/2004.

La sentencia analiza el carácter del Real Decreto impugnado, apuntando que en términos generales es de naturaleza organizativa, pero al mismo tiempo, se reconoce que, al menos una parte de dicho Real Decreto es laboral, más concretamente la parte que se refiere a las condiciones de contratación, la cual entra dentro del ámbito de los convenios colectivos. En este sentido, la sentencia declara contrarios a derecho los preceptos que marcan una duración determinada de los contratos por ser contrarios a lo pactado en el acuerdo colectivo sobre condiciones de trabajo del personal docente e investigador con vinculación laboral de la UNED, en cuanto que, tratándose de una materia laboral debe regularse por convenio.

6. Expropiación forzosa

6.1. *Ejercicio del derecho de reversión por liquidadores de Sociedad Anónima*

El derecho de reversión, aunque hunda sus raíces en el derecho dominical del expropiado, constituye un derecho nuevo y autónomo que ni nace del acuerdo de expropiación ni con la consumación de ésta, y no siendo el procedimiento a través del cual se insta su realización continuación del expediente expropiatorio, la reversión ha de regirse por la ley vigente en el momento de ejercitarse. El derecho de reversión tiene un contenido patrimonial y, como tal, resulta susceptible de negociación y transmisión por actos inter vivos y mortis causa. Tiene un carácter y contenido evidentemente económico que cobra valor, a efectos de su mejor disposición, una vez ejercitado en los términos previstos en la legislación de expropiación forzosa por lo que, aun cuando resulta perfectamente enajenable incluso antes de que se produzca el nacimiento de los hechos determinantes de la posibilidad de su ejercicio, indudablemente el reconocimiento del mismo por parte de la Administración en los términos que prevé la normativa expropiatoria hace que éste cobre la plenitud e integridad de su contenido económico.

En relación con su ejercicio, resulta de indudable interés práctico la **STS, Secc. 6.ª; 08-02-2006 (RC 641/2003)** que examina la cuestión de la legitimación de los liquidadores de una sociedad anónima para ejercitar el derecho de reversión. La Sala considera que la función de los liquidadores de la sociedad anónima no está regulada simplemente como dirigida a la enajenación del haber social sino que, los términos en los que la misma se regula por el art. 272 de la Ley de Sociedades Anónimas, al precisar las funciones de los liquidadores, permiten interpretar que dentro de las operaciones autorizadas a éstos están todas aquéllas que permitan una mejor conservación o incremento del patrimonio social ya existente siempre que, naturalmente, sean útiles para la finalidad de extinguir la sociedad, lo que no puede entenderse con un criterio restrictivo como dirigido a la única finalidad de obtener la liquidación del patrimonio, sino a hacerlo en las condiciones más económicamente razonables tendentes, sí a la extinción de la sociedad, pero en condiciones de suficiente rentabilidad en beneficio de los socios como destinatarios finales del resultado de la liquidación.

Por ello, razona la Sala que *«con una interpretación amplia y finalista de lo dispuesto en el art. 272.c) del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas cabe entender legitimados a los liquidadores para intentar obtener de la Administración, en los términos previstos en la Ley de Expropiación Forzosa el reconocimiento del derecho de reversión, cuyo reconocimiento hará más eficaz la posibilidad de su transmisión autónoma o el ejercicio del derecho consiguiente a recuperar el bien y obtener la ulterior transmisión como parte del proceso liquidativo de la socieda»*. (FJ 2.º)

6.2. Solicitud de reversión de parte sobrante. Requisitos. Improcedencia respecto de terrenos cuya expropiación responde a la solicitud de la propiedad de expropiación total de la finca

No toda expropiación ha de reconocer o respetar el derecho de reversión con el contenido y configuración comunes que le asignan los arts, 54 y 55 de la Ley de 16 de diciembre de 1954, de expropiación forzosa, y preceptos concordantes de su Reglamento ejecutivo (arts. 63 al 70 del mismo), pues tal derecho, de acuerdo con el criterio sostenido ya en la sentencia de esta Sala de 30 de septiembre de 1991, puede ser eliminado o modulado por el legislador en algunos específicos supuestos expropiatorios, atendiendo de modo razonable y no arbitrario, a la finalidad

que orienta y legitima la privación coactiva de bienes y derechos. Entre dichos supuestos se encuentra el de expropiación parcial de fincas rústicas o urbanas hecha extensiva al resto no expropiado como consecuencia del art. 23 de la Ley, es decir, la denominada «expropiación total», supuesto en el que no se admite el derecho reversional con relación al resto incluido en la ocupación material.

Así resulta claramente de la STS, **Secc. 6.ª; 07-03-2006 (RC 7061/2002)** que examina un supuesto en el que para el cumplimiento del fin de la expropiación (ampliación de la Necrópolis Sur de Carabanchel) se estableció la necesidad de ocupar 23.518,96 m² de determinada parcela catastral integrada en una finca registral mas amplia. La Sala tiene en cuenta que fué el propietario quien solicitó la expropiación total de la finca, de manera que la ampliación de la expropiación hasta 31.486 metros cuadrados, que la propia parte consideró como superficie total de la finca, no se efectuó con el fin de atender al cumplimiento de la causa expropiandi, para la que únicamente se había previsto la expropiación de 23.518, 96 m², sino con el fin de satisfacer el interés manifestado por la propiedad, que interesó tal ampliación y que no la discutió en ningún momento a lo largo de las impugnaciones que siguieron a la fijación del justiprecio, en las que únicamente se cuestionó la valoración por metro expropiado, no la superficie. La Sala razona que *«los metros que excedían de los 23.518,96, no se incluyeron entre los bienes que la Administración había considerado necesarios para la ampliación en cuestión, ni se expropiaron para ello, por lo que en ningún caso pueden considerarse parte sobrante de los expropiados a tal fin, de manera que desde el principio y con pleno conocimiento de la propietaria, que instó la expropiación total, la superficie que excedía de los metros cuya ocupación había previsto la Administración quedaba al margen de la ampliación de la Necrópolis proyectada y luego llevada a cabo en los términos previstos, situación cuyo alcance y consecuencias jurídicas pudo cuestionar la parte, en su caso, en aquel momento mediante las impugnaciones procedentes, lo que no hizo, como se ha expresado antes, consintiendo la misma. Situación que, por lo tanto, no puede servir de amparo para el ejercicio del derecho de reversión, por no darse los requisitos, antes indicados, dado que la expropiación se produjo a instancia de la parte y al margen de la superficie declarada necesaria por la Administración, sobre la que se llevó a cabo la ampliación, sin que se produjera sobrante alguno respecto de dicha superficie destinada a la ampliación, ejecutando el fin que motivó la expropiación, como señala la resolución impugnada, denegatoria de la reversión, de 27 de mayo de 1998, que consiguientemente debe confirmarse»*. (FJ 4.º)

7. Extranjería y asilo

7.1. Derecho de asilo. Persecución por razón de género

De entre las muchas sentencias dictadas por la Sala en materia de asilo, cabe resaltar las que han calificado como persecución protegible, esto es, incluíble dentro de las causas o motivo de asilo recogidos en la Convención de Ginebra de 1951, la sufrida por las mujeres, como tal colectivo, en sus países de origen.

Así, esta Sala Tercera ya ha tenido ocasión de declarar en distintas ocasiones que una situación de desprotección y marginación social, política y jurídica de las mujeres en su país de origen, que vulnere de forma evidente y grave sus derechos humanos, es causa de asilo (STS, Sec. 5.ª, 07-07-2005, RC 2107/2002). En la misma línea, la STS, Secc. 5.ª, 9-9-2005, RC 3428/2005 considera que la situación descrita por la recurrente, nacional de Somalia, constituye una situación de grave y continuada persecución por razón de sexo, encuadrable entre las persecuciones sociales. La Sentencia citada concluye que: *«De este relato fluye con evidencia que la solicitante del derecho de asilo, en contra de lo que afirma la Administración, adujo, para impetrar ese derecho, una causa prevista en los aludidos instrumentos internacionales ratificados por España para que se le reconozca la condición de refugiada, expuesta en términos suficientes para que, al menos, se tramite su solicitud, pues del tenor de su relato se desprende que su huida vino dada por la necesidad de escapar de un campo de refugiados donde —según expone— las mujeres —y ella misma— eran objeto de malos tratos y vejaciones graves y constantes»* (FJ 3). En similares términos, y en referencia también a una mujer de nacionalidad somalí, se ha pronunciado la STS, Secc. 5.ª, 10-11-2005, RC 3930/2002. Siempre en el mismo sentido, la STS, Secc. 5.ª, 28-2-2005, RC 735/2006, analizando la situación de la mujer en Nigeria, estima el recurso de casación interpuesto, contra una Resolución de inadmisión a trámite, al considerar que: *«En efecto, basta repasar el relato de la solicitante de asilo para constatar que en él se expuso una persecución por razón de sexo, plasmada en hostigamiento y amenazas de un hombre que pretendía obligarla a casarse con él, que en principio reviste carácter protegible (por resultar encuadrable sin duda entra las persecuciones sociales)»*. (FJ 4)

Más concretamente, ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal Supremo acerca de la situación de la mujer en los casos de la llamada «violencia doméstica». Entiende la Sala que la violencia doméstica, como

tal, y en principio, no se encuadra dentro de los supuestos que dan lugar a la institución del asilo [en este sentido **STS, Secc. 5.ª, 29-4-2005 (RC 830/2002)**]. Sin embargo, cuando a esta violencia se le unen motivos políticos, pueden llegar a configurar supuestos encuadrables en una persecución objeto de protección por la figura del asilo. Así, la **STS, Secc. 5.ª, 11-10-2005, RC 4178/2002** examina el supuesto de una mujer nacional de Guinea Ecuatorial, estimando el recurso presentado puesto que: «*Del relato de la Sra. E., se deduce de forma clara que la violencia de la que es víctima por parte de su marido no es un suceso más de violencia doméstica, sino que tiene raíces políticas. En su relato dijo que “su marido es del PDG y en 1993 se enteró de que la solicitante era del PP y comenzó a maltratarla”*», así que —concluye la Sala— ninguna duda cabe de que los maltratos nacieron a causa de las ideas políticas de la actora, configurando así una persecución protegible mediante la institución del asilo, según el art. 3-1 de la Ley de Asilo 5/84, de 26 de marzo, en relación con el art. 1.º-A-2) del Convenio de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, de 28 de julio de 1995».

En fin, dentro de un concepto amplio de las persecución por razón de género, incardinables dentro de las persecuciones sociales, se encuentra la sufrida por las personas homosexuales. A un caso de esta índole se refiere la **STS, Sec. 5.ª, 21-04-2006, RC 2851/2003**, que ordena la admisión a trámite de la solicitud de asilo presentada por un ciudadano de Cuba, quien adujo que era perseguido en su país de origen por su condición de homosexual. Entiende la Sala que el solicitante describió unos hechos que encierran una persecución por motivos de orientación sexual, referida en términos que merecen el trámite de su solicitud.

7.2. Extranjería. Cuestión de ilegalidad en relación con el art. 70.1.1.b) del Reglamento de ejecución de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y libertades de los Extranjeros en España y su integración social, aprobado por RD 864/200; estimación

La **STS, Secc. 5.ª, 1-3-2006, cuestión de ilegalidad 3/2005**, declara la nulidad de pleno derecho del inciso «previo a la solicitud del permiso de trabajo» que se contiene en el párrafo 3.º del apartado 1.1.B del art. 70 del Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, aprobado por el Real Decreto 864/2001, de 20 de

julio. Se resuelve así, en sentido estimatorio una cuestión de ilegalidad planteada por el Juzgado de lo Contencioso n.º 1 de Zaragoza, en relación con el art. 70.1.1.b) del RD 864/2001.

El Tribunal Supremo considera que el inciso relativo a «previo a la solicitud del permiso de trabajo», *«al exigir e imponer el mencionado carácter previo a la gestión del requisito que regula (oferta negativa de empleo público), permitiendo, por otra parte, la declaración de inadmisión sin el previo trámite de subsanación, vulnera la exigencia de constituir un simple complemento indispensable —en el concreto ámbito del procedimiento para la obtención del permiso de trabajo— de la norma legal de referencia (38.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social)»*. (FJ 4)

Con esta declaración se confirma que con esa exigencia previa *«la norma reglamentaria está limitando temporalmente de forma ilógica, arbitraria y sin apoyo legal —como veremos— el ejercicio de los derechos de los extranjeros que con la solicitud se activan»*, puesto que, según consolidada jurisprudencia, *«las normas reglamentarias de desarrollo de un texto legal no pueden, en ningún caso, limitar los derechos, las facultades ni las posibilidades de actuación contenidas en la Ley misma (SSTS, entre otras, de 5 y 14 de mayo de 1972 y 19 de junio de 1967, etc.)*, dado que de acuerdo con su naturaleza deben limitarse a establecer las reglas o normas precisas para la explicitación, aclaración y puesta en práctica de los preceptos de la Ley, pero no contener mandatos normativos nuevos y mas restrictivos de los contenidos en el texto legal; tesis ya mantenida en la STS de la Sala de 23 de junio de 1970, y que aquí se reitera». (FJ 4)

El precepto anulado era contrario al mandato general contenido en el art. 71 LRJ-PAC, constituyendo este trámite de subsanación tanto un derecho inderogable de todo particular en relación con cualquier procedimiento administrativo, como una obligación de la Administración. Por ello, *«sin duda, nos encontramos en presencia de una norma reglamentaria, que nos vemos obligados a anular, por cuanto (1) está limitando los derechos o situaciones jurídicas favorables al administrado establecidos por una ley —en este caso, la posibilidad procedimental de subsanar la no aportación inicial de un documento preceptivo para evitar una declaración de inadmisión—, y porque, también (2) está rompiendo la coherencia interna del ordenamiento...»*. (FJ 4)

7.3. Extranjería. Ilegalidad del punto 2.2.g) de la OM de 11 de abril de 1996, que exige el matrimonio anterior en tres años para la exención de visado

Las SSTs, Secc. 5.^a, 20-9-2005 (RC 6902/2002 y RC 7129/2002) confirman las sentencias dictadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Secc 8.^a, de 28-6-2002, cuestión de ilegalidad n.º 1/2001, y de 18-6-2002, cuestión de ilegalidad n.º 1338/2001. Confirmando la doctrina sentada en anteriores sentencias, se declara que el matrimonio constituye un estado civil que resulta incompatible con la expulsión de uno de los cónyuges del territorio nacional. De esta forma, para interpretar el concepto jurídico indeterminado que constituyen las razones excepcionales que dispensan de la exención de visado debe partirse de que *«La exigencia, impuesta por Orden Ministerial, de un periodo previo de matrimonio de tres años no sólo se extralimita de lo establecido en los aludidos preceptos reglamentarios sino que conculca claramente el principio constitucional de protección a la familia, recogido en el art. 39.1 de la Constitución, como ya expresamos en nuestra citada Sentencia de 1 de febrero de 2001, y se opone a lo establecido en los arts. 67 y 68 del Código Civil»*.

Declara, por eso, la Sala que el *«inciso de la Orden Ministerial de 11 de abril de 1996 contradice lo dispuesto en el art. 54-2-a) del Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, pues éste concede el derecho de residir en España al cónyuge del extranjero con residencia legal, siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho, que no resida en el extranjero otro cónyuge y que el matrimonio no se haya concertado en fraude de ley, pero no exige que el matrimonio tenga una duración previa determinada, siendo, en consecuencia, éste un requisito que no puede imponer «ex novo» la Orden Ministerial impugnada»*. (FJ 4.º)

7.4. Extranjería. Sanción de expulsión. Necesidad de motivación de la resolución sancionadora. Es suficiente la que se derive de la mera constancia en el expediente administrativo, aunque no se haya incorporado al texto de la resolución

La Sala Tercera del Tribunal Supremo se ha pronunciado en la STS, 5.^a, 14-12-2005, RC 4464/2003, sobre el cambio de concepción que efectúa la Ley Orgánica 4/2000, respecto de la sanción de expulsión de extranjeros del territorio nacional. Entiende la Sala que el encontrarse ilegalmente en España (una vez transcurridos los noventa días previstos en el art. 30-1 y 2 de la Ley 4/2000, reformada por la Ley 8/2000, ya que durante

los primeros noventa días no procede la expulsión sino la devolución), según el art. 53-a), puede ser sancionado o con multa o con expulsión, de forma que la expulsión puede no ser oportuna o no proceder. A lo que debe añadirse que en el sistema de la Ley la sanción principal es la de multa, y en los casos, entre otros, de permanencia ilegal «podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio nacional». De forma que *«En cuanto sanción más grave y secundaria, la expulsión requiere una motivación específica, y distinta o complementaria de la pura permanencia ilegal, ya que ésta es castigada simplemente, como hemos visto, con multa. Según lo que dispone el art. 55-3, (que alude a la graduación de las sanciones, pero que ha de entenderse que resulta aplicable también para elegir entre multa y expulsión), la Administración ha de especificar, si impone la expulsión, cuáles son las razones de proporcionalidad, de grado de subjetividad, de daño o riesgo derivado de la infracción y, en general, añadimos nosotros, cuáles son las circunstancias jurídicas o fácticas que concurren para la expulsión y prohibición de entrada, que es una sanción más grave que la de multa».*

Sentado lo anterior, debe partirse de que *«resultaría en exceso formalista despreciar esa motivación por el hecho de que no conste en la resolución misma, siempre que conste en el expediente administrativo».* Por esta razón se concluye en la sentencia citada que: *«A) Tratándose de supuestos en que la causa de expulsión es, pura y simplemente, la permanencia ilegal, sin otros hechos negativos, es claro que la Administración habrá de motivar de forma expresa por qué acude a la sanción de expulsión, ya que la permanencia ilegal, en principio, como veíamos, se sanciona con multa. B) Pero en los supuestos en que en el expediente administrativo consten, además de la permanencia ilegal, otros datos negativos sobre la conducta del interesado o sus circunstancias, y esos datos sean de tal entidad que, unidos a la permanencia ilegal, justifiquen la expulsión, no dejará ésta de estar motivada porque no se haga mención de ellos en la propia resolución sancionadora»*

8. Función pública

8.1. Camineros del Estado. Integración en las plantillas de personal laboral. Opción voluntaria. Hay diversidad de regímenes pero no discriminación

La STS, Sec. 7.^a, 13-03-20062006, RC 8078/2000, declara que la Orden Ministerial impugnada en la instancia, que reguló el régimen retributi-

vo transitorio de los Camineros del Estado, diferenciando según se integren o no en la plantilla laboral, no vulnera el principio de jerarquía normativa ni en el aspecto formal, pues cuenta con una habilitación legal específica -DA 22.^a de la Ley 42/99- ni en cuanto al contenido. Tampoco es contraria al art. 14 CE, pues se ponen en comparación dos situaciones objetivamente desiguales -camioneros estatutarios y laborales- cuando la misma norma legal habilitante propició esa dualidad de situaciones, pudiendo los interesados optar libremente por integrarse o no en las plantillas laborales. Además, el planteamiento de los recurrentes vendría a neutralizar los efectos de la alternativa ofrecida por el legislador.

8.2. *Exclusión de la relación de aspirantes admitidos a la participación en las pruebas selectivas convocadas para el ingreso en la escala de gestión de la Universidad de Sevilla. El plazo de presentación de solicitudes se cuenta a partir de la publicación de la convocatoria en el BOE, de acuerdo con las bases que la rigen y no se han impugnado. El retraso de la publicación por el BOJA (Boletín Oficial de la Junta de Andalucía) no reabre ese plazo*

La STS, Sec. 7.^a, 31-03- 2006, Rca 2694/2000, casa y anula la Sentencia de Instancia, que declaraba indebidamente excluido al recurrente del proceso selectivo de referencia.

La Sala comprueba que bases de la convocatoria disponían su publicación en el BOE y en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía (BOJA), pero que sería la publicación en aquel la que se tendría en cuenta para el cómputo del plazo de presentación de solicitudes, ocurriendo que la convocatoria en el BOJA se produce agotado el plazo.

La Sala declara entonces que la Sentencia de instancia ha resuelto en contra de lo que disponen de forma expresa las bases de la convocatoria, que vinculan al recurrente pues no las impugnó.

Seguidamente rechaza la asimilación de efectos entre la doble publicación y la reiteración de notificaciones personales, «en los términos en que la proyecta la Sala de instancia en este caso» y si bien conviene en que la segunda publicación deviene inútil y el ciudadano no debe sufrir las consecuencias perjudiciales de la descoordinación administrativa, señala que «sean cuales sean las consecuencias que deban extraerse del retraso manifiesto en que ha incurrido el BOJA y sin perjuicio de ellas, es claro que no deben consistir en las deducidas por la Sentencia»

9. Poder judicial. Administración de justicia

9.1. Impugnación del Acuerdo del CGPJ de 3 de diciembre de 2003 por el que se aprueba el Reglamento 2/2003 para el cumplimiento de la Ley 15/2003 de 26 de mayo, reguladora del régimen retributivo de las carreras judicial y fiscal en lo relativo a las retribuciones variables por objetivos de los miembros de la carrera judicial

Las SSTS, Pleno, 3-3-2006, (RCA. 14/2004 promovido por la Asociación Judicial Francisco de Vitoria y RCA.16/2004 promovido por la Asociación Profesional de la Magistratura), declaran la Nulidad del Acuerdo del CGPJ de 3 de diciembre de 2.003 por el que se aprueba el Reglamento 2/2003 para el cumplimiento de la Ley 15/2003 de 26 de mayo, reguladora del régimen retributivo de las carreras judicial y fiscal en lo relativo a las retribuciones variables por objetivos de los miembros de la carrera judicial, por no responder a la habilitación legal conferida.

En estas sentencias, el Pleno examina si el Reglamento 2/2003 responde o no a la habilitación conferida por la Ley 15/2003. Para ello parte de que el objeto de la Ley, según su EM y art. 1, es la fijación de un sistema retributivo que tiene como objetivo fundamental garantizar la independencia económica en cuanto una de las dimensiones de la independencia judicial y fin al que inmediatamente sirve, el otorgamiento de la tutela judicial efectiva, que para ser auténtico, según se desprende de la doctrina del TC que cita la Sala, requiere el examen individualizado y pormenorizado de la concreta pretensión que se ejercita, por lo que ha de traducirse necesariamente en criterios de calidad y atención individualizada, incompatibles en ocasiones con únicas referencias cuantitativas. Continúa la Sentencia examinando los títulos habilitantes invocados por el Reglamento impugnado, arts 8 y 9, así como el art. 7, e interpreta sus referencias como consecuencia lógica de la necesaria vinculación de las retribuciones variables por objetivos al rendimiento individual acreditado por cada juez o magistrado y para cada destino. Seguidamente, examina el Reglamento en su Anexo I y constata, como el mismo reconoce, que no tiene en cuenta la dedicación precisa para cada caso concreto ni para cada destino, fijando unos módulos desde una perspectiva básicamente productivista, partiendo de cálculos globales aproximativos que no aparecen suficientemente detallados.

La Sala concluye que la Ley 15/2003, plantea siempre la exigencia de una valoración del rendimiento individualizado, lo que impone la fijación de objetivos para cada destino, mientras que el Anexo I del Reglamento

2/2003 prescinde de la valoración individualizada de la actividad jurisdiccional para la satisfacción de la tutela judicial efectiva, por lo que el Anexo I del Reglamento no responde a la habilitación legal que le conferiría el art. 8.1 de la Ley 15/2003, lo que apareja la nulidad en su integridad del Reglamento 2/2003 de 3 de diciembre de 2003, ya que todos los preceptos contenidos en el Reglamento tienen como objeto fundamental y primordial la aplicación de dicho Anexo incluido en el mismo.

9.2. Caducidad de los procedimientos disciplinarios seguidos contra jueces y magistrados. Sentencia de Pleno. Cambio de criterio en la doctrina de la Sala. Interpretación del art. 425.6 de la LOPJ

La STS, Pleno, 27-2-2006, RCA 84/2004, seguida por las SSTs, Sec. 7.^a de fechas 21 y 27-03-2006, RCA. 83/2002 y RCA.86/2003, corrige la doctrina anterior que rechazaba la existencia de caducidad por la superación del plazo de seis meses de tramitación del procedimiento sancionador.

Partiendo del art. 142.1 de la LOPJ que establece la aplicación supletoria de la Ley 30/92, la Sala concluye que las mismas razones que llevan a considerar que las previsiones de la Ley 30/1992, tras las modificaciones legales, acerca de la caducidad de los procedimientos sancionadores son aplicables, salvo que exista una regulación específica, a los procedimientos en los que la Administración ejercite potestades disciplinarias, son enteramente trasladables al caso de los expedientes disciplinarios referidos a Jueces y Magistrados. Indica que aunque en la regulación del régimen disciplinario de jueces y magistrados contenida en la LOPJ no aparezca expresamente mencionada la caducidad del procedimiento, tampoco queda excluida y sí, más bien, implícitamente admitida.

La nueva interpretación del art. 425.6 de la LOPJ, a tenor de esta doctrina supone que la superación no justificada del plazo máximo para resolver determina, a falta de otra disposición específica, la caducidad del procedimiento.

9.3. Elecciones al Consejo Fiscal. Art. 20 del RD 437/1983. Inelegibilidad de los miembros del Ministerio Fiscal destinados en la Secretaría Técnica y en la Inspección Fiscal

La STS, Pleno, 08-03-2006, RCA 58/2005, declara la nulidad del párrafo segundo del art. 20 del RD 473/1983 sobre constitución y funciona-

miento del Consejo Fiscal tras la redacción dada por RD 323/2005, al carecer de la cobertura invocada y vulnerar el art. 14 del EOMF.

El pleno de la Sala tercera enjuicia el apartado 2.º del art. 20 del RD 473/1983 sobre constitución y funcionamiento del Consejo Fiscal tras la redacción dada por RD 323/2005, que prohíbe a los miembros del Ministerio Fiscal destinados en la Secretaría Técnica y en la Inspección Fiscal, ser candidatos al Consejo Fiscal.

La Sala deja constancia, (FJ 1.º) de que la causa de inelegibilidad discutida es introducida con posterioridad a la consulta de las asociaciones de Fiscales y de los informes de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia y del Consejo Fiscal, señalando (FJ 4.º) que sin negar la relevancia que la causa de inelegibilidad, tiene para la Asociación recurrente, y para los miembros en general del Ministerio Fiscal, no considera que respecto de la constitución y funcionamiento del Consejo Fiscal, que la modificación introducida, cuando el proyecto de reglamento se encontraba pendiente del dictamen del Consejo de Estado, deba calificarse de esencial o sustancial, razón por la que el irregular modo de proceder en la tramitación del expediente no puede acarrear, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala que relaciona, la nulidad de pleno derecho del precepto impugnado

Después de refutar el paralelismo entre la norma impugnada —art. 20.2— y los arts 145 y 146 de la LOPJ, y destacar la singularidad del Consejo Fiscal y de los miembros destinados en la Secretaría Técnica e Inspección Fiscal, frente al CGPJ y los órganos técnicos del mismo, indica que no deben ser criterios de razonabilidad sino de estricta legalidad los que guíen el enjuiciamiento de la norma. Así, con cita de la STS 30-5-2005, señala que si no hay duda en que por ley formal se puede establecer la causa de inelegibilidad discutida, el conflicto ha surgido por haberse impuesto mediante el Reglamento, ya que el art. 14 del EOMF remite sólo al reglamento para fijar el procedimiento electoral, y el derecho a elegir y ser elegido vocal del Consejo Fiscal, en tanto que derecho estatutario de los miembros del Ministerio Fiscal sólo puede configurarse por vía reglamentaria mediante autorización del legislador.

Declara la Sala que el precepto impugnado es contrario a derecho por vulnerar lo dispuesto en el art. 14 del EOMF, que no establece tal causa de inelegibilidad y de cuyo tenor cabe inferir lo contrario, ni encuentra amparo en la DA 1.^a que no guarda relación alguna con la constitución del Consejo Fiscal y con la elegibilidad de sus miembros.

Rechaza que la norma impugnada encuentre amparo en los títulos de cobertura esgrimidos por la Administración: la DA. 1.^a del EOMF, en relación con el art. 112 de la LOPJ, señalando que el devenir histórico de la legislación orgánica del Poder Judicial y del EOMF, y la interpretación lógica, sistemática y teleológica de la DA 1.^a del EOMF, revelan que la aplicación supletoria, a los miembros de la carrera fiscal, de las incompatibilidades y prohibiciones establecidas en la LOPJ se refiere única y exclusivamente a las prohibiciones para Jueces y Magistrados en servicio activo, y no a las establecidas para los destinados en los órganos técnicos del CGPJ que pasan a ser Letrados en situación de servicios especiales en su carrera de origen.

9.4. Impugnación del RD. 1826/04, de 30 de julio, por el que se nombra presidente de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional

La STS, Pleno, 29-05-2006, RCA 309/2004, analiza las alegaciones del recurrente acerca de que el nombramiento no es de libre designación, sino que se trata de un concurso parcialmente reglado, y que el nombramiento efectuado carece de la debida motivación. Para el análisis se hace preciso, FJ 3.º, determinar la correcta caracterización del sistema de provisión de la plaza aquí concernida, señalando inicialmente que «la plaza de Presidente de Sala de la Audiencia Nacional presenta un perfil mixto» caracterización lógica si se tiene en cuenta que su labor conlleva no sólo el ejercicio de la función jurisdiccional sino también la dirección, coordinación y gestión de medios materiales y humanos, y concluye que el destino no puede configurarse como un puesto de libre designación, en el sentido habitualmente utilizado en el ámbito de la función pública, ni es un puesto que se cubra mediante concurso.

Avanzando en la caracterización del sistema, y desde la configuración constitucional del CGPJ y del Cuerpo único de Jueces y magistrados de carrera, extrae la consecuencia de que «*el margen de libertad de apreciación de que dispone el CGPJ, no reconducible a parámetros objetivados y predeterminados, no puede implicar en modo alguno que la decisión sobre la cobertura de una plaza vacante devenga fruto de un voluntarismo inmotivado y carente de cualquier posibilidad de control*». Como corolario, y superando las consideraciones de la STS 30-11-1999, (FJ 5.º) rechaza que la provisión se caracterice por un elemento de confianza: «*La discrecionalidad asumible en el seno de la organización burocrática, resulta de imposible traslación a la provisión de vacantes*

jurisdiccionales, más todavía a las que conllevan esa labor de dirección de un órgano jurisdiccional colegiado.»

Admitido el margen amplísimo, pero no ilimitado, de apreciación y valoración, señala como límites a los poderes del Consejo, susceptibles de ser controlados jurisdiccionalmente, *«la recta observancia de los trámites procedimentales que preceden a la decisión, el respeto a los elementos objetivos y reglados, la eventual existencia de una desviación de poder (art. 70-2 de la Ley de la Jurisdicción), la interdicción de los actos arbitrarios (art. 9 de la Constitución), y los que incidan en una argumentación ajena a los criterios de mérito y capacidad, entendido el primero en el sentido de valores ya acontecidos y acreditados en el currículum del candidato y el segundo en el de aptitudes específicas de desempeño eficaz del destino pretendido».* (FJ 6.º)

Centrandose en el primero, señala que el respeto pleno y escrupuloso del procedimiento es dato fundamental para entender ejercitadas las potestades conforme a derecho, ya que la voluntad del Consejo se expresa mediante un régimen de mayorías alcanzable mediante voto secreto y no sometido al non liquet. Resulta especialmente relevante, de entre los trámites procedimentales que preceden a decisiones como la enjuiciada, la intervención de la Comisión de Calificación del CGPJ, que no limita su actuación a una simple relación de candidatos seleccionados, sino que ha de añadir a su propuesta un informe razonado sobre las circunstancias individuales de los aspirantes incluidos inicialmente o posteriormente añadidos, siendo ese informe un elemento esencial del procedimiento de adjudicación de la plaza, a fin de que el pleno oriente de forma libre y responsable el sentido de su voto. Teniendo presente el principio general —sin exclusión explícita— de motivación de los actos emanados de los órganos del Consejo, y superados anteriores pronunciamientos jurisprudenciales, concluye la Sala que no podrá apreciarse la existencia de una motivación suficiente si del acta no resulta el cumplimiento del trámite previo.

Sentado lo anterior, la Sala comprueba (F.J 7.º) que la Comisión de Calificación omite razonar circunstanciadamente su propuesta, y *«siendo el informe de la Comisión de Calificación un trámite nuclear en el conjunto del sistema y no existiendo tampoco elementos suficientes de motivación en el acta, ambos datos repercuten en la insuficiencia de la motivación última de la decisión sobre la adjudicación de la plaza, resultando de esta irregularidad formal un vicio procedimental con trascendencia*

invalidante, por privar a esta decisión de un elemento indispensable para alcanzar el fin que le es propio (art. 63.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común»). Por ello la Sala ordena la retroacción de actuaciones a fin de que se cumpla el trámite omitido de informe de la Comisión de Calificación y luego se resuelva por el órgano competente sobre la adjudicación de la plaza mediante resolución motivada.

9.5. Impugnación del Acuerdo del Pleno del CGPJ de 23-2-2005. Devolución al Parlamento Vasco de la terna propuesta para cubrir la vacante por el turno de «juristas de reconocido prestigio» producida en la Sala Civil y Penal del TSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco

La STS, Pleno, 29-05-2006, RCA 137/2005, estima parcialmente el recurso promovido por el Parlamento Vasco, y anula el Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 23 de febrero de 2005 por el que se dispone la devolución al Parlamento Vasco de la terna por éste formulada para cubrir vacante por el turno de juristas de reconocido prestigio en la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, debiendo el Consejo General del Poder Judicial pronunciarse motivadamente sobre dicha terna, por entender que el acuerdo anulado, con la simple alusión a la falta de consenso y a la conveniencia de analizar la propuesta de la Cámara Legislativa Autonómica junto con otros nombramientos pendientes, no tiene otro alcance que identificar una situación, pero no satisface la exigencia legal de motivación de los actos discrecionales. El recurso se estima parcialmente por cuanto que el acuerdo anulado ni negó ni reconoció la condición de «juristas de reconocido prestigio» a los candidatos, en los términos que la Sentencia define el concepto jurídico indeterminado, ni valoró tampoco los méritos que en ellos concurrían, limitándose a denegar el nombramiento por simples razones de oportunidad.

La Sentencia estudia si el CGPJ puede denegar o no el nombramiento de todos los candidatos incluidos en la terna, en qué casos y con qué requisitos y efectos.

El CGPJ, que está sujeto al principio de legalidad, a la hora de efectuar dichos nombramientos habrá de constatar, amén de la corrección formal del procedimiento seguido para la elaboración de la terna, que los candidatos propuestos cumplen los requisitos establecidos en el art. 330.4

de la LOPJ, y en el presente caso el de juristas de reconocido prestigio, señalando en el FJ 12.º que tal calificación puede otorgarse *«a quien no sólo reúne la condición de excelencia desde el punto de vista jurídico, atendida la especialidad de las funciones a desarrollar»*, sino que además *«exige que en la persona del candidato concurren valores constitucionales y cívicos imprescindibles para el ejercicio de la función judicial, valores que constituyen un plus sobre las causas de incapacidad recogidas en el art. 303 de la Ley Orgánica del Poder Judicial»*.

En el caso del art. 330.4 no estamos ante un nombramiento de confianza o libre designación, categoría extravagante en el marco estructural del Poder Judicial, e incompatible con el principio de inamovilidad de los cargos jurisdiccionales. No se trata de un puesto con contenido de gestión ni un supuesto de promoción o desarrollo de la carrera administrativa, sino de un modo de acceso a la Carrera Judicial, y la discrecionalidad del nombramiento es menor que la del 326.2, en cuanto viene condicionada por la terna elaborada por la Cámara Legislativa Autonómica y se refleja sólo a la hora de la valoración de los méritos de los distintos candidatos propuestos. La finalidad que persigue el art. 330.4 de la LOPJ es arbitrar una fórmula de participación de la Comunidad Autónoma en el nombramiento de dicho cargo judicial, por lo que la terna elaborada por el Parlamento autonómico, cuyos candidatos deben cumplir las exigencias establecidas en el art. 330.4, no puede ser considerada como mero trámite procedimental, sin fuerza vinculante alguna para el Consejo General del Poder Judicial, y por tanto no puede separarse de ella sin motivación ni por otras causas que no sean defectos en la tramitación parlamentaria o la no concurrencia en los candidatos de los requisitos previstos en el art. 330.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, tal y como aquí queda interpretado. (FJ 15.º)

En los supuestos en que en que el Consejo General del Poder Judicial proceda a denegar el nombramiento a todos los candidatos incluidos en la terna, deberá pedirse al Parlamento Autonómico nueva terna, no porque sea de aplicación el art. 44 del Reglamento 1/86 sino porque es el único procedimiento lógico y razonable. En el caso de reunir los candidatos los requisitos establecidos en el precepto, resulta vinculado y debe proceder al nombramiento de uno de los tres candidatos.

El Consejo puede denegar el nombramiento cuando alguno de los candidatos no reúna las condiciones exigidas en el art. 330.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pudiendo solicitar que se formule nueva

terna en el caso de que ninguno de los propuestos cumpla los citados requisitos o que se complete la terna en el supuesto de que tal circunstancia solo concorra en alguno de ellos. El Pleno del CGPJ puede asumir en todo o en parte el informe de la Comisión de Calificación y en consecuencia reconocer o no a los candidatos propuestos la condición de juristas de reconocido prestigio con independencia del contenido del informe de la Comisión de Calificación, aunque eso sí con la debida motivación. (FJ 23.º)

10. Responsabilidad patrimonial

10.1. Responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria. Nexo causal. Probabilidad de un determinado resultado. Doctrina de la llamada «pérdida de la oportunidad»

El carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, impone la cumplida acreditación de la existencia de una relación de causalidad directa, eficaz y evidente, entre la intervención médica (o su omisión) y el resultado dañoso que el particular no tenga el deber jurídico de soportar. La jurisprudencia ha venido refiriéndose de modo general al carácter directo, inmediato y exclusivo para particularizar el nexo causal entre la actividad administrativa y el daño o lesión que debe concurrir para que pueda apreciarse dicha responsabilidad, mas no queda excluido que la expresada relación causal pueda aparecer bajo formas mediatas, indirectas y concurrentes, circunstancia que además puede dar lugar o no a una moderación de la responsabilidad. Entre las diversas concepciones con arreglo a las cuales la causalidad puede concebirse, se imponen, en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, aquéllas que explican el daño por la concurrencia objetiva de factores cuya inexistencia, en hipótesis, hubiera evitado aquél, rechazándose las concepciones restrictivas que irían en contra del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, lo que no significa que cualquier concepción innovadora o atípica no deba ser considerada con las oportunas cautelas.

Así ocurre por ejemplo con la denominada doctrina de la pérdida de oportunidad, reconocida en diversas Sentencias de la Sala Primera, que atiende a la constancia de la relevancia causa-efecto de un diagnóstico precoz, debiendo tratarse de una situación relevante, bien derivada de la

actuación médica que evidencie mala praxis o actuación contra protocolo o bien de otros extremos como pueda ser una simple sintomatología evidente indicativa de que se actuó incorrectamente o con omisión de medios o con privación de un adecuado tratamiento. La STS, Secc. 6.^a, 07-09-2005 (RC 1304/2001), en relación con la apreciación de la existencia de nexo causal entre la actuación médica y el fallecimiento de una paciente declara que la invocación de la denominada doctrina de la «pérdida de la oportunidad» es ineficaz en el caso concreto —lo que no excluye la posibilidad de que se reconsiderere en el futuro— toda vez que ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo no cabe oponer en casación infracción de jurisprudencia emanada de otra Sala, razonando que *«En cualquier caso en el desarrollo del motivo el recurrente no cuestiona la afirmación de la sentencia recurrida acerca de la falta de prueba, que correspondía al recurrente, sobre la existencia del nexo causal entre la actuación médica y el definitivo fallecimiento de la paciente, sino que se limita a exponer una doctrina que denomina de “pérdida de la oportunidad” y que entiende reconocida en las sentencias que invoca de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que, como antes decíamos, resulta ineficaz a efectos casacionales para conseguir la revocación de la sentencia recurrida en este ámbito jurisdiccional»*. (FJ 2.º)

En cambio, la STS, Secc. 6.^a, 07-02-2006 (RC 6445/2001) sin llegar a acoger la mencionada doctrina, se acerca bastante a este modo de entender la relación de causalidad al abordar el supuesto de una paciente que se sometió en la Administración Sanitaria a la práctica de una citología mediante la que se detectó un cáncer (CIN III) del que no se le dio noticia hasta casi un año después, permaneciendo entretanto sin tratamiento, lo que determinó su evolución hasta constituir un carcinoma invasivo que precisó de intervención quirúrgica (histerectomía) de la que resultó su esterilidad, sosteniendo que de haberse aplicado con anterioridad un tratamiento curativo (conización) se hubiera evitado dicho resultado.

La Sala de instancia niega la existencia de nexo causal por entender que no puede deducirse que del retraso en el tratamiento se hubiera derivado la transformación de la CIN III en el carcinoma infiltrante, que obligó a la operación sufrida. Por el contrario, la Sala 3.^a del Tribunal Supremo, en la sentencia que comentamos razona que *«La conclusión de ausencia de nexo de causalidad, a que llega el Tribunal “a quo”, no puede ser asumida por esta Sala.*

Se tiene por probado por el Tribunal “a quo” que por causas únicamente imputables al INSALUD y a su funcionamiento burocrático, los resultados de la citología practicada a la Sra.C. que evidenciaban claramente una CIN III, no le fueron comunicados como hubiera sido obligatorio a la misma, quien por tanto no pudo someterse a tratamiento médico. Igualmente ha de estarse al hecho probado de que cuando en octubre de 1994 es llamada la Sra.C. a la vista de los resultados de la citología tardíamente hallada, ésta presente ya un carcinoma infiltrante que únicamente puede ser atajado mediante la operación Wertheim-Mings. Los distintos estudios científicos recogidos por el Dr.Nadal en su informe ponen de relieve la evolución lógica y necesaria de la CIN III en carcinoma invasor, discrepando los distintos estudios científicos en el tiempo medio ordinario para que dicha evolución se produzca.

Las posibilidades de evolución de la CIN III en carcinoma infiltrante, desde el punto de vista médico, son pues asumidas íntegramente por la doctrina científica, por ello estando probado que la CIN III de la actora se transformó en el carcinoma del que finalmente fue operada, ante la probabilidad transformada en certeza, más que científicamente acreditada, de la evolución en el tiempo de las CIN III, a los carcinomas, como el padecido por la actora, a la Administración sanitaria hubiera correspondido acreditar que ese retraso de casi un año en ser hallada la citología practicada, que sin embargo resultó trasapelada por causas solo achacables al funcionamiento administrativo del INSALUD y que impidió que la referida CIN hubiera sido tratada a tiempo con las técnicas o tratamientos médicos necesarios, no hubiese sido la causa determinante de la evolución por aquella experimentada y su transformación en carcinoma. No habiendo probado la Administración que la ausencia de tratamiento no ha sido la causa de evolución de la CIN III en carcinoma, prueba a la que venía obligada en razón a cuanto se ha expuesto sobre las más que amplias posibilidades de evolución de la CIN III padecida por la Sra.C. en los términos en que lo hizo, debe afirmarse que dicha carencia probatoria debe perjudicar a la Administración sanitaria y por tanto debe concluirse que existió una relación de causalidad directa y eficaz entre el carcinoma que obligó a la histerectomía practicada y aquel extravío de la citología que impidió que fuese tratada y atajada a tiempo la CIN III que en ella se había detectado y ello pese a que no existe una prueba directa, lo que no ha impedido a este Tribunal llegar a la convicción de que sí hay una relación de probabilidad determinante entre el retraso producido imputable a la Administración sanitaria y el resultado dañoso». (FJ 7.º)

10.2. Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Caducidad de la acción en los supuestos de desestimación por silencio administrativo. Doctrina General. Equiparación al menos a notificación defectuosa

El Real Decreto 429/1993, en su art. 13, concretando lo dispuesto en el art. 142.7 de la Ley 30/1992, establece que transcurridos seis meses desde que se inició el procedimiento, o el plazo que resulte de añadir un período extraordinario de prueba, de conformidad con el art. 9 de este Reglamento, sin que haya recaído resolución expresa o, en su caso, se haya formalizado el acuerdo, podrá entenderse que la resolución es contraria a la indemnización del particular.

En el caso examinado en la **STS, Secc. 6.ª, 21-03-2006 (RC 125/2002)**, la reclamación indemnizatoria fue presentada el día 21 de mayo de 1996, iniciándose el procedimiento administrativo mediante la remisión de la reclamación por parte de la Subdirección General de Inspección Sanitaria a la Coordinación Provincial de Inspección de Servicios Sanitarios de Madrid (24 de mayo de 1996), y el traslado de la misma al Área de Inspección correspondiente para la realización de las actuaciones de comprobación y la emisión de informe (3 de junio de 1996).

Al no haber recaído resolución expresa al transcurso del plazo de seis meses desde la iniciación de dicho procedimiento, quedó desestimada la reclamación, produciéndose el acto presunto cuya impugnación en vía contencioso-administrativa mediante el escrito presentado con fecha de 12 de abril de 2000 se declaró inadmisibile por extemporánea.

En la sentencia que comentamos, la Sala, invocando la doctrina del Tribunal Constitucional que interpreta los preceptos relativos a la caducidad de la acción a la luz del principio pro actione y del derecho a la tutela judicial efectiva, declara que *«aun cuando la sentencia de instancia señala con claridad los preceptos aplicados, arts. 69 y 46 de la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en relación con el art. 13 del Real Decreto 429/1993 y el art. 142.7 de la Ley 30/92, de los que resulta la causa de inadmisibilidad apreciada por extemporaneidad del recurso y razona la aplicación de tales preceptos, es lo cierto que la interpretación y aplicación efectuadas llevan a la consecuencia indicada impidiendo el acceso de la parte a un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, frente al incumplimiento por la Administración de la obligación de resolver, situación que no se produce*

cuando habiéndose resuelto la reclamación su notificación es defectuosa, en cuyo caso sólo surte efectos desde la fecha en que el interesado realiza actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance del acto o interponga el recurso procedente, es decir, sin consideración a un concreto plazo, haciendo así de peor condición a aquel que no ha obtenido respuesta de la Administración y favoreciendo el incumplimiento de la obligación de resolver que la ley impone a la misma. En definitiva, siendo posible una interpretación que al menos equipare la situación a los supuestos de notificación defectuosa, como se venía apreciando en las citadas sentencias del Tribunal Constitucional y también de esta Sala (SS 23-1-2004, 11-3-2004), ha de considerarse que la apreciación de la extemporaneidad efectuada en la instancia y de acuerdo con dicha doctrina resulta rigorista y desproporcionada en relación con los fines que preserva y los intereses que se sacrifican, y como tal contraria al derecho a la tutela judicial reconocido en el art. 24 de la Constitución». (FJ 2.º)

11. Sanidad

11.1. Impugnación del Real Decreto 179/2003, de 14 de febrero, por el que se aprueba la norma de calidad para el yogur o yoghourt

La STS, Secc. 4.ª, 10-10-2005, (RCA 69/2003), desestima el recurso interpuesto por la Sociedad Española de Nutrición Comunitaria contra el referido Real Decreto. Atención especial merecen los fundamentos de derecho cuarto y sexto de esta sentencia. El primero de ellos, tras referirse a la ausencia a nivel comunitario de una norma armonizadora en relación con la definición de yogur o yoghourt, su fabricación y comercialización, refiere otras normas y actos comunitarios que inciden en la materia para concluir que habrá de estarse a la disposición aprobada por el Estado miembro en el que tenga lugar la venta al consumidor. Según el fundamento de derecho sexto la inclusión de los yogures pasteurizados después de la fermentación en la norma de calidad para el yogur o yoghourt no vulnera la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, «*pues la identificación adoptada se atiene a la naturaleza, cualidades y sistema de elaboración de los productos; resulta compatible con la normativa y régimen de comercialización de tales productos en la Unión Europea; responde a la evolución del mercado en la comercialización de los mismos; y proporciona a los consumidores*

elementos de identificación de tales productos que no existían en la normativa anterior, cuando se identificaban como postres lácteos, concepto genérico y que nada especifica sobre la naturaleza, cualidades y elaboración de los mismos».

11.2. Impugnación del Real Decreto 1720/2004, de 23 de julio, por el que se establecen las tipologías fisiopatológicas que permiten la superación de los límites generales establecidos para la fecundación de ovocitos en procesos de reproducción humana asistida

La STS, Secc. 4.^a, 16-12-2005, (RCA 109/2004), rechaza en primer lugar la alegación del Abogado del Estado de que procede declarar la inadmisibilidad del recurso por falta de legitimación del partido político recurrente, pues aunque la finalidad principal de los partidos políticos es competir en las consultas electorales, *«nuestro ordenamiento jurídico no prohíbe que los partidos defiendan ideas sobre ciertos extremos concretos, y no sobre todo el conjunto de los asuntos públicos. Siendo indudablemente los partidos políticos personas jurídicas pueden tener como fines algunos determinados y específicos, y nada obsta para que además de procurarlos mediante una confrontación electoral, puedan defenderlos también por otros medios, siendo uno de ellos la actuación ante los Tribunales de Justicia».* (FJ 3.º)

Entrando al fondo de la cuestión debatida, la Sala desestima el recurso, señalando que *«Esta Sala llega a la conclusión de que la regulación efectuada no es exacta y literalmente la misma prevista por la Ley, pero estamos ante uno de los casos en los que el Reglamento desarrolla la Ley en un sentido determinado, y en tales casos el dato esencial es que se contravenga o no el mandato legal. Aunque en nuestro derecho la cuestión ha sido debatida con cierta frecuencia, no debe partirse del punto de vista de que el Reglamento debe desarrollar de forma casi servil la literalidad de la Ley, pues sin duda es una característica o un elemento del contenido de la potestad reglamentaria que pueda desarrollarse un texto legal en un sentido determinado siempre y cuando ello no suponga ir contra lo que la Ley dispone. Debemos entender que ello es lo que sucede en el caso concreto, puesto que la remisión a los criterios clínicos de los profesionales no supone contravenir el mandato de la Ley según la interpretación del mismo que ha hecho el Gobierno, que no consideramos contraria a derecho. Por lo demás ello no significa ni puede*

significar que los profesionales responsables del proceso clínico tengan una completa discrecionalidad, ni siquiera técnica o científica, sobre el número de ovocitos a fecundar. Debe tenerse presente que claramente indican lo contrario por lo menos tres datos. De una parte el propósito general de la Ley de que se disminuya en lo posible el número de preembriones criopreservados sobrantes. De otra parte, que es de plena aplicación el art. 161.1 en su redacción vigente del Código Penal, artículo éste incluido entre los que regulan los delitos relativos a la manipulación genética, que penaliza con cierto rigor a quienes fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana. Por último hay que tener en cuenta que en los casos en que, si bien no se llegue a cometer delito, se lleve a cabo una práctica abusiva en la extracción y fecundación in vitro de ovocitos, se estará incurriendo sin duda en una falta profesional deontológica que puede ser sancionada en el ejercicio de su potestad disciplinaria por los Colegios profesionales que agrupan a las profesiones sanitarias correspondientes». (FJ 6.º)

11.3. Nulidad del art. 7 punto 2 del Reglamento que desarrolla la Ley 28/2003 de 29 de septiembre, reguladora del Fondo de Reserva de la Seguridad Social

Las SSTS, Sec. 4.^a, 16 y 18-05-2006 (RRCA 62/2004, 59/2004 y 42/2004) han declarado la nulidad del art. 7 punto 2 del Real Decreto 337/2004, de 27 de febrero, que desarrolla la Ley 28/2003, de 29 de septiembre, reguladora del Fondo de Reserva de la Seguridad Social, al alterar y restringir los términos del art. 8 de dicha Ley, pues éste precisa que la Comisión de seguimiento estará compuesta, entre otros, «por cuatro representantes de los distintos sindicatos, de mayor implantación», mientras que según el referido art. 7 punto 2 del Real Decreto impugnado, la Comisión de seguimiento estará compuesta por dos representantes por cada uno de los dos sindicatos de mayor implantación.

Considera la Sala que si bien en principio se podría aceptar que el Real Decreto cumple la Ley, en cuanto designa como miembros de la Comisión de seguimiento a cuatro representantes de los sindicatos de mayor implantación, sin embargo también aparece claro que el Real Decreto restringe los términos de la Ley, pues esta habla de cuatro representantes de los sindicatos de mayor implantación y el Real Decreto ya solo habla de dos sindicatos de mayor implantación. Dicho esto, señala la

sentencia que como la Ley, con toda claridad precisión y sin restricción alguna, habla de cuatro representantes de sindicatos de mayor implantación, parece obvio que lo querido por la Ley es que en la Comisión existan hasta cuatro voces distintas de sindicatos de mayor implantación, y ello se cumple cuando se elijan cuatro representantes de otros tantos cuatro sindicatos, y no cuando se elijan dos por cada uno de los dos sindicatos de mayor implantación. Es pues claro, concluye la sentencia, que cuando menos en principio el Real Decreto no cumple los términos de la Ley, y que los restringe cuando la Ley habla genéricamente de cuatro representantes y el Real Decreto habla de dos representantes por cada uno de los dos sindicatos de mayor implantación. Sin olvidar que dadas la finalidad y cometido de la Comisión de seguimiento, mas se satisface el cumplimiento de sus obligaciones oyendo a cuatro voces de distintos sindicatos, unidos a los intereses que representan que pueden ser distintos y diferentes, que oyendo dos veces a los mismos sindicatos, que al menos en principio pueden tener los mismos intereses y posiciones. Máxime cuando es la Ley, que el Real Decreto trata de desarrollar, la que expresamente se refiere a cuatro representantes de distintos sindicatos, y esa expresión en su sentido gramatical ya parece referirse a cuatro intereses o posiciones distintas, que las dan o pueden dar cuatro sindicatos distintos, y no, al menos en principio, dos representantes del mismo sindicato, que tiene y defiende unos únicos intereses.

12. Tráfico y seguridad vial

12.1. Nulidad de pleno derecho del inciso primero del apartado 1.º del art. 29 del Reglamento sobre la responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por Real Decreto 7/2001, de 12 de enero

La STS, Sec. 5.^a, 8-11-2005, cuestión de ilegalidad 18/2003, declara la nulidad de pleno derecho del inciso primero del apartado 1.º del art. 29 del Reglamento sobre la responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por Real Decreto 7/2001, de 12 de enero («Además de la sanción que corresponda en el ámbito penal a quien condujere un vehículo conociendo que carece de seguro»), así como el apartado c) del mencionado apartado 1.º; y de los apartados 2 y 3 del mismo artículo, en cuanto no contienen el trámite del archivo obligatorio de las actuaciones administrativo-sancionadoras, una vez producida una condena penal por los mismos hechos.

13. Urbanismo y medio ambiente

13.1. Entidades urbanística colaboradoras de conservación de las obras de urbanización. Habilitación legal de los preceptos del Reglamento de Gestión que las regulan

La STS 3.^a, Sec. 5.^a, 18-01-06, Casación 6755-02, analiza si, como concluyó la sentencia de instancia, la pertenencia a las entidades urbanísticas de conservación solamente puede aceptarse con carácter voluntario y, por tanto, sin obligatoriedad de permanencia en las mismas. La Sala de instancia entendió, en esencia, que la entidad urbanística de colaboración, regulada en el Reglamento de Gestión, carece de la necesaria cobertura legal, pero esta conclusión es rechazada por el Tribunal Supremo, que apunta en su sentencia que se está examinando una institución urbanística que lleva funcionando pacíficamente cerca de medio siglo sin haber sido cuestionada su legalidad en las diversas ocasiones en que tanto la doctrina como la jurisprudencia han tenido ocasión de pronunciarse sobre ella. En este sentido, dice la STS que analizamos, y *«para rebatir la insuficiencia de cobertura legal de las entidades urbanísticas de colaboración, será suficiente con señalar que tanto el art. 41 de la primera Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956—como el art. 53 de idéntico contenido—del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976, establecen que los planes y proyectos, como es el caso, que se refieran a urbanizaciones de iniciativa particular habrán de consignar, en lo que ahora interesa, “el modo de ejecución de las obras de urbanización y previsión sobre la futura conservación de las mismas —apartado 2.c)—”*. Surgen así las Entidades Urbanísticas de Colaboración como típica manifestación de colaboración de los particulares en la gestión urbanística y cuya constitución, en el concreto extremo que ahora nos afecta, trasciende la propia voluntad de los particulares. La referida previsión legal contenida en el art. 53.2.c) de la Ley del Suelo de 1976 ha sido objeto de desarrollo, en lo que aquí importa, en los arts. 46.b), 3.º y 64.c) del Reglamento de Planeamiento, en cuanto obligan a los Planes Parciales de iniciativa particular a contener, entre otras determinaciones, los compromisos que se hubieran de contraer entre el urbanizador y el Ayuntamiento y entre aquél y los futuros propietarios en orden a la conservación de la urbanización, con expresa indicación de si la misma corre a cargo del Ayuntamiento, de los futuros propietarios de parcelas o de los promotores, con indicación en estos dos últimos supuestos —continúa la previsión reglamentaria— del periodo de tiempo al que se extenderá la obligación de conservación, determinación

temporal ésta última que, como después veremos va a tener fundamental importancia en la ulterior decisión de este litigio».

Se refiere a continuación la STS al problema del plazo de duración de las entidades de conservación, señalando que el art. 46 del Reglamento de Planeamiento establece como determinación preceptiva de los Planes Parciales de iniciativa privada «el periodo de tiempo» al que se extenderá la obligación de conservación en los supuestos en que la misma se haya impuesto, como es el caso, a los promotores o futuros propietarios de las parcelas; determinación no exigible, lógicamente, cuando se imputa la conservación de la urbanización al propio Ayuntamiento, dado que es el destinatario natural de tal obligación, según se deduce del art. 26 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local.

Ahora bien, matiza esta sentencia, la precisión de la naturaleza no indefinida sino temporal de las entidades de conservación no resuelve, sin embargo, el problema en aquellos casos, como el examinado, en el que no se ha consignado plazo de duración. Situada en esta perspectiva de examen, señala la sentencia que, ciertamente, la tendencia legislativa actual se orienta, con acierto, hacia la fijación de un plazo definido. Dicho esto, añade la sentencia que si la obligación de conservación de las obras y servicios urbanísticos es una exigencia insoslayable de los Ayuntamientos, de la que tan sólo se pueden eximir en casos excepcionales y, desde luego, de duración concreta, ineludible será examinar las condiciones, términos y circunstancias determinantes de la imposición, en su día, de dicha obligación a los particulares, así como verificar si las mismas persisten o no en el momento en que se solicita la extinción de dicha obligación.

13.2. Solicitud de información mensual y permanente acerca de las emisiones de una Planta Incineradora de Residuos Sólidos Urbanos. Carácter abusivo de la petición. Distinción entre la comunicación de la información general, y la denominada «Difusión periódica de información ambiental»

La STS, Sec. 5.^a, 4-04-06, RC 311/03, analiza la legalidad de la negativa de un Ayuntamiento a dar a una Asociación ecologista información con carácter mensual y permanente acerca de la emisiones de una Planta Incineradora de Residuos Sólidos Urbanos. EL TS, tras un detenido análisis de la normativa comunitaria y nacional aplicable, concluye afirmando que tal petición es abusiva en relación con el funcionamiento de la propia Administración. Considera la Sala que la solución, cuando de peticiones

permanentes y de datos de mediación periódica obligatoria se trate, hemos de encontrarla, no a través de la individualizada comunicación de la mencionada información general, contemplada en los arts. 3 y 4 de la Directiva 90/313, así como 3, 4 y 5 de la Ley, sino a través de la denominada «*Difusión periódica de información ambiental*», que se contempla en los arts. 6 y 7 de la Directiva, así como 6 de la Ley 38/1995. Lo que se quiere decir es que, si bien el derecho a la información puede reconocerse —individualmente— cuando de solicitudes puntuales se trate, tal derecho se transforma en un derecho a la difusión periódica medioambiental cuando el contenido de la información pretendida sean datos de información periódica medioambiental de obligada medición por parte de las Administraciones públicas.

13.3. Medio ambiente. Para acreditar un vertido contaminante mediante la obtención de muestras no es necesario observar el procedimiento establecido en las ordenes ministeriales de 23 de marzo de 1960 y 9 de octubre de 1962

La STS, Sec. 5.^a, 28-02-06, RCA 272/03, estudia si a la hora de tomar muestras para la comprobación y medición de vertidos contaminantes, el procedimiento de toma de muestras ha de ser el regulado en las Ordenes del Ministerio de Obras Públicas de 23 de marzo de 1960 y de 9 de octubre de 1962, ordenes ministeriales que aparecen incluidas entre las disposiciones derogadas en el Anexo del Real Decreto 2473/1985, de 27 de diciembre, por el que se aprueba la tabla de vigencias a que se refiere el apartado 3 de la Disposición derogatoria de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, pero que a juicio de los recurrentes únicamente han quedado derogadas en sus aspectos sustantivos pero no en cuanto establecen un método o procedimiento singular para la toma de muestras a efectos de comprobar la calidad de las aguas, que debe ser respetado por la Administración del agua en los procedimientos sancionadores, de manera que su incumplimiento acarrea la anulación de las sanciones impuestas por incumplimiento de garantías esenciales con manifiesta indefensión de los interesados. Centrado el objeto de la controversia en torno a esta cuestión, el TS, apartándose de algún pronunciamiento anterior, declara innecesaria la toma de las tres muestras, a que se refieren ambas Ordenes ministeriales, para probar el hecho del vertido y su naturaleza contaminante, dado que, entiende la Sala, dicho procedimiento no tiene carácter imperativo y que lo relevante es que conste demostrada la toma de muestras y su correspondiente análisis, de manera que lo decisivo es que haya quedado plenamente acre-

ditada la realidad y existencia del daño al dominio público hidráulico por haberse comprobado los vertidos contaminantes.

13.4. Medio ambiente. Instalación de una depuradora en la ribera del mar. Declaración de zona de reserva. Incumplimiento del art. 32 de la Ley de Costas

La STS, Sec. 5.^a, 26-10-05, Recurso 577/01, anula el acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 27 de abril de 2001 por el que «*se declara como zona de reserva, a los efectos de lo previsto en el art. 47 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, y para el saneamiento de la cuenca baja del sistema fluvial Saja-Besaya (Cantabria), en cumplimiento de los fines de la Dirección General de Obras Hidráulicas y Calidad de las Aguas (Confederación Hidrográfica del Norte), una parcela de terreno de dominio público marítimo-terrestre, con una superficie de 87.450 m², que será ocupada por la Estación Depuradora de Aguas Residuales de Vuelta Ostrera, término municipal de Suances (Cantabria)*».

Señala esta sentencia que sobre la Administración del Estado pesa —cuando decide reservarse la utilización de determinadas pertenencias del demanio— el deber de justificar que razonablemente no existía otro lugar, ajeno al demanio, que fuera apto para el cumplimiento del fin que es causa de la reserva. De igual manera, la presunción de legalidad de los actos administrativos no excusa a la Administración del Estado de ofrecer esa justificación cuando la misma es negada en el proceso.

Tras un estudio detallado de las actuaciones, la Sala concluye que el acuerdo adoptado por el Consejo de Ministros el 27 de abril de 2001 no respetó la exigencia impuesta por el art. 32.1 de la Ley de Costas, referida a que únicamente se podrá permitir la ocupación del dominio público marítimo-terrestre para aquellas actividades o instalaciones que, por su naturaleza, no puedan tener otra ubicación, toda vez que existían alternativas posibles fuera del dominio público marítimo terrestre que se excluyeron sin justificación adecuada y suficiente.

13.5. Interpretación y aplicación del art. 37.2 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres

La STS, Sec. 5.^a, 16-11-2005, RCIL 78/2004, Fija la siguiente doctrina legal: «*En general, y también cuando se ejercite la potestad sanciona-*

dora por una Comunidad Autónoma que no haya desarrollado normativamente el art. 39.1 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres, la imposición de la sanción pecuniaria prevista en dicho artículo no es requisito ni presupuesto necesario para poder exigir al infractor los deberes de abonar los daños y perjuicios ocasionados y de restaurar el medio natural agredido que se prevén en el art. 37.2 de dicha Ley».

II. TRIBUTARIO

1. Requerimientos de obtención de información tributaria

Entre las facultades atribuidas a la Administración tributaria en el seno de una inspección nos encontramos con el procedimiento especial regulado en el art. 111.3 LGT (1963), mediante el cual se solicita y requiere información a entidades bancarias y crediticias. Fiel muestra de ello es la **STS Secc 2.^a, 28-2-2006, RC 2183/2001**, que sostiene que siempre que el cobro de un cheque se realiza a través de una cuenta corriente la información que se solicita no se refiere a la simple identificación de la cuanta, sino que lleva también implícito la investigación de la misma y la indagación de un movimiento bancario, razón por la que es necesario acudir al procedimiento especial contemplado en el art. 111.3 LGT (1963). Se precisa, que en estos supuestos, *«el interés objeto de protección por el citado apartado 3 está referido a cualquier información bancaria de «movimientos» de cargo y de abono, efectuado dentro del marco operativo de las cuentas bancarias, como medio instrumental que son de las relaciones confidenciales entre una entidad financiera y sus clientes, estando sólo excluida de tal ámbito la mera información de la existencia de las propias cuentas».* (FJ 4.º)

2. Impuesto sobre el Valor Añadido

2.1. Exenciones

En la **STS Secc 2.^a, 14-3-2006, RC 1879/2001**, se analiza un supuesto relativo a la renuncia de la exención cuando nos encontramos ante las denominadas operaciones interiores. Así se declara que no resulta esencial que aparezca literalmente en la escritura una renuncia expresa del transmíete a la exención del IVA, siendo suficiente la constancia de

haberse repercutido el Impuesto en la propia escritura de compraventa, pues de esta forma es incuestionable que adquirente y transmítente manifiestan su intención y conocimiento indubitado de que la operación queda sujeta al IVA. En conclusión *«lo que verdaderamente interesa no es la constancia en la escritura del término «renuncia» sino el dato real del cumplimiento del fin perseguido en la norma, que no es otro que el de garantizar la posición del adquirente, frente a repercusiones no queridas, y este fin puede alcanzarse bien mediante la utilización del término «renuncia» en la escritura o a través de cualquier otro del que pueda derivarse que el transmítete renuncia, explícita o implícitamente a la exención, que propicia una opción en favor de la mecánica del tributo y no la exoneración del gravamen»*. (FJ 6.º)

2.2. Sujeción

En la STS, Sección 2.ª, de 17-01-2006, RC 940/2001, se analiza un supuesto muy interesante por lo clarificador que resulta de cara a delimitar los supuestos de conflicto en la sujeción de un hecho imponible, bien al impuesto sobre el Valor Añadido, bien al de Transmisiones Patrimoniales, tributos ambos incompatibles con respecto a una transmisión en el seno de la transmisión de un bien inmueble.

En este sentido, nos encontramos ante compraventas sucesivas de un edificio, estando aun en fase de construcción, con la convención de que la entrega se realizara una vez terminadas las obras. Pues bien, *«el art. 20, apartado uno, núm. 22 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, establece la exención para “las segundas y ulteriores entregas de edificaciones, incluidos los terrenos en que se hallen enclavadas, cuando tengan lugar después de terminada su construcción o rehabilitación”, señalando, a continuación, que a los efectos de lo dispuesto en esta Ley se considerará primera entrega la realizada por el promotor que tenga por objeto una edificación cuya construcción o rehabilitación esté terminada. La correcta interpretación de este precepto obliga a entender que, en tanto la edificación no está terminada, la transmisión de una obra en curso sigue el régimen del suelo sobre el que se asienta, por lo que, si se está realizando sobre suelo urbano, quedarán gravadas, sin exención, todas las transmisiones que se produzcan antes de que tenga lugar la ultimación de las obras. Ahora bien, no cabe confundir una operación de transmisión de una*

obra en curso de construcción, que ha de ser terminada por el adquirente y que es objeto de entrega, en concepto de edificación no terminada, con la posibilidad de que, por convención contractual, se establezca, como objeto de una compraventa, la entrega de un edificio terminado, aún cuando la operación se convenga estando aún en fase de construcción, pues, en este caso, existe primera entrega una vez que se realice ésta, teniendo por objeto el edificio terminado, por lo que su posterior transmisión, también en fase de construcción, tiene la consideración de segunda entrega de edificación». (FJ 5.º)

3. Procedimiento de inspección. Plazo de duración de las actuaciones inspectoras

El Tribunal Supremo en la **STS, Sección 2.ª de 4-4-2006, Recurso de casación en interés de la Ley 71/2004**, viene a refrendar, una vez más, su doctrina con relación a la iniciación, desarrollo y plazo de duración de las actuaciones inspectoras. Así se fija como doctrina legal aquella en cuya virtud *«A los procedimientos de inspección tributaria iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes, no les es aplicable el plazo máximo de duración de 12 meses, establecido en el art. 29-1, párrafo primero, de aquella Ley, aunque pudiera transcurrir tal espacio de tiempo con posterioridad a la entrada en vigor de la misma Ley, sin que hubiesen concluido las actuaciones».*

4. Notificaciones tributarias

La forma en que se pone en conocimiento de las personas jurídicas actos dictados por las Administraciones Tributarias provocan no pocos problemas acerca de cuando debemos considerar que dichas notificaciones se ajustan a Derecho. En la **STS de 11-10-2005, Secc. 2.ª, RC 4628/2000**, se planteó un supuesto en que la recepción de la notificación se efectuó por persona distinta del destinatario pero en la que constaba el sello del registro general de la empresa receptora, considerándose correcta esta peculiar forma de recepción aunque no se identifique al empleado que desempeña el servicio y recoja la notificación un empleado de una sociedad distinta de la destinataria, con domicilio coincidente.

En este sentido se sostiene, con fundamento en el art. 59 de la Ley 30/1992 que *«si bien es cierto que la falta de identificación del receptor de una notificación, por no haberse expresado en ella más que una firma ilegible, incumple las condiciones establecidas, no lo es menos que, en el caso de notificaciones a personas jurídicas, no es necesario que se identifique a la persona receptora de las notificaciones, siendo suficiente la constancia en el acuse de recibo del sello de la empresa. Así, entre otras, en las sentencias de 25 y 29 de abril de 2000, señaló que si concurre la particular circunstancia de que, junto a la firma ilegible de la persona que, sin constar su identificación, firmó la notificación, se estampó un sello de caucho con el anagrama o logotipo identificador de la empresa y no se pone en duda que existiera en funcionamiento una unidad administrativa destinada a Registro General y, por tanto, a la recepción y toma de cualesquiera documentos que ante ella fueron presentados, ha de concluirse razonadamente que la persona que disponía del sello lo hacía por encargo de la empresa y que le estaba encomendada la función de recibir las comunicaciones a ella dirigidas, sin que todo ello pueda quedar desvirtuado por el hecho de que el empleado no fuera identificado personalmente, con expresión de nombre, apellidos y D.N.I, porque ha de entenderse que la entidad jurídica está representada, a estos efectos por su propio servicio general si lo tuviere constituido»*. (FJ 4.º)

5. Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras. Devengo

En la **STS de 14-9-2005, Secc. 2.ª, RCIL 18/2004**, se efectúa un interesante análisis de uno de los tributos locales de mas enjundia jurídica, a saber, el Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras, coloquialmente conocido por las siglas ICIO.

Pues bien, en la referida sentencia el Tribunal Supremo al resolver un recurso de casación en interés de la ley viene a fijar doctrina legal con relación al momento en que se ha de considerar iniciado el computo para la fijación del plazo de prescripción del derecho de la Administración a practicar la liquidación definitiva del impuesto. Pues bien a difere4ncia de las tesis mantenidas por el juzgador de instancia —que mantenía que dicho momento coincidía con la fecha de inicio la construcción, aun cuando no se haya obtenido la licencia, al resultar posible ya la determinación de la base imponible propia de su liquidación provisional— el

Tribunal Supremo viene a afirmar que *«El plazo de prescripción del derecho de la Administración a practicar la respectiva liquidación definitiva por el ICIO debe computarse no desde el inicio de la obra, sino cuando ésta ya haya finalizado, a la vista de las construcciones, instalaciones y obras efectivamente realizadas y del coste real de las mismas»*.

6. Impuesto de Sucesiones y Donaciones. Criterio de conexión territorial

En los denominados tributos de carácter personal cedidos a las Comunidades Autónomas pueden surgir conflictos relativos a la determinación de a quien ostenta la competencia para su exacción. En las **SSTS de 7-02-06 y 9-02-06, Secc. 2.^a, RC 114/01 y 137/01**, se llega a la importante conclusión de que dicho criterio de conexión se ha de fundamentar en la residencia habitual, con independencia del domicilio fiscal declarado.

7. Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, Actos Jurídicos Documentados y Operaciones Societarias. Escrituras de desembolso de dividendos pasivos

En la **STS de 7-10-2005, Secc. 2.^a, RCU 6007/2000**, se examina la sujeción o no al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, en su modalidad Actos Jurídicos Documentados, de las escrituras de desembolso de dividendos pasivos en los supuestos de ampliación de capital de una Sociedad. La conclusión a la que llega el Alto Tribunal es la no sujeción de la citada operación al ser mera consecuencia de la constitución de la sociedad o de anterior ampliación de capital, que ya han tributado en concepto de «Operaciones Societarias», no estando sujetas por tanto, por doble imposición, al Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados. Se precisa *«que los sucesivos desembolsos en un aumento de capital no tributan por la cuota gradual al no cumplirse dos de los requisitos exigidos para la sujeción al IAJD, como son, por una parte, el tratarse de un acto sometido a la modalidad de Operaciones Societarias, en cuanto el aumento de capital, al igual que la constitución de la sociedad, es un acto tipificado dentro de su hecho imponible y la base es el importe nominal del capital y no la cifra efectivamente desembolsada, y, por otra parte, el no ser un acto o contrato inscribible, en el sentido sustancial del*

art. 31.2, sino simples flecos documentales de un acto principal, que ya tributó, en su momento, adecuadamente, en cuanto, además, tales flecos no integran, propiamente, un acto jurídico en sentido estricto, sino, más bien, una conducta humana debida, bien en virtud de una norma jurídica, o bien por constituir el resultado del cumplimiento de una obligación previamente aceptada». (FJ 2.º)

8. Procedimiento de devolución de ingresos indebidos. Plazo de prescripción

En la **STS de 20-09-2005, Secc. 2.ª, RC 1004/2000**, se examina la siguiente cuestión; se trataría de determinar el plazo de prescripción aplicable a la solicitud de devolución de un ingreso indebido, cuando la misma tiene por origen el fallo dispositivo de una sentencia firme que se trata de ejecutar. Frente a la tesis sostenida por la Sala de instancia de considerar aplicable a dicho supuesto el plazo general para todos las actuaciones tributarias de 5 años —vigente hasta la Ley 1/1998, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes—, el Tribunal Supremo afirma la inaplicación de los plazos fijados en la normativa tributaria al encontrarnos ante la ejecución de una sentencia firme razón por la que sería de aplicación el plazo de 15 años general establecido en el art. 1964 del Código Civil.

En este sentido se afirma que *«el proceso de ejecución de las sentencias está encomendado a la propia Administración que dicta el acto recurrido, reservándose el Tribunal la misión de adoptar, a instancia de parte, las medidas que sean necesarias para compeler a la Administración a que cumpla lo que se ordena en la ejecutoria, ateniéndose a los pronunciamientos que el fallo de la misma contenga y a los que sean consecuencia natural de la esencia jurídica de la situación resuelta. Aquella atribución no es una potestad de la Administración sino un deber de cumplir lo decidido por sentencias y resoluciones firmes, que debía producirse, según la antigua Ley Jurisdiccional, en el plazo de seis meses desde la recepción del testimonio de la sentencia. Aunque el inicio de la ejecución en este orden jurisdiccional no era a instancia de parte, la acción de ejecución estaría sujeta, en todo caso, al plazo general de prescripción de quince años establecido en el art. 1964 del Código Civil para las acciones personales que no tengan señalado término especial de prescripción». (FJ 3.º)*

III. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

1. Denegación de la extensión de efectos de Sentencia que reconoce a funcionario del Cuerpo Nacional de Policía el abono del complemento de productividad durante el período de tiempo en que estuvo dado de baja por enfermedad no acaecida en acto de servicio. Contraste de la situación jurídica individualizada del solicitante y el favorecido por el fallo

La STS, sec. 7.^a, 14 –12-2005, RC. 3324/2004, reitera que la Ley de la Jurisdicción, al imponer que el solicitante se encuentre en identidad de situación jurídica con el favorecido por el fallo exige que sean las mismas circunstancias de hecho y las pretensiones jurídicas que sobre ellas se fundamentan en un caso y en el otro, identidad que no es equivalente a semejanza o analogía.

En el supuesto sometido a su consideración, la Sala constata el diferente régimen jurídico aplicable al funcionario favorecido por el fallo de la Sentencia cuya extensión se pretende y el peticionario de la extensión, y concluye que no concurre el requisito de que «los interesados se encuentren en idéntica situación jurídica que los favorecidos por el fallo «exigido por el art. 110 de la Ley de la Jurisdicción —versión anterior a la reforma operada por la LO 19/2003— para que pueda acordarse la extensión de los efectos de una sentencia firme, porque cuando se produce la baja, por enfermedad, del peticionario de la extensión eran aplicables las Instrucciones de 23 de enero y 22 de marzo de 1998, que revisan y actualizan los criterios generales de asignación de la productividad del personal del Cuerpo Nacional de Policía.

Se aprecia así que la sentencia estimatoria cuya extensión se pretende, toma en consideración un contenido normativo distinto al contemplado en las citadas Instrucciones.

2. Incidente de ejecución de sentencia. «Personas afectadas» que no fueron partes litigantes: legitimación para promover el incidente

La STS, Pleno, 7-06-2005, RC 2492/2003 estudia el problema de la legitimación de las «personas afectadas» para instar la ejecución de una sentencia, en relación con la demolición de una edificación amparada en licencia anulada. Considera la mayoría de la Sala que las personas

afectadas (entendiendo por tales aquéllas que pueden ver menoscabados o perjudicados sus derechos o sus intereses legítimos por efecto de la ejecución o de la inejecución de la sentencia), aunque no hubieran sido partes litigantes, deben ostentar legitimación para instar la ejecución forzosa de una sentencia que obliga a la demolición, y que la actuación procesal de esas personas afectadas cabe aunque ya antes se hubiera iniciado, sin su presencia, la fase de ejecución de la sentencia.

3. Medidas cautelares. En procesos de concentración económica. Periculum in mora y apariencia de buen derecho

El **ATS 14-02-2006, RCA 47/2006**, examinó una petición de suspensión «privisionalísima» de un Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se había autorizado una operación de concentración promovida a través de una «OPA». La Sala rechaza esta petición, señalando, ante todo, que la tutela cautelar *inaudita altera parte* a que se refiere el art. 135 LJCA sólo es jurídicamente viable ante circunstancias que pongan de manifiesto una urgencia excepcional o extraordinaria, esto es, de mayor intensidad que la normalmente exigible para la adopción de medidas cautelares, cuya concesión, según los trámites ordinarios, se produce al término del incidente correspondiente, con respeto del principio general de audiencia de la otra parte. El sacrificio provisional de dicho principio de contradicción sólo procede, por tanto, cuando las circunstancias de hecho no permitan, dada su naturaleza, esperar ni siquiera a la sustanciación de aquel incidente procesal. Consiguientemente, dice la Sala, las alegaciones sostenidas por los recurrentes acerca de la apariencia de buen derecho de su pretensión, los juicios de valor sobre la cuestión de fondo, o las alusiones al juego de los intereses en conflicto, no resultan determinantes para sostener la petición de tutela cautelar privisionalísima, por más que resulten adecuadas para fundamentar la petición de medidas cautelares ordinarias. Se trata de razones y argumentos que carecen, dada la complejidad del asunto, de la plena evidencia que sería imprescindible para justificar una medida cautelarísima, pues su eventual consideración resultará, en su caso, de una prolija tarea de valoración fáctica y aplicación jurídica que requiere del debate procesal entre las partes enfrentadas, y cuyo lugar natural de decisión será el Auto que ponga fin a la pieza separada ordinaria de suspensión. Sentado esto, la Sala deniega la petición cautelsrísima señalando que espera resolver la pieza separada de suspensión antes de que se puedan producir actos

materiales de ejecución del Acuerdo impugnado que hagan en la práctica inviable o estéril su decisión cautelar ordinaria.

El posterior **ATS, Pleno, 28-04-2006**, dictado justamente en la pieza separada de medidas cautelares de ese mismo recurso, acordó la suspensión cautelar del Acuerdo impugnado. La mayoría de la Sala, tras repasar los diversos informes emitidos por distintas Administraciones, organismos y colectivos sobre la operación de concentración examinada, entiende que *«a la vista de los anteriores informes, que aparte de los pasajes transcritos contienen otros de similares prevenciones, la consecuencia que hay que extraer con un alto grado de previsibilidad, es el grave perjuicio que la operación de control supone para el mantenimiento de la competencia en la práctica totalidad de los mercados concernidos, en los diferentes sectores que lo integran, perjuicios que comenzarán a producirse en la mayoría de ellos desde el momento mismo de la liquidación de la OPA»*. (FJ 6.º). EL ATS valora la posibilidad de que otros intereses determinen o impongan la ejecución del Acuerdo (tales como el interés de los accionistas, el daño que se produciría a la libertad de empresa, y a la transparencia y agilidad del mercado de valores), pero rechaza ese planteamiento, pues *«son, sin lugar a duda, intereses muy dignos de protección, pero su intensidad debe rebajarse cuando se enfrentan al interés más extenso e intenso de todos los consumidores y usuarios, que debe prevalecer frente a ellos»*. (FJ 7.º)

