

**CRÓNICA DE LA
JURISPRUDENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO**

AÑO JUDICIAL 2009-2010

SALA TERCERA

ÍNDICE SISTEMÁTICO

I. ADMINISTRATIVO

1. ACTO Y PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

- 1.1. Procedimiento de elaboración de disposiciones generales. Inaplicabilidad de la doctrina de que nadie puede invocar indefensiones ajenas.
- 1.2. Procedimiento de elaboración de disposiciones generales. Nulidad por haberse omitido todo estudio y consulta dirigidos a garantizar el acierto y legalidad de la disposición. Art. 24.1.b) de la Ley 50/1997.
- 1.3. Procedimiento de elaboración de disposiciones generales. Nulidad de la modificación de los estatutos de una empresa pública y de su objeto social por no haberse dado audiencia a los interesados en el procedimiento para su elaboración. Equiparación de los estatutos de empresas públicas a la naturaleza de disposiciones generales de carácter organizativo a efectos de su aprobación y modificación.
- 1.4. Revisión de los actos administrativos: presupuestos jurídicos de los artículos 105 y 102 de la ley 30/1992. Actos de “doble efecto”.
- 1.5. La acción de nulidad no puede reabrir el plazo para el ejercicio de una acción de responsabilidad que ya ha expirado

2. ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

- 2.1. Competencia de la Corporación Local para aprobar una Ordenanza municipal. Carta Europea de Autonomía Local. Vinculación negativa al principio de legalidad para determinar las competencias de los Entes locales
- 2.2. Litigios entre Administraciones Públicas. El requerimiento del artículo 44 LJCA respecto de parte de una disposición general no habilita a la posterior impugnación completa de tal disposición general.
- 2.3. Nulidad de un Reglamento en cuanto reproduce y desarrolla una Ley Autonómica no vigente por estar suspendida por el Tribunal Constitucional, nulidad que se produce incluso si el Tribunal Constitucional posteriormente declarase conforme con la Constitución la Ley a él sometida.

3. BIENES PUBLICOS

3.1. MONTES

- 3.1.1. Ocupación de monte de utilidad pública por campo de golf: improcedencia. Temporalidad, excepcionalidad y compatibilidad.
- 3.1.2. Coordinación en la protección de Montes Vecinales en Mano Común y el Dominio Público Marítimo Terrestre
- 3.2. MINAS
 - 3.2.1. Compatibilidad y coordinación de competencias estatales en las materias de Minas y Medio Ambiente, y competencias Autonómicas en materia de ordenación del Territorio y Urbanismo y Medio Ambiente.
 - 3.2.2. Aplicación del instituto de la caducidad a los procedimientos incoados con la finalidad de declarar la caducidad de concesiones para la utilización del demanio minero por la paralización de los trabajos sin autorización previa
 - 3.2.3. Compatibilidad entre plan de restauración minera y declaración de impacto ambiental.
- 3.3. AGUAS CONTINENTALES
 - 3.3.1. En supuestos de deslinde del dominio público no son aplicables los artículos 34 y 38 de la Ley Hipotecaria. Doctrina jurisprudencial y constitucional sobre intangibilidad de lo resuelto en sentencia firme dictada por otro Organismo Judicial.
 - 3.3.2. Valoración de los daños al dominio público hidráulico como consecuencia de riegos sin autorización. Es a la Administración a quien incumbe la carga de prueba de la certeza de tales hechos y su valoración, y la justificación de la misma
- 4. CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA
 - 4.1. Anulación de cláusulas contrarias al principio de igualdad de oportunidades.
 - 4.2. Nulidad del Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se aprueba el Programa de Renovación de la flota de helicópteros policiales de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.
 - 4.3. Caducidad del procedimiento para la resolución del contrato.
 - 4.4. Reglas de interpretación de los contratos: prevalencia del criterio de interpretación literal.
 - 4.5. Deber de la Administración de indemnizar los perjuicios producidos por la suspensión del contrato, con independencia del plazo de suspensión.
 - 4.6. Diferencia entre la relación de servicio que une al funcionario interino con la Administración y el contrato de servicios.
- 5. CORPORACIONES DE DERECHO PÚBLICO
 - 5.1. Impugnación del Real Decreto 639/2007, de 18 de mayo, por el que se modifica el Estatuto General del Colegio Oficial Nacional de Prácticos de Puerto, aprobado por Real Decreto 797/2005, de 1 de julio
 - 5.2. La modificación estatutaria hecha conforme a estatutos luego anulados es nula.
 - 5.3. Las Cámaras de la Propiedad Urbana y, en general, las Corporaciones de Derecho Público, formalmente suprimidas y en fase de liquidación tendrán personalidad jurídica instrumental a efectos de reconocerles

legitimación para recurrir en el orden contencioso-administrativo en defensa de sus intereses hasta culminar la disolución.

6. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO

6.1. TELECOMUNICACIONES

6.1.1. Impugnación del Real Decreto 920/2006, por el que se aprueba el Reglamento general de prestación del servicio de difusión de radio y televisión por cable.

6.2. DERECHO DE LA COMPETENCIA

6.2.1. Defensa de la Competencia. Comercialización del aceite de oliva. Almacenamiento privado no subvencionado de alcance nacional. Exención justificada, sometida al control de las autoridades nacionales

6.2.2. Defensa de la Competencia. Sanción por abuso de posición dominante en los mercados de suministro eléctrico. No concurrencia de los presupuestos necesarios

6.2.3. Defensa de la Competencia. Acuerdo colectivo entre empresas del sector de radiofármacos para fijación indirecta de precios, y abuso de posición dominante materializada en la fijación directa de precios no equitativos

6.3. INDUSTRIA Y ENERGÍA

6.3.1. Energía nuclear. Transporte de materiales nucleares. Sanción. Bis in idem

6.3.2. Residuos radiactivos. Impugnación del Real Decreto 1767/2007, por el que se determinan los valores a aplicar en el año 2008 para la financiación de los costes correspondientes a la gestión de los residuos radiactivos y del combustible gastado, y al desmantelamiento y clausura de instalaciones.

6.3.3. Real Decreto 324/2008. Emisiones primarias de energía eléctrica

6.3.4. Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se declara de utilidad pública la central térmica de ciclo combinado de Morata de Tajuña en la provincia de Madrid. Declaración de utilidad pública y fijación de los bienes a expropiar: necesidad de la aprobación simultánea del proyecto de ejecución.

6.4. SECTOR FINANCIERO

6.4.1. Impugnación del Decreto 240/2003, que desarrolla la Ley de Cajas de Ahorros de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

7. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS

7.1. Principio de legalidad de las infracciones administrativas. Tipificación por la Comunidad autónoma de conductas contrarias a la convivencia escolar: cobertura legal suficiente.

7.2. Derecho de huelga. Huelga en Radio Televisión Madrid. Servicios mínimos improcedentes por establecer la programación informativa ordinaria y una programación grabada. Obligación de justificar la necesidad y proporcionalidad de los servicios mínimos establecidos.

8. EXPROPIACIÓN FORZOSA

8.1. Valoración del suelo expropiado para la ejecución de sistemas generales. Cementerios y accesos a los cementerios.

8.2. Criterios de valoración aplicables cuando el objeto de la expropiación viene constituido por el derecho de vuelo, derecho real en cosa

ajena, subsumible en la figura del derecho de superficie. Consideraciones acerca del recurso a la libertad estimativa del artículo 43 LEF.

8.3. Frutos del bien expropiado, no incluidos en el justiprecio, producidos después del inicio del expediente de justiprecio y antes de la ocupación. Parque Nacional de Doñana.

8.4. Reconocimiento del derecho de reversión por transformación del aeródromo militar de Reus en aeropuerto civil. Desaparición de la concreta afectación.

9. EXTRANJERÍA Y ASILO

9.1. EXTRANJERÍA

9.1.1. Visado de trabajo. Archivo del expediente por entender desistido al solicitante al no haber sido atendido requerimiento para que completase la documentación. Falta de notificación del requerimiento. Insuficiencia de la notificación mediante publicación en el tablón de anuncios del Consulado, que, además, tampoco consta que se haya producido. No ha lugar al recurso de casación.

9.1.2. Prohibición de entrada. Necesidad de procedimiento y trámite de audiencia

9.2. ASILO

9.2.1. Denegación del derecho de asilo porque el recurrente esta incurso en una causa de exclusión de los beneficios contemplados en la Convención de Ginebra al existir razones fundadas de ser un peligro para la seguridad nacional, en atención a informes del Centro Nacional de Inteligencia

10. FUNCIÓN PÚBLICA.

10.1. Revisión por el tribunal calificador de las calificaciones asignadas a los aspirantes. El silencio de las bases no supone la prohibición de reclamar esa revisión, ni la de efectuarla.

10.2. Prolongación en servicio activo del personal estatutario de los servicios de salud. Interpretación del artículo 26.2 de la ley 55/2003. No es acogible la doctrina legal reclamada de que la denegación de esa prolongación no necesita ser motivada.

10.3. La rehabilitación sólo está prevista para las pérdidas funcionariales derivadas de condena penal. No procede en las que tengan su causa en una sanción disciplinaria.

10.4. Utilización del contrato laboral especial de alta dirección por las entidades con personalidad jurídica propia dependientes de la Administración.

11. PODER JUDICIAL. ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.

11.1. Atribución a los Jueces de Instrucción en servicio de Guardia de funciones correspondientes a otros órdenes jurisdiccionales. Artículo 42.5 del Reglamento de los Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales.

11.2. Suspensión Provisional de Magistrado derivada de la admisión a trámite de una querrela contra él por delito cometido en el ejercicio de sus funciones. Artículo 383.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

- 11.3. Promoción a la categoría de Magistrado del Tribunal Supremo. Motivación legalmente exigible al Consejo General del Poder Judicial en materia de nombramientos discrecionales.
- 11.4. Presidente de Audiencia Provincial. Motivación legalmente exigible al Consejo General del Poder Judicial en materia de nombramientos discrecionales.
- 11.5. Sanción disciplinaria impuesta a Magistrado por falta muy grave de retraso injustificado y reiterado en la resolución de procesos y causas. Principio non bis in idem. Compatibilidad con previa sanción por falta grave de retraso cuando persiste el incumplimiento.
- 11.6. Sanción disciplinaria impuesta a Magistrado por falta grave de retraso. Procedimientos de ejecución penal con pena privativa de libertad. Tramitación preferente sin necesidad de expresa previsión legal. Obligación personal del Magistrado de controlar el inicio del efectivo cumplimiento de la pena de prisión.
- 11.7. Responsabilidad patrimonial derivada de la anulación judicial del acuerdo adoptado por el Consejo General del Poder Judicial que impuso a un Juez la sanción de suspensión de funciones.

12. PROPIEDADES ESPECIALES

- 12.1. Marcas. Delimitación del criterio jurisprudencial sobre el número de letras del alfabeto que pueden ser consideradas como tales a efectos del examen de parecidos.

13. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

- 13.1. Responsabilidad patrimonial del Estado por retrasos indebidos del Tribunal Constitucional en la decisión de un incidente de recusación formulado en un recurso de amparo
- 13.2. Responsabilidad patrimonial del Estado por anormal funcionamiento de la Oficina del Defensor del Pueblo
- 13.3. Responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado por los daños ocasionados por la actuación de la CNMV con respecto a Gescartera: nexo causal: en los supuestos en que la producción del daño se atribuye a una inactividad u omisión, es preciso demostrar que sobre la Administración pesaba un deber jurídico de actuar o, en su caso, de hacerlo antes del momento en que lo hizo.
- 13.4. Distinción entre la causa del accidente y la causa del concreto y específico resultado lesivo: carácter cortante de las biondas instaladas en carreteras y autovías. Accidente de motorista, circulando a velocidad inadecuada: pierna cortada por la bionda de la autovía.

14. TRÁFICO Y SEGURIDAD VIAL.

- 14.1. Profesores de Formación Vial. Título expedido en Irlanda sin carácter oficial.

15. URBANISMO Y MEDIO AMBIENTE

15.1. MEDIO AMBIENTE

- 15.1.1. Reglamento de desarrollo y ejecución de la Ley de Prevención y Control Integrados de la Contaminación.
- 15.1.2. Reserva de dominio público marítimo terrestre para la creación de un parque empresarial en la Bahía de Cádiz. Nulidad por falta de motivación.

- 15.1.3. Instrumentos de planificación portuaria. La ampliación de un puerto de interés general del Estado mediante extensos rellenos sobre el mar requiere de la previa aprobación del Plan de Utilización de los Espacios Portuarios, así como de la correspondiente evaluación ambiental.
 - 15.1.4. Prohibición de construcción de “pantallas arquitectónicas” en la zona de influencia de costas.
 - 15.1.5. Prevalencia de los planes de ordenación de los recursos naturales sobre los planes urbanísticos. La clasificación de una finca como suelo urbanizable no impide su posterior inclusión en el ámbito del PORN
 - 15.1.6. Trasvase de agua por el acueducto Tajo-Segura con destino a regadíos y abastecimiento de población. Motivación suficiente, derivada de informes obrantes en el expediente.
 - 15.1.7. Anulación de Real Decreto de medidas extraordinarias para corregir los efectos de la sequía en determinadas cuencas hidrográficas.
 - 15.1.8. Sanción por vertido de aguas residuales. La valoración del daño causado al dominio público hidráulico debe efectuarse conforme a unos criterios generales previamente establecidos.
 - 15.1.9. Anulación del estudio informativo del proyecto de un tramo de la línea ferroviaria de alta velocidad Madrid-Murcia.
 - 15.1.10. Ordenanza municipal contra la contaminación acústica que prohíbe el uso de maquinaria especialmente ruidosa en determinados periodos y horarios.
 - 15.1.11.- Anulación parcial del Plan Nacional de Asignación de derechos de emisión de gases de efecto invernadero 2008-2012.
 - 15.1.12. Centro de tratamiento de residuos sólidos urbanos. El Estudio de Impacto ambiental debió preceder a la aprobación del proyecto de la instalación, e incluir así mismo un análisis de posibles alternativas de emplazamiento.
 - 15.1.13. Impugnación de autorización para instalación de central térmica de energía eléctrica. Legitimación activa de asociación ecologista. Régimen transitorio aplicable a la legislación reguladora de la autorización ambiental integrada. Evaluación de impacto ambiental.
- 15.2. URBANISMO
- 15.2.1. La naturaleza reglada del suelo no urbanizable de especial protección vincula, además de a los planes urbanísticos, a los instrumentos supramunicipales de ordenación del territorio.
 - 15.2.2. Código Técnico de la Edificación. Requisitos formales para su aprobación: Comunicación del proyecto a la Comisión Europea. Prescripción que obliga a evacuar los gases de combustión por la cubierta de los edificios.
 - 15.2.3. Suspensión cautelar de planes urbanísticos. Omisión de evaluación ambiental estratégica. Prevalencia del interés medioambiental afectado.
 - 15.2.4. Efectos de la falta de publicación de la normativa de los planes urbanísticos. Imposibilidad de convalidación de los actos

dictados en su ejecución. Normativa básica estatal que prevalece sobre la de la C.A. Cataluña.

- 15.2.5. Anulación de la revisión del Plan Insular de Ordenación de Lanzarote (PIOL) por carecer de un auténtico estudio económico financiero
- 15.2.6. La catalogación por el planeamiento urbanístico de un edificio protegible por razones artísticas o culturales responde al ejercicio de una potestad reglada y no discrecional.
- 15.2.7. Una vez aprobada provisionalmente la revisión del planeamiento general y remitida a la Administración supramunicipal para su aprobación definitiva, el Ayuntamiento que lo promovió ya no puede desistir de ella.
- 15.2.8. Aprovechamiento urbanístico de terrenos de dominio público ferroviario obtenidos por expropiación e incluidos en un área de reparto
- 15.2.9. Aprobación de ordenanza municipal reguladora de instalaciones de telefonía móvil. Informes preceptivos. No comparte la naturaleza jurídica de los planes urbanísticos, ni de los instrumentos de ordenación del territorio. Zonas sensibles: competencia municipal para establecer medidas adicionales de protección.
- 15.2.10. Falta de competencia del Ayuntamiento de Madrid para aprobar definitivamente una modificación puntual de su Plan General
- 15.2.11. Carácter reglado, no discrecional, en la protección del patrimonio histórico-artístico.

II. TRIBUTARIO

1. Impuesto sobre Sociedades. Entrada y registro de los Inspectores de Hacienda en la sede de una sociedad. Necesidad de autorización judicial o de consentimiento, si se trata de espacios físicos que son indispensables para que pueda desarrollar su actividad sin intromisiones ajenas, por constituir el centro de dirección de la sociedad o de un establecimiento dependiente de la misma o servir a la custodia de los documentos u otros soportes de la vida diaria de la sociedad o de su establecimiento que quedan reservados al conocimiento de terceros. Falta de consentimiento
2. Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras. Parques eólicos. Inclusión del valor de los aerogeneradores en la base imponible del impuesto
3. Actos Jurídicos Documentales. Alcance de la exención prevista en el art. 45.I.B)3 del Texto Refundido de 1993. Adjudicaciones de bienes de la sociedad conyugal a los cónyuges: Inaplicación en el supuesto de disolución cuando el régimen económico sea el de separación de bienes.
4. Tasa por reserva del dominio público radioeléctrico.- Planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)
5. Intereses de demora. Retraso en la ejecución
6. Impuesto sobre sociedades.- Base imponible.- Operaciones vinculadas.- Precios de transferencia.- Adquisición por Coca-Cola España del concentrado fabricado en Irlanda y Francia a precios superiores a los del mercado.- Valoración de la operación.- Operación ya valorada a efectos de calcular los derechos de importación.- Criterios legales de valoración

iguales.- La tasación a efectos de la renta de aduanas vincula a la practicada para evaluar los precios de transferencia en el impuesto sobre sociedades.

7. IVA. Entregas y adquisiciones intercomunitarias. Prueba

III. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

1. Principio de no división de continenca de la causa: competencia objetiva en los casos de fiscalización de decisiones sobre responsabilidad patrimonial adoptadas por diferentes Administraciones: será órgano jurisdiccional competente el que deba fiscalizar el acto dictado por la Administración de mayor ámbito territorial
2. Prueba pericial judicial. Momento procesal para su solicitud.
3. Régimen jurídico de la práctica de la prueba documental en el proceso contencioso-administrativo
4. Proceso especial de protección de derechos fundamentales. Vinculación de los Tribunales inferiores a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.
5. Responsabilidad patrimonial: singularidad de los daños y perjuicios que puedan permanecer durante toda la vida del menor. La protección de la familia y su incidencia en la aplicación de la regla de acumulación subjetiva del artículo 41.2 LRJCA 29/1998 a efectos de admisión del recurso de casación
6. Ejecución de sentencia. Caducidad. Inaplicación del artículo 518 LEC.

Se recogen en esta Crónica algunas de las más importantes resoluciones de la Sala Tercera del Tribunal Supremo a lo largo del año judicial 2009-2010, agrupadas por materias, en una relación que, como se ha apuntado con ocasión de la elaboración de las crónicas de los años anteriores, carece de pretensión de exhaustividad y sólo busca resaltar la variada competencia de la Sala y la multitud de cuestiones que ante ella se plantean.¹

I. ADMINISTRATIVO

1. Acto y procedimiento administrativo

1.1. Procedimiento de elaboración de disposiciones generales. Inaplicabilidad de la doctrina de que nadie puede invocar indefensiones ajenas.

La **STS, Sec. 5ª, 04/05/2010, RCA 33/2006**, estudia la impugnación del Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo (BOE número 74, de 28 de marzo de 2006), por el que se aprueba el Código Técnico de la Edificación. Habiendo alegado la entidad actora que en el procedimiento de elaboración de dicha disposición general se había omitido la intervención preceptiva de diversos organismos y entidades, y se habían producido irregularidades en el trámite de audiencia, la Sala hace una importante puntualización que le lleva a examinar dicha alegación pese a referirse la entidad actora a otros organismos o entidades distintos, cual es que *“estos vicios procedimentales denunciados, al tratarse de una disposición de carácter general, acarrearían, de concurrir, la nulidad de pleno derecho del Reglamento en cuestión, dada la naturaleza sustancialista que los defectos en el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales tienen, conforme a lo establecido en el artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, según el cual son nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución y las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior”* (FJ 1º).

¹ La elaboración de la Crónica de la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha sido realizada por D. Pedro ESCRIBANO TESTAUT, Magistrado del Gabinete Técnico, y por Dña. María Jesús CALVO HERNÁN, Dña. Yolanda BARDAJÍ PASCUAL, Dña. Luz María RUIBAL PEREIRA, Dña. Margarita Diana FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Dña. Berta GOSÁLBEZ RUIZ, Dña. Alejandra FRÍAS LÓPEZ, Dña. Cristina GÓMEZ DEL VALLE, D. Francisco de COMINGES CÁCERES, D. José Luis FERNÁNDEZ CORTÉS, D. Daniel SANCHO JARAIZ, D. Francisco Javier JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, D. Tomás NAVALPOTRO BALLESTEROS y D. Gabriel NAVARRO AZPIROZ, Letrados del Gabinete Técnico, bajo la coordinación de D. Pedro ESCRIBANO TESTAUT, Magistrado del Gabinete Técnico, y bajo la supervisión del Excmo. Sr. D. Mariano de OROPULIDO Y LÓPEZ, Presidente en funciones de la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

1.2. Procedimiento de elaboración de disposiciones generales. Nulidad por haberse omitido todo estudio y consulta dirigidos a garantizar el acierto y legalidad de la disposición. Art. 24.1.b) de la Ley 50/1997.

La STS, Sec. 4ª, 09/02/2010, RC 591/2008, señala que el inciso final del párrafo primero de la letra b) del art. 24.1 de la Ley 50/97 impone a la Administración el deber de recabar en el proceso de elaboración del reglamento "*cuantos estudios y consultas se estimen convenientes para garantizar el acierto y la legalidad del texto*". Ahí, pese a la expresión "se estimen convenientes", no se le concede una potestad enteramente libre, sólo regida por su criterio, sino una que, como todas, queda sujeta a la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que garantiza el art. 9.3 de la Constitución y al designio de servir con objetividad los intereses generales que como principio rector de su actuación proclama e impone el art. 103.1 del mismo Texto. El reconocimiento de una cierta discrecionalidad a la Administración al decidir si han de recabarse o no aquellos estudios y consultas, lo es dentro de los límites de ejercicio de toda potestad discrecional, que admiten el arbitrio legítimo, pero no una decisión basada en la sola voluntad del que decide, esto es, una que se muestra objetivamente, sin asomo de duda, carente de toda razón que la justifique.

1.3. Procedimiento de elaboración de disposiciones generales. Nulidad de la modificación de los estatutos de una empresa pública y de su objeto social por no haberse dado audiencia a los interesados en el procedimiento para su elaboración. Equiparación de los estatutos de empresas públicas a la naturaleza de disposiciones generales de carácter organizativo a efectos de su aprobación y modificación.

La STS, Sec. 5ª, de 24/11/2009, RC 4035/2005, aborda directa y abiertamente la cuestión de la fuga o huida del Derecho administrativo y, a su vez, analiza importantes cuestiones procedimentales de las disposiciones de carácter general de naturaleza organizativa o "cuasi-organizativas", como son la participación sindical en su proceso de formación, la exigencia de informes a órganos consultivos y el trámite de audiencia, aun tratándose de la modificación de los estatutos de una empresa pública, sociedad mercantil de capital público, esto es, un ente instrumental de la Administración dedicado fundamentalmente a la prestación de servicios y realización de actividades, en el presente caso, medioambientales. En dicha modificación, entre otros aspectos, se procede a cambiar los estatutos de la empresa, ampliándose el objeto social de la misma a nuevas actividades y servicios. La sentencia, en su fundamentación jurídica, previo reconocimiento de legitimación activa al sindicato recurrente, se pronuncia sobre la naturaleza jurídica particular de este tipo de normas administrativas, no estrictamente auto-organizativas y con incidencia en el ámbito mercantil, que organizan la forma de actuación de los entes instrumentales de la Administración, cuestión esta última bastante discutida en la Doctrina. La sentencia no declara en ningún momento que esas reglas organizativas deban aprobarse necesariamente mediante normas administrativas, sino que tan sólo analiza una norma de la Administración que así se ha aprobado. La sentencia también contiene importantes matices sobre los distintos requisitos formales exigibles en el procedimiento de elaboración de

las disposiciones reglamentarias; alguno de cuyos razonamientos deben ponerse en relación con el especial objeto del caso. Al respecto, afirma el Tribunal Supremo: *“Consideramos nosotros que estamos claramente ante una disposición de carácter general, que innova el ordenamiento jurídico autonómico porque, como ya hemos apuntado, dicho Decreto modifica el objeto social de la Empresa pública ambiental, para concretarlo e incluir nuevos ámbitos de actuación, al mismo tiempo que define aspectos de su régimen jurídico. En la nueva configuración del objeto social se prevé expresamente que la Empresa pueda desarrollar algunas actividades que tradicionalmente eran desempeñadas, de manera directa, por la Administración, y que en algunos casos, dependiendo de su ejercicio, supone el desapoderamiento de ésta, y por tanto de sus funcionarios, de facultades que implican el ejercicio de potestades públicas, si bien así será según se desarrolle ese objeto social. El texto del artículo 2.1 del Decreto declara que se incluye dentro del objeto social en general “la gestión de los servicios públicos en materia medioambiental que le puedan ser atribuidos por la Administración competente” y, a continuación, enumera un amplio listado de actividades a desarrollar como parte de dicho objeto societario. Dentro de ese objeto social, la mayoría de las actividades nominativamente contempladas no han de suponer un riesgo de privatización de potestades públicas, pero en otros casos puede no ser así. El conflicto estriba en que no nos encontramos, estricta y formalmente, ante una norma atributiva de competencias, debiéndose recordar que desde el punto de vista del Derecho mercantil el objeto social de la empresa constituye el giro que se pretende alcanzar, determinando las actividades que lo integran, con independencia de que finalmente dicho tráfico se materialice, y que, por tanto, las previsiones que se contemplen en el objeto social de la empresa pública no determinan necesariamente que esas actividades no puedan seguir siendo desempeñadas por la Administración de la que depende, pues, desde un prisma mercantil, la empresa pública sólo puede realizar aquello que esté dentro del giro o tráfico propio de su objeto social, pero el hecho de que ciertas actuaciones estén incluidas en el mismo no significa necesariamente que las desarrolle de manera que incidan en las potestades públicas”. Y concluye: “Ahora bien, que el incumplimiento efectivo de las normas de Derecho Público no quede acreditado no implica que la potencial trascendencia de la norma que se impugna y la existencia o, al menos, apariencia de ese riesgo cierto exijan que a la elaboración de la disposición se le dote de mayores garantías formales, garantías que se refuerzan con la negociación colectiva, la participación ciudadana y la intervención de órganos consultivos de naturaleza científico-jurídica”. (F.J.6)*

1.4. Revisión de los actos administrativos: presupuestos jurídicos de los artículos 105 y 102 de la ley 30/1992. Actos de “doble efecto”.

La STS 3ª, Sec. 4ª, 09-02-2010, RC 1145/2008, confirma la sentencia de instancia por la que se estimó el recurso contra la revocación del censo electoral de la cofradía de pescadores de Lourizán. En este caso, se solicitó la revisión del Censo por los pescadores que habían sido excluidos del censo electoral, por su condición de trabajadores por cuenta ajena enrolados en embarcaciones que no tenían su base en un puerto del ámbito territorial de la Cofradía, solicitud que fue estimada con la consiguiente revocación del Censo.

La Sala confirma que la revocación sólo es posible para actos no declarativos de derechos y los de gravamen, no siendo posible utilizar la revocación para modificar un censo electoral por este de doble efecto (favorable y desfavorable), por lo que se debió usar la revisión de oficio de los actos. *“En el caso que enjuicamos, quienes solicitaron la revisión del acto fueron sus destinatarios que fueron excluidos del censo electoral, por su condición de trabajadores por cuenta ajena enrolados en embarcaciones dedicadas a la actividad pesquera o marisqueras que no tenían su base en un puerto del ámbito territorial de la Cofradía de Lourizán; de ahí, al entender aquellos que la resolución de la Consejería de Pesca y Asuntos Marítimos, de treinta de julio de dos mil tres, era nula de pleno derecho, ejercitaban una acción de nulidad, por lo que tuvo que seguirse por la Administración el procedimiento establecido en el artículo 102 de la mencionada Ley: "Revisión de oficio", "Revisión de actos nulos", pues, no podemos considerar que la resolución administrativa anulada en la instancia se encuadrara dentro de los actos desfavorables o de gravamen, que posibilitaría a la Administración revocar de oficio sus propios actos, pues el acto revocado como precisa la Sala de instancia era favorable a unas personas y desfavorable para otras.”* (FJ 3º)

1.5. La acción de nulidad no puede reabrir el plazo para el ejercicio de una acción de responsabilidad que ya ha expirado

La **STS, Sec. 6ª, 11/12/2009, RC 572/2007**, advierte que *“si bien es cierto que la acción de nulidad puede ejercitarse en cualquier tiempo, de ello no puede colegirse sin más que el ejercicio de la acción de nulidad tenga la virtualidad de reabrir el plazo para el ejercicio de una acción de responsabilidad que ya ha expirado. La acción de nulidad solo puede interrumpir el plazo de prescripción de una acción de diferente naturaleza, como es la de responsabilidad, cuando aquella se ejercita antes de que haya expirado el plazo de un año desde que esta última puede ejercitarse”* (FJ 3º).

2. ADMINISTRACIONES PUBLICAS

2.1. Competencia de la Corporación Local para aprobar una Ordenanza municipal. Carta Europea de Autonomía Local. Vinculación negativa al principio de legalidad para determinar las competencias de los Entes locales

La **STS, Sec. 4ª, 07/10/2009, RC 204/2008**, rechaza una concepción del ámbito o del modo de determinación de las competencias municipales basada en la idea de la vinculación positiva (conforme al cual la Corporación Local sólo podría actuar en la forma en que previamente hubiera sido habilitada por el legislador sectorial, no pudiendo dictar una ordenanza sobre una materia sin la previa habilitación de éste para ello). Considera la Sala que hoy en día no es esa concepción la que mejor se acomoda a una interpretación de las normas reguladoras del régimen competencial de tales Corporaciones que atienda, como es obligado, a una que con el carácter de fuente primaria y naturaleza de Tratado fue incorporada a nuestro Ordenamiento, cuál es la Carta Europea de Autonomía Local de 15 de octubre de 1985, ratificada por España por Instrumento de 20 de enero de 1988. Ni es tampoco la que mejor se adecua a

algunos pronunciamientos de este Tribunal Supremo que ya la han tenido en cuenta, en los que se abre paso la idea de una vinculación negativa, que permite a aquéllas sin previa habilitación legal actuar, dictando también ordenanzas, en toda materia que sea de su competencia, si al hacerlo no contradice ni vulnera la legislación sectorial que pudiera existir.

2.2. Litigios entre Administraciones Públicas. El requerimiento del artículo 44 LJCA respecto de parte de una disposición general no habilita a la posterior impugnación completa de tal disposición general.

La **STS, Sec. 3ª, 16/12/2010, RCA 27/2008**, analiza si la impugnación por una Administración pública de una disposición administrativa de carácter general ha de considerarse inadmisibles por haberse limitado el requerimiento previo del artículo 44 LJCA a determinados preceptos de esta y, posteriormente, haberse extendido el recurso contencioso-administrativo a toda la disposición normativa. El Tribunal Supremo estima tal objeción por cuanto *“el requerimiento que el artículo 44 de la Ley Jurisdiccional prevé para los litigios entre Administraciones públicas es potestativo, una vez que ha quedado suprimido el recurso administrativo para estos casos. Quiérese decir, pues, que si una Administración pretende impugnar una disposición general de otra puede elegir entre la interposición directa del recurso contencioso o el previo requerimiento, debiendo atenerse en uno y otro caso a los plazos que el artículo 46.6 le impone. Si la Administración impugnante opta por la primera alternativa (recurso directo contra la disposición), ha de hacerlo en el plazo de dos meses desde su publicación. Si opta por la segunda (requerimiento), este plazo se computa desde el día siguiente a aquel en que reciba la comunicación del acto expreso o se entienda presuntamente rechazado. Cuando, como aquí ocurre, el requerimiento de anulación va dirigido tan sólo contra preceptos singulares de una disposición general, la "ampliación" del plazo ordinario para recurrirla en vía judicial se extenderá tan sólo a aquellos preceptos, no al conjunto de la disposición general”*. La razón estriba en que el requerimiento formulado para que fueran anulados diversos preceptos *“no hubiera impedido a la Administración requirente interponer, en el plazo de dos meses, el recurso contencioso contra esta misma disposición reglamentaria en su totalidad. Si la ausencia de requerimiento no impediría la pretensión impugnatoria global, la interposición potestativa de aquél tampoco puede significar su exclusión en sede jurisdiccional. Con o sin requerimiento previo, la Generalidad de Cataluña podría haber instado de esta Sala tanto la nulidad de diversos preceptos del Real Decreto como la de éste en su conjunto (...). Lo que no cabe es utilizar el requerimiento -limitado en los términos ya expuestos- para reabrir o prolongar un plazo ya caducado. Dado que en aquél no se había instado la anulación de todo el Real Decreto y que la Administración requirente optó por esperar a que se produjera la respuesta de la requerida, el plazo de dos meses a partir de dicha respuesta, expresa o presunta, sólo es aplicable a los preceptos cuya nulidad fue instada. Respecto de los demás, y del Real Decreto en su conjunto, el recurso jurisdiccional es inadmisibles”* (F.J.1º).

2.3. Nulidad de un Reglamento en cuanto reproduce y desarrolla una Ley Autonómica no vigente por estar suspendida por el Tribunal Constitucional, nulidad que se produce incluso si el Tribunal

Constitucional posteriormente declarase conforme con la Constitución la Ley a él sometida.

La **STS Sec. 4ª, 04/05/2010, RC 939/2009**, analiza la posibilidad que tienen las Comunidades Autónomas de desarrollar reglamentariamente aquellas leyes cuya vigencia y aplicación ha sido suspendida por el Tribunal Constitucional con motivo del recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra ellas. En el presente caso, la Ley 14/1998, de 11 de junio, del Deporte del País Vasco, suspendida parcialmente por Auto del Tribunal Constitucional, se considera que ha sido desarrollada en aquellos aspectos y apartados que han sido suspendidos por el Decreto 16/2006, de 31 de enero, de las Federaciones Deportivas del País Vasco. Por otra parte, tampoco considera que haya existido exceso en el ejercicio de la jurisdicción por cuanto debiera haber planteado una cuestión de inconstitucionalidad al tratarse del desarrollo reglamentario de una Ley que actualmente está sometida al enjuiciamiento del Tribunal Constitucional, considerando sencillamente que el orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo es el encargado de controlar la legalidad de las disposiciones reglamentarias. Además, hace notar que la Sentencia recurrida no anula los citados preceptos por inconstitucionalidad de las normas reglamentarias sino que, la declaración de nulidad, una vez realizado por la Sala de instancia el pertinente examen de legalidad de los preceptos impugnados, se produce por tratarse de normas reglamentarias de desarrollo, sin cobertura normativa con rango de Ley vigente al haberse suspendido su vigencia por Auto del Tribunal Constitucional, de donde se desprende que no ha existido el exceso en el ejercicio de la jurisdicción invocado por los recurrentes. Al respecto considera el Tribunal Supremo que *“no existe en estos momentos norma con rango de Ley, vigente, que posibilite el desarrollo reglamentario en este aspecto. Tampoco se comparte que pudiera regularse mediante una norma con rango reglamentario, aun en ausencia de norma con rango de Ley vigente, cuando precisamente la cuestión litigiosa se encuentra pendiente de resolución ante el Tribunal Constitucional, al existir un recurso de inconstitucionalidad contra la norma con rango de Ley, y cuando se trata de regular una materia en la que existe normativa estatal con rango de Ley”* (F.J. 5º). Y, continúa señalando, que *“la suspensión de una norma, aun teniendo en cuenta su naturaleza provisional y precautoria, y que no supone anulación ni derogación de la misma, priva temporalmente, -a partir de la adopción de la medida y mientras se entienda subsistente-de eficacia a la misma y con ello impide, también temporalmente, el reconocimiento de derechos a su amparo. Si, como se alega por la Comunidad Autónoma del País Vasco, la ineficacia de una norma afecta a “su exigibilidad jurídica, su obligatoriedad y producción de efectos”, constituyendo un requisito necesario para que produzca efectos jurídicos, y que en el caso de una ley suspendida en el curso de un procedimiento en el que se enjuicia su constitucionalidad, la ley no resulta eficaz, resulta evidente que el desarrollo reglamentario de la norma suspendida en términos idénticos a los recogidos en la norma legal suspendida, -introduciendo tanto la norma reglamentaria como los Estatutos de la Federación la expresión “e internacional”- no sólo carecerían de la necesaria cobertura, sino que suponen, un acto de ejecución de la ley que pretende desconocer los efectos de la suspensión impuesta por el Tribunal Constitucional. Y esta misma conclusión, -ejercicio de la potestad reglamentaria*

no amparado en previsiones legales que le sirvan de cobertura- habría de alcanzarse aun en el hipotético caso de que resuelto el recurso de inconstitucionalidad pendiente, el Tribunal Constitucional resolviera que el precepto recurrido, -primer inciso del artículo 16.6 de la Ley 14/1998, de 11 de junio del Deporte del País Vasco-, no es inconstitucional, por cuanto la nulidad acordada por la Sala de instancia no deriva de haber efectuado ésta el control de constitucionalidad de la norma reglamentaria anulada sino de no haber superado la misma el control de legalidad por haberse dictado 'sin cobertura normativa con rango de ley vigente'. (F.J.8).

3. BIENES PÚBLICOS

3.1. Montes

3.1.1. Ocupación de monte de utilidad pública por campo de golf: improcedencia. Temporalidad, excepcionalidad y compatibilidad.

La **STS, Sec. 5ª, 26/01/2010, RC 7442/2005**, aborda los requisitos para ocupaciones temporales de montes de utilidad pública para destinarlos a usos impropios de los aprovechamientos forestales. El Ayuntamiento de Arévalo impugnó la resolución de la Administración autonómica Castellano-Leonesa que denegó la autorización solicitada por esa Administración Local para ocupar temporalmente, por plazo de 30 años, de una superficie de 54 hectáreas de monte de utilidad pública propiedad del Ayuntamiento, con la finalidad de instalar un complejo deportivo para el aprendizaje y práctica del golf. En la instancia la cuestión se centró en determinar el cumplimiento de los requisitos que preveía el artículo 20 de la Ley Montes de 8 de junio de 1957, para las ocupaciones temporales de montes de Catalogados de Utilidad Pública, consistentes en: 1) el carácter excepcional de la autorización; 2) la compatibilidad entre los usos pretendidos con los la utilidad pública a que estuviera afecto el monte y 3) la temporalidad de la ocupación. El Tribunal a quo concluyó que se cumplían los tres requisitos, estimando el recurso.

Interpuesto recurso de Casación por la Administración Autonómica, el TS lo estima, reexaminando el cumplimiento de las tres condiciones antedichas, concluyendo que no cumplen en el caso enjuiciado.

El TS, tras resaltar la asimilación de la ocupación temporal con los usos y obras de carácter provisional, reexamina el cumplimiento de tales requisitos, declarando que la **temporalidad** no se cumple a la vista de las características concretas de las actuaciones, obras e instalaciones a ejecutar, que las revisten de la nota de permanencia. Para ello tiene en cuenta las actuaciones que necesarias para la instalación del campo de golf --- *“tala de 15 hectáreas (4.000 árboles), el destocoamiento de los troncos de los árboles talados, la roturación y adaptación del terreno a las futuras calles del campo, la preparación del terreno para la correspondiente plantación herbácea, así como el especial tratamiento de los greens, bunkers y lagos. Todo ello, además, unido a la necesaria infraestructura técnica de riego y drenaje, así como de pistas asfaltadas para desplazamiento y servicios. Por otra parte, a su vez, dichas instalaciones estrictamente deportivas requerirían de unas construcciones e*

instalaciones para campos de practicas, administración del campo, mantenimiento y la prestación de servicios complementarios” (FJ 4º) señala que tales características no se ajustan al plazo de 30 años que es el plazo de ocupación que solicitó el Ayuntamiento, por la dificultades de amortización de las instalaciones en ese plazo, y porque la posibilidad de prórroga de la concesión no resulta compatible con la temporalidad legalmente prevista.

Al examinar el requisito de la excepcionalidad de la ocupación, el Tribunal valora los intereses enfrentados que subyacen en la controversia, por una lado los intereses municipales en rentabilizar su patrimonio y potenciar económicamente la zona y de otro lado la protección del medio ambiente, resuelve tal conflicto de intereses ligando el cumplimiento de este requisito a la necesidad de tal ocupación, esto es, a la inexistencia de otro lugar adecuado para realizar tal actividad o cuando por la naturaleza de la actividad a desarrollar deba situarse en el monte, llegando a la conclusión de que en este caso la Administración municipal no acreditó la inexistencia de otros terrenos aptos para tal uso.

inalmente el requisito de la compatibilidad de usos, que se declara como el más importante de los tres, tampoco se considera cumplido, y para ello la Sala asume el criterio de compatibilidad definido en la sentencia de 2 de enero de 2003: aunque las ocupaciones temporales implican una cierta transformación de las condiciones naturales del monte, el criterio para discernir la compatibilidad del uso pretendido con el uso normal o propio de los terrenos es que éste no implique la destrucción del espacio forestal afectado. Aplicando tal criterio, entiende que la tala de 4000 árboles dada la lenta y difícil recuperación de los pinos allí existentes y el plazo que tardarían los futuros árboles que se replanten al final de la ocupación para alcanzar el porte de los ahora existentes, hace que la reforestación sea prácticamente inviable y la alteración del monte irreversible.

3.1.2. Coordinación en la protección de Montes Vecinales en Mano Común y el Dominio Público Marítimo Terrestre

En la **STS, Sec. 5ª, 30/11/2009, RC 4701/2005**, aborda el Tribunal Supremo la coordinación en la protección de diferentes bienes públicos, en concreto de Montes Vecinales en Mano Común y el Dominio Público Marítimo Terrestre. La cuestión controvertida se centraba en los efectos del deslinde de costas aprobado y firme ---artículo 9.1 de la Ley de Costas--- respecto de los efectos de la calificación de un monte en mano común ---artículo 13 de la Ley a Ley 55/1980, de 11 de noviembre, de Montes Vecinales en Mano Común--- como era el Monte de La Lanzada, cuyo carácter vecinal había sido declarado por este Tribunal Supremo, quedando incluido el citado Monte, como consecuencia del deslinde, en el dominio marítimo terrestre. La sentencia, haciéndose eco de lo declarado en la anterior sentencia de 24 de enero de 2001 (Rc 715/1993) declara que la calificación del monte como vecinal en mano común no puede tener el efecto de obstaculizar o impedir el ejercicio de las potestades que la Ley de Costas atribuye a la Administración del Estado en orden al deslinde de los bienes que integran el dominio público marítimo terrestre y respecto de los efectos del deslinde, declara que tales efectos son los previstos en la Ley, entre

ellos la imposibilidad de coexistencia de propiedad sobre los mismos, con independencia de las características o titular del bien incluido en la zona marítimo terrestre, señalando que *“habiendo sido efectivamente aprobado el deslinde que no fue impugnado en su día por la Comunidad aquí recurrente, es indudable que tal delimitación del dominio público debe desplegar todos sus efectos, tanto en lo que se refiere a la titularidad demanial de los terrenos que excluye cualquier otra propiedad sobre los mismos (artículo 9.1 de la Ley 22/1988, de Costas), como en lo relativo al régimen legal que les es de aplicación en tanto que bienes demaniales. En particular, en lo que aquí interesa, debe afirmarse el pleno sometimiento de los bienes deslindados a las normas que regulan la utilización del dominio público marítimo-terrestre (Título III de la Ley de Costas), donde se insertan los preceptos relativos a las autorizaciones en general y, más concretamente, a las autorizaciones de los servicios de temporada (artículo 53 de la misma Ley).”* (FJ 5º)

3.2. Minas

3.2.1. Compatibilidad y coordinación de competencias estatales en las materias de Minas y Medio Ambiente, y competencias Autonómicas en materia de ordenación del Territorio y Urbanismo y Medio Ambiente.

En la **STS, Sec. 3ª, 03/11/2009, RC 2054/2007**, la controversia de fondo se centra en la compatibilidad y coordinación de competencias estatales, concretadas en las materias de Minas y Medio Ambiente –artículo 1149.1. 23ª y 25ª de la CE– y las competencias Autonómicas en materia de ordenación del Territorio y Urbanismo y Medio Ambiente (artículo 148.1.3ª y 9ª CE), que se concreta en la posibilidad de que durante la tramitación administrativa de autorización minera y la declaración de impacto ambiental resulte aplicable la suspensión de licencias prevista en el ordenamiento autonómico, en concreto el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio y de Espacios Naturales de Canarias, Decreto Legislativo 1/2000, que en su artículo 14.6 preveía la suspensión cautelar y automática de licencias con motivo de la aprobación inicial de instrumentos de ordenación territorial cuyas nuevas determinaciones supongan modificación del régimen urbanístico vigente, lo que acontecía en el caso al producirse la aprobación inicial del Plan Especial de los Barrancos de Guimar, cuyo objeto era ordenar el aprovechamiento de los recursos mineros de forma que no se lesione el entorno medioambiental. De otra parte, el artículo 17 de la Ley 22/1973, de Minas, no contempla la incidencia de los planes de ordenación del territorio en la concesión de autorizaciones para el aprovechamiento de tales recursos.

La sentencia ahora comentada, tras referir la doctrina del Tribunal Constitucional deducida de las sentencias 194/2004 y 101/2005, en que señalan la inexorable necesidad de colaboración interadministrativa por el hecho de que sobre una misma superficie o espacio natural puedan actuar distintas administraciones en ejercicio de diferentes funciones o competencias ---medio ambiente, ordenación del territorio y urbanismo, agricultura, ganadería, montes y aprovechamientos forestales o hidráulicos, caza y pesca o comercio interior, refiere que en la STC 164/1982, se abordó la posibilidad de que con motivo de la protección del medio ambiente la legislación

autonómica contemplara requisitos o cargas para el otorgamiento de autorizaciones mineras no previstas en la legislación estatal, señalando que el requisito de compatibilidad es que tales cargas o requisitos no alteren el ordenamiento básico minero y sean razonables y proporcionales con el fin propuesto y no quebranten el principio de solidaridad consagrado en los artículos 2 y 138 CE. El TS, aplicando tal doctrina al caso concreto, tras advertir que *“la protección de los intereses medioambientales se encuentra en la propia legislación minera. En concreto, en el artículo 5.3 de la Ley de Minas que prevé la necesidad, como imperativo para la actividad minera, de realizar estudios oportunos para fijar las condiciones de protección del medio ambiente. También en el artículo 74.1 que dispone que la actividad minera deberá atemperarse a la “protección del medio ambiente” De igual modo, en el apartado 2.e) del artículo 28 del Reglamento invocado en el recurso de casación, se establece que en la autorización se harán constar las condiciones necesarias para la protección del medio ambiente”* (FJ 4º), teniendo en cuenta que la necesidad de compaginar las actividades mineras con los requerimientos de protección del medio ambiente es un mandato constitucional para los poderes públicos, concluye que teniendo en cuenta la finalidad del Plan Especial de armonizar la actividad de extracción de áridos con la protección del medio ambiente y a la vista de que la suspensión de licencias prevista en la normativa autonómica tiene per se un carácter cautelar y temporal, declara *“que concurren los requisitos necesarios para hacer eficaz y aplicable al caso la norma autonómica invocada, puesto que no es admisible considerar que invada el ordenamiento básico minero una medida que, además de ser provisional por puramente temporal, es razonable, en el sentido de preservar la nueva ordenación proyectada y proporcionado al fin legítimo de obtener dicha preservación”* (FJ 5º).

3.2.2. Aplicación del instituto de la caducidad a los procedimientos incoados con la finalidad de declarar la caducidad de concesiones para la utilización del demanio minero por la paralización de los trabajos sin autorización previa

La cuestión central que examina la **STS, Sec. 3ª, 27/10/2009, RC 1726/2007**, es la posible aplicación del instituto de la caducidad procedimental --artículos 42. 2º y 3º y 44. 2º de la Ley 30/1992, a los procedimientos incoados con la finalidad de declarar la caducidad de concesiones para la utilización del demanio minero por la paralización de los trabajos sin autorización previa-- artículo 86.4 de la Ley 22/1973, de Minas, en concreto si había caducado el procedimiento que culmina con la declaración de caducidad de la concesión minera.

La sentencia, aun reconociendo que en el procedimiento para la extinción del derecho de aprovechamientos mineros por causa de inactividad del titular subyace el interés general de forma notoria, también señala el efecto desfavorable de dicho procedimiento de cara al titular de la concesión, al provocar la extinción de su derecho, indica respecto de los intereses enfrentados en tales procedimientos ---el general y el del titular de la concesión---, la prevalencia de este último de cara a la aplicación del artículo 44 de la Ley 30/1992, declarando que *“con la declaración de caducidad de las*

concesiones de explotación mineras ex artículo 86.4 de la aludida Ley de Minas, se incide directamente en el derecho de la empresa que había obtenido la concesión de la explotación, hasta el punto de que una vez concluido el procedimiento se declara definitivamente la extinción de su derecho. Si bien puede apreciarse un efecto beneficioso para el interés general, en cuanto se trata de liberar un recurso demanial que estaba siendo infrutilizado para obtener su explotación efectiva en beneficio de la economía nacional, lo cierto es que el aspecto del procedimiento que presenta mayor relevancia, y, por consiguiente hemos de entender prevalente a los efectos de su subsunción en los apartados del artículo 44 LPJPAC respecto a los procedimientos iniciados de oficio por la administración es, precisamente, que de la resolución impugnada deriva la extinción de un derecho previamente reconocido a una persona jurídica. Por ello consideramos que es de aplicación el apartado segundo del referido precepto que se refiere a los procedimientos en que se ejercite al ejercicio de potestades sancionadoras o, en general, “de intervención”, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, en los cuales la no resolución en plazo determina la caducidad del procedimiento” (FJ 3º), concluye que ha caducado al procedimiento por el transcurso de plazo superior al de tres meses desde que se inicia hasta que se notifica la resolución declarativa de la caducidad de la concesión.

3.2.3. Compatibilidad entre plan de restauración minera y declaración de impacto ambiental.

En la **STS, Sec. 5ª, 27/01/2010, RC 5992/2005**, la Sala examina la compatibilidad entre los Proyectos de Restauración previstos en la Legislación de Minas y la Declaración de Impacto Ambiental. La controversia surgió en el sentido de si resultaba admisible la condición indicada por la Administración autonómica competente en materia de Ordenación Territorial y Urbanística consistente en que, con motivo de la calificación territorial solicitada para al ejercicio de actividad minera que había sido autorizada por el órgano competente en materia de minas, se sometiera la actividad al procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental con carácter previo a la concesión de la licencia municipal y que no se iniciara la actividad antes de la formulación de Declaración de Impacto Ambiental favorable.

La Sala de instancia consideró improcedente tal exigencia por entender que la existencia de un Plan de Restauración determinaba la innecesidad de someter la actividad a EIA, de forma tal que en el procedimiento de calificación urbanística solicitada la Administración debió limitarse a determinar si la actividad era o no contraria al planeamiento autonómico.

El TS rechaza tal planteamiento, declarando la compatibilidad por la distinta finalidad del Plan de Restauración del espacio natural afectado por actividades mineras y la Declaración de Impacto Ambiental, pues atendiendo a su contenido, *“mientras la Evaluación de Impacto Ambiental contempla las posibilidades de los proyectos, el Plan de Restauración trata de minimizar los efectos de la ejecución de los mismos, concluyendo la primera con una Declaración de Impacto Ambiental e implicando el segundo un conjunto de actuaciones materiales conforme a un calendario (artículo 3.3) previamente*

establecido. Esto es, mientras que la evaluación pretende prevenir los efectos, valorando incluso alternativas, antes de la realización y ejecución de un proyecto, el Plan, por su parte, a posteriori, se encamina a restaurar los efectos del mismo sobre la concreta realidad alterada. Especialmente significativo resulta que entre las actividades previstas para la restauración (artículo 3.2) del espacio natural afectado por la explotación se exija ---justamente--- un Estudio de Impacto Ambiental de la explotación sobre los recursos naturales de la zona y medidas previstas para su protección. Por otra parte el Reglamento para la ejecución del Real Decreto Legislativo de Evaluación de Impacto Ambiental, aprobado por Real Decreto 1131/1988, de 30 de septiembre, de forma expresa contempla la coexistencia de ambas instituciones en su Disposición Adicional, apartado b), que expresamente señala que, en explotaciones como la de autos, la Evaluación de Impacto Ambiental se someterá a la normativa ambiental (Real Decreto Legislativo y Reglamento) "y en lo que no se oponga a estas normas se aplicarán los Reales Decretos de 15 de octubre de 1982 ... y demás normas complementarias en lo que hace referencia a los planes de restauración del espacio natural afectado"; esto es, que subsisten ambas, como igualmente pone de manifiesto de forma expresa el artículo 9 del Real Decreto de 1982" (FJ 6º).

3.3. Aguas continentales

3.3.1. *En supuestos de deslinde del dominio público no son aplicables los artículos 34 y 38 de la Ley Hipotecaria. Doctrina jurisprudencial y constitucional sobre intangibilidad de lo resuelto en sentencia firme dictada por otro Órgano Judicial.*

En la **STS, Sec. 5ª, 22/09/2009, RC 2868/2005**, dictada en un recurso en que se impugnaba el acto aprobatorio del deslinde del Río Nacimiento, esencialmente son dos las cuestiones que se abordan:

A) La aplicación, alegada por la parte recurrente, de los principios de legitimación y fe pública derivados de los artículos 34 y 38 de la Ley Hipotecaria respecto de parte de los terrenos de su propiedad que resultaban incluidos en la zona de dominio público del Río deslindando, lo que niega la Sala porque "*cuando intenta oponerse a una titularidad de dominio público, éste es inatacable aunque no figure en el Registro de la Propiedad, puesto que no nace del tráfico jurídico base del Registro, sino de la Ley y es protegible frente a los asientos registrales e incluso frente a la posesión continuada... los bienes integrados en la zona marítimo terrestre, administrativamente deslindada, corresponde al dominio público y son inalienables, imprescriptibles y ajenos a las garantías del Registro de la Propiedad, que no necesitan precisamente por su condición demanial, y por tanto la inscripción que tenga un particular no puede afectar al Estado y no opera consiguientemente el principio de legitimación registral que consagra el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, sino la realidad extrarregistral autenticada por el deslinde administrativo hecho*" (FJ 2º).

B) La problemática derivada de la dualidad de jurisdicciones, civil y contencioso-administrativo, en el control sobre los deslindes aprobados por la

Administración, dualidad deducida de los artículos 4, 5, 41.2 y 43 de la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas. En este sentido, la sentencia sigue la línea marcada por la Sala 3ª y la propia Sala 1ª declarativa de que la función revisora de la jurisdicción contencioso administrativa no sólo comprende las actuaciones formales del procedimiento, sino que incluye también el contenido sustantivo en orden a comprobar si en el bien deslindado concurren o no las características físicas que definen el dominio público y, partiendo de esta dualidad de jurisdicciones, que la sentencia califica como indeseada, por ser más conveniente la existencia de *“un único cauce para articular la protección dominical frente a la eficacia declarativa del deslinde y una única jurisdicción competente para conocer de tales pretensiones”*, examina la problemática derivada de la posibilidad de que las dos jurisdicciones puedan fijar hechos distintos o contradictorios, señalando al respecto que *“nunca podrá derivar en una fijación de hechos distinta por una y otra jurisdicción, ya que unos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado, como ha señalado el Tribunal Constitucional (Sentencia 139/2009, de 15 de junio, fundamento jurídico quinto), lo que impone un singular esmero al declarar probados los hechos determinantes de la titularidad dominical cuando ambas jurisdicciones tengan que enjuiciarlos”*. Finalmente, la sentencia aborda la cuestión de la eficacia de las sentencias que pudieran producirse en ambos órdenes, y su entronque con los principios de intangibilidad de la cosa juzgada y tutela judicial, declarando al afecto que *“los principios de igualdad jurídica y de legalidad en materia procesal (artículos 9.3 y 173.3 de la Constitución) vedan a los Jueces y Tribunales, fuera de los casos previstos por la Ley, revisar el juicio efectuado en un caso concreto si entendieran con posterioridad que la decisión no se ajusta a la legalidad, puesto que la protección judicial carecería de efectividad si se permitiese reabrir el análisis de lo ya resuelto por sentencia firme en cualquier circunstancia, lo que no sólo puede producirse con el desconocimiento por un órgano judicial de lo resuelto por otro en supuestos en que concurren las identidades propias de la cosa juzgada, sino también cuando se desconoce lo resuelto por sentencia firme, en el marco de procesos que examinan cuestiones que guardan una estricta dependencia, aunque no sea posible apreciar el efecto mencionado de cosa juzgada, pues no se trata de una cuestión que afecte a la libertad interpretativa de los órganos jurisdiccionales, sino de salvaguardar la eficacia de una resolución judicial que, habiendo adquirido firmeza, ha conformado la realidad jurídica de una forma cualificada que no puede desconocerse por otros órganos juzgadores ni reducir a la nada la propia eficacia de aquélla, doctrina esta reiterada en la Sentencia del propio Tribunal Constitucional 200/2003, de 10 de noviembre. La intangibilidad de lo decidido en una resolución judicial firme es un efecto íntimamente conectado con la efectividad de la tutela judicial, tal como se consagra en el artículo 24 de la Constitución, de modo que éste es también desconocido cuando aquélla lo es, siempre y cuando el órgano judicial conociese la existencia de la resolución firme que tan profundamente afecta a lo que haya de ser resuelto”* (FJ 3º).

3.3.2. *Valoración de los daños al dominio público hidráulico como consecuencia de riegos sin autorización. Es a la Administración a quien incumbe la carga de prueba de la certeza de tales hechos y su valoración, y la justificación de la misma.*

La **STS, Sec. 5ª, 18/11/2009, RCU 190/2007**, aborda la valoración de los daños al dominio público hidráulico como consecuencia de riegos sin autorización y la carga de la prueba de tales daños en el procedimiento sancionador seguido por la Administración Hidráulica, valoración de daños que sirve como parámetro para el cálculo de la multa y para cuantificar el alcance de la obligación de indemnizar. La sentencia estima el recurso de casación y declara que es a la Administración a quien incumbe la carga de prueba, la certeza de tales hechos, su valoración y la justificación de la misma, señalando al respecto que *“ en materia sancionadora (y de indemnización derivada de infracciones administrativas) es la Administración, que impone la sanción e impone la obligación de indemnizar, quien tiene la carga de dejar constancia en el expediente administrativo de los hechos determinantes de la sanción y de la indemnización, y su debida justificación, pues de otro modo se originaría indefensión para el obligado (artículo 24 de la C.E.), que vería obstaculizada su posibilidad de defensa al desconocer los criterios, reglas u operaciones de los que la Administración ha deducido los presupuestos de la sanción o de la obligación de indemnizar. La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa no contiene reglas sobre la distribución de la carga de la prueba, pero supletoriamente resulta aplicable la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyo artículo 217.2 impone al actor (en este caso a la Administración que sanciona e impone la obligación de indemnizar) la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda (...) el efecto jurídico correspondiente; es decir, en este caso, la carga de probar que la cifra de 500 m³/Ha de agua que se considera utilizada tiene su correspondiente justificación, y no es producto del capricho o del azar”*.

4. CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA.

4.1. Anulación de cláusulas contrarias al principio de igualdad de oportunidades.

La **STS, Sec. 4ª, 16/2/2010, RC 3690/2007**, resalta la importancia que, a resultas de la normativa comunitaria, tiene el respeto del principio de libre competencia en la contratación administrativa. Se daba así el caso de que en la convocatoria para la adjudicación mediante concurso del contrato de servicios para la aplicación aérea de productos fitosanitarios en la campaña contra la mosca del olivo, la Consejería de Agricultura de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha había incluido entre los criterios de adjudicación algunos aspectos polémicos, por su posible contradicción contra el principio de libre competencia en la contratación administrativa.

En primer lugar, en cuanto al consistente en el conocimiento del territorio, acreditado por trabajos realizados para la Administración, por parte de los pilotos titulares de las empresas que hubieran de intervenir en la ejecución del tratamiento fitosanitario, frente al criterio de la Sala de instancia, que lo había justificado en ventajas tales como la evitación del riesgo de siniestros o la optimización de recursos en la realización material de los trabajos, sostiene la Sala de casación la inadecuación de su exigencia en relación con el servicio a prestar, al no suponer una mejora objetiva en la prestación del servicio, toda

vez que la técnica de navegación habitualmente utilizada en la fumigación resulta elemental y debe presumirse conocida por todo aquel que tenga el título que le habilite para pilotar el tipo de aeronave con el que se practican las tareas de fumigación. Del mismo modo, la Sala advierte sobre la contradicción con el principio de libre competencia que supone valorar la experiencia en la realización de trabajos similares.

También resultan anulados otros dos criterios, consistentes en el grado de incumplimiento de compromisos anteriores en otros procedimientos selectivos, cuya previsión equipara la Sala a establecer una sanción a licitadores que no se hallan incurso en prohibición para contratar, o el mayor número de aeronaves de que disponga la empresa licitadora, este último al carecer de sentido ofrecer un número de avionetas superior al previsto en las bases de la convocatoria para la prestación del servicio.

4.2. Nulidad del Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se aprueba el Programa de Renovación de la flota de helicópteros policiales de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

El contenido del Programa para la renovación de la flota de helicópteros policiales se podía resumir en tres aspectos: autorizar al Ministerio del Interior para llevar a cabo la sustitución de la práctica totalidad de helicópteros que componían la flota, concretar el alcance del Programa desde el punto de vista del objeto a desarrollar y remitir a los órganos de contratación a los correspondientes procedimientos de adjudicación con vistas a la adquisición de cada una de las nuevas aeronaves. El recurso planteaba, en primer lugar, la petición de la Administración demandada de inadmisión del recurso al tener por objeto un acto de trámite. Naturaleza que la Sala sentenciadora descarta mediante un minucioso examen del Programa y de sus antecedentes en cuanto que desarrollo de un previo contrato de adopción de tipos, concluyendo que “no estamos en presencia de un Programa inocuo desde la perspectiva de la programación de una determinada acción política”, sino por el contrario de un Programa solo materializable con un determinado tipo de helicóptero, previamente declarado uniforme, por precio ya establecido anualmente, a fabricar por una determinada empresa y durante un concreto y programado período de tiempo, tratándose en definitiva de una actuación administrativa por la que, en conexión con otras actuaciones coordinadas, se configura el contenido (contratante, objeto y precio) de una determinada relación contractual administrativa.

Autorizada así para entrar al fondo del asunto, lo hace para recordar, en línea con lo declarado en anteriores SSTS de 30/4/2008 (rec. 320 y 1039/2007), cómo la jurisprudencia comunitaria, por medio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Sentencia de 13 de enero de 2005, Asunto C-84/03, Comisión vs. España, declaró la disconformidad del procedimiento negociado sin publicidad previsto en el anterior art. 182.g) TRLCAP a la Directiva 93/36/CEE, del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro (posteriormente absorbida en la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos

públicos de obras, de suministro y de servicios). Anulado previamente por el Tribunal Supremo el contrato para la adjudicación del tipo, se ha de anular también, mediante la **STS, Sec. 5ª, 28/10/2009, R 188/2006**, el Programa que, como se ha dicho, no tenía por objeto sino hacer efectivo el desarrollo y ejecución de aquél.

4.3. Caducidad del procedimiento para la resolución del contrato.

En sede de casación para la unificación de doctrina, se ha comprobado la discrepancia, por un lado, entre la sentencia recurrida, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en que se considera el tendente a la resolución del contrato un procedimiento autónomo a que se aplicaría el instituto de la caducidad en los términos previstos en la LRJAP, y, por otro, una sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en que se proclamaba que los procedimientos para la adjudicación, ejecución, modificación, resolución y cesión de los contratos quedan al margen de las normas sobre duración y efectos del silencio administrativo previstas en aquella ley. Para la sentencia de contraste, la resolución se regiría de modo preferente por la legislación de contratación del sector público, que no contempla la caducidad del expediente en caso de que no sea acordada dentro del plazo previsto.

La Sala Tercera, mediante la **STS, Sec. 6ª, 09/09/2009, RC 327/2008**, reiterando el criterio ya expresado en anterior S. de 10/10/2007, RC 7736/2004, dirime la discrepancia a favor de la sentencia recurrida, pues, la resolución del contrato constituye un procedimiento autónomo al que le resultará aplicable, ante la falta de concreción en su normativa específica, el deber de resolución y notificación en el plazo subsidiariamente previsto en el art. 42 LRJAP. Transcurrido el mismo en el caso examinado, en que el procedimiento tuvo inicio de oficio, no es válida la resolución ni la incautación de la garantía acordadas, ya que, estándose ante un procedimiento en que se ejercitan potestades de intervención susceptibles de producir efectos desfavorables para el interesado, debió declararse la caducidad del procedimiento y el archivo de las actuaciones conforme a su art. 44, en la redacción dada a partir de la Ley 4/1999.

4.4. Reglas de interpretación de los contratos: prevalencia del criterio de interpretación literal.

Por parte de la adjudicataria de la obra de construcción de un tramo de autovía se reclamaba el reconocimiento de su derecho a ser compensada financieramente por el precio de la obra correspondiente a dos modificaciones del contrato acordadas por la Administración. En el contrato, suscrito bajo la modalidad de “abono total del precio”, en que el pliego de cláusulas administrativas particulares había de recoger necesariamente el precio de la construcción y sus condiciones específicas de financiación, existía una cláusula en que taxativamente se acordaba que la compensación financiera que se determinaba tendría el carácter de fija y no sufriría variación con independencia, entre otros factores, de las modificaciones que pudieran

acordarse sobre el proyecto original. La Sala de instancia había reconocido el derecho de la contratista a ser compensada sobre la base de las teorías que, matizando el principio de ejecución del contrato a riesgo y ventura del contratista, recogen como elementos de equilibrio el *factum principis*, riesgo imprevisible y enriquecimiento injusto, considerando en particular que las modificaciones incrementaban casi en la quinta parte el precio de la construcción. Por el contrario, la **STS, Sec. 4ª, 1/7/2009, RC 1856/2007**, estima el recurso al apreciar la falta de acreditación de un cambio imprevisible y fuera de lo normal en la base del negocio y, en particular, “la alteración que, defraudando a los restantes licitadores que concurren a la adjudicación de la obra pública, supondría reinterpretar o inaplicar ahora una cláusula clara a la que todos ajustaron sus respectivas ofertas”.

4.5. Deber de la Administración de indemnizar los perjuicios producidos por la suspensión del contrato, con independencia del plazo de suspensión.

La **STS, Sec. 4ª, 24/6/2009, RC 3799/2007**, resuelve el recurso de casación formulado por una contratista que hubo de suspender durante varios meses las obras de construcción del tramo ferroviario de Poncebos a Bulnes, a consecuencia de la inundación producida al interceptar la tuneladora un conducto cárstico. Asumiendo el criterio de la Sala de instancia, rechaza que la contratista haya de ser indemnizada a consecuencia de haberse producido un supuesto de fuerza mayor, ya que este último concepto exige la concurrencia de fenómenos naturales con efectos catastróficos, tratándose de una enumeración, la del art. 144.2.b) LCAP, con carácter de *numerus clausus*, y dicha condición no concurre en el origen de la inundación, que reside en un hecho del hombre, por mucho que sus consecuencias resultaren agravadas por las lluvias torrenciales de los días posteriores. Por el contrario, estima el recurso parcialmente y corrige el criterio de la Sala a quo en lo que se refiere al derecho de la contratista a ser resarcida a consecuencia de la suspensión del contrato. En este punto, la Sala advierte una diferencia fundamental entre la legislación aplicable (art. 103 LCAP, actual art. 203.2 LCSP) y el anterior art. 49 de la LCE, complementado por los arts. 146 y 148 del Reglamento General de Contratación del Estado, ya que, si en estos últimos sólo se reconocía el derecho del contratista a ser indemnizado por la suspensión temporal de las obras por plazo superior a la quinta parte de la duración del contrato o si excediera de seis meses, por el contrario los primeros, que ha de entenderse derogan tácitamente la legislación anterior incompatible con sus dictados, han eliminado cualquier referencia al tiempo de suspensión, de modo que bastará acreditar la efectividad de los daños y perjuicios derivados de la suspensión para que proceda su abono.

4.6. Diferencia entre la relación de servicio que une al funcionario interino con la Administración y el contrato de servicios.

La **STS, Sec. 8ª, 04/11/2009, RC 406/2006**, conoce de la reclamación de dos ciudadanos frente al Consejo General del Poder Judicial, reclamando ser nombrados funcionarios interinos y resarcidos por ciertas cantidades que no les habían sido abonadas, en relación con las tareas realizadas durante varios

años para aquel órgano constitucional como documentalistas, consistentes en la colaboración en la selección de sentencias y autos del Tribunal Supremo y en la elaboración de descriptores para la base de datos. Frente a tal pretensión, declara la Sala que “tanto en la regulación vigente cuando los demandantes realizaron su actividad de documentalistas (los artículos 5 y 104 de Texto Articulado de la Ley de Funcionarios del Estado de 7 de febrero de 1964) como en el artículo 10 de la actual Ley 7/2007, de 12 de abril , del Estatuto Básico del Empleado Público, la figura o condición de funcionario interino necesariamente tiene que ir referida a un puesto de trabajo que esté atribuido a un funcionario público de carrera y, por circunstancias coyunturales, no sea posible cubrirlo con esa específica clase de empleado público previsto para su normal desempeño. Mientras que en el caso aquí litigioso no consta que, en la relación de puestos trabajo del Consejo General del Poder Judicial o en la plantilla orgánica del mismo (previstas, respectivamente, en los artículos 145.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 132 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del CGPJ), esa actividad de documentalista encarne el contenido de alguno de los puestos funcionariales existentes en los diferentes órganos del Consejo”, de modo que “a falta de lo anterior, la naturaleza de la actividad de documentalista tiene pleno encaje en el objeto que para los contratos de consultoría y asistencia aparecía en el artículo 196 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Estado de 16 de junio de 2000” (actual contrato de servicios en la LCSP).

5. CORPORACIONES DE DERECHO PÚBLICO

5.1. *Impugnación del Real Decreto 639/2007, de 18 de mayo, por el que se modifica el Estatuto General del Colegio Oficial Nacional de Prácticos de Puerto, aprobado por Real Decreto 797/2005, de 1 de julio*

La **STS, Sec. 3ª, 02/02/2010, RCA 146/2007**, estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal del Colegio de Oficiales De La Marina Mercante Española contra el artículo único del Real Decreto 639/2007, de 18 de mayo, por el que se modifica el Estatuto General del Colegio Oficial Nacional de Prácticos de Puerto, aprobado por Real Decreto 797/2005, de 1 de julio, declarando la nulidad del inciso del artículo 16, apartado k) referido a «compensación de las agujas náuticas».

5.2. *La modificación estatutaria hecha conforme a estatutos luego anulados es nula*

La **STS 15/06/2010, RC 5921/2006**, estudia un caso en el que el Tribunal de instancia concluyó que habiendo sido anulados los Estatutos originarios, carecen de validez las posteriores modificaciones estatutarias efectuadas con fundamento en aquéllos. Dijo, en este sentido, la sentencia impugnada en casación que sería un contrasentido declarar la validez del acto de inscripción de una modificación estatutaria producida absolutamente en el vacío, al haberse anulado previamente el acto que acuerda la inscripción de la norma estatutaria que pretendía modificarse. Pues bien, el Tribunal Supremo confirma esta tesis del Tribunal a quo, señalando que “*está fuera de cuestión que cualquier reforma de una disposición normativa debe llevarse a cabo por el*

correspondiente procedimiento; y es asimismo pacífico que dicho procedimiento, en algunos supuestos como el que ahora nos ocupa, puede estar regulado por la propia disposición normativa de cuya reforma se trata. Pues bien, de aquí se sigue que la anulación de la disposición normativa comprende la del procedimiento de reforma por ella regulado y, por consiguiente, arrastra consigo las reformas que se hubieran hecho utilizando el mencionado procedimiento de reforma. Por decirlo en términos más generales, toda nueva norma jurídica debe provenir de una fuente válida, entendida ésta como un modo de producción normativa ajustado a derecho; lo que significa que, si la fuente en cuestión resulta invalidada, todas las nuevas normas que hayan dimanado de ella habrán también de reputarse inválidas". (FJ 3º)

5.3. Las Cámaras de la Propiedad Urbana y, en general, las Corporaciones de Derecho Público, formalmente suprimidas y en fase de liquidación tendrán personalidad jurídica instrumental a efectos de reconocerles legitimación para recurrir en el orden contencioso-administrativo en defensa de sus intereses hasta culminar la disolución.

La STS, Sec. 3ª, 27/10/2009, RC 1958/2007, tras sintetizar la jurisprudencia y doctrina constitucional de las Corporaciones de Derecho Público al hilo del asunto debatido, concluye que en aplicación de la doctrina relativa al régimen de legitimación de las Corporaciones de Derecho Público en función de las peculiaridades concurrentes en el acto recurrido, principalmente que este se haya adoptado o no en el ejercicio de las relaciones de tutela con que cuenta la Administración respecto de dichas corporaciones, se pronuncia sobre la existencia de legitimación cuando estas han sido legalmente suprimidas y, por tanto, carecen de personalidad jurídica, respecto de los actos y disposiciones que se adopten durante el proceso de liquidación de estas y que puedan afectarle funcionalmente. Al respecto señala el Tribunal Supremo que: *Cuestión diferente es la también suscitada por la representación de la Administración del País Vasco en fase de alegaciones previas, en la que se insiste en el escrito de oposición a la casación, que hace especial incidencia en la falta de personalidad jurídica de la actora al haber sido legalmente suprimidas las Cámaras de la Propiedad Urbana. Pues bien, no cabe duda que aun cuando por Ley se declaró formalmente su supresión y extinción, es cierto que algunas Cámaras han mantenido una actividad en el tráfico jurídico y han continuado en la posesión de un patrimonio y de personal, que implica la realización de actos de administración ordinaria y en defensa de sus intereses frente a terceros. En realidad, lo ocurrido es que desde que legalmente se declara la supresión o extinción hasta que se materializa este mandato se produce un espacio de tiempo en que estas entidades se encuentran en fase de liquidación. Es en este período en el que se encuentra la extinta Cámara accionante cuyo patrimonio y personal, a través del Decreto dictado, se transfiere a la Comunidad Autónoma. En esta específica situación es evidente que la actora ostenta una serie de bienes e intereses legítimos merecedores de protección y en esta singular condición recaba a los tribunales un pronunciamiento de fondo sobre la corrección jurídica del Decreto. La particular posición jurídica de la Cámara que aun formalmente extinta, se encuentra en periodo de liquidación, y cuenta con un personal y un patrimonio que gestiona provisionalmente, determina que deba reconocerse, a estos solos efectos de la*

defensa de los intereses derivados y propios de la fase de liquidación, una capacidad o personalidad jurídica ad hoc, esto es, puramente instrumental hasta culminar su disolución, en la que se inserta la actuación debatida. Este criterio se mantiene en el artículo 264 del Real Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre que dispone que “la sociedad disuelta conservará su personalidad jurídica mientras la liquidación se realiza”. (F.J.6)

6.- DERECHO ADMINISTRATIVO ECONOMICO

6.1. Telecomunicaciones

6.1.1. Impugnación del Real Decreto 920/2006, por el que se aprueba el Reglamento general de prestación del servicio de difusión de radio y televisión por cable.

La **STS, Sec. 3ª, 18/11/2009, RO 54/2006**, anula la Disposición Transitoria Primera del Reglamento, que impone obligaciones de servicio público a los titulares de autorización para la prestación del servicio de difusión de televisión por cable, excluyendo a los titulares de difusión por satélite. La Administración no ha justificado la existencia de razones de interés general claramente definidos por la legislación básica en materia de medios de comunicación social, y la medida transitoria vulnera el principio de neutralidad tecnológica porque, al tratarse de una obligación que implica una ventaja competitiva y articula un mecanismo forzoso de arbitraje, si no se impone a todos los servicios de difusión de televisión se configura como una obligación competitivamente discriminatoria para la tecnología no obligada a ella.

6.2. Derecho de la competencia

6.2.1. Defensa de la Competencia. Comercialización del aceite de oliva. Almacenamiento privado no subvencionado de alcance nacional. Exención justificada, sometida al control de las autoridades nacionales.

La **STS, Sec. 3ª, 20/01/2010, RC 6926/2005**, anula la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia que, ante la solicitud de autorización singular formulada por una empresa, derivada de un acuerdo entre competidores para sostener el precio del aceite en el supuesto de perturbación grave del mercado, acordó 1) no autorizar los acuerdos de constitución de dicha empresa para la comercialización de aceite de oliva; y 2) intimar a la referida empresa y a las demás entidades partícipes para que desistan de todas las prácticas que puedan derivarse de los mencionados acuerdos. Atendido el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la cuestión prejudicial planteada, la Sala entiende que la empresa mercantil privada puede tener el carácter de “organismo” en el sentido de las normas comunitarias aplicables y puede, por lo tanto, ser autorizada a celebrar un contrato de almacenamiento privado de aceite de oliva en el supuesto de perturbación grave del mercado derivada de excedentes significativos de producción si cumple los requisitos previstos en el reglamento comunitario. En este caso la admisibilidad del almacenamiento se justifica como instrumento

idóneo para alcanzar la estabilidad de un mercado sin sujeción a fluctuaciones extremas en caso de alteraciones graves de precios, y no es necesario que para admitir la exención concurren ayudas públicas complementarias.

6.2.2. Defensa de la Competencia. Sanción por abuso de posición dominante en los mercados de suministro eléctrico. No concurrencia de los presupuestos necesarios

La **STS, Sec. 3ª, 28/01/2010, RC 1278/2007**; la **STS, Sec. 3ª, 27/01/2010, RC 5569/2007**; y la **STS, Sec. 3ª, 27/01/2010** anulan una resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia que imponía a tres empresas una sanción por abuso de posición dominante en los mercados de suministro eléctrico. La infracción imputada consistió en haber ofrecido al mercado mayorista de electricidad, durante tres días, precios sustancialmente superiores a sus costes variables por las producción de varias centrales estratégicamente situadas en zonas de grandes poblaciones en las que no tenían competidoras; así se excluían de la casación de las subastas del mercado diario a sabiendas de que su producción, al final del día, sería necesaria para satisfacer la demanda de dichos núcleos; se descartó la concurrencia de conducta colusoria. La Sala aprecia que no concurren los presupuestos necesarios para afirmar que las conductas individuales atribuidas a las empresas puedan ser sancionadas como abusos de su posición de dominio, porque a) no se ha demostrado que las empresas generadoras tuvieran la certeza de ser llamadas a resolver restricciones, porque esta decisión corresponde al gestor del sistema, y por ello el abuso imputado consiste en una conducta cuya efectiva realización no depende –o no sólo- de quien la realiza; b) los precios que se pueden ofrecer en el mercado no deben ligarse a los costes variables sino que, en un escenario previsible de restricciones técnicas, el factor de referencia serán los costes típicos consiguientes a ese mecanismo, que pueden diferir de los incurridos en un régimen normal de funcionamiento sin restricciones, apreciándose que los relativos a los días de autos se correspondían con los ofertados en otras ocasiones similares; c) la conducta es esporádica y circunstancial, sin que pueda hablarse de monopolio geográfico.

6.2.3. Defensa de la Competencia. Acuerdo colectivo entre empresas del sector de radiofármacos para fijación indirecta de precios, y abuso de posición dominante materializada en la fijación directa de precios no equitativos

La **STS, Sec. 3ª, 05/10/2009, RC 315/2008**; la **STS, Sec. 3ª, 05/10/2009, RC 3984/2006**; y la **STS, Sec. 3ª, 05/10/2009, RC 3556/2007** anulan la sanción impuesta por el Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia. El debate procesal gira en torno a los límites de la utilización de la prueba de presunciones. La presentación de ofertas por encima del precio máximo, que en este caso se limita a sólo cuatro de los productos objeto de licitación, no es una conducta prohibida por la legislación de contratos y puede tener una explicación distinta del mero designio colusorio, e incluso puede interpretarse como un acto testimonial. El comportamiento de las licitadoras al acudir al concurso y presentar sus propias ofertas, diferentes en sí pero coincidentes en que superaban determinados precios de la convocatoria para proponer otros

más ajustados a los de mercado, aunque también distintos entre sí, no es irracional. En suma, de los indicios de colusión apreciados no podía deducirse sin más, en términos que excluyan la duda razonable, que las empresas sancionadas se hubieran concertado para obtener un beneficio ilícito en detrimento de la competencia.

6.3. Industria y energía

6.3.1. Energía nuclear. Transporte de materiales nucleares. Sanción. Bis in idem

La **STS, Sec. 3ª, 17/11/2009, RC 11078/1998**, declara haber lugar al recurso de casación y estima parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por una entidad mercantil contra una Orden del Ministro de Industria y Energía que resuelve un expediente sancionador por un incidente en el envío de contenedores de transporte de óxido de uranio desde Salamanca a EEUU, anulando la sanción de multa. La Sala aprecia que ha existido duplicidad de sanciones porque la conducta consistente en no anotar la transferencia de material nuclear en el sistema de información ya fue sancionada con amonestación por la Comisión de las Comunidades Europeas.

6.3.2. Residuos radiactivos. Impugnación del Real Decreto 1767/2007, por el que se determinan los valores a aplicar en el año 2008 para la financiación de los costes correspondientes a la gestión de los residuos radiactivos y del combustible gastado, y al desmantelamiento y clausura de instalaciones.

La **STS, Sec. 3ª, 21/10/2009, RO 13/2008**, anula la Disposición Adicional única del Real Decreto por infracción del procedimiento de elaboración de las disposiciones generales, al haberse omitido el trámite de audiencia a los ciudadanos contemplado en el apartado 1.c) del artículo 24 de la Ley 50/1997, del Gobierno.

6.3.3. Real Decreto 324/2008. Emisiones primarias de energía eléctrica

La **STS, 3ª, 25/05/2010, RCA 37/2008**, estima en parte el recurso interpuesto por "Endesa, S.A." contra el Real Decreto número 324/2008, de 29 de febrero, por el que se establecen las condiciones y el procedimiento de funcionamiento y participación en las emisiones primarias de energía eléctrica, del que declara nulos los artículos 3.1 y 5, este último en cuanto admite que "el ejercicio de las opciones podrá hacerse por [...] diferencias".

6.3.4. Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se declara de utilidad pública la central térmica de ciclo combinado de Morata de Tajuña en la provincia de Madrid. Declaración de utilidad pública y fijación de los bienes a expropiar: necesidad de la aprobación simultánea del proyecto de ejecución.

La **STS, 3ª, 22/03/2010, RCA 513/2007**, estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de

junio de 2.007, por el que se declara de utilidad pública la Central Térmica de Ciclo Combinado de Morata de Tajuña, en la provincia de Madrid, y declaran su nulidad. Concluye la Sala que con independencia ya de la ausencia de justificación en el propio acto impugnado de la utilidad pública de la central de producción eléctrica, debe estimarse el recurso por haberse declarado la utilidad pública de la central eléctrica en tramitación, contraviniendo las exigencias derivadas de los artículos 140 y 143 del Real Decreto 1955/2000. Se declara, por ello, la nulidad de la precitada resolución del Consejo de Ministros de 15 de junio de 2.007, por la que se declara de utilidad pública la Central Térmica concernida, declaración que sólo será procedente, en su caso, contando con la previa aprobación del proyecto de ejecución de la instalación.

6.4. Sector financiero

6.4.1- Impugnación del Decreto 240/2003, que desarrolla la Ley de Cajas de Ahorros de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

La **STS, Sec. 3ª, 19/01/2010, RC 5086/2005**, declara la validez del artículo 5.2, letras e) y f), anulados por la sentencia recurrida. Aprecia que el precepto no se extralimita del contenido del artículo 24 de la Ley de Cajas de Ahorros de Euskadi por extender los tipos de las infracciones previstas respecto del incumplimiento de la obligación de mantener recursos propios suficientes que garanticen la solvencia de la entidad financiera de las entidades de crédito, a la vista del artículo 57 bis de la Ley estatal del Ordenación bancaria.

7. DERECHOS FUNDAMENTALES

7.1. Principio de legalidad de las infracciones administrativas. Tipificación por la Comunidad autónoma de conductas contrarias a la convivencia escolar: cobertura legal suficiente.

La Federación Regional de Asociaciones de Padres y Madres recurrente discutía la legalidad del Decreto autonómico madrileño 15/07 por el que se establece el marco regulador de la convivencia en los centros docentes de la referida Comunidad, alegando que no existe norma habilitante alguna que haga posible la tipificación de conductas contrarias a la convivencia escolar, ni las sanciones a imponer, ya que ni el artículo 124, ni ningún otro de la ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, hace una habilitación especial, ni general, pues las referencias a las normas de organización y funcionamiento de los centros docentes no pueden considerarse como tales. Sin embargo, el Tribunal Supremo señala en **STS, Sec. 4ª, 16/12//2009, RC 1198/2008**, que *“si en principio, existe una reserva de ley en materia sancionadora, en el supuesto que enjuicamos, en el que se trata de dirimir si por vía reglamentaria pueden tipificarse y por ende, sancionarse determinadas conductas que puedan ser, en cierta medida, perturbadoras para el buen orden y funcionamiento de los centros docentes, debemos indicar que en esta específica materia existe un singular precedente judicial que abona la tesis que cuando la potestad disciplinaria se proyecta en materia educativa, es preciso examinar el vínculo jurídico que une a los alumnos con el centro educativo, ya*

que éstos están sometidos a una relación jurídica de especial sujeción"; para decir a continuación que "el régimen disciplinario en los centros docentes tiene su cobertura legal entre otros, en los artículos 124.1 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, y 6.4.g) de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación que respectivamente establecen que "los centros docentes elaborarán sus normas de organización y funcionamiento, que deberán incluir las que garanticen el cumplimiento del plan de convivencia" y, que "son deberes básicos de los alumnos" ... "respetar las normas de organización, convivencia y disciplina del centro educativo" (FJ 3º).

7.2. Derecho de huelga. Huelga en radio televisión Madrid. Servicios mínimos improcedentes por establecer la programación informativa ordinaria y una programación grabada. Obligación de justificar la necesidad y proporcionalidad de los servicios mínimos establecidos

La STS, Sec. 7ª, 24/02/2010, RC 1425/2008, se pronuncia sobre la extensión de los servicios mínimos para el mantenimiento de los servicios esenciales con ocasión de una huelga convocada en el Ente Público Radio Televisión Madrid, y señala que la validez de la "programación informativa" que sea establecida con carácter de servicio mínimo exigirá la concurrencia de dos exigencias: por un lado, su "necesidad" para garantizar, los derechos fundamentales de libertad de expresión y de información del artículo 20 de la Constitución; y, por otro, su "proporcionalidad", dado que la actividad informativa mantenida como servicio mínimo comporta una disminución, no sólo de la total actividad televisiva o radiofónica de cualquier clase de contenido que es desarrollada en circunstancias de normalidad, sino también una apreciable reducción de la actividad informativa que es realizada en esas mismas circunstancias de normalidad. Así debe ser considerado porque sólo así resultará visible a la ciudadanía la perturbación que provoca la huelga en la actividad donde es realizada, y sólo así, también, la huelga cumple esa virtualidad que le corresponde, según recuerda el Tribunal Constitucional, de actuar como un eficaz medio de presión a través de la exteriorización de los efectos que produce el paro laboral.

8. EXPROPIACIÓN FORZOSA

8.1. Valoración del suelo expropiado para la ejecución de sistemas generales. Cementerios y accesos a los cementerios.

En el periodo al que esta Crónica se refiere, una vez consolidadas las líneas básicas de la doctrina sobre valoración de suelo destinado a sistemas generales, las sentencias de la Sala, huyendo de clasificaciones y declaraciones generales, han venido a efectuar importantes matizaciones que contribuyen de manera decisiva a pulir dicha doctrina, primando la contemplación detallada de las circunstancias particulares concurrentes en cada caso concreto sometido a su consideración, valorando minuciosamente aspectos tales como el objeto y fin de la expropiación realizada, la concreta ubicación de la instalación o sistema a ejecutar y su contribución o no a crear ciudad y hasta la posible concurrencia de un propósito fraudulento, o la consideración de si la instalación a ejecutar puede autorizarse en suelo

urbanizable, con la advertencia de que, incluso en relación con un mismo proyecto de ejecución de un sistema general, es posible que parte del suelo deba ser valorado como urbanizable, por servir a un tramo o a un aspecto de dicho sistema general que efectivamente contribuye a crear ciudad y el resto no.

Así, la **STS, Sec. 6ª, 15/01/2010, RCU 140/2009**, aunque declara no haber lugar a la unificación de doctrina interesada, por falta de identidad entre los supuestos de hecho contemplados en la sentencia recurrida (accesos a cementerio alejado del casco urbano) y en las de contraste, lo cierto es que resulta de notable interés en cuanto razona <<(FJ 3º).- *Los recurrentes tienen razón en que, frente a lo afirmado por la sentencia impugnada, los cementerios, que son un sistema general, no siempre sirven a la idea de "crear ciudad" en el sentido que a esta expresión otorga la Jurisprudencia de esta Sala; pero cuando ello ocurre, los terrenos expropiados para su construcción deben ser valorados como si fueran suelo urbanizable. Sin embargo, esta conclusión no es automática ni necesaria, ya que estamos ante un sistema general que no necesariamente debe establecerse en suelo urbano o urbanizable sino que -tal como se observa en la sentencia de esta Sala de 12 de noviembre de 2007, aquí traída como sentencia de contraste- depende, entre otras cosas, de la localización precisa del cementerio. Así, si se trata de un cementerio muy alejado del casco urbano, no podrá decirse que está destinado a "crear ciudad"; y ello con independencia de que ese mismo cementerio deba tener, por supuesto, la consideración de servicio municipal. En otras palabras, el dato innegable de que el cementerio es un servicio municipal no lo transforma inexorablemente en un sistema general tendente a crear ciudad, que justifica la valoración de los terrenos expropiados para su construcción como si fuesen suelo urbanizable.*

Pues bien, cuanto se acaba de señalar implica que, si bien la sentencia impugnada se equivoca al negar con carácter general que los cementerios tengan la condición de sistema general que sirve para "crear ciudad", este recurso de casación para la unificación de doctrina debe ser desestimado. La razón es que entre la sentencia impugnada y las sentencias de contraste no existe la identidad de hechos, fundamentos y pretensiones exigida por el art. 96 LJCA. Mientras que en los supuestos de San Bartolomé de Tirajana y de Burgos había sido acreditado que los respectivos cementerios estaban efectivamente llamados a integrarse en el entramado urbano, ello no consta como un hecho probado en el presente caso. Téngase en cuenta que la finalidad del recurso de casación para la unificación de doctrina no consiste en uniformar la interpretación normativa en general ni en controlar la observancia de la jurisprudencia establecida, sino más modestamente evitar que supuestos sustancialmente idénticos sean resueltos de modo distinto. De aquí que, si los supuestos son diferentes, dicho medio de impugnación no pueda prosperar.

Existe, además, otra diferencia de hecho relevante entre la sentencia impugnada y las sentencias de contraste, a saber: aquí no se trata, en rigor, de un terreno expropiado para la construcción de un cementerio, sino de los accesos al cementerio. Ni que decir tiene que los accesos a un cementerio pueden tener la consideración de sistema general urbano, como sucede

señaladamente cuando consisten en la apertura de una nueva vía para comunicar el cementerio con el casco urbano. Es claro que una nueva calle, que une el casco urbano con el sistema general que se establece, contribuye por definición a crear ciudad. Ahora bien, en el presente caso, el proyecto que legitima la expropiación consiste sólo en establecer, fuera del casco urbano, una conexión entre un camino y una carretera preexistentes; y esto no es condición para el desarrollo del entramado urbano, ni consecuencia del mismo. También desde este punto de vista, por tanto, debe ser desestimado el presente recurso de casación para la unificación de doctrina.>>

Por tanto, de esta sentencia, así como de las precedentes que tiene en cuenta, interesa extraer las siguientes conclusiones que constituyen matices acerca de la doctrina de la Sala: **a)** Los cementerios tienen la consideración de servicio municipal. **b)** Que el cementerio sea un servicio municipal determina que deba ser considerado como un sistema general. **c)** Aunque el cementerio sea un sistema general, no siempre contribuye a crear ciudad. Solo puede ser considerado como un sistema general que contribuye a crear ciudad cuando efectivamente esté llamado a integrarse en el entramado urbano, de modo que sólo en este caso estará justificada la valoración de los terrenos expropiados para su construcción como si fuesen suelo urbanizable. **d)** Una cosa es la expropiación de terrenos para construcción de un cementerio y otra distinta la expropiación de terrenos para ejecución de los accesos al cementerio, accesos que pueden tener la consideración de sistema general urbano cuando consisten en la apertura de una nueva vía para comunicar el cementerio con el casco urbano, pero no, en cambio cuando se trata de establecer, fuera del casco urbano, una conexión entre un camino y una carretera preexistentes pues, en tal caso, no cabe afirmar que dichos accesos sirvan a la finalidad de crear ciudad.

8.2. Criterios de valoración aplicables cuando el objeto de la expropiación viene constituido por el derecho de vuelo, derecho real en cosa ajena, subsumible en la figura del derecho de superficie. Consideraciones acerca del recurso a la libertad estimativa del artículo 43 LEF.

La **STS, Sección 6ª, 03/05/2010, RC 5590/2006**, resulta de especial interés y, no obstante su sentido desestimatorio, contribuye notablemente a aclarar cuales deben ser los criterios de valoración aplicables cuando el objeto de la expropiación viene constituido no por el tradicional suelo, sino por el vuelo.

Trae causa de la expropiación por el Ayuntamiento de Benalmádena de un derecho de vuelo, a fin de construir una planta de aparcamiento para uso público encima de otra ya existente, cuya propiedad -al igual que la propiedad del suelo- continuaba siendo de la expropiada. Por tanto lo que se expropia es el derecho a construir una nueva planta en una edificación ya existente, sita en suelo clasificado como suelo urbano. Conviene añadir, aunque no fue objeto de discusión en el recurso de casación, que también se expropió una pequeña porción del suelo donde se encuentra la edificación, a fin de reforzar los cimientos.

Disconforme con la cantidad fijada por el Jurado Provincial de Expropiación Forzosa de Málaga, acude la expropiada a la vía jurisdiccional, donde la sentencia ahora impugnada desestima su pretensión de incremento del justiprecio. El tribunal *a quo* no considera atendible la prueba pericial practicada en el proceso, porque no hace la tasación ateniéndose al criterio establecido para la valoración de suelo urbano en el art. 28 de la Ley del Suelo y Valoraciones de 13 de abril de 1998. Señala, además, que dicha tasación no va referida, como es preceptivo, al momento de iniciación del expediente de justiprecio. Una vez rechazada la prueba pericial, constata que el demérito y las molestias, en que la expropiada fundaba el grueso de su pretensión de incremento del justiprecio, no han quedado suficientemente acreditadas, por lo que el tribunal *a quo* concluye que la presunción de acierto del acuerdo del Jurado no ha sido destruida y, en consecuencia, desestima la pretensión de la expropiada.

El recurso de casación que examina esta Sala, se basa en un único motivo en el que la recurrente invoca como infringido el artículo 43 LEF, limitándose a argumentar que el justiprecio debe ajustarse a la realidad económica del bien o derecho expropiado.

La Sala examina la cuestión partiendo de dos aclaraciones preliminares. Por un lado, recuerda que el derecho de vuelo o sobreelevación es un derecho real en cosa ajena, subsumible en la figura del derecho de superficie, cuya regulación, fragmentaria y dispersa, se encuentra en la legislación urbanística y sobre todo en el art. 16 del Reglamento Hipotecario. Por otro lado advierte que no cabe utilizar los criterios legales de valoración del suelo para determinar el justiprecio de algo que no es suelo, sino un derecho real en cosa ajena. Por ello declara que *<<(..) esta Sala no puede compartir el enfoque de la sentencia impugnada, que apoya todo su razonamiento en el art. 28 de la Ley del Suelo y Valoraciones, precepto regulador de la valoración del suelo urbano. La sentencia impugnada habría debido, más bien, partir del art. 32 de ese mismo texto legal, que contempla la valoración de las concesiones administrativas y de los derechos reales sobre inmuebles. Dicho precepto hace una remisión a la Ley de Expropiación Forzosa y ésta, para aquellos derechos reales carentes de reglas valorativas propias, se remite a su vez a la legislación fiscal. Esta habría sido la vía correcta para hallar el justiprecio de un derecho de vuelo>>*. (FJ 3º).

No obstante, toda vez que no es misión de esta Sala corregir y revisar cualesquiera errores en que haya podido incurrir el tribunal *a quo*, debiendo ceñirse a examinar las infracciones que la recurrente reprocha a la sentencia impugnada y, teniendo en cuenta que la recurrente se limita a invocar la infracción del artículo 43 LEF, razona la Sala que *<< Dista de ser claro que este precepto, que abre la posibilidad de acudir a la libertad estimativa cuando los criterios legales de valoración resulten inadecuados, fuera aplicable al presente caso. La redacción del art. 43 LEF que *ratione temporis* debe tenerse en cuenta es la anterior a la que resulta de la modificación introducida por la Ley del Suelo de 28 de mayo de 2007 y que excluye radicalmente la aplicación de dicho precepto a las expropiaciones de bienes inmuebles. En el momento a que se refiere la expropiación aquí examinada, no regía dicha limitación. Sólo*

regía el mandato del art. 23 de la Ley del Suelo y Valoraciones, según el cual "las valoraciones de suelo se efectuarán con arreglo a los criterios establecidos en la presente Ley". Este inequívoco mandato legal ha servido a esta Sala, incluso antes de 2007, para afirmar que la libertad estimativa del art. 43 LEF no cabe en la valoración de suelo. Véanse, entre otras, nuestras sentencias de 28 de marzo y 4 de abril de 2000. Ahora bien, dado que en el presente caso no se trata de valorar suelo, no cabe excluir absolutamente la aplicabilidad del citado art. 43 LEF, naturalmente en la medida en que lo permita el art. 32 de la Ley del Suelo y Valoraciones sobre valoración de derechos reales sobre inmuebles y la legislación expropiatoria y fiscal a que se remite.

Cuanto se acaba de exponer sirve para verificar que el precepto que la recurrente invoca como infringido no es, al menos a primera vista, completamente ajeno al presente caso. No obstante, lo que sin duda resulta inútil para fundar el único motivo de este recurso de casación es toda la argumentación que, con apoyo en dicho art. 43 LEF, desarrolla la recurrente: si el art. 43 LEF tuviera alguna relevancia en el presente caso, sería porque en aplicación de la legislación a la que se remite el art. 32 de la Ley del Suelo y Valoraciones no se pudiera llegar a ningún criterio nítido de valoración del derecho de suelo; no porque el justiprecio fijado con base en el criterio de valoración propio del suelo urbano resulte, a juicio de la recurrente, inadecuado a la realidad económica. Por esta razón, el art. 43 LEF, en el sentido en que lo alega la recurrente, no ha sido infringido por la sentencia impugnada; y, en cuanto a un posible juego de dicho precepto como norma supletoria, ni ha sido alegado por la recurrente, ni se ha demostrado que lo permitieran las circunstancias del presente caso. Este recurso de casación debe ser desestimado.>>.

8.3.- Frutos del bien expropiado, no incluidos en el justiprecio, producidos después del inicio del expediente de justiprecio y antes de la ocupación. Parque Nacional de Doñana.

La **STS, Sección 6ª, 03/05/2010, RC 6625/2005**, aunque desestima el recurso de casación interpuesto contra sentencia que declara la inexistencia de responsabilidad patrimonial de la Administración por apropiación de los frutos del bien expropiado, no incluidos en el justiprecio (fijado por sentencia firme), producidos después del inicio del expediente de justiprecio y antes de la ocupación, resulta de notable interés en cuanto contribuye a proporcionar seguridad en una materia en la que no existen demasiados precedentes.

En el caso que examina, la pretensión de indemnización por los frutos de la finca expropiada, en concepto de aprovechamiento turístico y afectación ecológica, correspondientes al ejercicio 1997-98, es desestimada por la sentencia recurrida, fundamentalmente por entender que, de conformidad con el artículo 36 LEF, la valoración debe ir referida al momento de iniciación del expediente de justiprecio y, por tanto, no puede incluir frutos surgidos con posterioridad a ese momento. Sostienen las recurrentes que los frutos del bien expropiado pertenecen a su propietario y que éste, en tanto en cuanto no haya tenido lugar la ocupación del bien por la Administración, sigue siendo el expropiado por lo que consideran que la sentencia recurrida yerra al fundar su

decisión en el artículo 36 LEF diciendo que el justiprecio debe tener en cuenta el valor del bien expropiado en el momento de iniciación del expediente de valoración y que, por ello mismo, no puede incluir frutos posteriores. Sostienen además, que el valor de esos frutos no queda satisfecho por los intereses de demora, que por definición se refieren a un principal -el montante del justiprecio- que no los incluye.

Sin embargo, esta Sala no comparte la argumentación de las recurrentes y razona que *<< los frutos que el bien expropiado produzca con posterioridad al momento de iniciación del expediente de justiprecio -momento a que va referida la valoración de la finca expropiada- no puede decirse que pertenezcan al expropiado. Es verdad que la legislación de expropiación forzosa no contempla expresamente este supuesto; pero el art. 31 de la Ley del Suelo y Valoraciones de 13 de abril de 1998 -que, por la fecha en que se presentó la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración, es aplicable al presente caso- prevé que las plantaciones y sembrados "que existan en el suelo, salvo que por su carácter de mejoras permanentes hayan sido tenidas en cuenta en la determinación del valor del terreno, se valorarán con independencia del mismo". Esto quiere decir que se debe incluir en el justiprecio el valor de las cosechas pendientes en el momento a que va referida la valoración, no el valor de futuras cosechas. Dado que las cosechas son frutos y dado que aquí, por discutirse sólo a quién pertenecen los frutos futuros, es indiferente que se trate de frutos naturales o de otra clase, cabe afirmar que hay identidad de razón, en el sentido del art. 4 CC, entre el supuesto contemplado en el citado art. 31 de la Ley del Suelo y Valoraciones y el presente caso. Ello permite, haciendo una aplicación analógica de este precepto legal, concluir que los frutos que la finca expropiada produjo después del inicio del expediente de justiprecio no pertenecen a las recurrentes.*

Vale la pena señalar que al mismo resultado se llega si, en lugar de la analogía con el art. 31 de la Ley del Suelo y Valoraciones, se utiliza el principio general en materia de derecho a los frutos. El art. 1095 CC dispone que "el acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla". Obsérvese que no dice que el derecho nazca en el momento de la entrega. Y una obligación de entrega del bien regularmente expropiado existe desde el momento en que se acuerda la necesidad de ocupación del mismo, sin perjuicio de que la traditio propiamente dicha sólo tenga lugar -en el procedimiento expropiatorio ordinario- una vez satisfecho el justiprecio. Dicho brevemente, la obligación de entrega que pesa sobre el expropiado, al igual que la obligación de pago del justiprecio que pesa sobre la Administración expropiante o sobre el beneficiario, surgen desde el momento en que, mediante el acuerdo de necesidad de ocupación de determinado bien, se decide su expropiación forzosa. Más claro aún, siempre con respecto al principio general sobre derecho a los frutos, resulta el art. 1468 CC cuando, en sede de compraventa, dispone que "todos los frutos pertenecerán al comprador desde el día en que se perfeccionó el contrato". Aquí la posición del comprador correspondería claramente a la Administración expropiante, en su condición de acreedora del bien expropiado. **No cabe ninguna duda, en suma, de que los frutos del bien expropiado posteriores al momento de iniciación del expediente de justiprecio pertenecen a la Administración expropiante o,**

en su caso, al beneficiario. Cuestión distinta, que no se plantea en el presente caso, es si la anulación del acto administrativo que acuerda la expropiación forzosa engendraría un deber de restitución de los frutos hechos suyos por la Administración expropiante o por el beneficiario; cuestión que, precisamente por no ser objeto de este litigio, no es preciso responder ahora>>.(FJ 5º)

8.4. Reconocimiento del derecho de reversión por transformación del aeródromo militar de Reus en aeropuerto civil. Desaparición de la concreta afectación.

La STS, Sección 6ª, de 02-02-2010 (RC 5435/2005) examina el recurso de casación interpuesto por mas de 100 recurrentes contra sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 2ª) del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 23 de junio de 2005, desestimatoria de la petición de reversión de terrenos que fueron expropiados en 1941 para la construcción del aeródromo militar de Reus. El tribunal *a quo* tiene por probado que dicho aeródromo había ido poco a poco perdiendo su uso militar y adquiriendo paralelamente un uso civil, culminando en un acuerdo entre el Ministerio de Defensa y el ente Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA) de 28 de julio de 1998, en virtud del cual **dicho aeródromo quedó exclusivamente destinado a la aviación civil, no obstante lo cual** rechaza que haya derecho a la reversión con fundamento en que el cambio de uso del citado aeródromo no es esencial, por lo que considera que no cabe hablar de desaparición de la afectación en el sentido del artículo 54 LEF.

En cambio, esta Sala, en la sentencia que comentamos, después de advertir que tanto la solicitud de reversión, como su denegación, son anteriores a la Ley de Ordenación de la Edificación de 5 de noviembre de 1999, que dio una nueva redacción al artículo 54 LEF estableciendo que no hay derecho a reversión cuando la afectación al fin que justificó la expropiación se ha prolongado durante al menos diez años y que en este caso, a la vista de la disposición transitoria 2ª de la Ley de Ordenación de la Edificación, no rige dicho tope temporal, se remite a sus sentencias de 25 de enero de 2005 y de 14 de marzo de 2006, relativas a la transformación de los antiguos aeródromos militares de Logroño y de Jerez de la Frontera en aeropuertos civiles, en las que declaró que **el cambio del uso militar al civil suponía una desaparición del fin que en su día había justificado la expropiación, fin que no podía ser otro que atender a las necesidades de la defensa nacional**, reconociendo en consecuencia el derecho a la reversión. Y entiende que aunque en el presente caso no se acordó la desafectación del aeródromo, esta diferencia no es relevante para separarse de los mencionados precedentes, razonando, para deshacer posibles equívocos en esta materia que *<< Cuando el artículo 54 LEF se refiere a la desaparición de la afectación como supuesto que da derecho a la reversión, la palabra "afectación" significa simplemente destinación al fin que justificó en su día la expropiación. Nada más: no significa necesariamente afectación a un uso o servicio público, que comporte el carácter demanial del bien. Naturalmente, el bien expropiado ha podido pasar a formar parte del dominio público; pero esto en nada altera la aplicabilidad del artículo 54 LEF. El derecho de reversión no cede ante el hecho de que, por su*

nueva destinación, el bien expropiado esté afectado a un uso o servicio público; y ello porque, en rigor, siempre cabe la desafectación del dominio público, a fin de permitir que el antiguo propietario vea satisfecho su derecho de reversión. Lo decisivo en materia de derecho de reversión, en suma, es que ya no se cumpla el fin que justificó la expropiación, independientemente de la nueva destinación que se dé al bien expropiado. Por ello, es irrelevante que en el presente caso no se acordara la desafectación. Conviene observar, asimismo, que la conclusión de que ha habido un cambio del uso militar al civil no se ve enervada por la circunstancia, puesta de manifiesto por AENA en su escrito de oposición al recurso de casación, de que la legislación aeroportuaria vigente en el momento de la expropiación permitía que los aeródromos militares quedaran abiertos al tráfico civil. Esto es cierto, ya que el artículo 2 de la Ley de 2 de noviembre de 1940, sobre régimen y características de aeródromos y aeropuertos, disponía que "con carácter provisional, y en tanto la red de líneas aéreas no disponga de Aeropuertos propios, ciertos Aeropuertos Militares podrán ser declarados abiertos al tráfico". En parecidos términos, si bien eliminando la naturaleza provisional de la citada posibilidad, se pronuncian los arts. 41 y 42 de la Ley de Navegación Aérea de 21 de julio de 1960. Es innegable, en suma, que los aeródromos militares podían quedar "abiertos al tráfico" y, por tanto, compaginar la utilización militar con otra civil. Y es igualmente claro que, en el momento de la expropiación, la Administración aeroportuaria dependía del Ministerio del Aire y, por tanto, de autoridades militares; situación que se prolongó durante mucho tiempo, incluso tras la creación de AENA mediante Decreto de 23 de diciembre de 1972. Ahora bien, nada de todo esto desmiente el hecho de que el fin que justificó la expropiación aquí examinada fue la necesidad de establecer un aeródromo militar -es decir, las exigencias de la defensa nacional- y que ese preciso fin desapareció por completo como consecuencia del acuerdo entre el Ministerio de Defensa y AENA de 28 de julio de 1998, por el que el aeródromo quedó exclusivamente destinado a la aviación civil.

Es verdad, en fin, que el tiempo transcurrido desde la expropiación es mucho y que, como observa el tribunal a quo, el cambio en el uso del aeródromo no es radical: sigue, en todo caso, siendo utilizado como aeropuerto. Pero no es menos cierto que la regulación tradicional de la reversión -aplicable ratione temporis al presente caso, como se señaló más arriba- no establecía tope temporal para el derecho de reversión, ni excluía éste cuando el bien expropiado quedase destinado a otro fin de utilidad pública.>> (FJ 3º).

9. EXTRANJERÍA Y ASILO

9.1. Extranjería

9.1.1. Visado de trabajo. Archivo del expediente por entender desistido al solicitante al no haber sido atendido requerimiento para que completase la documentación. Falta de notificación del requerimiento. Insuficiencia de la notificación mediante publicación en el tablón de anuncios del Consulado, que, además, tampoco consta que se haya producido. No ha lugar al recurso de casación.

La **STS, Sec. 5.ª, 20/07/2009, RC 2404/2006** desestima el recurso de casación interpuesto por la Administración General del Estado contra una sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que, estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por una ciudadana nacional de Marruecos contra la resolución del Consulado General de España en Rabat por el que se acuerda el archivo, por desistimiento, del expediente de solicitud de visado, anula la mencionada resolución y reconoce a la demandante el derecho a la obtención del visado mediante su estampillado en pasaporte de su titularidad. El Alto Tribunal confirma la decisión de la sentencia de instancia, que señala que en este caso debió practicarse la notificación del requerimiento en el domicilio señalado en la solicitud de visado, pues no resulta de aplicación al caso el apartado 5 del artículo 59 de la Ley 30/92, ya que: *“(...) tratándose de un procedimiento como el que aquí nos ocupa -solicitud de visado presentada ante el Consulado de España en Rabat y con la específica finalidad de poder entrar legalmente en España- el domicilio del solicitante ha de radicar necesariamente en país extranjero; y en ese país tiene también su sede el órgano consular actuante. Por tanto, se trata aquí de un procedimiento singular al que no resulta de aplicación aquella previsión de la norma, pues esta se refiere al caso en que la Administración haya de cursar desde España una notificación dirigida a persona domiciliada en país extranjero.” (FJ 3º).*

9.1.2. Prohibición de entrada. Necesidad de procedimiento y trámite de audiencia.

En la **STS, Sec. 5ª, 27/10/2009, RC 4412/2006**, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Administración General del Estado contra una sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, que estimó el recurso contencioso-administrativo deducido contra la resolución administrativa que prohibió al demandante la entrada en territorio español por un periodo de diez años. La sentencia de instancia se fundamentó, para estimar el recurso, en que la medida de prohibición de entrada en España ---y demás países del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen--- había sido impuesta por la Administración española sin seguir procedimiento alguno y, en concreto, sin haber sido dado el trámite de audiencia al recurrente con anterioridad a resolver sobre la prohibición de entrada decidida. El Alto Tribunal, por su parte, razona que al estarse en presencia de una resolución de mera prohibición (no de denegación) de entrada en territorio español, siendo cierto que la normativa de aplicación no prevé un procedimiento específico para tal supuesto, no lo es menos, sin embargo, que: *“(...) nos encontramos ante una actuación administrativa y que, como tal, se encuentra sujeta a las normas y principios establecidos para los procedimientos administrativos; en concreto a las normas establecidas en el Título VI de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPA), en cuyo artículo 79, expresamente, se contempla el trámite de audiencia del interesado con la finalidad de poder "aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio".(...)*”(FJ 4º). Así, de las normas generales de aplicación en materia de procedimiento

administrativo, se deriva la necesidad de seguir un procedimiento y de dar al interesado el oportuno trámite de audiencia. Al no haberse procedido así, habiéndose dictado una resolución como la recurrida en la instancia, prescindiendo de cauce procedimental alguno y, por tanto, sin audiencia al interesado, la misma resultó correctamente anulada por la Sala de instancia en una decisión que, por todo lo anterior, se confirma en casación.

9.2. Asilo

9.2.1. Denegación del derecho de asilo porque el recurrente esta incurso en una causa de exclusión de los beneficios contemplados en la Convención de Ginebra al existir razones fundadas de ser un peligro para la seguridad nacional, en atención a informes del Centro Nacional de Inteligencia.

La Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión en dos ocasiones. Así, en dos **SSTS 30/12/2009, RC 760/2006 y RC 3969/2005 respectivamente**, el Alto Tribunal desestima los recursos de casación interpuestos contra sendas sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional que a su vez desestimaron los recursos contencioso-administrativos deducidos contra dos resoluciones denegatorias del derecho de asilo, por estar incurso el solicitante en una causa de exclusión del beneficio de refugiado al existir razones fundadas de que es un peligro para la seguridad de nuestro país. En ambos casos, considera el Tribunal Supremo que la existencia de un informe singular y razonado del Centro Nacional de Inteligencia y de un auto dictado, con fecha 18 de noviembre de 2001, por un Juzgado Central de Instrucción, en los que se explica y afirma la ideología extremista de la organización tunecina An Nahda y su vinculación con Al Qaeda, así como las actividades del recurrente en aquélla, constituyen un respaldo suficiente para la valoración contenida en las sentencias de la instancia, coincidente con la expresada en las resoluciones denegatorias del asilo, consistente en considerar al recurrente un peligro para la seguridad de España.

Concretamente, la Sentencia dictada en el **RC 760/2006** contiene el siguiente razonamiento: “ *el hecho demostrado es la existencia de un informe singular y razonado del Centro Nacional de Inteligencia y de un auto dictado, con fecha 18 de noviembre de 2001, por un Juzgado Central de Instrucción, en los que se explica y afirma la ideología extremista de la organización tunecina An Nahda y su vinculación con Al Qaeda, así como las actividades del recurrente en aquélla, que el propio recurrente ha admitido en sus diferentes escritos de alegaciones presentados en la instancia, al reconocer que pertenece y es dirigente de dicho movimiento An Nahda, de lo que el Tribunal de instancia deduce, con toda lógica, que tal pertenencia del recurrente al mencionado grupo, organización o movimiento constituye un peligro para la seguridad de España.*”(FJ 2º)

Por su parte, la Sentencia dictada en el **RC 3969/2005** argumenta, en similar sentido, que: “(…) *esta Sala considera que, frente a lo alegado por el*

recurrente, las afirmaciones que se hacen en la sentencia recurrida acerca de la organización "An Nahda" encuentran respaldo suficiente en el informe del Centro Nacional de Inteligencia en el que se reseñan una serie de acontecimientos violentos y actividades ilícitas en los que ha estado involucrada dicha organización durante los últimos años. A los efectos de la controversia aquí suscitada, que consiste en dilucidar si procede o no el reconocimiento del derecho de asilo a un miembro de dicha organización, no es necesario ni procedente que entremos a considerar las consecuencias que aquellos hechos hayan podido tener en el ámbito penal; basta con la constatación de que la valoración que hace el Centro Nacional de Inteligencia, que luego encontró reflejo en la resolución del Ministerio del Interior denegatoria del asilo y en la sentencia de la Audiencia Nacional, no se formula en el vacío sino sobre la base de una secuencia de datos debidamente articulada y razonada. Y a partir de tales datos, el mencionado informe del Centro Nacional de Inteligencia expone las razones por las que se considera que el recurrente supone un riesgo para la seguridad nacional, (...) En fin, la sentencia recurrida se refiere al auto de 18 de noviembre de 2001 dictado por el Juzgado Central de Instrucción nº 5 en el Sumario 35/01, donde también queda reseña la ideología extremista de la organización tunecina "An Nahda" y su vinculación con "Al Qaeda". (FJ 5º)

Asimismo, la mencionada sentencia dictada en el **RC 3969/2005**, recuerda que la causa por la que se deniega el asilo es la prevista en el artículo 33.2, inciso primero, de la Convención, en relación con el artículo 3.2 de la Ley de Asilo, que concurre cuando se considera al afectado "por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra", destacando el Alto Tribunal que en estos casos: "no es necesario probar o acreditar, mediante una prueba plena y acabada, que el recurrente pertenece a una organización terrorista, esto corresponde a otra jurisdicción. Se trata de determinar si concurren "razones fundadas" de constituir un peligro para la seguridad nacional."(FJ 5º). Por ello, la meritada sentencia transcribe parcialmente la **STS, Sec. 5.ª, 02/10/2008, RO 66/2006** en la que se estudió el concepto de "razones fundadas", para concluir que en el supuesto examinado: "(...) la interpretación de las "razones fundadas" establecidas en la Convención de Ginebra, en relación con la Ley de Asilo, no ha resultado infringida por la sentencia recurrida, pues el contenido de los informes ---nota informativa confidencial e informe del Centro Nacional de Inteligencia en relación con el informe de la instrucción--- revelan que no puede dispensarse el derecho de asilo, y la protección que comporta, cuando se realizan actividades incompatibles con esta institución de auxilio internacional. De modo que concurren, en los términos que valora la sentencia, razones convincentes, fundadas en un relato fáctico coherente, que revelan la peligrosidad concreta del recurrente en caso de permanecer en España, por constituir un riesgo real para la seguridad nacional. Esta circunstancia resulta irreconciliable con la confianza y certeza que ha de presidir las relaciones de un Estado democrático con sus ciudadanos." (FJ 6º) procediendo a continuación a desestimar el recurso interpuesto.

10. FUNCION PÚBLICA

10.1. Revisión por el tribunal calificador de las calificaciones asignadas a los aspirantes. El silencio de las bases no supone la prohibición de reclamar esa revisión, ni la de efectuarla.

La **STS, Sec. 7ª, 25/01/2010, RC 3798/2006**, puntualiza que los tribunales calificadoros de pruebas selectivas de ingreso en la función pública pueden salvar o subsanar aquellas de sus valoraciones que se demuestren equivocadas, sin verse vinculados por las calificaciones que asignen inicialmente, cuando ellos mismos, en uso de su propio criterio y sin que medien circunstancias que permitan pensar en que obran por razones ajenas al más correcto ejercicio de su función técnica, entiendan, con motivo de una reclamación, que se equivocaron en aquella apreciación y la rectifiquen. Advierte la Sala que sin discutir que las bases son la ley a la que se han de sujetar las pruebas selectivas, la falta de previsión expresa en ellas de un trámite como el apuntado no equivale necesariamente a su prohibición. En especial, cuando esa actuación no prevista expresamente se corresponde fielmente con el principal cometido del tribunal calificador: el de calificar las pruebas. Calificación que ha de ser la que los propios tribunales entiendan más ajustada a los merecimientos de los aspirantes que, constan, además, en este caso en ejercicios escritos, por lo que es posible, de ser necesario, contrastar su juicio definitivo con lo que estos reflejan. Desde este punto de vista y con la perspectiva que ofrecen los principios de mérito y capacidad, no parece que el silencio de las bases sea equivalente a una prohibición, más bien debe evitarse que el error del Tribunal en la apreciación de un ejercicio deje fuera del proceso selectivo a aspirantes que merecieran continuar en él. En definitiva, *“es cierto que las bases deben estar construidas de manera que aseguren el desarrollo del proceso selectivo en términos de objetividad para que sean seleccionados aquellos aspirantes que, en condiciones de igualdad, demuestren a lo largo del mismo su superior mérito y capacidad. Pero también deben ser interpretadas y aplicadas desde esos criterios para evitar que sus silencios u omisiones produzcan resultados que no sean conformes a ellos”*.

10.2. Prolongación en servicio activo del personal estatutario de los servicios de salud. Interpretación del artículo 26.2 de la ley 55/2003. No es acogible la doctrina legal reclamada de que la denegación de esa prolongación no necesita ser motivada.

La **STS, Sec. 7ª, 10/03/2010, RCIL 18/2008**, estudia la interpretación que debe darse al párrafo segundo del artículo 26.2 de la Ley 55/2003 y, más concretamente, si puede admitirse que la denegación de la prolongación en servicio activo hasta los setenta años no requiera una justificación especial por parte de la Administración con base en las necesidades del servicio, al aparecer prevista esta exigencia únicamente para los casos en que se conceda dicha prolongación. EL Tribunal Supremo concluye que tal criterio interpretativo no puede ser compartido porque dicho artículo 26.2 establece un criterio para determinar o decidir el contenido de la concreta resolución que debe adoptarse (para establecer si tal resolución ha de ser favorable o contraria a la solicitud del funcionario), mas no faculta para decidir libremente la denegación sin necesidad de una motivación sobre ella. Al contrario, la Administración tiene

que motivar su decisión sobre la prolongación solicitada, y tanto para aceptarla como para denegarla

10.3. *La rehabilitación solamente está prevista para las pérdidas funcionariales derivadas de condena penal. No procede en las que tengan su causa en una sanción disciplinaria.*

La **STS, Sec. 7ª, 03/02/2010, RCA 525/2007**, parte de la base de que la regulación general de la función pública limita la rehabilitación solamente a las pérdidas de la condición funcionarial que hayan derivado de condenas penales, no contemplando la misma posibilidad para los casos en que dicha pérdida haya derivado de una sanción disciplinaria. Y declara el Tribunal Supremo que ello responde a una clara voluntad legislativa de negar la posibilidad de rehabilitación en esos casos en que la pérdida de la condición funcionarial haya sido impuesta como sanción de naturaleza disciplinaria, por lo que no cabe sostener una aplicación analógica a estos últimos supuestos de lo previsto para los sancionados en sede penal. Se debe tal diferencia de trato a que *“la conducta penal, con independencia de la reprochabilidad que pueda merecer desde la perspectiva cívica de los intereses generales, puede ser totalmente ajena a la actividad funcionarial y no revelar por ello una ineptitud profesional en dicha condición; mientras que la pérdida funcionarial por una falta disciplinaria denota siempre la gravísima incapacidad profesional que significa el haber dejado de cumplir los principales deberes estatutarios que incumben al funcionario. Y esa es la razón por la que esta Sala viene atribuyendo a los expedientes de rehabilitación instados por quienes perdieron su condición funcionarial como consecuencia de una condena penal esta finalidad: indagar si el delito que motivó esa condena, por su lejanía con el cometido funcionarial, no justifica derivar de él necesariamente una incapacidad para la condición de funcionario”*. (FJ 4º)

10.4. *Utilización del contrato laboral especial de alta dirección por las entidades con personalidad jurídica propia dependientes de la Administración.*

En la **STS, Sec. 7ª, 24/3/2010, RC 4774/2006**, se ha abordado la posible suscripción por la Administración de dicha figura contractual, al hilo de su previsión en el art. 11 bis del Decreto 83/2004, de 23 de septiembre, del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, de modificación del Decreto 69/1997, de 21 de mayo, de Creación y Régimen Jurídico del Instituto Balear de la Naturaleza (IBANAT), en que se contemplaba la inclusión en dicha modalidad de uno de los puestos del organigrama de la entidad, los Coordinadores de Área. La Sala, confirmando la decisión del Tribunal de instancia, considera improcedente su previsión en aquel precepto, dada la disimilitud entre las funciones asignadas a los Coordinadores de Área y la definición de personal de alta dirección en el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la Relación Laboral de Carácter Especial del personal de Alta Dirección. Para ello, sale al paso de la incorrecta interpretación que por la Administración recurrente se hacía de la STS, Sala de lo Social, 2/4/2001 en el sentido de permitir a los entes públicos dependientes de la Administración con personalidad jurídica diferenciada, utilizar libremente

la relación laboral de carácter especial de personal de alta dirección. Por el contrario, en aquel caso se dio por válido el recurso al mismo pese a no cumplirse los requisitos establecidos en el art. 1.2 del Real Decreto 1382/1985 en cuanto a las características funcionales del personal de alta dirección, al estar prevista su utilización en la disposición final séptima de la Ley 31/1991, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1992, en lo relativo a los órganos de dirección de los centros sanitarios del INSALUD, esto es, en una norma con rango superior a aquella en que aparecen reguladas las características de la modalidad contractual. Fuera de aquellas circunstancias excepcionales, las entidades dependientes de la Administración habrán de estar a la norma que rige su utilización en nuestro Derecho, esto es, al Real Decreto 1382/1985.

11. PODER JUDICIAL. ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.

11.1. Atribución a los Jueces de Instrucción en servicio de Guardia de funciones correspondientes a otros órdenes jurisdiccionales. Artículo 42.5 del Reglamento de los Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales.

En la STS, Sec. 8ª, 06/10/2009, RCA 9/2008, la Sala, tras reconocer legitimación activa a los Jueces de Instrucción recurrentes al entender que la cuestión controvertida *“puede afectar de un modo directo y actual al contenido de las funciones a desempeñar por aquéllos cuando realizan el servicio de Guardia, al menos en la materialidad de la cantidad e intensidad del trabajo a desempeñar durante el servicio lo que se considera como un interés legítimo a proteger judicialmente”* (F.D. 3º), desestima el recurso interpuesto por aquéllos contra el Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, de 28 de noviembre de 2007, que modifica el artículo 42.5 del Reglamento 1/2005, de 15 de agosto, de los Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales.

Afirma la Sala que de lo dispuesto en los artículos 110.2, párrafos primero y segundo y apartado ñ); 501; 211 en relación con el 207, todos ellos de la Ley Orgánica del Poder Judicial, resulta que *“por directa regulación legal corresponde al CGPJ, la organización del servicio de guardia, y que la LOPJ, permite la sustitución de jueces de un orden jurisdiccional por otra de un orden diferente, cuando se agoten las posibilidades de sustitución entre ellos. De ahí que nada parece impedir que el CGPJ, a través del precepto reglamentario recurrido, puede atribuir a los Jueces de Instrucción, cuando realizan las Guardias, y en funciones de sustitución, algunas funciones que naturalmente y en principio corresponden a los de otros órdenes jurisdiccionales, en los casos que los jueces de este otro orden no pueden prestarlas, tal como ocurre en los casos del artículo 42.5 del Reglamento recurrido, en los que se trata de actuaciones inaplazables y urgentes, solicitadas por causa justificada, en días y horas inhábiles”* (F.D. 4º), sin que pueda concluirse por ello que el precepto en cuestión altere las competencias legalmente fijadas para los diferentes órdenes jurisdiccionales.

11.2. Suspensión Provisional de Magistrado derivada de la admisión a trámite de una querrela contra él por delito cometido en el ejercicio de sus funciones. Artículo 383.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En la STS, Sec. 8ª, 14/10/2009, Rca 466/2008, la Sala desestima el recurso interpuesto por un Magistrado contra el Acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial que, en aplicación del artículo 383.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, decretó su suspensión provisional al haberse admitido a trámite una querrela presentada contra aquél por un delito cometido en el ejercicio de sus funciones.

Manifiesta la Sala que la indicada suspensión aunque requiere, como presupuesto habilitante, que se haya iniciado una causa penal contra el Juez o Magistrado *“no es una consecuencia necesaria de la admisión de la querrela (...) pues lo que encarna es el otorgamiento al Consejo de potestad para adoptar una medida preventiva que venga exigida para el buen gobierno judicial. Y esa potestad consistirá en determinar si hay elementos que permiten razonablemente estimar que la continuidad del Juez o Magistrado, mientras se sigue el proceso penal iniciado en su contra, puede producir importantes daños al funcionamiento de la Administración de Justicia o comprometer gravemente la imagen que ésta debe proyectar sobre los ciudadanos para que no se quiebre la confianza social en los tribunales que debe existir para que adquiera eficaz virtualidad el modelo constitucional de Estado de Derecho”* (F.D. 4º). Considera, por ello, que la suspensión decretada no se apartó de las pautas de lo que debe ser considerado un válido criterio para su aplicación al estar referida la acción penal ejercitada contra el Magistrado a un expediente de adopción, actuación jurisdiccional que, siendo usual en el Juzgado de su titularidad, *“afecta a intereses que son muy importantes tanto para el menor como para la persona que pretende la adopción, al estar relacionados con necesidades que en lo afectivo y lo material son muy esenciales para sus vidas”* (F.D. 6º) y que impone que *“una vez formada la convicción sobre la necesidad de la medida, su adopción debe llevarse a cabo de manera inmediata, sin dilaciones, y no puede esperar a los trámites y preparativos que requiere la celebración de un Pleno del Consejo”* (F.D. 7º).

Afirma asimismo que la admisión de la querrela *“no significa por sí sola ninguna imputación jurisdiccional; esto es no comporta ningún juicio provisional de culpabilidad realizado por parte del Tribunal que conozca de la querrela”,* sino que *“es la constatación inicial de que la acción penal ejercitada, con independencia de que finalmente resulte o no fundada, está inspirada en un propósito serio y lícito y no responde a finalidades maliciosas”* (F.D. 3º) puesto que, en el caso de existir un acto jurisdiccional de imputación del Juez o Magistrado, lo que procedería sería la suspensión prevista en el apartado 2 del mismo precepto.

11.3. Promoción a la categoría de Magistrado del Tribunal Supremo. Motivación legalmente exigible al Consejo General del Poder Judicial en materia de nombramientos discrecionales.

En la **STS, Pleno, 23/11/2009, RCA 372/2008**, el Pleno de la Sala estima en parte el recurso y anula el Real Decreto 212/2008, de 8 de febrero, de promoción a la categoría de Magistrado del Tribunal Supremo, ordenando la reposición del procedimiento al momento anterior a la emisión por la Comisión de Calificación del Consejo General del Poder Judicial del informe previsto en el artículo 74 de su Reglamento de Organización y Funcionamiento a fin de que emita otro nuevo en los términos que la sentencia señala y, después, resuelva el Pleno del Consejo mediante resolución motivada.

La Sala, continuando la doctrina iniciada en sus sentencias de 29 de mayo de 2006 (rec. 309/2004) y 27 de noviembre de 2007 (rec. 407/2006) sobre los requisitos sustanciales y formales que, en materia de nombramientos discrecionales, debe observar el Consejo General del Poder Judicial para cumplir con la obligación legal de motivar sus actos, recuerda que es en el informe de la Comisión de Calificación donde se han de cumplir tales exigencias reflejando *“el criterio o criterios de mérito o capacidad profesional en virtud del cual o de los cuáles se va a establecer la preferencia para adjudicar la concreta plaza convocada; las fuentes de información utilizadas para comprobar en qué medida concurren en cada uno de los aspirantes esos méritos o capacidades profesionales, fuentes entre las que debe ocupar un lugar preferente un número significativo de resoluciones jurisdiccionales elaboradas por los peticionarios; y por qué singulares razones extraídas de su labor jurisdiccional y de sus actividades extrajurisdiccionales, se ha apreciado que los candidatos incluidos en la propuesta reúnen en mayor medida que los demás esos requisitos de mérito y capacidad profesional elegidos por el propio Consejo General del Poder Judicial para adjudicar la plaza”* (F.D. 8º).

Considera que en el caso concreto el informe no cumple con tales exigencias pues la igual valoración que hace de los méritos relacionados con la labor jurisdiccional de todos los aspirantes, de relevancia preponderante en los nombramientos para cargos jurisdiccionales y, en especial, para las plazas de Magistrado del Tribunal Supremo en que vienen constituidos por la *“solvencia y excelencia en el ejercicio de la función jurisdiccional”* (F.D.10º), no resulta válida a tal fin.

Explica en tal sentido que *“Su invalidez resulta de la falta de explicación de las razones por las que se ha llegado a esa conclusión, ya que (...) afirmar que las sentencias cuya calidad técnica se proclama están ‘motivadas’ o que son ‘fundadas’, es absolutamente insuficiente para cumplir las exigencias de motivación que la sentencia de 27 de noviembre de 2007 consideró imprescindibles, ya que la motivación es un requisito esencial de las sentencias, según prescribe el artículo 120 de la Constitución (...). Por otra parte, el informe no indica qué sentencias de las presentadas por los aspirantes incluidos en la terna le han parecido más significativas ni, en definitiva, lleva a cabo un estudio mínimo del trabajo jurisdiccional de los candidatos”,* concluyendo que *“falta aquí una precisa descripción de los méritos y perfil adecuados a la plaza y la expresión de las resoluciones que se han visto como decisivas para apreciar en quienes las elaboraron un superior mérito en la tarea jurisdiccional”* (F.D.10º).

Por ello afirma que la decisión del Consejo General del Poder Judicial no cuenta con la motivación necesaria al carecer el informe de la Comisión de Calificación de algunos de los elementos imprescindibles para fundamentar la propuesta sobre la que, después, decidió el Pleno, sin que tal ausencia conste compensada o suplida por su expresión en los debates plenarios.

11.4. Presidente de Audiencia Provincial. Motivación legalmente exigible al Consejo General del Poder Judicial en materia de nombramientos discrecionales.

En la STS, Sec. 8ª, 03 /02/2010, RCA 72/2005. La Sala, tras reconocer legitimación activa a la asociación de Jueces y Magistrados recurrente cuyo interés se concreta *“en el profesional de que los procedimientos para la designación de cargos judiciales discrecionales observen escrupulosamente los principios constitucionales de mérito y capacidad”* (F.D. 3º), desestima el recurso interpuesto contra el acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 17 de noviembre de 2004 por el que se nombró Presidente de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife al considerar que cumple los requisitos de motivación exigidos por la jurisprudencia de la Sala iniciada en la sentencia del Pleno de 29 de mayo de 2006, reiterada y perfilada en otras posteriores como la de 27 de noviembre de 2007 o la de 23 de noviembre de 2009.

El Tribunal afirma que el cargo concernido *“es fundamentalmente un puesto de dirección de la función jurisdiccional de un órgano colegiado, no diferenciado sustancialmente en este aspecto de lo que implica la Presidencia de una Sala de un Tribunal, aunque ciertamente con el añadido de que en el aspecto no estrictamente jurisdiccional la valoración de la aptitud también puede considerar el hecho de que una Audiencia Provincial se constituye en cabeza de un Tribunal orgánicamente independiente, en el sentido de no estar integrado en otro, como ocurre en el caso de las Salas y por eso con un razonable plus de funciones en las responsabilidades no estrictamente jurisdiccionales de su Presidente”* (F.D. 5º).

En este caso, a pesar de reseñar la inicial insuficiencia del informe emitido por la Comisión de Calificación del Consejo General del Poder Judicial, avala su contenido pues cumple con su función estrictamente material *“de expresar las razones de mérito y capacidad por las que se incluyen en la terna unos candidatos con exclusión de otros”* que, en este caso, queda claramente desdibujada al no venir obligada a hacer exclusión alguna – al ser sólo tres los candidatos y haber sido propuestos los tres como idóneos, sin preferencia alguna entre ellos y *“de asegurar el conocimiento por el Pleno de todas las condiciones y circunstancias relevantes de los que se someten a su consideración”* pues atendido el número de peticionarios afirma que es *“fácilmente accesible el examen de las condiciones profesionales de cada uno de ellos, no dándose la exigencia de excelencia profesional en el ejercicio de la jurisdicción como casi exclusivo dato relevante que hemos predicado para los supuestos en que el nombramiento sea de promoción a Magistrado del Tribunal Supremo y no apareciendo en los antecedentes de ninguno de ellos tacha o información desfavorable que justificase la exigencia de alguna argumentación*

complementaria para explicar su inclusión en la terna en condiciones de igualdad con los demás” (F.D. 5º).

Superadas las deficiencias formales del informe de la Comisión de Calificación se adentra la Sala en el análisis del debate del Pleno del que destaca *“la importancia que da al nivel de aceptación que tendría el candidato entre sus compañeros”*, considerando que *“indudablemente constituye un muy razonable parámetro a tener en cuenta por motivos tan obvios, evidentes y elementales que resulta innecesario desarrollar y que más bien produce extrañeza que en otras ocasiones sea ignorado por el Consejo”*. Concluye por ello que el nombramiento impugnado contiene una motivación coherente con criterios de mérito y capacidad referibles al puesto judicial que trata de cubrirse al fundarse *“en hechos y elementos perfectamente verificables y con referencia a circunstancias relacionadas con una comprobación razonada de que la aptitud de los candidatos para el cargo era suficiente”* (F.D. 6º).

11.5. Sanción disciplinaria impuesta a Magistrado por falta muy grave de retraso injustificado y reiterado en la resolución de procesos y causas. Principio non bis in idem. Compatibilidad con previa sanción por falta grave de retraso cuando persiste el incumplimiento.

La **STS, Sec. 8ª, 12/03/2010, RCA 359/2006**, desestima el recurso interpuesto por un Magistrado contra el Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial que le impuso la sanción de suspensión de funciones por tiempo de cuatro meses al considerarle autor de una falta muy grave de retraso injustificado y reiterado en la resolución de procesos y causas prevista en el artículo 417.9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Rechaza la Sala que el acuerdo impugnado vulnere el principio non bis in idem al sancionar las dos resoluciones sancionadoras que analiza, a partir de una misma realidad fáctica (ausencia de sentencia en determinados asuntos), conductas distintas. Así *“mientras el Acuerdo recaído en el expediente disciplinario (...) reprocha al Sr. (...) el retraso, general e injustificado, en la tramitación de los asuntos sometidos a su conocimiento, evidenciado en la visita girada por el Servicio de Inspección del CGPJ el 27 de enero de 2005, el Acuerdo hoy impugnado hace lo propio en atención a la persistencia de aquél transcurrido un año desde la visita de inspección, puesta de manifiesto en el informe emitido el 20 de febrero de 2006 por la Unidad Inspectora 10ª del CGPJ, en el expediente de seguimiento (...), que revela que la conducta viene referida a un periodo de tiempo distinto no contemplado en el primitivo acuerdo que, incoado el 21 de septiembre de 2005, concluyó, recordemos el 25 de abril de 2006 y en un aspecto nuevo –la ausencia de sentencia-, cuando se incoa el nuevo expediente (...), determinante de esta sentencia, con un plus de reproche derivado de la negativa consciente del Magistrado expedientado a dictar resolución”* (F.D. 6º).

Además estima que *“ambas sanciones son perfectamente compatibles pues, en otro caso, se llegaría a un resultado que debemos calificar como inasumible, esto es que, sancionado el titular de un órgano judicial por retraso en la resolución de unos determinados asuntos, resultara imposible cualquier*

otro reproche disciplinario en caso de que persistiera en tal actitud en esos mismos procedimientos, con la consiguiente afectación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos parte en aquéllos” (F.D. 6º).

11.6. Sanción disciplinaria impuesta a Magistrado por falta grave de retraso. Procedimientos de ejecución penal con pena privativa de libertad. Tramitación preferente sin necesidad de expresa previsión legal. Obligación personal del Magistrado de controlar el inicio del efectivo cumplimiento de la pena de prisión.

El Pleno de la Sala, en **STS de 20/04/2010, RCA 131/2009**, desestima los recursos contra el Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 23 de diciembre de 2008, que impuso a un Magistrado la sanción de multa en cuantía de 1.500 euros por la comisión de una falta grave de retraso del artículo 418.11 de la LOPJ -acaecido en un procedimiento de ejecución penal-, interpuestos respectivamente por el Magistrado sancionado y el Ministerio Fiscal.

La Sala, tras negar que la competencia atribuida al Secretario Judicial en materia de ejecución por el artículo 456.3.a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la redacción dada por la L.O. 19/2003, sea una competencia exclusiva y excluyente, desestima el recurso interpuesto por el Magistrado al entender acreditada la tipicidad de la conducta y la culpabilidad del recurrente.

Afirma el Pleno (F.D. 7º) que *“las penas privativas de libertad, en el artículo 25.2 de la CE, tienen constitucionalmente asignados unos fines dirigidos a la reeducación y reinserción social del delincuente, cuya orientación exige que su ejecución sea lo más inmediatamente posible al momento en que concurren los requisitos legalmente exigidos para iniciar su cumplimiento”* siendo precisamente ese carácter de la pena objeto de la ejecutoria y sus fines constitucionalmente asignados *“lo que impide al Juez penal, como se pretende en este caso, bajo el pretexto de haber ordenado proceder a su cumplimiento, desvincularse por completo de las incidencias que puedan acaecer en el procedimiento hasta su efectiva y real consumación, imponiéndole un específico deber de control (...), sin que pueda permanecer pasivo ni eximir completamente su responsabilidad en esta clase de asuntos el hecho de que no se le dé en particular cuenta de su estado ni le sea denunciado por ninguna de las partes o porque rebase los módulos de dedicación establecidos para el concreto órgano jurisdiccional al que sirve, razón por la que, en este concreto supuesto, estas circunstancias, a diferencia de lo apreciado por esta Sala en otras ocasiones, siempre referidas a un retraso en el dictado de resoluciones judiciales, no constituyen motivo bastante para excluir en absoluto la falta que se le imputa”.*

Concluye, en definitiva, que *“la actividad de control omitida tiene carácter jurisdiccional, por lo que también resulta imputable al Magistrado el retraso que se produjo en la tramitación de la ejecutoria, no sólo en cuanto no se consiguió el inicio del efectivo cumplimiento de la pena de prisión acordada hasta transcurridos dos años, dos meses y nueve días desde la incoación de la*

ejecutoria, lo que revela la trascendencia de la actividad retrasada, sino porque (...) se produjeron en ella dos paralizaciones temporalmente relevantes (...) que evidencian la falta de control que constituye el motivo del reproche y el carácter grave del mismo”.

Considera, asimismo, el Pleno que esa falta de supervisión de la ejecutoria resulta reprochable al Magistrado pues (F.D. 8º) *“no resulta razonable que (...) no tuviera tramitación especialmente atendida (...), cuando es así que acordada una pena de prisión y denegada la suspensión de su ejecución, la consecuencia es su ineludible cumplimiento”*, exigiendo la realización del valor “justicia” que las penas privativas de libertad, una vez firmes, se ejecuten de forma inmediata no sólo en orden a la real y eficaz satisfacción de los fines específicos de prevención que tienen encomendados, sino para evitar la quiebra de la confianza social en la eficacia del sistema judicial como instrumento de pacificación y resolución de conflictos, razones por las que *“la presencia de otros factores (reseñados en la sentencia) que contribuyeron al retraso finalmente producido no excluyen de forma absoluta la responsabilidad judicial”*.

La Sala rechaza asimismo el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal y, por tanto, que la conducta del Magistrado fuere constitutiva de una falta grave de desatención en el desempeño de sus funciones judiciales del artículo 417.9 de la LOPJ *“al faltar el dato de plena disponibilidad y conocimiento por el Magistrado de las incidencias temporales en la ejecución de la sentencia, al haber faltado la dación de cuenta que competía a la Secretaria”* destacando la pasividad que acompañó a la Fiscalía con respecto a la ejecutoria al considerar que *“(...) al igual que manifiesta en relación al Magistrado sancionado, el Ministerio Fiscal tiene una obligación clara de actuar en los procesos penales de ejecución, aun en el caso, como aquí ocurrió, de que no se le diera traslado del asunto con el fin de despachar un trámite concreto, pues tiene legalmente encomendada la misión de velar por que la función jurisdiccional se ejerza eficazmente (y dicha función se integra por las labores de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado) y de vigilar el cumplimiento de las resoluciones judiciales que afecten al interés público y social”* (F.D. 11º).

11.7. Responsabilidad patrimonial derivada de la anulación judicial del acuerdo adoptado por el Consejo General del Poder Judicial que impuso a un Juez la sanción de suspensión de funciones.

En **STS, Sec. 8ª, 18/05/2010, RCA 194/2009**, la Sala desestima el recurso interpuesto por un Magistrado contra el Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial que desestimó su reclamación de responsabilidad patrimonial en interés de que se le indemnizaran los daños sufridos como consecuencia de la imposición de una sanción disciplinaria de suspensión de funciones durante doce meses, posteriormente anulada por sentencia firme al apreciar caducidad en el expediente sancionador.

Indica la Sala que el procedimiento sancionador que fue seguido al recurrente no puede considerarse en sí mismo un acto lesivo capaz de generar la responsabilidad patrimonial reclamada pues carece de la “nota de

antijuridicidad” que resulta necesaria a tal fin y ello “porque el Consejo actuó en el marco de la actividad investigadora que le corresponde para ejercer debidamente la competencia que legalmente tiene atribuida sobre el régimen disciplinario de Jueces y Magistrados (artículo 107.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) que es, a su vez, manifestación de su función constitucional de gobierno del poder judicial (artículo 122.2 de la Constitución)” sin que además conste “que el expediente (...) fuera iniciado de una manera gratuita, injustificada o arbitraria” (F.D. 3º).

Afirma la Sala que tampoco puede apreciarse la existencia de esa lesión antijurídica en el hecho de la difusión o publicidad que ese expediente tuvo en los medios de comunicación considerando que *“es un hecho de verdadero interés público, que la ciudadanía tiene derecho a conocer, la forma en que el Consejo ejerce la actividad investigadora que es inherente a su función constitucional de gobierno cuando se producen denuncias sobre posibles comportamientos profesionalmente reprobables por parte de algún Juez o Magistrado; y la información (...) se mantiene dentro de los parámetros y límites constitucionales del artículo 20.1.d) CE: veracidad, interés público, proporcionalidad y adecuada ponderación en relación con los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen” (F.D. 4º).*

12.- PROPIEDADES ESPECIALES

12.1. Marcas. Delimitación del criterio jurisprudencial sobre el número de letras del alfabeto que pueden ser consideradas como tales a efectos del examen de parecidos.

La **STS, Sec. 3ª, 18/03/2010, RC 1164/2009**, en su FJ 8º, delimita el criterio jurisprudencial sobre el número de letras del alfabeto que pueden ser consideradas como tales a efectos del examen de parecidos. En algunas controversias, las partes intentaban minimizar el rigor del examen comparativo de los signos alegando que las marcas en cuestión consistían en letras del alfabeto, y por tanto registrables en cuanto a su presentación gráfica o tipografía, y compatibles con otras marcas consistentes en la misma o mismas letras si su presentación gráfica era diferenciable, ya que fonética y conceptualmente son irreivindicables. Las letras como símbolo alfabético se consideran un elemento necesario que debe poder ser utilizado sin limitaciones derivadas de derechos de exclusiva, pero era necesario concretar cuándo nos encontramos ante una o unas letras del alfabeto y cuándo, superando este concepto, estamos ante una composición denominativa a la que no le es aplicable la excepción de ser examinada a efectos comparativos, exclusivamente en su vertiente gráfica. Dice la sentencia:

«El enfoque desde el que debe analizarse el uso de "CHM" es el correspondiente no ya al uso general de las letras del alfabeto, más o menos aleatoriamente elegidas, sino a la utilización de las siglas. Afirmación que hacemos para salir al paso de las alegaciones del recurrente según el cual las marcas enfrentadas en este caso vienen compuestas por letras del alfabeto que en ningún caso serían monopolizables. Es cierto que nuestra jurisprudencia ha sentado el principio general de inapropiabilidad de las letras

del alfabeto, matizado al admitir que su especial representación gráfica sí resulta susceptible de protección registral. Doctrina mantenida, entre otras, en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1993 (que rechazaba precisamente el monopolio de la consonante "D" pero admitía, por el contrario, la viabilidad de una determinada marca que utilizaba dicha letra con una singular o especial disposición tipográfica) que debe aplicarse, como todas en esta materia extremadamente casuística, de manera cuidadosa y distinguiendo las diversas hipótesis posibles. No son lo mismo, en efecto, las marcas limitadas a una sola letra del alfabeto (a las que aquella doctrina es plenamente aplicable) o, en ciertos casos, a parejas de letras, que las compuestas por combinaciones de letras constitutivas de unidades fonéticas más amplias. En estos últimos supuestos, trátase de siglas -esto es, palabras formadas por el conjunto de letras iniciales de una expresión compleja- o de acrónimos, en cuanto modalidad de siglas que se pronuncian como una palabra, las iniciales pueden agruparse para formar un conjunto que se configura, válidamente, como el elemento diferenciador de la marca. La invocación de nuestra sentencia de 21 de enero de 1993 (y de otras análogas ulteriores) sería pertinente, pues, si las marcas ahora en liza se limitasen a una o dos letras y el debate girase sobre sus diferencias tipográficas, como en aquel caso ocurría. Como ello no es así y los signos enfrentados coinciden en el uso de las siglas "CHM", no resulta aplicable a este supuesto la jurisprudencia a cuyo tenor "no cabe jurídicamente monopolizar en exclusiva, desde el punto de vista fonético, determinadas letras del abecedario, ya que lo único monopolizable de las mismas es el aspecto original y especial del grafismo con que la letra se presenta". Aquel criterio jurisprudencial, repetimos, no incluye como "letras del alfabeto" cualquier combinación de letras sino tan sólo las aisladas -en algún caso, incluso las parejas de letras- pero no las secuencias más complejas, siglas o acrónimos que constituyan los elementos denominativos del signo.»

13. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

13.1. Responsabilidad patrimonial del Estado por retrasos indebidos del Tribunal Constitucional en la decisión de un incidente de recusación formulado en un recurso de amparo

La **STS, Pleno, 26/11/2009, RCA 585/2008**, analiza el recurso interpuesto contra un acuerdo del Ministerio de Justicia, por el que se comunica al recurrente que su reclamación por responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal del Tribunal Constitucional ha sido remitida a ese Tribunal, debido a la falta de competencia del Ministerio de Justicia para conocer de ese asunto, y contra el acuerdo del Tribunal Constitucional por el que se comunica al mismo recurrente que "el Tribunal Constitucional no cuenta con habilitación legal para conocer de la reclamación de la que se nos ha dado traslado". Previamente el TS declaró expresamente la competencia para conocer de este proceso, y tanto respecto al acto procedente del Tribunal Constitucional como del Ministerio de Justicia, puesto que de otro modo se rompería la continencia de la causa.

La primera cuestión que analiza el Pleno versa sobre *“si el principio general de responsabilidad de todos los poderes públicos que proclama y garantiza el artículo 9.3 CE alcanza o no al Tribunal Constitucional, por no haber sido desarrollado por el legislador ordinario este precepto en cuanto a dicho Tribunal y no resultar de aplicación lo dispuesto en el Título V del Libro III de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al no estar integrado el Tribunal Constitucional entre los órganos de la Administración de Justicia a que se refieren los preceptos contenidos en ese título”*. Partiendo de un análisis del artículo 9.3 de nuestra norma fundamental que *“constitucionaliza unos principios generales del derecho, entre ellos el de la responsabilidad de los poderes públicos, que tienen una virtualidad inmediata en cuanto constituyen las bases sobre las que se estructura todo el sistema jurídico político que la Constitución diseña. Como todo principio general del derecho, el de responsabilidad de los poderes públicos despliega la triple funcionalidad de representar uno de los fundamentos del ordenamiento jurídico, servir como criterio orientador en la labor interpretativa y poder ser utilizado como fuente de derecho supletoria en caso de inexistencia o insuficiencia de la regulación legal”*, y reconociendo que *“la garantía que el principio de responsabilidad de los poderes públicos representa permite al legislador un cierto margen en el momento de su concreción, en atención al poder público de quien se predique”*, concluye que *“la ausencia de regulación legal no puede significar un espacio inmune frente a las reclamaciones de los que hayan sufrido un daño, cuando los tribunales pueden detectar, sin riesgo alguno de que ello suponga suplantar la labor del poder legislativo, que la acción ejercitada se enmarca en el núcleo indisponible que resulta del artículo 9.3 CE, en el cual se incluyen sin duda alguna, los daños causados por un funcionamiento de los poderes públicos ajeno a lo que debe considerarse un comportamiento regular”* y por tanto que *“del artículo 9.3 CE deriva una garantía para el particular de ser resarcido por toda lesión que le haya causado una actuación del Tribunal Constitucional que pueda considerarse irregular, pero en cambio de ese precepto constitucional no se deriva en modo alguno que la Administración pueda repetir contra un miembro de ese Tribunal si se considerase que la actuación del mismo pudiera calificarse como dolosa o gravemente culposa... Por el contrario, sí deriva directamente del artículo 9.3 CE que el Estado debe responder por los daños que los particulares hayan sufrido como consecuencia de las dilaciones en que el Tribunal Constitucional haya incurrido al resolver algún recurso de amparo interpuesto por ellos, si esas dilaciones pueden calificarse como indebidas”* (FJ 5º).

Una vez reconocida la posibilidad de exigir responsabilidad por daños antijurídicos causados por el Tribunal Constitucional, la segunda cuestión que analiza la sentencia (FJ 6º) versa sobre la determinación órgano que debe pronunciarse sobre la reclamación formulada: *“dada la imposibilidad de adscribir ni directa ni indirectamente el Tribunal Constitucional a algún departamento ministerial en concreto y en ausencia de regulación legal parece lógico considerar que las reclamaciones deber ser resueltas por el órgano que representa al Poder Ejecutivo a su máximo nivel, como hemos apreciado para decidir que precisamente el Consejo de Ministros es el órgano competente para resolver las reclamaciones por responsabilidad patrimonial del Estado por actos normativos del Poder Legislativo. En efecto, hemos declarado repetidamente*

(sentencias de 8 de enero de 1998 y 20 de abril de 2007, entre otras) que "... corresponde al Consejo de Ministros como órgano que encarna al mayor nivel el Poder Ejecutivo y por tratarse de una responsabilidad resultante no de una actividad de la Administración sino de un acto legislativo no atribuible a ningún departamento ministerial". Esta ha sido la solución que ha adoptado el artículo noveno de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, que añade un apartado 5 al artículo 139 LPAC, con la siguiente redacción: "El Consejo de Ministros fijará el importe de las indemnizaciones que proceda abonar cuando el Tribunal Constitucional haya declarado, a instancia de parte interesada, la existencia de un funcionamiento anormal en la tramitación de los recursos de amparo o de las cuestiones de inconstitucionalidad. El procedimiento para fijar el importe de las indemnizaciones se tramitará por el Ministerio de Justicia, con audiencia del Consejo de Estado".

Finalmente, en cuanto a la cuestión de fondo planteada que "se concreta en determinar, por un lado, si el Tribunal Constitucional ha incurrido en dilaciones indebidas al resolver el recurso de amparo ... y, de otro, si dicha actuación del Tribunal Constitucional le ha ocasionado algún daño susceptible de reparación", aún reconociendo que "el recurso de amparo interpuesto por el recurrente no fue resuelto en un plazo razonable, al haber sufrido la tramitación del incidente de recusación formulado por él una paralización que no puede considerarse justificada, atendidas las circunstancias", -cuestión que permite al Pleno realizar una discreción sobre las dilaciones indebidas-, no se reconoce derecho a indemnización pues "una cosa es que el Tribunal Constitucional haya incurrido en una dilación indebida y otra muy distinta que ello determine automáticamente el derecho a una indemnización por parte del que la ha sufrido. Para que ello sea así es preciso, como sucede en todo supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración, según ha declarado esta Sala en una doctrina tan repetida y conocida que no requiere una cita mas precisa, que el que reclama acredite la producción de un daño efectivo y que esa lesión pueda considerarse causalmente determinada por ese funcionamiento anormal del Tribunal Constitucional, y estas condiciones no concurren en los daños cuya reparación el demandante pretende de la Administración General del Estado" (FJ 8º).

13.2. Responsabilidad patrimonial del Estado por anormal funcionamiento de la Oficina del Defensor del Pueblo

La STS, Pleno, 27/11/2009, RCA 603/2007, descarta que el acto recurrido - resolución de la Comisión de Peticiones del Congreso de los Diputados que acuerda el archivo en relación a la reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración pública por el anormal funcionamiento del servicio público de la Oficina del Defensor del Pueblo- no sea susceptible de control jurisdiccional por su carácter de acto político parlamentario, como pretendía el Congreso de los Diputados, trayendo a colación lo resuelto en el auto de la Sección Primera de la Sala Tercera de fecha 25 de septiembre de 2007, que resolvió la cuestión de competencia número 34/07, declarando que correspondía al TS conocer del asunto: "como

se razona en el auto, la responsabilidad patrimonial es siempre una actividad típica de “administración”, siendo el tema debatido el de la «responsabilidad patrimonial contra la actividad administrativa desarrollada por el Defensor del Pueblo». Esta última afirmación trae implícitamente a colación el artículo 2.e) de la propia Ley jurisdiccional, conforme al que, cualquiera que fuere la calificación que se otorgue a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, el conocimiento de los litigios que se susciten en torno a la misma corresponde siempre a nuestra jurisdicción. De este modo, en la medida en que los órganos constitucionales que se enuncian en el artículo 1.3.a) [entre los que se cuentan el Congreso de los Diputados y el Defensor del Pueblo] se reputan “Administración” a los efectos de la revisión judicial de los actos y disposiciones que produzcan en los ámbitos que menciona, pues participan de la misma sustancia que los propios de una Administración pública («no sólo la Administración administra»), la eventual responsabilidad derivada de la actividad desenvuelta en dichos ámbitos, de los que forma parte, sin mayor precisión, la “administración”, ha de ventilarse ante esta jurisdicción” (FJ 3º).

La STS analiza (FJ 4º) “si el Defensor del Pueblo puede ser centro de imputación de la responsabilidad del Estado, de modo que este último deba resarcir a los ciudadanos que sufran alguna lesión antijurídica por el funcionamiento de los servicios de aquel comisionado parlamentario”. Partiendo, al igual que hizo la STS de 26 de noviembre de 2009, al analizar la eventual responsabilidad del Tribunal Constitucional, del artículo 9.3 de la Constitución, se dice lo siguiente: “[...] no hay en nuestro sistema constitucional ámbitos exentos de responsabilidad. El Estado está obligado a reparar los daños antijurídicos que tengan su origen en la actividad de los poderes públicos, sin excepción alguna. No sólo por las actuaciones del poder ejecutivo (artículo 106.2 de la Constitución), sino también por las del judicial (artículo 121) y las del legislativo [sentencias del Pleno de esta Sala de 25 de septiembre (recurso 144/86, FJ 4º), 7 de octubre (recurso 142/86, FJ 4º) y 19 de noviembre de 1987, (recurso 141/86, FFJJ 7º y 8º) entre otras], alcanzando a todo órgano constitucional, incluido el máximo intérprete de la Norma Fundamental, según resolvemos en el día de hoy en la sentencia dictada en el recurso de casación 585/08. Las únicas excepciones son las que la propia Constitución contempla (v.gr.: la persona del Rey –artículo 64.2–) y aquellas otras que puedan prever las leyes que la desarrollan.

Ciertamente, la garantía que el principio de responsabilidad de los poderes públicos comporta permite al legislador un margen de maniobra en cuanto a su concreción, en atención al poder público del que se predique. No puede recibir el mismo tratamiento la responsabilidad de unas organizaciones serviciales, sometidas plenamente a la ley y al derecho (artículo 103.1 de la Constitución), como son las Administraciones públicas, que la que pueda emanar de los actos de los poderes legislativos, que representan directamente al pueblo y, por lo tanto, esencialmente soberanos (artículo 66 de la Constitución), con un gran libertad de configuración, sin más límites que la Constitución y, en su caso, los Estatutos de Autonomía; de igual modo, ha de responder a pautas propias el diseño de la responsabilidad de un poder disperso como el judicial, sustentado en la independencia de sus miembros para garantía de los

justiciables y en su exclusivo y total sometimiento a la ley, empezando por la primera de ellas, la Constitución (artículo 117.1 de la misma), y que constituye un pilar central en la realización de la seguridad jurídica, consagrado también como principio constitucional en el artículo 9.3 de la Carta Magna. [...] Ahora bien, aquel margen de maniobra que se reconoce al legislador no autoriza, por lo dicho, a concluir que si se abstiene de regular la responsabilidad de un determinado poder o de un servicio haya querido crear un espacio inmune a las reclamaciones de los que sufran daños por su actuación, pues tal entendimiento queda impedido por la cláusula general del artículo 9.3 de la Constitución. En esa tesitura, si los tribunales detectan la existencia de una lesión antijurídica que deba resarcirse, así lo deben declarar, sin riesgo alguno de suplantar la labor de los legisladores, pues la acción ejercitada se enmarca en el núcleo indisponible que resulta del artículo 9.3 de la Constitución”.

Realizadas estas reflexiones previas el Pleno ratifica la consecuencia directa que deriva del citado artículo 9.3 CE y que no es otra que “*el mencionado precepto constitucional ofrece a los ciudadanos una garantía para resarcirse de toda lesión que les cause la actuación del Defensor del Pueblo en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas. Además, en el caso de esta institución, creada por el artículo 54 de la Constitución, la aplicación del principio general de responsabilidad de los poderes públicos fluye con toda normalidad habida cuenta de la tarea que se le ha encomendado. En su condición de comisionado de las Cortes Generales tiene como función nuclear la de defender los derechos de los ciudadanos incluidos en el título I de la Constitución, a cuyo efecto supervisa la actividad de la Administración. Esta supervisión se desenvuelve mediante la iniciación y el impulso, de oficio o a petición de parte, de las investigaciones conducentes al esclarecimiento de los actos y resoluciones de la Administración pública y de sus agentes en relación con los ciudadanos a la luz del artículo 103.1 de la Constitución. A tal fin, sus atribuciones alcanzan a los ministros, autoridades, funcionarios y cualquier persona que actúe al servicio de las administraciones públicas (artículos 1 y 9 de la Ley Orgánica 3/1981).*

Siendo así, estando justificada su existencia por la defensa de los derechos constitucionales de los ciudadanos frente a la actividad de la Administración, a la que supervisa, su ocupación entronca directamente con esa actividad, observándola con los lentes que le proporcionan los principios a que, conforme al artículo 103.1 de la Constitución, debe ajustarse la Administración cuando actúa. Desde esta perspectiva, su función se presenta como una prolongación natural de la tarea administrativa para la defensa de los derechos ciudadanos, sugiriendo, cuando fuere menester, la adopción de las medidas oportunas a fin de enderezar el proceder torcido o inadecuado de la Administración, formulando las advertencias, las recomendaciones y los recordatorios necesarios a tal fin (artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981). Presenta así una dimensión «prestacional» que autoriza a incluir esta institución en la cláusula general del artículo 106.2 de la Constitución. La jurisprudencia comunitaria, en relación con las funciones del Defensor del Pueblo Europeo, que cumple respecto de las instituciones de Unión la misma tarea que el nuestro para la Administración doméstica [véase el artículo 195 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (texto consolidado publicado en

el Boletín Oficial de la Unión Europea, serie C, número 321 E, de 29 de diciembre de 2006)], y teniendo a la vista el artículo 288, párrafo 2º, del propio Tratado, donde se proclama la responsabilidad extracontractual de la Comunidad, que habrá de declararse «de conformidad con los principios generales comunes a los derechos de los Estados miembros», ha dejado sentado que la actividad de aquel mediador puede ser determinante de esa responsabilidad, naciendo para los afectados el derecho a la reparación [sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de marzo de 2004, Médiateur/Lamberts (asunto C-234/02 P, apartado 52) y sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 10 de abril de 2002, Lamberts/Médiateur (asunto T-209/00, apartado 57), y 24 de septiembre de 2008, M/Médiateur (asunto T-412/05, apartados 101 y siguientes)].” (FJ 5º)

13.3. Responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado por los daños ocasionados por la actuación de la CNMV con respecto a Gescartera: nexo causal: en los supuestos en que la producción del daño se atribuye a una inactividad u omisión, es preciso demostrar que sobre la Administración pesaba un deber jurídico de actuar o, en su caso, de hacerlo antes del momento en que lo hizo.

La STS, Sec. 6ª, 01/06/2010, RC 93/2006, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra sentencia de la Audiencia Nacional que a su vez desestimó el recurso interpuesto contra desestimación presunta del Ministerio de Economía de reclamación de responsabilidad patrimonial por las pérdidas económicas sufridas como consecuencia de lo que, para los recurrentes, había sido una incorrecta actuación de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (en adelante, CNMV) en relación con lo que denominaron "desfase patrimonial o "agujero" de la agencia de valores Gescartera Dinero AV S.A. En esta sentencia se traen a colación los pronunciamientos de fechas 16 de mayo de 2008, RC nº 7953/2003 y de 27 de enero de 2009, RC nº 5921/2004, ambos de la Sección 6ª de esta Sala, que tratan de supuestos de exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración por la inactividad o retraso de un órgano de control, como es la Comisión Nacional del Mercado de Valores, en el ejercicio de sus funciones y facultades, teniendo en cuenta, para ello, el marco jurídico en el que se desenvuelven las operaciones y actuaciones de las que deriva el daño o perjuicio cuya reparación se pretende.

La citada STS concluye lo siguiente: “Como tuvo ocasión de explicar pormenorizadamente la sentencia de esta Sala de 16 de mayo de 2008, también relativa a una reclamación de responsabilidad de la Administración por una pretendida actuación tardía de la CNMV, en los supuestos en que la producción del daño se atribuye a una inactividad u omisión, es preciso demostrar que sobre la Administración pesaba un deber jurídico de actuar o, en su caso, de hacerlo antes del momento en que lo hizo. Pues bien, habida cuenta de que en el presente caso, como ha quedado expuesto más arriba, la actuación de la CNMV no puede ser tachada de intempestiva ni, más en general, de inadecuada, es claro que no cabe objetivamente imputar el daño sufrido por los recurrentes a la Administración. En otras palabras, no existe nexo causal entre la omisión de unas determinadas decisiones, que la CNMV

no estaba obligada a tomar en el momento que señalan los recurrentes, y la pérdida patrimonial padecida por éstos.” (FJ 7º)

13.4. Distinción entre la causa del accidente y la causa del concreto y específico resultado lesivo: carácter cortante de las biondas instaladas en carreteras y autovías. Accidente de motorista, circulando a velocidad inadecuada: pierna cortada por la bionda de la autovía.

La STS, Sec. 6ª, 01/12/2009, RC 3381/2005, es la primera que se pronuncia sobre el carácter cortante de las biondas instaladas en carreteras y autovías. Esta sentencia casa la de instancia que desestimó la demanda, por inexistencia de nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y la lesión sufrida por el recurrente, al entender que el accidente circulando en motocicleta fue debido sólo a la velocidad inadecuada con que circulaba el recurrente.

La Sala concreta las circunstancias del caso: *“circulando a velocidad inadecuada por una autovía en correcto estado y con buena visibilidad, la motocicleta del recurrente patinó en un lugar mojado, lo que provocó su caída y choque contra la valla de la mediana; ésta última era una bionda, así denominada por estar formada por una plancha metálica con forma de doble onda; el impacto con la bionda, que por su propia conformación puede tener un efecto cortante, según la pierna izquierda del recurrente”* y a continuación declara haber lugar a responsabilidad de la Administración diferenciando entre la causa del accidente, -velocidad inadecuada-, y el origen de la lesión sufrida, -la valla bionda-, derivando de éste último el nexo causal: *“Pues bien, teniendo en cuenta todos estos datos, hay que dar la razón al recurrente: la velocidad inadecuada –no las características de la autovía- fue la causa del accidente; pero la concreta y específica lesión padecida no se habría producido si la valla de la mediana hubiera sido de un tipo distinto. La caída y el impacto con una valla de otro tipo le habrían podido ocasionar seguramente otras lesiones, tales como traumatismos diversos, quizá incluso más graves que el corte de la pierna izquierda. Pero es innegable que esto último no habría podido ocurrir con una valla de otro tipo. Así las cosas, aunque la causa del accidente fue la velocidad inadecuada, la causa de la concreta y específica lesión fue la existencia de una bionda: mientras que la velocidad inadecuada es imputable al recurrente, la existencia de la bionda lo es a la Administración. Ello implica la existencia de un nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño, por lo que este segundo motivo del recurso de casación debe prosperar y la sentencia impugnada debe ser anulada”* (FJ 5º).

14.- TRÁFICO Y SEGURIDAD VIAL.

14.1. Profesores de Formación Vial. Título expedido en Irlanda sin carácter oficial.

La STS, Sec. 5ª, 16/03/2010, RC 7466/2005, declara conforme a Derecho la denegación de la homologación del título de Instructor de

Conducción, expedido en Irlanda, por el título español de Profesor de Formación Vial. Considera la Sala que a tal efecto es necesaria una titulación oficial, aspecto que no tiene el título aportado por el recurrente, porque en Irlanda el Registro de Profesores de Conducción es una entidad privada y no un organismo del Gobierno del citado país.

15. URBANISMO Y MEDIO AMBIENTE.

15.1. Medio ambiente

15.1.1. Reglamento de desarrollo y ejecución de la Ley de Prevención y Control Integrados de la Contaminación.

La **STS, Sec. 5ª, 21/10/2009, RCA 138/2007**, declara la conformidad a Derecho del Real Decreto 509/2007, de 20 de abril, por el que se aprobó el Reglamento para el desarrollo y ejecución de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación, en cuanto inserta el trámite de información pública del procedimiento de “evaluación de impacto ambiental” sustanciado por la Administración del Estado, en el de la “autorización ambiental integrada” tramitado por la Administración autonómica. Ello, señala, no es sino consecuencia de lo establecido en los artículos 3. 2 y 4 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, y 6 de la Ley 16/2002, de 1 de julio, en aras de una eficaz colaboración entre las Administraciones Públicas, dado que es razonable que el órgano estatal competente para autorizar el proyecto, en el que resulta necesario un estudio de impacto ambiental, remita éste, junto con una copia completa de toda la documentación que forma parte de la solicitud de autorización del proyecto, para que el órgano de la Comunidad Autónoma, competente para otorgar la autorización ambiental integrada, lo someta a información pública conjuntamente, único modo de dar cumplimiento a lo establecido en el citado artículo 16.2 de la Ley 16/2002, de 1 de julio, que establece un periodo de información pública común para todos los procedimientos cuyas actuaciones requieren la autorización ambiental integrada incluidos los procedimientos de autorizaciones sustantivas de las industrias.

15.1.2. Reserva de dominio público marítimo terrestre para la creación de un parque empresarial en la Bahía de Cádiz. Nulidad por falta de motivación.

La **STS, Sec. 5ª, 19/10/2009, RCA 446/2007**, anula el Acuerdo del Consejo de Ministros que declaró zona de reserva 287 hectáreas de suelo de dominio público marítimo terrestre en Puerto Real (Cádiz) para la ejecución de un parque empresarial, logístico e industrial, así como el convenio suscrito entre el Estado y la Junta de Andalucía para la constitución del consorcio de actividades logísticas, empresariales, tecnológicas, ambientales y de servicios de la Bahía de Cádiz. Considera que la reserva demanial impugnada no concretó debidamente los fines específicos justificativos de su constitución.

Fines que no pueden ser absolutamente incompatibles con la preservación del dominio público. Tampoco localizó el emplazamiento de las obras y usos determinados a los que se pretendían dedicar los terrenos demaniales; ni precisó la duración de la reserva, desatendiendo su naturaleza esencialmente temporal. Y, en fin, no justificó, con el mínimo rigor exigible, que las instalaciones y usos que se pretendían asentar en el dominio público carecían, por su propia naturaleza, de cualquier otra posible ubicación, omitiendo un estudio de alternativas. Insiste así la sentencia en que la declaración de la reserva no puede llevar a ignorar los fines que, según mandato del legislador, debe perseguir la actuación administrativa sobre el dominio público marítimo-terrestre (artículo 2 de la Ley de Costas); pues si bien la declaración de reserva comporta una modulación del régimen ordinario de protección, la reserva no puede ser declarada en términos tales que suponga necesariamente la destrucción de las características naturales del terreno hasta el punto de hacer inviable su recuperación, cerrando así, de manera definitiva, toda posibilidad de retorno a la situación anterior. La preservación y protección del dominio público marítimo-terrestre es un valor prevalente, de manera que la actuación administrativa sobre el mismo debe tender, entre otros fines, a asegurar su integridad y a su adecuada conservación y protección (artículo 2.a/ de la Ley de Costas). Por tanto, difícilmente puede encontrar amparo en ese precepto una actuación que no resulta conciliable con la naturaleza y fines propios del dominio público marítimo-terrestre.

15.1.3. Instrumentos de planificación portuaria. La ampliación de un puerto de interés general del Estado mediante extensos rellenos sobre el mar requiere de la previa aprobación del Plan de Utilización de los Espacios Portuarios, así como de la correspondiente evaluación ambiental.

La **STS, Sec. 5ª, 30/10/2009, RC 3371/2005** anula el Plan Especial de ordenación del Puerto de Marín (Pontevedra) tras constatar que, “*pese a su naturaleza estrictamente urbanística, pretende en realidad planificar y legitimar por sí una ampliación muy significativa del espacio portuario, sobre terrenos ganados al mar mediante la ejecución de rellenos y nuevos muelles (...) en un espacio de alto valor medioambiental y ecológico como es la Ría de Pontevedra*”. Y ello con omisión del preceptivo procedimiento de evaluación ambiental y sin la previa aprobación del Plan de Utilización de los Espacios Portuarios, instrumento de planificación portuaria que, junto con el Plan de Infraestructuras, constituye presupuesto necesario de la obra en cuestión.

15.1.4. Prohibición de construcción de “pantallas arquitectónicas” en la zona de influencia de costas.

Las **SSTS, Sec. 5ª, 25/09/2009, RC 553/2005; y 27/11/2009, RC 7100/2005** confirman la anulación de varios instrumentos de planeamiento urbanístico, así como de las licencias de obras dictadas en su ejecución para la construcción de 500 viviendas en edificios de 4 plantas en Sada (A Coruña), por crear una “*pantalla arquitectónica*” en la zona de influencia de costas (franja de 500 metros en línea perpendicular a la ribera del mar), con grave

menoscabo del paisaje. Considera el Tribunal Supremo en ambas sentencias que el artículo 30.1.b) de la Ley de Costas prohíbe, cumulativamente, que en el suelo urbanizable dentro de la referida zona se construya, tanto por encima de la edificabilidad media de esa clase de suelo en el término municipal, como creando "*pantallas arquitectónicas*". Concepto jurídico indeterminado este último que define como: "*interponer o intercalar una barrera artificial edificatoria entre el mar y el entorno (...), ajena y extraña a los elementos naturales propios de la zona de influencia y a su configuración natural. Debe suponer un obstáculo para la protección del valor del paisaje, rompiendo su armonía. Y, en fin, comportar una intromisión insoportable en los equilibrios naturales*". -

15.1.5. Prevalencia de los planes de ordenación de los recursos naturales sobre los planes urbanísticos. La clasificación de una finca como suelo urbanizable no impide su posterior inclusión en el ámbito del PORN

La **STS, Sec. 5ª, 13/11/2009, RC. 3511/2005** incide en que los planes de ordenación de los recursos naturales (PORN) son instrumentos de planificación medioambiental que prevalecen sobre los planes urbanísticos. El hecho de que una sentencia judicial firme obligue a clasificar en el plan urbanístico una determinada finca como suelo urbanizable no impide que un PORN posterior la incluya luego en su ámbito de actuación como suelo protegido en atención a sus características naturales debidamente justificadas, como ha ocurrido en el presente caso. Afirma en este sentido la sentencia que la pendencia judicial sobre la clasificación urbanística prevista para aquellos terrenos por las Normas Subsidiarias -NNSS - de Planeamiento únicamente podía surtir efectos en el ámbito en el que dicha controversia se produjo, el urbanístico, y respecto de la actuación administrativa entonces recurrida, la aprobación de las NNSS, pero dejaba indemne el posterior ejercicio de las potestades-deberes otorgadas por la Ley a la Administración Medio Ambiental, materializadas en la tramitación y aprobación del PORN y en el superior rango jerárquico de éste respecto de la planificación urbanística.

15.1.6. Traspase de agua por el acueducto Tajo-Segura con destino a regadíos y abastecimiento de población. Motivación suficiente, derivada de informes obrantes en el expediente.

La **STS, Sec. 5ª, 14/06/2010, RCA 166/2008**, confirma el acuerdo del Consejo de Ministros que autorizó un traspase de agua desde la cabecera del Tajo para el riego y abastecimiento humano de varios municipios de las provincias de Murcia y Almería. Constata que la aprobación del traspase se rige exclusivamente por normas estatales y no autonómicas, al "*tratarse de una cuenca intercomunitaria*", no necesitando por ello de la evaluación de impacto ambiental exigida en la legislación de Castilla La Mancha. También que el acto impugnado se ha motivado debidamente, pues a pesar de que las razones de la decisión son primordialmente fácticas y deberían quedar recogidas en su texto para cumplir con exactitud y rigor lo establecido concordadamente en los artículos 54.1 f) y 89.3 LRJ-PAC, no se puede negar que en el expediente tramitado al efecto obran numerosos informes de distintos órganos

administrativos y de otras organizaciones o entidades que justifican o explican el acuerdo de trasvasar sesenta y nueve hectómetros cúbicos de la cabecera del río Tajo con destino al abastecimiento de poblaciones (37'8 Hm3) y a regadíos (11 Hm3), lo que permite de forma clara y suficiente a la Administración autonómica demandante conocer las razones de tal decisión.

15.1.7. Anulación de Real Decreto de medidas extraordinarias para corregir los efectos de la sequía en determinadas cuencas hidrográficas.

La **STS, Sec. 5ª, 24/11/2009, RCA 11/2006** declara la nulidad de pleno derecho del Real Decreto 1419/2005, de 25 de noviembre, por el que se adoptaron medidas administrativas excepcionales para la gestión de los recursos hidráulicos y para corregir los efectos de la sequía en las cuencas hidrográficas de los ríos Guadiana, Guadalquivir y Ebro. Considera que dicho Real Decreto *“reviste la naturaleza de una disposición general, (...) porque regula la tramitación de los procedimientos, las salvedades al carácter no indemnizable de las medidas adoptadas y el régimen sancionador”*. Y lo anula tras concluir, en primer lugar, que debió concederse antes de su aprobación un trámite de audiencia a las Confederaciones Hidrográficas afectadas. En segundo, que se omitieron el preceptivo informe del Ministerio de Administraciones Públicas y el dictamen del Consejo de Estado. Y, en último lugar, que la memoria económica no pasa de ser una fórmula vacía de contenido, que impide conocer, ni por aproximación, el coste estimado de las medidas excepcionales a adoptar.

15.1.8. Sanción por vertido de aguas residuales. La valoración del daño causado al dominio público hidráulico debe efectuarse conforme a unos criterios generales previamente establecidos.

La **STS, Sec. 5ª, 01/02/2010, RCA 462/2007** anula la sanción impuesta por el Consejo de Ministros a una entidad concesionaria de los servicios de suministro y saneamiento de agua por la emisión indebida de vertidos contaminantes a un arroyo. Incide en que la valoración del daño causado al dominio público hidráulico efectuada en la resolución impugnada debió calcularse a partir de unos criterios técnicos generales previamente fijados conforme a lo exigido en la legislación sectorial de aguas. La carencia de ese presupuesto esencial de la valoración privó a la realizada de efecto alguno, lo que obliga a calificar la infracción cometida como “menos grave”, con la consiguiente reducción de la sanción, de la multa de 300.506'06 euros impuesta, a la de 6.010'12 euros.

15.1.9. Anulación del estudio informativo del proyecto de un tramo de la línea ferroviaria de alta velocidad Madrid-Murcia.

La **STS, Sec. 3ª, 22/06/2010, RCA 4876/2007** confirma la anulación del Estudio Informativo del Proyecto de la Línea de Alta Velocidad Madrid-Castilla La Mancha-Comunidad Valenciana-Región de Murcia, respecto de un concreto

tramo de su trazado, al haberse acreditado que afecta de manera relevante a varios espacios protegidos (lugares de interés comunitario –LIC- y zonas de protección de aves –ZEPA-), aún a pesar de que discurre fuera de su perímetro delimitado. Se insiste en esta sentencia en que resulta irrelevante que las normas o disposiciones autonómicas en cuya virtud se declararon como tales espacios protegidos hayan dejado de prever perímetros adicionales de protección o zonas de amortiguación para aquellos parajes, en relación con la eventual construcción futura de una gran obra pública como la de autos. Circunstancias y premisas ambas de las que deriva la aplicación al caso de autos del artículo 6 de la Directiva 92/43/CEE, correctamente llevada a cabo por el tribunal de instancia. La Directiva -y a fortiori las normas nacionales de transposición- se aplicará en la medida en que los espacios por ella protegidos se vean materialmente afectados por obras o instalaciones, y este es, concluye la Sala, el caso de autos.

15.1.10. Ordenanza municipal contra la contaminación acústica que prohíbe el uso de maquinaria especialmente ruidosa en determinados períodos y horarios.

La **STS, Sec. 5ª, 27/11/2009, RC 6964/2005** ratifica la validez de la Ordenanza municipal impugnada en la que se prohibió el uso de maquinaria pesada y de retroexcavadoras en funciones de martillo durante el período estival y en determinados horarios. Considera acorde dicha prohibición con lo dispuesto al respecto en la normativa comunitaria aplicable, incidiendo en que conviene tener presente que esta forma actual de contaminación --de carácter acústico-- pone en riesgo una serie de derechos, incluidos o bien como derechos fundamentales del capítulo II (sección 1ª) a la intimidad personal y familiar --artículo 18.1--, o bien como principios rectores de la política social y económica del capítulo III del título I de la CE, como la protección de la salud --artículo 43-- y el medio ambiente --artículo 45-- que demandan una interpretación de las normas invocadas a la luz de las mentados derechos.

15.1.11. Anulación parcial del Plan Nacional de Asignación de derechos de emisión de gases de efecto invernadero 2008-2012.

La **STS, Sec. 5ª, 04/03/2010, RC 21/2007** anula los siguientes extremos del Real Decreto 1370/2006, de 24 de noviembre, aprobatorio del Plan Nacional de Asignación de derechos de emisión de gases de efecto invernadero 2008-2012. 1.- Aptdos. "4.A.a" y "5.B.a" del Plan, dado que no se incluyen entre las finalidades de la normativa reguladora de esta concreta materia la reducción de las emisiones de dióxido de azufre producidas por las centrales térmicas de generación con carbón, al no tratarse de un gas de "efecto invernadero". Considera por ello improcedente el trato de favor otorgado en el plan a las instalaciones que han invertido en reducir sus emisiones de azufre. 2.- Aptdos. "5.A" y "7.C" del Plan al no recogerse en ellos correctamente el concepto legal de "nuevo entrante" (nuevas instalaciones autorizadas después de la notificación del Plan a la Comisión Europea).

15.1.12. *Centro de tratamiento de residuos sólidos urbanos. El Estudio de Impacto ambiental debió preceder a la aprobación del proyecto de la instalación, e incluir así mismo un análisis de posibles alternativas de emplazamiento.*

La **STS, Sec. 5ª, 08/09/2009, RC 5194/2005**, anula la aprobación del proyecto del Centro de Tratamiento de Residuos Sólidos urbanos de Talavera de la Reina (Toledo) al haberse producido en fecha anterior a la del correspondiente Estudio de Impacto Ambiental, y al carecer este último del preceptivo análisis de las distintas alternativas técnicas y de emplazamiento posibles para la actividad en cuestión.

15.1.13. *Impugnación de autorización para instalación de central térmica de energía eléctrica. Legitimación activa de asociación ecologista. Régimen transitorio aplicable a la legislación reguladora de la autorización ambiental integrada. Evaluación de impacto ambiental.*

La **STS, Pleno, 01/12/2009, RC 55/2007**, le reconoce legitimación activa a la asociación ecologista recurrente para impugnar la autorización concedida para la instalación de una central termoeléctrica de ciclo combinado en el término municipal de Villaseca de la Sagra (Toledo), al cumplir los requisitos establecidos al efecto en la Ley 27/2006, de 18 de julio, reguladora de los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente. Por otra parte, concluye que la autorización recurrida se tramitó correctamente, cumpliéndose el régimen transitorio regulado en la Ley 16/2002, de 1 de julio, de control y prevención integrados de la contaminación, así como el período de información pública exigible. Ratifica por último la conformidad a Derecho del Estudio de Impacto Ambiental realizado para autorizar la actividad.

15.2. Urbanismo

15.2.1. *La naturaleza reglada del suelo no urbanizable de especial protección vincula, además de a los planes urbanísticos, a los instrumentos supramunicipales de ordenación del territorio.*

La **STS, Sec. 5ª, 07/06/2010, RC 909/2005**, anula un proyecto sectorial de incidencia supramunicipal aprobado por la Xunta de Galicia para la implantación de una plataforma logística-industrial (PLISAN) sobre 400 hectáreas de suelo. Entre otros motivos por considerar que la ordenación establecida en el Proyecto Sectorial es incompatible con la clasificación de suelo no urbanizable de especial protección atribuida por el planeamiento general municipal preexistente a una franja de terreno incluida dentro de su delimitación (artículo 9.1 Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen de Suelo y Valoraciones). Dicha clasificación responde a un criterio reglado, de manera que la Administración autora del planeamiento urbanístico no puede ignorar la

conurrencia de circunstancias que determinen la sujeción de los terrenos a un régimen especial de protección incompatible con su transformación urbanística. Tampoco cabe que esa transformación urbanística y el correspondiente cambio de clasificación le vengan dados o impuestos a los autores del planeamiento urbanístico por un instrumento sectorial no urbanístico, pues también éste debe observar aquellos preceptos de la legislación estatal.

15.2.2. Código Técnico de la Edificación. Requisitos formales para su aprobación: Comunicación del proyecto a la Comisión Europea. Prescripción que obliga a evacuar los gases de combustión por la cubierta de los edificios.

La **STS, Sec. 5ª, 04/05/2010, RCA. 33/2006**, desestima el recurso directo interpuesto frente al Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, aprobatorio del Código Técnico de la Edificación. Rechaza los motivos de impugnación de carácter formal tras analizar, entre otros aspectos, el cumplimiento de la Directiva 98/34/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio, en la que se regula un «*procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas*», y constatar “*que no sólo no se le ha impedido a la Comisión Europea conocer la tramitación de esta normativa técnica, sino que ha participado activamente en el procedimiento de su aprobación, influyendo en su redacción final, de manera que con ello puede entenderse que ha quedado salvaguardado el interés comunitario y de los Estados miembros amparado por la Directiva*” (FJ 3º). En cuanto al fondo, considera debidamente justificada -a la vista del expediente administrativo y de la prueba pericial practicada- la norma del Código Técnico (artículo 13.3.2) que prohíbe, con carácter general, la evacuación de los gases de combustión por las fachadas de los edificios y exige que se efectúe por la cubierta de los mismos. Ello sin perjuicio de que, por otra parte, esa cuestión se regula con mayor concreción y detalle en otras reglamentaciones técnicas posteriores no recurridas en el proceso al que nos referimos (Real Decreto 919/2006, de 28 de julio, aprobatorio del Reglamento técnico de distribución y utilización de combustibles gaseosos y sus instrucciones técnicas complementarias y Real Decreto 1027/2007, de 20 de julio, por el que se aprobó el Reglamento de Instalaciones Térmicas en los Edificios).

15.2.3. Suspensión cautelar de planes urbanísticos. Omisión de evaluación ambiental estratégica. Prevalencia del interés medioambiental afectado.

La **STS, Sec. 5ª, 29-01-2010, RC 5877/2008**, suspende cautelarmente la ejecución de un plan parcial y un plan especial impugnados por una Administración pública. Concluye, tras la valoración circunstanciada de los intereses en conflicto, que prevalece el de protección del medio ambiente puesto en riesgo por ambos planes, sobre el de la inmediata ejecución de la urbanización en ellos proyectada. Más aún ante la evidencia de que se aprobaron sin su preceptiva evaluación ambiental estratégica. Incide así la sentencia en que: “*En contraposición al interés público antes aludido, y alegado*

por la Entidad local recurrida, el que esgrime la Administración recurrente resulta prevalente, pues se concreta en la protección del medio ambiente, cuya componente ha de integrarse en la planificación urbanística. Se trata, en definitiva, de garantizar que se han valorado las repercusiones que sobre el medio ambiente tienen los diferentes proyectos de cambio que actúan sobre el territorio. La toma de decisiones de orden urbanístico se verá, sin duda, complementada y enriquecida mediante la introducción de esta información ambiental que permita alcanzar conclusiones más racionales, eficaces y sostenibles. En este sentido, los intereses públicos relativos al desarrollo urbanístico, en los términos que ahora se plantean, resultan de intensidad inferior a los relacionados con el medio ambiente y su preservación, que impulsan el desarrollo por la senda de lo razonable y sostenible” (FJ 5º).

15.2.4. Efectos de la falta de publicación de la normativa de los planes urbanísticos. Imposibilidad de convalidación de los actos dictados en su ejecución. Normativa básica estatal que prevalece sobre la de la C.A. Cataluña.

La **STS, Sec. 5ª, 14-10-2009, RC 5988/2005** insiste en que los actos dictados en ejecución de un plan urbanístico cuya normativa y ordenanzas no han sido publicados son nulos de pleno derecho, no pudiendo entenderse convalidados con la mera publicación a posteriori de la referida normativa. Afirma así que: *“De aceptarse la tesis de la convalidación de las disposiciones urbanísticas de ejecución o desarrollo, propugnada por las Administraciones recurrentes, a pesar de que aquéllas nacieran desprovistas de norma habilitante por no haber ganado eficacia y vigencia ésta por no haberse publicado sus normas urbanísticas, se estaría confiriendo efectos retroactivos a unas disposiciones de carácter general en contra de lo establecido en el artículo 9.3 de la Constitución, que consagra la irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales, en cuanto el planeamiento de desarrollo implique deberes para los ciudadanos con anterioridad a la fecha de la publicación de las normas urbanísticas del plan de cobertura” (FJ 14º).*

Por otra parte considera de aplicación prevalente la normativa básica estatal que impide la “convalidación” de dichos actos (artículo 62.2 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, LRJA-PAC) sobre la autonómica catalana que prevé expresamente dicho efecto. Y ello atendiendo al siguiente razonamiento: *“Para solucionar los conflictos de leyes está plenamente consolidada en los sistemas jurídicos la técnica de la primacía o prevalencia, y así se aplica entre el ordenamiento comunitario europeo y los derechos internos de los Estados de la Unión, método previsto en el citado artículo 149.3 de la Constitución cuando la materia no viene atribuida a la competencia de las Comunidades Autónomas, sin necesidad, en este caso, de plantear cuestión de inconstitucionalidad de las normas en conflicto, dado que no se trata de una tacha de inconstitucionalidad sino de simple contradicción entre normas, que sólo admite la aplicación de una, por lo que se debe aplicar la prevalente, que, en este caso, es la estatal al no tratarse de una materia atribuida a la competencia exclusiva de Comunidad Autónoma” (FJ 14º).*

15.2.5. *Anulación de la revisión del Plan Insular de Ordenación de Lanzarote (PIOL) por carecer de un auténtico estudio económico financiero*

La **STS, Sec. 5ª, 30-12-2009, RC 4757/2005** confirma la anulación de la revisión del Plan Insular de Ordenación de Lanzarote tras constatar que carece del estudio económico-financiero legalmente exigible (EEF). Incide en que, aunque en principio dicho documento no tiene porqué incluir "*las indemnizaciones que la aprobación del Plan puede generar a favor de persona determinada*", sí lo debe hacer cuando "*su finalidad primera es precisamente limitar el aprovechamiento de planes con obras de urbanización ejecutadas o en ejecución, e incluso limitar el aprovechamiento adquirido en licencias ya otorgadas*". Porque "*en estos casos no se trata de que la ejecución del Plan exija meras indemnizaciones (v. g. por vinculaciones singulares) sino de que la misma finalidad del Plan exige limitaciones generalizadas de aprovechamientos patrimonializados, que han de ser compensados con las correspondientes indemnizaciones*". Con ese punto de partida advierte la sentencia que: "*El PIOL impugnado, en efecto, reduce la oferta turística a la hotelera, revisa la distribución parcial de las edificabilidades previstas en los Planes Parciales, modifica la programación de plazas turísticas, que también limita, declara incompatibles con la nueva ordenación las licencias ya otorgadas y que excedan de las asignadas en el Plan Insular y prohíbe el otorgamiento de nuevas licencias que excedan del 25% de la capacidad alojativa*". Y por ello concluye que: "*Todos estos no son efectos colaterales del Plan Insular, sino que constituyen la finalidad misma que el planificador pretende, y se trata por lo tanto de conceptos indemnizables ínsitos en el Plan, cuya evaluación económica y fuentes de financiación deben especificarse en el EEF, si no se quiere hacer del Plan un puro dibujo o una privación ilegal y generalizada de derechos adquiridos*" (FJ 7º).

15.2.6. *La catalogación por el planeamiento urbanístico de un edificio protegible por razones artísticas o culturales responde al ejercicio de una potestad reglada y no discrecional.*

La **STS, Sec. 5ª, 21-04-2010, RC 1492/2006** confirma la anulación de una modificación del Plan Especial del Centro Histórico de Burgos, incidiendo en que "*el grado de protección que debe otorgarse a los edificios en cuestión, aunque no merezcan el calificativo de singulares, no es discrecional sino que viene impuesto por las propias características de los elementos merecedores de protección, que, como concepto jurídico indeterminado, requiere que sea aquel nivel que resulte más idóneo al fin pretendido por la Ley, que no es otro que preservar y conservar el patrimonio artístico y cultural. En este caso, los edificios se catalogaron en el planteamiento anterior como merecedores de protección estructural sin que se haya demostrado que tal grado de protección estuviese equivocado puesto que las razones, tenidas en cuenta en su día para establecerlo, subsisten y no se ha justificado que fuesen erróneas, como se deduce a la prueba pericial practicada (...). Debemos aclarar y precisar ahora que la catalogación de los edificios o inmuebles y su grado de protección es materia reglada, al ser un deber de la Administración señalar aquel nivel de protección que mejor sirva a los fines previstos en la Ley de Patrimonio*

Histórico Español 16/1985, de 25 de junio (...). Decimos que es reglada la catalogación porque, si hay elementos protegibles, la Administración necesariamente debe conferir al inmueble el nivel o grado de protección idóneo o adecuado a sus características, de forma análoga o equivalente a lo que sucede con el suelo de especial protección. La única razón que las Administraciones demandadas, ahora recurrentes en casación, aducen para justificar la degradación del nivel de protección es de oportunidad con el fin de facilitar su reforma o adaptación para el uso que con un determinado proyecto se trata de implantar, lo que no justifica, en absoluto, la desaparición de elementos estructurales merecedores de protección, cuya conservación podrá hacer más compleja o costosa, pero no imposible, una utilización racional que, como postula el Ayuntamiento, haga rentable su mantenimiento. La preservación del patrimonio artístico y cultural español no puede quedar a merced de cualquier contingencia, cual es, en este caso, la obtención de un concreto equipamiento por muy necesario que sea” (FJ 3º).

15.2.7. Una vez aprobada provisionalmente la revisión del planeamiento general y remitida a la Administración supramunicipal para su aprobación definitiva, el Ayuntamiento que lo promovió ya no puede desistir de ella.

La STS, Sec. 5ª, 15-12-2009, RC 4606/2005 alcanza la conclusión de que tras la aprobación provisional del planeamiento general por un Ayuntamiento y su posterior remisión a la Administración competente para su aprobación definitiva, carece la Corporación municipal de la posibilidad de desistir del mismo y de exigir que no se apruebe. Ni siquiera en el supuesto de que, en ese ínterin, hubiese cambiado el signo político del gobierno local como consecuencia de un proceso electoral. Y ello porque “el Ayuntamiento carece (...) de competencia al no encontrarnos en un procedimiento en el que quien formula el desistimiento es titular de un interés particular, ya que, por el contrario, lo que el Ayuntamiento gestiona en el ejercicio de la potestad de planeamiento son intereses públicos cuya disponibilidad se encuentra restringida. El Ayuntamiento no es, pues, procedimentalmente libre desde el momento de la aprobación provisional del expediente y de su coetánea remisión a la Administración Foral, careciendo, por ello ---desde tal momento--- de la potestad de desistir en relación con la tramitación concluida. Esto es, carece de la potestad de renunciar a sus supuestos derechos que, en realidad, son intereses públicos, y, mucho menos, carece de la potestad de hacerlo sin la previa notificación de tal posibilidad a los terceros interesados que, por su parte, como dispone el artículo 91.2 de la LRJPA, se encuentran habilitados para solicitar la continuación del procedimiento iniciado, en el término de diez días a contar desde la notificación de la posible adopción del acuerdo de desistimiento. Posibilidades habrá, si se considera oportuno, para el ejercicio de la acción de lesividad” (FJ 5º).

15.2.8. Aprovechamiento urbanístico de terrenos de dominio público ferroviario obtenidos por expropiación e incluidos en un área de reparto

La **STS, Sec. 5ª, 29-01-2010, RC 92/2006** anula el acuerdo aprobatorio de un Plan Parcial en el que se le negaba a RENFE-ADIF la posibilidad de patrimonializar el aprovechamiento urbanístico generado por los terrenos de dominio público ferroviario obtenidos por expropiación e incluidos en el área de reparto del plan. Considera que RENFE-ADIF ostenta el derecho a patrimonializar dicho aprovechamiento "*en igualdad de condiciones que el resto de los propietarios del sector*". Insiste en que cuando los bienes de dominio público existentes en un polígono o unidad de ejecución objeto de equidistribución hubiesen sido obtenidos a título oneroso (ad. ex. expropiación) el aprovechamiento urbanístico que generen pertenecerá a la Administración titular de aquéllos, mientras que si se hubieren adquirido gratuitamente, dichos bienes se entenderán sustituidos por los resultantes de la ejecución del plan, no entrando en el reparto del aprovechamiento. Y ello, al margen de que la Administración titular del bien de dominio público sea o no municipal, de que su adquisición por aquélla no obedeciese a causas urbanísticas y de que se mantuviese su anterior destino y afección demanial por exigirlo así un instrumento de ordenación del territorio o una determinación supramunicipal vinculante sobre el plan urbanístico.

15.2.9. Aprobación de ordenanza municipal reguladora de instalaciones de telefonía móvil. Informes preceptivos. No comparte la naturaleza jurídica de los planes urbanísticos, ni de los instrumentos de ordenación del territorio. Zonas sensibles: competencia municipal para establecer medidas adicionales de protección.

La **STS, Sec. 4ª, 17/05/2010, RC 1186/2007** establece el criterio – mantenido en las posteriores SS TS de 18/05/2010 (RC 2941/2007) y 15/06/2010 (RC 3220/2007)- de que las ordenanzas municipales reguladores de las instalaciones de telefonía móvil no comparten la naturaleza jurídica de los instrumentos de planeamiento urbanístico, ni de los de ordenación del territorio. No resulta por ello necesario durante su tramitación, a diferencia de lo que ocurre con los planes urbanísticos, recabar el informe de la Administración del Estado sobre las necesidades de redes públicas de telecomunicaciones en el término municipal.

Por otra parte, reafirma la aptitud de la ordenanza para establecer medidas adicionales tendentes a evitar riesgos en la salud de las personas por posible contaminación electromagnética sobre las ya previstas en el Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre, aprobatorio del "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". Y ello porque "*el riesgo por los campos electromagnéticos procedentes de emisiones radioeléctricas no puede ser considerado cerrado desde una perspectiva estrictamente científica, [resultando] lógico que los Ayuntamientos en el ámbito de su propia competencia se sientan tentados a imponer medidas adicionales de protección en esta materia, bien exigiendo, como acontece en el caso que enjuiciamos, límites o condiciones complementarios a los establecidos en el citado Real Decreto 1066/2001, bien, estableciendo distancias de protección frente a determinadas zonas sensibles -colegios, hospitales, parques y jardines*

públicos- estableciendo unas áreas de seguridad alrededor de esas zonas sensibles en los que no se permita la instalación de estaciones emisoras de radiaciones electromagnéticas. De ahí, estas normas dentro del marco de la Ley 3/1998, de 27 de febrero, tienen una finalidad preventiva y pretenden la adaptación de las licencias y mejoras técnicas disponibles” (FJ 4º).

15.2.10. Falta de competencia del Ayuntamiento de Madrid para aprobar definitivamente una modificación puntual de su Plan General

La **STS, Sec. 5ª, 24-11-2009, RC 4263/2005** ratifica la falta de competencia del Ayuntamiento de Madrid para aprobar definitivamente una modificación puntual de su Plan General de Ordenación Urbana al exceder su objeto del atribuible al planeamiento secundario o de desarrollo. Concluye así que la competencia para efectuar dicha aprobación definitiva la ostenta en exclusiva la Administración autonómica, y no la municipal.

15.2.11. Carácter reglado, no discrecional, en la protección del patrimonio histórico-artístico.

La **STS, Sec. 5ª, 21/04/2010. RC 1492/2006**, aborda el carácter reglado, no discrecional, en la protección del patrimonio histórico-artístico.

La cuestión suscitada en la instancia consistía en que el Ayuntamiento de Burgos tramitó modificación del Plan Especial de Casco Histórico en que rebajaba el nivel de protección que hasta ese momento habían tenido determinados inmuebles, que justificó en razones de eficiencia y racionalidad en el mejor uso de los edificios, afectos al servicio público de la Tesorería General de la Seguridad Social, que hacían aconsejable la reestructuración de los mismos, lo que implicaba la necesidad de demoler o sustituir elementos estructurales, argumentando que la disminución del nivel de protección que el establecimiento del nivel adecuado de protección de aquellos elementos de los inmuebles y edificios que no tengan un carácter singular, constituye una potestad discrecional de la Administración y que la protección estructural hasta entonces vigente imposibilitaba el uso racional de la edificación.

Tal planteamiento es rechazado por el TS, declarando que el grado de protección que debe otorgarse a los edificios en cuestión, aunque no merezcan el calificativo de singulares, no es discrecional sino que viene impuesto por las propias características de los elementos merecedores de protección, que, como concepto jurídico indeterminado, requiere que sea aquel nivel que resulte más idóneo al fin pretendido por la Ley, que no es otro que preservar y conservar el patrimonio artístico, de forma tal que siendo reglada la catalogación, si hay elementos protegibles, la Administración necesariamente debe conferir al inmueble el nivel o grado de protección idóneo o adecuado a sus características, de forma análoga o equivalente a lo que sucede con el suelo de especial protección, rechazando la razón de oportunidad aducida por las Administraciones consistentes en la adaptación para el mejor uso, porque ello no justifica la desaparición de elementos estructurales merecedores de

protección, pues como concluye la sentencia la preservación del patrimonio artístico y cultural español no puede quedar a merced de cualquier contingencia, cual es, en este caso, la obtención de un concreto equipamiento por muy necesario que sea.

II. TRIBUTARIO

1. Impuesto sobre Sociedades. Entrada y registro de los Inspectores de Hacienda en la sede de una sociedad. Necesidad de autorización judicial o de consentimiento, si se trata de espacios físicos que son indispensables para que pueda desarrollar su actividad sin intromisiones ajenas, por constituir el centro de dirección de la sociedad o de un establecimiento dependiente de la misma o servir a la custodia de los documentos u otros soportes de la vida diaria de la sociedad o de su establecimiento que quedan reservados al conocimiento de terceros. Falta de consentimiento

La **STS, Pleno, 23/04/2010, RC 704/2004**, desestima el recurso de casación en el que planteaban, fundamentalmente, dos cuestiones: en primer lugar, los efectos de la cosa juzgada y, en segundo lugar, la delimitación del domicilio de una sociedad a efectos de su protección constitucional y los requisitos para la entrada en ese domicilio.

Con relación a la primera de las cuestiones, el Tribunal se aparta de la doctrina establecida en sentencias anteriores que apreciaron la necesidad de seguir el criterio de la Sección Séptima de esta Sala sobre la existencia de consentimiento en el caso de autos y concluye que *«la intangibilidad de la sentencia es una cualidad de la misma que sólo se puede predicar respecto de la decisión adoptada por ella sobre el objeto del proceso, pero no sobre hechos o valoraciones que aún llevadas a cabo en la sentencia no tienen traducción en el fallo»*, razón por la cual *«el Pleno de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo se aparta de la doctrina sentada por la Sección Segunda de esta Sala, que, a su vez, siguió la argumentación dada por la Sección Séptima, por considerar que dadas las circunstancias concurrentes no puede tener lugar el efecto positivo de la cosa juzgada»* (FJ 5º).

En segundo lugar, resuelve la cuestión relativa a la entrada y registro en domicilio de persona jurídica. Comienza señalando que *«hay que interpretar el artículo 141 de la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963, que insistimos es el precepto legal aplicable "ratione temporis", en el sentido de que para el acceso de la Inspección a fincas, locales de negocio y demás establecimientos en que se desarrollan actividades sometidas a gravamen solo se requería autorización administrativa en caso de oposición; en cambio, tanto en el caso de domicilio particular de cualquier español o extranjero, como en el de los espacios físicos de las personas jurídicas, que resultan constitucionalmente protegidos, la Administración Tributaria debía obtener el consentimiento del interesado o la oportuna autorización judicial»*.

A partir de esta afirmación concluye que aunque la autorización del Delegado Especial de la AEAT en Cataluña se refería a la entrada "dentro de la jornada de trabajo en las instalaciones y locales de negocio de la entidad", lo cierto es que *«los espacios en los que se desarrolló de forma efectiva la actuación inspectora fueron los de los despachos del domicilio social en el que encontraban datos informatizados que luego resultaron esenciales para la determinación de la base imponible a través del régimen de estimación indirecta, razón por la que estaban protegidos por el artículo 18.2 de la Constitución según la doctrina del Tribunal Constitucional antes expuesta. Y entrando en juego el artículo 18.2 de la Constitución la consecuencia no es que la Administración Tributaria no pueda tener acceso a la información antes referida, sino la de que ha de hacerlo cumpliendo lo prevenido en el citado precepto respecto del domicilio, esto es: "Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito»* (FJ 7º).

Y, por lo que se refiere a la existencia o no de consentimiento por parte del representante de la sociedad afirma que *«según la jurisprudencia de la Sala Segunda de este Tribunal, debe estar absolutamente desprovisto de toda mácula que enturbie el exacto conocimiento de lo que se hace y la libérrima voluntad de hacerlo, debiendo estar también exento de todo elemento susceptible de provocar o constituir error, violencia, intimidación o engaño, por lo que el interesado debe ser enterado de que puede negarse a autorizar la entrada y registro que se le requiere»* (FJ8º).

En el mismo sentido, **Sentencias TS, Pleno, 23/04/2010, RC 5910/2006, RC 4572/2004, RC 4888/2006, y STS, Pleno, 24/04/2010, RC 3791/2006**].

2. Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras. Parques eólicos. Inclusión del valor de los aerogeneradores en la base imponible del impuesto

La **STS, Sec. 2ª, 14/05/2010, RC 22/2009**, resuelve un recurso de casación en interés de ley en el que se discutía, en síntesis, qué elementos deben incluirse en la base imponible del Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras en caso de parques eólicos y, en especial, si debe incluirse en la base del mencionado impuesto el valor de los aerogeneradores siendo esencial, para ello, determinar si estamos ante equipos, maquinaria e instalaciones mecánicas construidos por terceros fuera de la obra e incorporados a la misma y que por sí mismos no necesiten licencia urbanística.

La Sección señala que *«en el supuesto de una central eólica en cuanto supone la incorporación de elementos estables y configuradores de una instalación permanente, no un montaje sustituible, que da lugar a una estructura determinada, y que además de precisar las correspondientes autorizaciones establecidas por la legislación específica exige el necesario otorgamiento de una licencia de obras, forman parte de la base imponible del ICIO el coste de los equipos necesarios para la captación de la energía eólica»*.

Y por ello fija como doctrina legal la siguiente: *«Forma parte de la base imponible del Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras, regulado en el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, en el supuesto de instalación de parques eólicos el coste de todos los elementos necesarios para la captación de la energía que figuren en el proyecto para el que se solicita la licencia de obras y carezcan de singularidad o identidad propia respecto de la construcción realizada»* (FJ 7º).

3. Actos Jurídicos Documentales. Alcance de la exención prevista en el art. 45.I.B)3 del Texto Refundido de 1993. Adjudicaciones de bienes de la sociedad conyugal a los cónyuges: Inaplicación en el supuesto de disolución cuando el régimen económico sea el de separación de bienes.

El caso que se resuelve en la **STS, Sec. 2ª, 30/04/2010, RCIL 21/2008**, parte de los siguientes hechos: matrimonio casado en régimen de separación de bienes que se separa adjudicándose a la esposa el inmueble que constituía vivienda habitual a cambio de una compensación metálica y el pago de la hipoteca pendiente. El precepto cuya interpretación se solicita (art. 45.I.B)3) del Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas y Actos Jurídicos Documentados, prevé la exención del tributo en los supuestos de adjudicaciones de bienes que se hagan a los cónyuges en pago de aportaciones que hicieron a la sociedad conyugal, como consecuencia de su disolución. La discrepancia surge en interpretar que dicha exención sólo afecta a las adjudicaciones que tienen lugar como consecuencia de la liquidación de la comunidad de gananciales o, por el contrario, debe aplicarse con independencia del régimen económico matrimonial de que se trate, siempre que exista una separación personal de los cónyuges que motive la disolución de la comunidad de bienes existente entre ambos.

El Tribunal concluye que *«de la mera lectura del precepto controvertido se deduce que la regla contenida en la exención se refiere a la sociedad conyugal, que es una figura propia del régimen económico matrimonial de gananciales, y que está relacionada con el patrimonio ganancial independiente de los patrimonios privativos de cada uno de los cónyuges y las compensaciones económicas entre los mismos, por lo que hay que entender que solo afecta a las aportaciones de bienes de los cónyuges a la sociedad de gananciales y a las adjudicaciones y transmisiones de bienes que se efectúen a consecuencia de la disolución de la sociedad de gananciales a favor de los cónyuges, sin que pueda aplicarse al régimen de separación de bienes porque en dicho régimen no existen bienes comunes»*(FJ6º).

Por lo tanto, fija como doctrina legal que *«en el supuesto de las adjudicaciones y transmisiones originadas por la disolución del matrimonio, y previsto en el artículo 45.I.B) 3 del Real Decreto Legislativo 1/1993, por el cual se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, la exención de tributos únicamente es aplicable a las disoluciones en que haya efectiva comunidad de*

bienes (sociedad conyugal); por tanto esta exención no es aplicable a los supuestos en que rija un régimen económico matrimonial de separación de bienes».

4. Tasa por reserva del dominio público radioeléctrico.- Planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)

La cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo mediante **ATS, Sec. 2ª, 19/01/2010, RC 5216/2006**, tiene como origen una liquidación girada en concepto de tasa por reserva de dominio público radioeléctrico a Telefónica Móviles, la cual se manifestó a favor del planteamiento de la cuestión prejudicial ante el TJUE por entender que las normas nacionales dictadas para alterar el régimen de la tasa por reserva del espectro radioeléctrico eran contrarias al ordenamiento jurídico comunitario. En concreto, se planteaba si la mencionada regulación de la tasa garantizaba el uso óptimo de dicho recurso y tenía en cuenta, en especial, la necesidad de potenciar el desarrollo de los servicios innovadores y de la competencia, como preconiza el artículo 11 de la Directiva 97/13/CE y ha interpretado el TJUE en la sentencia de 20 de octubre de 2005, ISIS Multimedia y Firma 02 (asuntos acumulados C-327/03 y C-328/03).

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo considera relevante para la resolución del caso determinar si el citado artículo 11 de la Directiva permite el establecimiento de un gravamen sobre los recursos escasos cuya recaudación se desvincula de ese objetivo de garantizar su uso óptimo. De igual forma, y como consecuencia de la reforma normativa española que incrementó la tasa para los sistemas más avanzados y de uso masivo (GSM y DCS-1800), considera necesario determinar si se opone al precitado artículo 11.2 de la Directiva una regulación nacional que incrementa, sin justificación aparente y de forma notable, el importe de la tasa para un sistema digital DCS-1800, al tiempo que lo mantiene para los sistemas analógicos de primera generación como el TACS.

Por ello, plantea al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1ª) *¿El artículo 11, apartado 2, de la Directiva 97/13/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de abril de 1997, relativa a un marco común en materia de autorizaciones generales y licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones (DO, L 117, p.15), y, singularmente, las exigencias de garantizar el uso óptimo de los recursos escasos y de potenciar los servicios innovadores, deben interpretarse en el sentido de que no consienten una normativa nacional que desvincula el importe de un gravamen sobre esa clase de recursos (tasa por reserva del dominio público radioeléctrico) de la finalidad específica que con anterioridad tenía expresamente asignada (financiación de la investigación y de la formación en materia de telecomunicaciones, así como cumplimiento de las obligaciones de servicio público), sin asignarle otra en particular?*

2ª) *¿Si el mencionado artículo 11, apartado 2, y, en especial, las exigencias de garantizar el uso óptimo de los recursos escasos y de potenciar los servicios innovadores, se opone a una regulación nacional que incrementa, sin justificación aparente y de forma notable, el importe de la tasa para un sistema digital DCS-1800, al tiempo que lo mantiene para los sistemas analógicos de primera generación como el TACS?»*

5. Intereses de demora. Retraso en la ejecución

La **STS, Sec. 2ª, 3/11/2009, RC 6278/2007** resuelve la cuestión de la generación de intereses suspensivos cuando existe retraso en la ejecución por parte de la Administración. En este caso se impugnaba una liquidación ante el TEAR obteniéndose la suspensión. Posteriormente el TEAR resuelve anulando la liquidación y ordenando la práctica de una nueva liquidación. La nueva liquidación fue dictada por la Administración más de cinco años después de la Resolución del TEAR.

El Tribunal considera que *«Por lo que respecta a los intereses por el retraso en resolver, es cierto que la nueva Ley General Tributaria ha resuelto satisfactoriamente la pretensión de los contribuyentes de que no se liquiden intereses de demora, cuando la Administración no cumple los plazos previstos en la normativa para resolver, al señalar en el art. 26.4 que "no se exigirán intereses de demora desde el momento en que la Administración Tributaria incumpla por causa imputable a la misma alguno de los plazos fijados en esta ley para resolver hasta que se dicte dicha resolución o se interponga recurso contra la resolución presunta".*

Ahora bien, con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva ley, *«la parte, al haberse acogido a la suspensión, ha de soportar los intereses derivados del tiempo en que estuvo suspendida la ejecución, según el criterio sentado por esta Sala, a partir de la sentencia de 28 de noviembre de 1977.*

Pero resta por determinar el *dies ad quem* o término final, si existe retraso en la ejecución. Al respecto señala que *«siendo indemnizatoria la finalidad de los intereses de demora hay que reconocer la improcedencia de los mismos por el retraso habido en la ejecución, si la Administración es la causante, al estar vinculados a la denominada mora debitoris o mora del deudor. Otra interpretación supondría devengar intereses no obstante el deficiente funcionamiento de la Administración, identificando la responsabilidad del deudor por la incorrecta declaración inicialmente presentada y por la posterior petición de suspensión de la liquidación con el retraso en la ejecución por parte de la Administración, una vez dictada la resolución. Esto sentado, para determinar el dies ad quem hay que distinguir entre ejecución de sentencias y ejecución de resoluciones administrativas, al ser distintas las normativas.*

La *Ley Jurisdiccional* establece un plazo general para la ejecución voluntaria, que es de dos meses a partir de la comunicación de la sentencia a la Administración (art. 104.2), por lo que si se supera este plazo hay que tomar

como dies ad quem la fecha que resulte de sumar dos meses al día en que la Administración recibió el oficio del órgano jurisdiccional declarando la firmeza».

Sin embargo, cuando estamos ante la ejecución de resoluciones económico-administrativas, *«sin existencia de suspensión en vía judicial, hay que estar, si se hubiera acordado la suspensión administrativa del acto inicialmente impugnado, a la fecha de interposición del recurso jurisdiccional, toda vez que el antiguo art. 74.11 del Reglamento de Procedimiento para las reclamaciones económico-administrativas de 1996 (actual art. 233 de la nueva Ley General Tributaria) establecía que la suspensión del acto impugnado se mantendrá durante la sustanciación del procedimiento económico-administrativo en todas sus instancias, y que cuando la ejecución del acto hubiese estado suspendida, una vez concluida la vía económico-administrativa los órganos de recaudación no iniciarán o, en su caso, reanudarán las actuaciones del procedimiento de apremio mientras no concluya el plazo para interponer recurso contencioso-administrativo, siempre que la vigencia y eficacia de la caución inicialmente aportada se mantenga hasta entonces»* (FJ4º).

En igual sentido **Sentencias TS, Sec. 2ª, 3/11/2009, RC 6250/2007, RC 4674/2007 y RC 5577/2007; STS, Sec. 2ª, 30/06/2009, RC 6144/2006; STS, Sec. 2ª, 10/07/2009, RC 2570/2006 y STS, Sec. 2ª, 16/07/2009, RC 5563/2006.**

6. Impuesto sobre sociedades.- Base imponible.- Operaciones vinculadas.- Precios de transferencia.- Coca-Cola.- Adquisición por Coca-Cola España del concentrado fabricado en Irlanda y Francia a precios superiores a los del mercado.- Valoración de la operación.- Operación ya valorada a efectos de calcular los derechos de importación.- Criterios legales de valoración iguales.- La tasación a efectos de la renta de aduanas vincula a la practicada para evaluar los precios de transferencia en el impuesto sobre sociedades.

La **STS, Sec. 2ª, 30/11/2009, RC 3582/2003**, examina un supuesto en el que las compras del concentrado de Coca-Cola a compañías vinculadas se valoran de forma distinta por la Inspección en el Impuesto sobre Sociedades y en Aduanas (derechos de importación). La Inspección había considerado que no se trataba de valoraciones diferentes de idéntico bien sino de la aplicación de normas dispares que, en un caso, conducía al precio efectivamente pagado (renta de aduanas) y en el otro al valor de mercado (precios de transferencia en el impuesto sobre sociedades). Rechazada esta afirmación por el Tribunal al quedar probado que la Inspección no había aceptado el precio efectivamente pagado en renta de aduanas sino que había acudido a valores de transacción en la venta de mercancías idénticas o similares, el Tribunal señala que *«en los dos supuestos (renta de aduanas cuando no se acepta el valor declarado e impuesto sobre sociedades para precios de transferencias) el legislador quiso que la transacción se valorase conforme al valor corriente en el mercado entre operadores independientes o, si se quiere, no vinculados.*

Así las cosas, principios básicos de nuestro sistema jurídico, como el de que nadie –tampoco la Administración– puede ir contra sus propios actos, de modo que conducido de una determinada manera su autor crea en los destinatarios una suerte de confianza de que no lo hará en el futuro contradiciéndose, reflexión que trae a primer plano la idea fundamental de la seguridad jurídica (artículo 9.3 de la Constitución), apuntalan la tesis de Refrescos y Envasados, S.A., pues no resulta admisible que la Hacienda tase el contenido de un mismo negocio de forma divergente según el tributo de que se trate cuando las normativas aplicables piden en ambos casos la aplicación de los mismos parámetros de valoración.

Y partiendo de esa idea nuclear, que juega en un plano abstracto y general, llegamos a un resultado concreto en relación con los métodos indiciarios enumerados en el artículo 169.1 del Reglamento del impuesto sobre sociedades de 1982, entre los que, como explica la Audiencia Nacional, la Administración puede elegir, en principio, libremente sin más que justificar su opción (artículo 168.2). Ahora bien, a juicio de esta Sala, ese margen de apreciación queda muy reducido, hasta desaparecer, cuando la propia Administración ha estimado la operación con los mismos criterios a efectos de otros tributos, en cuyo caso no le queda más opción que utilizar esa tasación, que es una de las indiciarias contempladas por el mencionado artículo 169.1, en la letra d)» (FJ 3º).

7. IVA. Entregas y adquisiciones intercomunitarias. Prueba

La **STS, Sec 2ª, 28/01/2010, RC 3654/2004**, se refiere a los medios de prueba que resultan suficientes para acreditar la exención en las entregas intracomunitarias. Al respecto realiza las siguientes consideraciones:

«1º) Que la adquisición intracomunitaria de un bien únicamente se efectúa y la exención de la entrega intracomunitaria únicamente es aplicable cuando se haya transmitido al adquirente el poder de disponer del bien en calidad de propietario y el proveedor demuestre que dicho bien ha sido expedido o transportado a otro Estado miembro y que a resultas de lo anterior ha abandonado físicamente el territorio del Estado de entrega.

2º) Que es necesario que la calificación de una entrega o de una adquisición intracomunitarias sea efectuada sobre la base de elementos objetivos, como la existencia de un desplazamiento físico de los bienes de que se trate entre Estados miembros.

3º) Que es el sujeto pasivo que pretende la exención el que ha de pechar con la carga de la prueba del hecho determinante de la exención.

4º) Que es competencia de los Estados miembros determinar las condiciones de aplicación de la exención de una entrega intracomunitaria, si bien que con la limitación de respetar los principios generales de Derecho Comunitario que forman parte del mismo.

5º) *Que es contrario al Derecho Comunitario obligar a un proveedor, que actúa de buena fe y ha presentado pruebas que justifican a primera vista su derecho a la exención de una entrega intracomunitaria de bienes, a pagar posteriormente el IVA sobre los referidos bienes, cuando las correspondientes pruebas resulten ser falsas».*

Realizadas estas consideraciones, la Sala pone de manifiesto que «*el artículo 13 del Reglamento de la Ley del IVA, que admite como medio de prueba de la expedición o transporte de los bienes al Estado de destino, no solo los que enumera, sino también "cualquier medio de prueba admitido en Derecho", no es contrario a la Sexta Directiva ni tampoco al artículo 25 de la Ley 37/1992».*

Finalmente, concluye que «*por su propia naturaleza no pueden producir el efecto indicado, el hecho de que la contabilidad se lleve a cabo de forma correcta ni las facturas del expedidor ni su contabilización, ni su correspondencia con los libros de almacén, ni las declaraciones INTRASTAT o las periódicas por IVA; ni incluso las declaraciones recapitulativas de operaciones con sujetos pasivos de la CEE y en las que figura el nombre de los adquirentes y el importe de las bases imponibles, pueden servir de justificación de los extremos indicados. Los documentos expresados, considerados de forma aislada e incluso conjuntamente, en cuanto no van acompañados de otros justificativos de la intervención del adquirente o transportista, no pueden ser considerados elementos objetivos justificativos de la existencia de un desplazamiento físico de los bienes entre Estados miembros» (FJ 7º).*

III. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

1. Principio de no división de continencia de la causa: competencia objetiva en los casos de fiscalización de decisiones sobre responsabilidad patrimonial adoptadas por diferentes Administraciones: será órgano jurisdiccional competente el que deba fiscalizar el acto dictado por la Administración de mayor ámbito territorial

La **STS, Sec. 1ª, 18/03/2010, Cuestión de competencia 103/2009**, resuelve la cuestión de competencia territorial suscitada entre la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Primera) del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid), y la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Tercera) de la Audiencia Nacional, para conocer del recurso interpuesto por la Asociación de Afectados de Forum y/o Afinsa de Sevilla contra la desestimación, por silencio administrativo, de la reclamación formulada ante la Consejería de Sanidad de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, en concepto de responsabilidad patrimonial. Se trata por tanto de un recurso contencioso-administrativo que tiene por objeto una misma reclamación patrimonial frente a diversas Administraciones públicas. En este caso, la Sala, para evitar la división de la continencia de la causa y, a fin de favorecer la ausencia de resoluciones contradictorias resuelve lo siguiente: *“Llegados a este punto, podemos afirmar que es cierto que aunque, en*

principio, el conocimiento de las impugnaciones de las decisiones adoptadas en materia de responsabilidad patrimonial por parte de los órganos competentes de una Comunidad Autónoma y de la Administración General del Estado correspondería a órganos jurisdiccionales diferentes, la finalidad de no dividir la continencia de la causa y evitar resoluciones contradictorias postula a favor de un conocimiento unitario por parte del órgano jurisdiccional que tenga atribuida una competencia más amplia. Ha de tenerse en cuenta que en un caso singular como el que nos ocupa, el órgano jurisdiccional habrá de dirimir si, partiendo de unos mismos hechos, existe responsabilidad patrimonial de la Administración y, de ser así, cuál o cuáles serían las Administraciones responsables y en qué medida. No cabe duda que este análisis habrá de tomar en consideración los respectivos ámbitos competenciales de cada una de ellas, pero ello no obsta a que razones de funcionalidad y eficacia aconsejan un tratamiento unitario por un mismo órgano jurisdiccional. Una interpretación integradora de las reglas sobre competencia objetiva previstas en la Ley Jurisdiccional permite deducir que la competencia objetiva en los casos en que hayan de fiscalizarse decisiones sobre responsabilidad patrimonial adoptadas por diferentes Administraciones, pero fundadas en igual causa de pedir, entendida esta causa como el dato fáctico determinante de la reclamación, ha de corresponder al órgano jurisdiccional competente para fiscalizar el acto dictado por la Administración de mayor ámbito territorial; órgano que en el presente caso es la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional” (FJ 3º) .

2. Prueba pericial judicial. Momento procesal para su solicitud.

La **STS, Sec. 6ª, 24/05/2010, RC 1566/2006**, se pronuncia sobre la articulación de la prueba pericial judicial en el proceso contencioso-administrativo, en relación con un caso en el que la parte recurrente, tanto en su demanda (mediante “otrosí”) como en el escrito de proposición de medios de prueba, había solicitado la emisión de un dictamen pericial. La Sala de instancia denegó esta prueba con el argumento de que tal prueba “... debe proponerse en la forma establecida en la LEC”, y consiguientemente debía haberse aportado con la demanda; pero el Tribunal Supremo, estimando el recurso de casación, advierte que “el art. 339 de la LEC, en su apartado segundo, permite que el demandante o el demandado puedan solicitar en sus respectivos escritos iniciales que se proceda a la designación judicial de perito, si entienden conveniente o necesario para sus intereses la emisión de informe pericial. En estos casos, el precepto ordena al Tribunal que proceda a la designación, siempre que considere pertinente y útil el dictamen solicitado. El Tribunal de instancia rechazó la práctica del dictamen por no haber sido propuesto en la forma establecida en la Ley de Enjuiciamiento Civil y, en todo caso, por no considerarlo ni conveniente ni necesario. Como es fácil de ver ninguna de estas razones es admisible. Por un lado, la prueba se propone tal y como establece el art. 339 de la LEC, que es el invocado por el actor, y, en segundo lugar, la prueba era claramente pertinente y útil como se deduce de la propia Sentencia que rechaza la petición de indemnización por lucro cesante por la falta de acreditación, cuando precisamente la pericial debidamente

propuesta pretendía demostrar la cuantía de dicho lucro cesante, lo que no pudo realizarse por decisión del propio Tribunal". (FJ 6º).

3. Régimen jurídico de la práctica de la prueba documental en el proceso contencioso-administrativo

La **STS, Sec. 5ª, 22/01/2010, RC 7652/2005**, se refiere al régimen jurídico de práctica de la prueba documental en el proceso contencioso-administrativo. Dice la sentencia: "*en el proceso contencioso-administrativo rige (por obra de la remisión a la Ley de enjuiciamiento Civil -LEC- que hace el artículo 60 .4 LJCA), en los términos que inmediatamente diremos, el criterio plasmado en el subapartado 2º del artículo 265.2 LEC, a cuyo tenor "sólo cuando las partes, al presentar su demanda o contestación, no puedan disponer de los documentos, medios e instrumentos a que se refieren los tres primeros números del apartado anterior, podrán designar el archivo, protocolo o lugar en que se encuentren, o el registro, libro registro, actuaciones o expediente del que se pretenda obtener una certificación. Si lo que pretenda aportarse al proceso se encontrara en archivo, protocolo, expediente o registro del que se puedan pedir y obtener copias fehacientes, se entenderá que el actor dispone de ello y deberá acompañarlo a la demanda, sin que pueda limitarse a efectuar la designación a que se refiere el párrafo anterior". Esta regla, que implica un claro apartamiento de prácticas procesales anteriores, en que era habitual y generalizada la articulación de la prueba documental a través del órgano jurisdiccional, ha impuesto un cambio de mentalidad a los operadores jurídicos, en la medida que a tenor de la misma sólo puede acudir al auxilio jurisdiccional para la realización de la prueba documental cuando los documentos pretendidos no puedan ser conseguidos mediante el propio impulso e iniciativa de los interesados en su obtención y unión a las actuaciones, pues, si efectivamente pueden ser obtenidos por ellos mismos, es carga de los propios litigantes realizar todas las actuaciones precisas para procurarse y aportar esos documentos (ya en la demanda si se trata de documentos en que las partes funden directamente su derecho -art. 56.3 LJCA, ya en periodo probatorio), pudiendo acudir al Juzgado sólo cuando, pese a su diligente actuación, esa aportación no haya podido realizarse por causa no imputable a ellos." (FJ 3º).*

4. Proceso especial de protección de derechos fundamentales. Vinculación de los Tribunales inferiores a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

La **STS, Sec. 7ª, 06/05/2010, RC 6376/2009**, rechaza el planteamiento de la Sala de instancia, que parecía querer sostener que los pronunciamientos que a resultas de los recursos de casación interpuestos en relación con esta clase de procedimientos se adopten por el Tribunal Supremo no constituyen jurisprudencia, encontrándose únicamente vinculada a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional. Advierte el Tribunal Supremo que "*en la configuración del sistema de recursos a promover frente a resoluciones judiciales recaídas en los procedimientos de protección de los derechos*

fundamentales el legislador ha dado cabida, a través del recurso de casación, al Tribunal Supremo que, conforme a lo dispuesto en el artículo 123.1 de la Constitución española, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales, siendo su papel esencial en la tutela judicial de los derechos fundamentales, pues en palabras del propio Tribunal Constitucional, sentencia nº 188/1994, de 20 de junio "(...) la intervención del Tribunal Supremo, al que, como cúspide de la jurisdicción ordinaria, le compete con carácter preferente -no subsidiario-, como es el caso con este Tribunal Constitucional - la defensa de los derechos fundamentales, y con cuya intervención última en la vía ordinaria se asegura un efecto unificador de la doctrina legal que sirve a fines tan relevantes como la garantía del principio de seguridad jurídica o del principio mismo de igualdad en la aplicación de la Ley". Es más, la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, que modifica la L.O. 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, refuerza esta idea pues, como explica su Exposición de Motivos, "la protección y garantía de los derechos fundamentales no es una tarea única del Tribunal Constitucional, sino que los tribunales ordinarios desempeñan un papel esencial y crucial en ella." Con ese objetivo se ha modificado el incidente de nulidad de actuaciones del artículo 241.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio permitiendo su solicitud con base en cualquier vulneración de alguno de los derechos fundamentales referidos en el artículo 53.2 de la Constitución buscando otorgar a los tribunales ordinarios el papel de primeros garantes de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico". (FJ 2º).

5. Responsabilidad patrimonial: singularidad de los daños y perjuicios que puedan permanecer durante toda la vida del menor: La protección de la familia y su incidencia en la aplicación de la regla de acumulación subjetiva del artículo 41.2 LRJCA 29/1998 a efectos de admisión del recurso de casación

En el caso analizado por el **ATS, Sec. 1ª 04/03/2010, RC 4353/2009**, resultaría de plena aplicación la regla general contenida en el artículo 41.2 de la LRJCA, atendiéndose *"al valor económico de la pretensión deducida por cada uno de los reclamantes"* que *"no decae por el hecho de que pueda existir un vínculo de parentesco o de convivencia entre los perjudicados que reclaman una indemnización"*, valor económico que se habría de calcular conforme a las reglas generales de determinación de la cuantía, de forma que la resolución judicial impugnada estaría, en principio, excluida del recurso de casación por razón de la cuantía pues se trata de un supuesto en el que dos recurrentes reclamaban en la instancia la cantidad de 265.000 euros por los daños y perjuicios derivados del inadecuado control prenatal llevado a cabo por la Administración sanitaria y las malformaciones sufridas por el hijo de los recurrentes. Después de realizar un análisis de la doctrina general del Tribunal Supremo en esta materia se incide en la *"singularidad"* del supuesto que examina, *"la existencia de daños y perjuicios que puedan permanecer durante toda la vida del menor"*. Ante la existencia de daños y perjuicios de esta índole que, *"exceden de la propia órbita individual de cada progenitor para trasladarse al ámbito familiar"*, argumenta el citado Auto que: *"una mera individualización y división de la indemnización globalmente reclamada entre los dos progenitores*

no se acomoda a la índole de los perjuicios que éstos aducen en el propio escrito de demanda al “destacar el padecimiento que tienen dados los imponderables que sufre su hijo, el riesgo continuado tras cada intervención de la posibilidad de lo peor, o la incertidumbre de cómo el tiempo determinará la evolución de J, tanto en el ámbito de su autogestión como por los innumerables contratiempos que pueden seguir y de hecho seguirá sufriendo su hijo”.

Se trata, pues, de daños y perjuicios que, tal y como se expresan, exceden de la propia órbita individual de cada progenitor para trasladarse al ámbito familiar; institución ésta, la familia, que la propia Constitución protege al incorporar entre sus principios rectores de la política social y económica la protección social, económica y jurídica de la misma por parte de los poderes públicos (apartado primero del artículo 39 de la Constitución), así como el deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda (apartado tercero del citado precepto).”

En base a lo anterior concluye el ATS de 4 de marzo de 2010 que *“en supuestos singulares como el presente, se impone una aplicación matizada de la regla del artículo 41.2 LRJCA y una consideración de la indemnización global reclamada como propia de la unidad familiar y que reclaman, en este caso, ambos progenitores”.*

6. Ejecución de sentencia. Caducidad. Inaplicación del artículo 518 LEC.

La **STS, Sec. 5ª, 25-11-2009, RC 6237/2007** declara “inviabile” la aplicación a la jurisdicción contencioso-administrativo del plazo de caducidad de cinco años establecido en el artículo 518 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la ejecución de las sentencias firmes. Y ello atendiendo a las peculiaridades específicas del proceso contencioso, en el que la ejecución forzosa de las sentencias se impulsa de oficio por el propio órgano juzgador, modulándose *“el principio dispositivo, propio e intrínseco en la jurisdicción civil”*; se le reconoce legitimación activa sobrevenida a terceros “afectados” por la sentencia que no fueron parte en el proceso; y se prevén varias causas de imposibilidad de ejecución de la sentencia.