

**CRÓNICA DE LA  
JURISPRUDENCIA  
DEL TRIBUNAL SUPREMO**

**AÑO JUDICIAL 2010-2011**

**SALA TERCERA**

## ÍNDICE SISTEMÁTICO

### I. ADMINISTRATIVO

#### 1. ACTO Y PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

- 1.1. Desistimiento en vía administrativa: requisitos para su apreciación. Examen del "interés general", como causa legitimadora para denegar el desistimiento presentado por quién promovió el inicio del procedimiento administrativo
- 1.2. Imposibilidad de acudir a la revocación de la convocatoria de un procedimiento selectivo al ser un acto de doble efecto, favorable para unos y desfavorable para otros. Debió utilizarse la vía del artículo 103.

#### 2. ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

- 2.1. Convenio de colaboración entre el Ministerio de Fomento y la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares. Previamente a la resolución del mismo por incumplimiento de la Comunidad autónoma, ha de suscitarse la intervención de la Comisión de Control y Seguimiento prevista en el mismo.
- 2.2. Interpretación del artículo 65.2 en relación con el 56.1 de la Ley de Bases de Régimen Local. Requerimiento administrativo previo de 15 días.

#### 3. BIENES PÚBLICOS

- 3.1. Régimen jurídico de los bienes públicos
  - 3.1.1. Reversión de un bien inmueble patrimonial de una Entidad Local afectado a un uso público.
  - 3.1.2. Régimen de utilización del dominio público. Cláusula de precario administrativo. Recuperación por la Administración Pública. Aplicación del régimen de expropiación forzosa o de responsabilidad patrimonial.
  - 3.1.3. Enajenación de finca Patrimonio del Estado. Procedimiento de enajenación directa. Procedimiento administrativo complejo.
- 3.2. Montes
  - 3.2.1. Ejercicio del derecho de retracto de una finca forestal por parte de la Administración Pública tras una sentencia del Tribunal Supremo confirmatoria del retracto en atención a la situación deficitaria de la finca en el momento en que se adoptó la decisión administrativa. Desaparición sobrevenida posterior de la causa de utilidad pública que justificó el retracto, debido a las mejoras realizadas por el propietario particular, lo que conlleva la anulabilidad del acto administrativo dirigido a la ejecución de la sentencia firme anterior.
  - 3.2.2. Montes públicos. Descatalogación contraria a la Ley de Montes de 1957 y a la vigente Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes. Implicaciones urbanísticas de una descatalogación.
- 3.3. Aguas continentales
  - 3.3.1. Inscripción en el catálogo de aguas privadas del aprovechamiento de aguas subterráneas, conforme al régimen

transitorio previsto en la anterior Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas

#### 4. CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

4.1. Decisión de enajenar una vivienda propiedad de la Tesorería General de la Seguridad Social y la encomienda de ello a la Sociedad Estatal de Gestión Inmobiliaria de Patrimonio, S.A. Competencia del Orden Jurisdiccional contencioso-administrativo. Actos separables.

4.2. Adjudicación de contratos de obra en los que en el sobre I del adjudicatario faltaba la documentación relativa a la clasificación del empresario. Omisión por la Mesa de Contratación de la subsanación de la omisión. La omisión de subsanación constituye causa de anulabilidad y no de nulidad de pleno derecho de la adjudicación

#### 5. Corporaciones de derecho público

5.1. Competencia profesional para la suscripción de Propuestas de Clasificación de presas y embalses

#### 6. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO

##### 6.1. Telecomunicaciones

6.1.1. Servicio público de difusión por radio mediante gestión indirecta (concesión). Renovación de concesiones de emisoras de radiodifusión sonora.

6.1.2. Competencia exclusiva estatal en materia de telecomunicaciones. Falta de competencia de la Generalidad de Cataluña para regular cuestiones técnicas relativas a la ordenación de las comunicaciones por telefonía móvil.

##### 6.2. Derecho de la competencia

6.2.1. Resolución de la Comisión Nacional de la Energía que autorizaba a Red Eléctrica de España SA, la constitución de una sociedad filial, supeditada a condiciones. "Función 14ª". Jurisprudencia del TJUE.

##### 6.3. Industria y energía

6.3.1. Impugnación de la Orden ITC/3802/2008, de 26 de diciembre, por la que se establecen los peajes y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones gasistas, la tarifa de último recurso, y determinados aspectos relativos a las actividades reguladas del sector gasista. Régimen compensatorio de la Ley del Sector de Hidrocarburos.

6.3.2. Hidrocarburos. Gas natural. Peaje por la prestación del servicio de transporte y distribución exigible a los titulares de líneas directas conectados a plantas de regasificación.

6.3.3. Sector Eléctrico. Peajes de acceso, tarifas y primas de determinadas instalaciones de régimen especial. Sistemas y equipos de telegestión y telemedida. Minoración de la retribución de las empresas distribuidoras.

#### 7. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS

7.1. Vulneración del principio de igualdad porque la administración estableció diferencias carentes de justificación objetiva en el procedimiento de revisión de oficio que inició frente a los estatutos de un colegio profesional.

- 7.2. Protección de datos de carácter personal. Anulación de determinados preceptos del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de carácter personal.
- 7.3. Estimación de las pretensiones de padres de alumnos escolarizados en centros docente de Cataluña para que el castellano se reintroduzca como lengua vehicular en la enseñanza junto con el catalán y que el centro les dirija las comunicaciones en castellano
- 8. EXPROPIACIÓN FORZOSA
  - 8.1. La información pública de la legislación de carreteras no sustituye a la información pública exigida por la legislación de expropiación forzosa. Nulidad.
  - 8.2. Plan especial delimitador del área de reserva para la ampliación de suelo público. Necesidad de identificación de usos. No es suficiente que se pretenda destinar al Patrimonio Municipal del Suelo. Anulación.
  - 8.3. Producido un cambio en la clasificación urbanística del terreno después de la declaración de la necesidad de ocupación que disminuye su valor, la valoración ha de hacerse de acuerdo con la clasificación urbanística que tenía el terreno en el momento en que comenzó el procedimiento expropiatorio.
  - 8.4. Interpretación de cuándo procede valorar como suelo urbanizable suelos expropiados para ejecutar un aeropuerto. Doctrina sobre la consideración de sistema general de los sistemas de comunicación.
- 9. EXTRANJERÍA Y ASILO
  - 9.1. Extranjería
    - 9.1.1. El Real Decreto 1162/2009, por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/200, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, no vulnera el reparto constitucional de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas
    - 9.1.2. Denegación de la nacionalidad española. Matrimonio contraído en régimen de poligamia. Aunque la solicitante mantenga un matrimonio monógamo, no puede tenerse por acreditada la integración social.
  - 9.2. Asilo
    - 9.2.1. Reconocimiento de la condición de refugiada y del derecho de asilo. Persecución por motivos de género. Disposición Adicional vigésimo novena de la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.
    - 9.2.2. Denegación de asilo por extensión familiar por haberlo obtenido el peticionario también por extensión.
    - 9.2.3. Denegación del asilo en aplicación de la cláusula de exclusión del artículo 1.F) de la Convención de Ginebra de 1951, por la comisión de crímenes contra la humanidad.
- 10. FUNCIÓN PÚBLICA.
  - 10.1. Ingreso en el Cuerpo Nacional de Policía. Nulidad del establecimiento de un límite máximo de edad para ingresar
  - 10.2. Oferta de empleo público. No inclusión de las plazas cubiertas por interinos. Vulneración del artículo 23.2 de la Constitución

- 10.3. Abono de trienios a funcionarios interinos. Efectos retroactivos de acuerdo con el artículo 25.2 del Estatuto Básico del Empleado Público en relación con la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999.
- 10.4. Aprobación de la oferta de empleo público. Obligación de negociación colectiva.
- 10.5. Nombramiento de funcionario interino. No consideración como mérito, de los servicios prestados como personal laboral.
- 10.6. Sistema de libre designación para la provisión de puestos de trabajo. Necesidad de motivación por parte de la Administración. No sirve como tal justificación la circunstancia de que se trate de un puesto con un nivel determinado.
- 10.7. Servicios prestados en régimen de contratación administrativa. Posible reconocimiento del complemento de antigüedad
- 11. PODER JUDICIAL. ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.
  - 11.1. Uso y distribución de plazas de aparcamiento en la Ciudad de la Justicia de Valencia. Medidas adoptadas por la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Bienes demaniales afectos al funcionamiento de la Administración de Justicia. Naturaleza gubernativa del Acuerdo. Inexistencia de regulación de las condiciones de trabajo de los funcionarios.
  - 11.2. Medida de reparto doble de asuntos a Juzgado de lo Contencioso-administrativo de nueva creación. Suficiente motivación y publicidad. Inexistencia de vulneración del procedimiento legalmente establecido.
  - 11.3. Confección de la lista de peritos que anualmente ha de realizarse para facilitarla a Juzgados y Tribunales. Actividad de carácter gubernativo y no jurisdiccional. Preferencia de la lista presentada por Colegios Profesionales sobre las de las Asociaciones Profesionales
  - 11.4. Nombramiento de Magistrado de la Sala V del Tribunal Supremo. Potestad discrecional del Consejo General del Poder Judicial sometida a control jurisdiccional. Suficiente motivación.
- 12. PROPIEDADES ESPECIALES
  - 12.1. Propiedad industrial: patentes. Alcance de la revisión de la traducción de una patente europea ante la Oficina Española de Patentes y Marcas. Alcance del derecho y competencia de la citada OEPM. Inexistencia de límite de plazo para solicitar la revisión de la traducción desde el momento en que se presenta la traducción de la misma.
- 13. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL
  - 13.1. Nueva interpretación del artículo 294 LOPJ, derivada de la STEDH 13/07/2010: interpretación estricta, en el sentido literal de sus términos, que implica la exclusión de los supuestos de inexistencia subjetiva.
  - 13.2. Justificada, al menos de forma indiciaria, la existencia de un mal uso de la *lex artis*, corresponde a la Administración justificar que actuó como le era exigible.
  - 13.3. Cambio de doctrina: equiparación de los supuestos de responsabilidad patrimonial de Estado legislador fundados en infracción del Derecho Comunitario a los derivados de la declaración de inconstitucionalidad de una norma: no necesidad de agotar la vía de recursos para poder

- ejercitar la acción de responsabilidad patrimonial del Estado legislador en ambos casos.
- 13.4. Responsabilidad patrimonial del Estado legislador por normas declaradas inconstitucionales: interpretación y alcance de los artículos 161.1.a) CE y 40.1 LOTC.-
  - 13.5. Responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia: Inexistencia de doble instancia penal en el caso de aforados: No puede reprocharse a la Administración de Justicia pérdida de oportunidad procesal no prevista en nuestro ordenamiento jurídico.-
  - 13.6. Interpretación del artículo 9.4 de la LOPJ en los supuestos en que el perjudicado ejercite la acción directa prevista en el artículo 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro: la competencia corresponde a la jurisdicción civil.
14. TRÁFICO Y SEGURIDAD VIAL.
- 14.1. Validez del artículo 41.2 del Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación.
15. URBANISMO Y MEDIO AMBIENTE
- 15.1. Medio ambiente
    - 15.1.1. Reglamento de desarrollo de la Ley del Ruido
    - 15.1.2. Costas. Caducidad del procedimiento administrativo de aprobación del deslinde del dominio público marítimo-terrestre.
    - 15.1.3. Impugnación de actos dictados en procedimientos de declaración de impacto o de efectos ambientales. Obligación de someter los instrumentos de planeamiento urbanístico a evaluación ambiental estratégica.
    - 15.1.4. Embalse de Itoiz. El derecho de información y acceso a los expedientes administrativos en materia de medio ambiente no incluye el de supervisar 'in situ' la ejecución de las obras públicas.
    - 15.1.5. Anulación de proyecto de desdoblamiento de carretera autonómica que afecta a espacios naturales prioritarios, habiéndose omitido la preceptiva consulta previa a la Comisión Europea.
  - 15.2. Urbanismo
    - 15.2.1. Régimen jurídico del silencio administrativo aplicable a los planes urbanísticos.
    - 15.2.2. Plazo de ejecución de sentencias firmes que ordenan derribar edificaciones ilegales.
    - 15.2.3. Anulación de plan general de ordenación municipal por omitirse en el procedimiento para su aprobación el preceptivo informe sectorial de telecomunicaciones.
    - 15.2.4. Suspensión cautelar de planes urbanísticos.
    - 15.2.5. Límites de la potestad discrecional de planeamiento. La supresión de zonas verdes preexistentes requiere de una especial justificación.
    - 15.2.6. Anulación de la ordenación establecida en un Plan General por incurrir en desviación de Poder

- 15.2.7. Los órganos jurisdiccionales no pueden sustituir a la Administración urbanística en el ejercicio de potestades discrecionales

## II. TRIBUTARIO

1. Bonificación del 95% en la cuota del Impuesto sobre Bienes Inmuebles. Inexistencia de obligación por parte del Estado de compensar a las Entidades locales afectadas por el establecimiento del referido beneficio fiscal.
2. Legitimación en el procedimiento de revocación tributaria [art. 219 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria].
3. Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Rentas exentas. Indemnizaciones por despido o cese. Trabajadores contratados nuevamente. Presunción *iuris tantum* de vinculación del trabajador con la nueva empresa. Inexistencia de vinculación entre la empresa originaria y la final a pesar de formar parte del mismo grupo empresarial y tener la segunda una participación casi total en la primera. Sometimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa a la doctrina del orden jurisdiccional social respecto del concepto de vinculación entre empresas. Recurso de casación para la unificación de doctrina.
4. Carácter excluyente de los medios de recuperación del Impuesto sobre el Valor Añadido soportado: compensación y devolución. Recurso de casación para la unificación de doctrina.
5. Procedimiento de inspección. Interrupción justificada de las actuaciones inspectoras. Petición de información a las Administraciones tributarias pertenecientes a otros Estados Miembros de la Unión Europea. Realización de actuaciones inspectoras durante el plazo de interrupción justificada. Improcedente cómputo del plazo de interrupción justificada.- Prescripción parcial.

## III. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

1. Recursos contencioso-administrativos en materia de extranjería (denegación de entrada en territorio nacional). Archivo de las actuaciones por incumplimiento de la exigencia de aportar el documento que acredite la representación procesal a favor del procurador o del letrado
2. Alegación por la Administración demandada, en la contestación, de motivos determinantes de la nulidad del acto impugnado no esgrimidos previamente en vía administrativa.
3. Requisitos del escrito de preparación del recurso de casación
4. Inadmisión del recurso de casación por carencia de interés casacional

## INTRODUCCIÓN<sup>1</sup>

Se recogen en esta Crónica algunas de las más importantes resoluciones de la Sala Tercera del Tribunal Supremo a lo largo del año judicial 2011-2012. Como en años anteriores, ha de insistirse en que dada la gran cantidad de sentencias y autos dictados a lo largo de este año judicial, la relación que sigue carece de pretensión de exhaustividad y únicamente busca llamar la atención acerca de los muy variados campos de actividad sobre los que proyecta su actuación la Sala.

### I. ADMINISTRATIVO

#### 1. Acto y procedimiento administrativo

##### **1.1. *Desistimiento en vía administrativa: requisitos para su apreciación. Examen del "interés general", como causa legitimadora para denegar el desistimiento presentado por quién promovió el inicio del procedimiento administrativo.***

La **STS, Sec. 5ª, 27-05-11, RC 2182/2007**, tras examinar la naturaleza y límites del desistimiento en el procedimiento administrativo, se centra en la exégesis del "interés general", como causa legitimadora para denegar el desistimiento presentado por quién promovió el inicio del procedimiento administrativo, señalando que ese interés general *“únicamente es el que aparece, late y resulta inherente al propio procedimiento administrativo en que se sustancia dicha cuestión y que precisa de la conclusión del mismo, a pesar del desistimiento formulado. Y no se refiere, por tanto, al interés general latente en otros procedimientos administrativos, en conexión más o menos intensa con aquel en el que se ha producido el desistimiento”* (FJ 6º). Más aún, añade la sentencia que *“el interés general no puede confundirse con el interés de la Administración o con la mera conveniencia administrativa”* (FJ 7º)

##### **1.2. *Imposibilidad de acudir a la revocación de la convocatoria de un procedimiento selectivo al ser un acto de doble efecto, favorable para unos y desfavorable para otros. Debíó utilizarse la vía del artículo 103.***

La **STS 08-03-011, RC 503/2008**, analiza un caso en el que se discutía la legalidad de un acto administrativo de revocación de una convocatoria de concurso-oposición. Asumiendo las razones dadas por el Tribunal de instancia,

---

<sup>1</sup> 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 Dª Yolanda BARDAJÍ PASCUAL, Dª Diana FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Dª Africa HERRERA ALONSO, Dª María Luisa LÓPEZ-YUSTE PADIAL, Dª Alejandra FRÍAS LÓPEZ, Dª Cristina GÓMEZ DEL VALLE, Dª María Victoria BORJA ETAYO, Dª Concepción CASTRO ALVAREZ, D. Francisco DE COMINGES CÁCERES, D. Daniel SANCHO JARAIZ, y D. Augusto GONZÁLEZ ALONSO, Letrados del Gabinete Técnico, bajo la coordinación de D. Pedro ESCRIBANO TESTAUT, y bajo la supervisión del Excmo. Sr. D. José Manuel SIEIRA MÍGUEZ, Presidente de la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

considera el Tribunal Supremo que los actos de convocatoria revocados serian beneficiosos para unos u desfavorables para otros, de forma que atendiendo al principio de que esta potestad administrativa de revocación debe ser objeto de una interpretación restrictiva, teniendo como límite que del acto objeto de la revocación se deriven efectos favorables para determinados sujetos (como, a juicio de la Sala, ocurría en el caso examinado), ello supone que los actos revocados no podían ser calificados ni de actos de gravamen ni desfavorables puros, sino que su contenido desde esta perspectiva era mixto o de doble efectos, desfavorable para unos y favorable para otros, y en consecuencia no cabe aceptar la aplicación de este procedimiento de revocación, ya que para que el mismo resulte procedente se exige que la eficacia o subsistencia del acto que se trate de revocar sea inocua para los afectados, sea irrazonable o encuentre fundamento objetivo en razones de seguridad jurídica, y ello no se contempla en este caso concreto, ya que los efectos de las Resoluciones revocadas no eran totalmente inocuos sino que tenían un efecto mixto, al ser favorables para algunos de los interesados, por lo que ello por sí mismo impedía la aplicación del referido procedimiento. Concluye, por eso, esta sentencia que *“es evidente que el carácter favorable de un acto no ha de predicarse de todos los afectados, sino que basta con que exista un solo interesado para el que el mantenimiento de un acto sea favorable, como es el caso de los que firmaron un determinado proceso selectivo que, una vez convocado ha de terminarse inexorablemente, y ser resuelto entre quienes concurren validamente a él, aun cuando su anulación pueda ser favorable para quienes en su momento no participaron en el mismo”* (FJ 2º)

## **2. Administraciones públicas**

### **2.1. Convenio de colaboración entre el Ministerio de Fomento y la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares. Previamente a la resolución del mismo por incumplimiento de la Comunidad autónoma, ha de suscitarse la intervención de la Comisión de Control y Seguimiento prevista en el mismo.**

La **STS, Sec. 3ª, 08-03-2011, RC 4143/2008**, examina la legalidad de un acuerdo de la Administración estatal por el que dieron por resueltos unos convenios de colaboración en materia de carreteras, suscritos el Ministerio de Fomento con la Comunidad Autónoma de les Illes Balears, basándose esa resolución en el incumplimiento por parte de la Comunidad Autónoma de sus obligaciones. Señala el Tribunal Supremo que carece de fundamento el planteamiento casacional que sustenta el Abogado del Estado de entender que resulta indiscutible la facultad del Ministerio de Fomento de acordar unilateralmente la resolución de un negocio jurídico, y que el procedimiento seguido por la Administración General del Estado constituye el único cauce para reaccionar ante un incumplimiento como el imputado a la Comunidad Autónoma de les Illes Balears. Tal planteamiento resulta contradictorio con el contenido de las cláusulas de los Convenios de colaboración concernidos, que imponen la institucionalización de la Comisión Bilateral Mixta de Programación, Seguimiento y Control, de composición paritaria, integrada por representantes del Ministerio de Fomento y del Ministerio de Economía y Hacienda y por

representantes de las Consejerías de Fomento y de Economía de la Comunidad Autónoma de les Illes Balears, que asume las funciones específicas de interpretar las normas y previsiones de los Convenios y resolver las dudas y controversias que surjan en su aplicación. Por ello, resulta, más acorde con los principios generales de eficacia y de descentralización que rigen la actuación de las Administraciones Públicas sancionados en el artículo 103 de la Constitución, desde la perspectiva de las prescripciones convencionales examinadas, procurar la intervención de la Comisión Bilateral con carácter previo a la resolución del convenio

## **2.2. Interpretación del artículo 65.2 en relación con el 56.1 de la Ley de Bases de Régimen Local. Requerimiento administrativo previo de 15 días.**

La **STS, Sec. 5ª, 25-02-2011, RCIL 8/2010**, declara como doctrina legal que *<A los efectos del artículo 65.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, el cómputo del plazo de quince días para formular el requerimiento previo se computará a partir de que la Administración estatal o autonómica reciban de la Entidad Local la comunicación del acuerdo, en cumplimiento de lo establecido en el art. 56.1 de la Ley>>.*

## **3. Bienes públicos**

### **3.1. Régimen jurídico de los bienes públicos**

#### *3.1.1. Reversión de un bien inmueble patrimonial de una Entidad Local afectado a un uso público.*

En la **STS 3ª, Sec. 4ª, 16-11-2010, RC 722/2009**, la Sala Tercera del Tribunal Supremo confirma la sentencia dictada por la Sala de instancia en la interpretación que ha de darse al dies a quo a efectos del cómputo del plazo para solicitar la reversión de un bien inmueble patrimonial cedido gratuitamente por una Entidad Local a una institución pública (concretamente en el caso de autos, al entonces Ministerio de Educación y Ciencia), en aplicación del artículo 111 del Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales. Así, el Alto Tribunal considera que el cómputo del dies a quo del plazo de 30 años previsto en el citado precepto legal debe iniciarse a partir del momento en que la entidad pública donataria acepta la cesión (lo que suele hacerse mediante real decreto o disposición reglamentaria), y no a partir del momento en que se otorga escritura pública del acto de cesión y aceptación del bien inmueble.

#### *3.1.2. Régimen de utilización del dominio público. Cláusula de precario administrativo. Recuperación por la Administración Pública. Aplicación del régimen de expropiación forzosa o de responsabilidad patrimonial.*

La **STS 3ª, Sec. 6ª, 03-12-2010, RC 25/2007** que se destaca en esta crónica resuelve un supuesto de utilización de una porción de terreno de dominio público como carril de acceso a una estación de servicio. La utilización

de dicho bien demanial contaba con la cobertura de una autorización administrativa que contenía una cláusula de precario en virtud de la cual la Administración podía recuperar en cualquier momento dicho bien sin generar derecho a indemnización alguna.

El Tribunal Supremo distingue la aplicación al caso de autos del régimen jurídico de la expropiación forzosa y del de responsabilidad patrimonial de la Administración. Por la misma pérdida de un bien no es posible reclamar un justiprecio y una indemnización, de modo que un pronunciamiento en vía administrativa estimatorio o desestimatorio de uno de dichos procedimientos en sede gubernativa cierra la vía al pronunciamiento sobre el otro.

El Tribunal Supremo también concluye, invocando otros pronunciamientos jurisprudenciales anteriores, que la institución de precario administrativo, a diferencia del precario civil, es algo más que una situación de mera tolerancia. El Alto Tribunal reconoce que la Administración puede recuperar en cualquier momento un bien cedido en precario, pero, habida cuenta de que el precario administrativo no se funda en un acto gratuito, tanto su otorgamiento como su revocación deben ceñirse a circunstancias y condiciones que legalmente lo hagan posible. Conforme a consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo, en el precario administrativo se distinguen dos grados:

- el de primer grado, en el que la utilización en precario del dominio público se prolonga significativamente en el tiempo, permitiendo el desarrollo de actividades industriales o mercantiles;
- el precario de segundo grado consiste en la utilización del dominio público de forma breve y puntual y que no sirve de base para iniciativas económicas duraderas.

En consecuencia, en el precario de primer grado (supuesto en el que se subsume el caso de autos), la recuperación del bien por la Administración ocasiona una lesión económica indemnizable. Y esta conclusión es válida, empero, aún cuando el Alto Tribunal ha reconocido de manera reiterada que la modificación del trazado de las vías públicas no genera, en principio, derecho a indemnización alguna a los particulares que se vean afectados, ya que no existe un derecho subjetivo a que el trazado existente de dichas vías se mantenga indefinidamente en el tiempo sin adaptarse a las cambiantes necesidades colectivas. Ahora bien, esa doctrina no empece a la exigencia de una indemnización cuando una edificación haya quedado aislada por haberse cerrado el acceso a la calle o carretera correspondiente.

### *3.1.3. Enajenación de finca Patrimonio del Estado. Procedimiento de enajenación directa. Procedimiento administrativo complejo.*

En la **STS 3ª, Sec. 3ª, 01-07-2010, RC 4118/2007** se debate el procedimiento de enajenación de una finca de Patrimonio del Estado en la localidad madrileña de Aranjuez, teniendo en cuenta que el Ministerio de

Economía y Hacienda había autorizado su enajenación directa, de conformidad con la Ley de Patrimonio del Estado y el reglamento de desarrollo en ese momento vigentes, excepcionando el régimen general de enajenación de bienes inmuebles mediante subasta pública. En todo caso, antes de proceder a la enajenación de dicho bien, la normativa sobre patrimonio exige depurar la situación física y jurídica del mismo, practicando su deslinde si fuese necesario, e inscribiéndose en el Registro de la Propiedad si aún no lo estuviere.

El Tribunal Supremo considera que la enajenación por adjudicación directa de un bien por parte de la Administración General del Estado supone un contrato de compraventa sinalagmático en el que ambas partes manifiestan su voluntad de traspasar la titularidad del bien objeto del mismo. Desde la perspectiva de la Administración que enajena un bien, esa voluntad se conforma y se manifiesta a través de un procedimiento administrativo ineludible (el previsto en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas) que debe seguirse en su integridad y que finaliza con el acuerdo de enajenación del bien, resolución ésta que es la que verdaderamente expresa la voluntad formal de enajenación por parte de la Administración Pública, la cuál debe a su vez de notificarse eficazmente a la otra parte. En consecuencia, el Alto Tribunal valida la opinión del defensor de la Administración, al considerar que la enajenación de un bien inmueble Patrimonio del Estado, si bien constituye un negocio jurídico de compraventa que, en principio, se perfecciona por el mero consentimiento sobre el objeto y la causa (de conformidad con los artículos 1.258, 1.261 y 1.278 del Código Civil), sin embargo requiere el fiel seguimiento de un procedimiento administrativo complejo que especifica concretamente cuándo existe consentimiento y cuándo ese consentimiento es válido. El Tribunal Supremo entiende que no seguir fiel y regularmente ese procedimiento administrativo especial en materia patrimonial hasta su término hace irrelevante que en un momento determinado existiese la intención, el deseo o la voluntad de enajenar un bien por parte del órgano competente para ello, si dicho órgano no adopta la decisión administrativa formal por la que se aprueba tal enajenación. Se requiere, por tanto, un acuerdo formal de enajenación directa al adquirente del bien y una decisión material de transmitirlo al mismo. No son suficientes, por tanto, los acuerdos o resoluciones que se limitan a efectuar una declaración genérica de alienabilidad y acordar su enajenación, ni basta tampoco con un ofrecimiento inicial de enajenación por parte de Patrimonio del Estado, ni mucho menos cualquier acuerdo del adquirente que manifieste su aceptación de las condiciones propuestas e incluso del depósito de la cantidad requerida para acreditar su voluntad.

### **3.2. Montes**

*3.2.1. Ejercicio del derecho de retracto de una finca forestal por parte de la Administración Pública tras una sentencia del Tribunal Supremo confirmatoria del retracto en atención a la situación deficitaria de la finca en el momento en que se adoptó la decisión administrativa. Desaparición sobrevenida posterior de la causa de utilidad pública que justificó el retracto, debido a las mejoras realizadas por el propietario*

*particular, lo que conlleva la anulabilidad del acto administrativo dirigido a la ejecución de la sentencia firme anterior.*

En la **STS 3ª, Sec. 3ª, 21-03-2011, RC 5596/2006** se plantea, como cuestión de fondo (amén de otros aspectos procesales que no se analizarán en esta crónica), la ejecución por la Administración Pública de una resolución que acordó el ejercicio del derecho de retracto por la Administración autonómica con el fin de adquirir una finca de carácter forestal en un municipio de Córdoba debido al deficiente estado de conservación de la misma, resolución que fue considerada conforme a Derecho por sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla. Dicha sentencia de instancia fue confirmada en casación por este Tribunal Supremo mediante sentencia de 20 de noviembre de 2001. Sin embargo, con el transcurso del tiempo, la citada finca fue adquirida por un tercero que realizó en la misma tales inversiones y mejoras - algunas con autorización y subvenciones de la propia Administración autonómica - que llegaron a convertirla en una "explotación modelo" en la comarca en los ámbitos forestal, cinegético y ganadero. Por tanto, en el momento en que se decidió el retracto en 1990 la finca se encontraba en un claro estado deficitario que justificaba la intervención administrativa, si bien desde la adquisición privada se ha producido una transformación sustancial que hace cuestionar la subsistencia de la causa de utilidad pública en la que descansaba la justificación del ejercicio de ese derecho de retracto.

El Tribunal Supremo realiza un análisis del caso de autos con el fin de dar solución a un caso novedoso como el que se plantea y que no resuelve la normativa de aplicación: supuesto en el que, a la fecha de ejecutar el retracto, fuera de cualquier plazo previsible o razonable, haya desaparecido con posterioridad la causa de utilidad pública originariamente invocada. Por su interés, se extracta y reproducen los argumentos de la resolución del Alto Tribunal en su fundamento de derecho séptimo:

*"(...) Debemos, pues, acudir a los principios generales de la actuación administrativa. Como es sabido el artículo 103.1 CE dispone que "la Administración Pública sirve con objetividad los intereses", por su parte el artículo 106.1 CE establece que "los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican", y el artículo 53.2 de la Ley 30/1992 , indica que "el contenido de los actos se ajustará a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico y será determinado y adecuado a los fines de aquéllos". Este precepto establece como requisito de validez de los actos administrativos la adecuación de su contenido con la finalidad pública contemplada en la norma que atribuye la potestad al órgano público en cuyo ejercicio dicta el acto administrativo. Esta adecuación, que determina el ejercicio de la potestad, es un elemento o requisito que la doctrina mayoritaria identifica como la causa del acto administrativo. De manera que el contenido del acto administrativo debe adecuarse o ser congruente con los fines propios de la potestad ejercitada, esto es, con el fin normativo concreto, adecuación o*

*congruencia que con arreglo al citado precepto -53.2 LAP- opera, como hemos dicho, como requisito de validez (no de eficacia) del acto administrativo. Requisito de validez que ha de concurrir no solo en el momento inicial en el que se dicta el acto administrativo, sino que es exigible su persistencia durante el tiempo en el que el mismo despliega sus efectos jurídicos, singularmente cuando el acto administrativo ha de ejecutarse materialmente. En el supuesto en el que la adecuación que inicialmente concurre cuando se dicta el acto administrativo -por tanto, originariamente válido- se difumina y diluye por ulteriores circunstancias sobrevenidas, esta desaparición determina y provoca -al no operar la causa - la invalidez sobrevenida del acto administrativo, y por tanto la falta de base jurídica para su ejecución. La consecuencia es que el acto inicial que incurre en invalidez sobrevenida deja de tener aptitud para producir efectos y deviene inidóneo para fundamentar las actuaciones dirigidas a su cumplimiento.*

*Con arreglo a lo razonado, la finalidad del ejercicio del retracto forestal es el destino al que ha de afectarse la finca objeto de transmisión, esto es, al fin específico que se establece en la legislación forestal que ampara la transmisión de la finca litigiosa para su gestión pública. Esta finalidad, como hemos indicado, la mejora y conservación de la finca forestal (pues no cabe aceptar como tal la ampliación del patrimonio forestal no vinculado a un fin público), ha de predicarse no sólo en el momento en el que se decide por la Administración el ejercicio del retracto -en una concepción estática de la causa del retracto- sino que ha de permanecer y subsistir cuando se decide su ejecución material, esto es, cuando ha de procederse a su realización a través de los correspondientes actos administrativos como los que dan lugar al presente proceso.*

*No procede desconectar la causa del acto declarativo del ejercicio del retracto por razón de utilidad pública con la de aquellos actos tendentes a su posterior materialización, pues en ese momento cabe comprobar la validez y subsistencia de la causa respecto del bien sobre el que recae. La constatación de la desaparición sobrevenida de la causa inicial de utilidad pública del retracto en el ulterior momento de su realización - antes de su consumación- por razón de que la finalidad perseguida, la mejora forestal, por circunstancias inusuales, se ha realizado previamente por el comprador, determina que la causa de utilidad pública se haya desvanecido y origina la invalidez sobrevenida de los actos administrativos que disponen la ejecución del retracto, en la medida que dicha causa habilitante o presupuesto legitimador no estaba vigente y no podía identificarse en el momento de su consumación, al faltar la imprescindible adecuación del contenido del acto al fin normativo específico. Esta invalidez sobrevenida de la causa de utilidad pública en el momento de la ejecución del retracto implica un vicio de anulabilidad que comporta la anulación de los actos impugnados que disponen la ejecución del retracto”.*

Téngase en cuenta que el retracto en materia forestal fue ideado por el legislador con la finalidad de cumplir con los fines públicos hoy establecidos en la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes (y antes en la Ley de 10 de marzo de 1941, sobre el Patrimonio Forestal del Estado), es decir, garantizar la conservación y protección de los montes españoles, promoviendo su restauración, mejora, sostenibilidad y aprovechamiento racional, apoyándose en la solidaridad colectiva y la cohesión territorial. La Ley preconstitucional de 1941 mencionaba los objetivos de restaurar, conservar e incrementar la riqueza forestal con la finalidad de cumplir sus fines nacionales económicos y sociales. El vigente artículo 25 de la Ley 43/2003 regula los derechos de adquisición preferente, entre los que incluye el tanteo y el retracto, reconociendo su ejercicio a las Comunidades Autónomas en los siguientes casos de transmisiones onerosas: de montes de superficie superior al límite fijado por la comunidad autónoma correspondiente, y de montes declarados protectores y con otras figuras de especial protección conforme a la ley.

En consecuencia, el Tribunal Supremo concluye que ha desaparecido la causa inicial de utilidad pública del retracto en el momento posterior de su realización, lo que conlleva la invalidez sobrevenida del acto administrativo que dispone la ejecución del retracto, lo que no contradice tampoco el derecho de propiedad constitucionalmente consagrado en el artículo 33 de la Constitución Española, por cuanto no cabe la privación de dicho derecho por un acto administrativo que sobrevenidamente carece del elemento esencial de la causa que constitucionalmente lo legitima. El Tribunal Supremo concluye que tampoco se altera la fuerza de cosa juzgada de la sentencia suya anterior, de 20 de noviembre de 2001, porque dicha resolución jurisdiccional no legitima ni da cobertura a su ejecución extemporánea cuando se advierte que no concurre ya la causa de utilidad pública que autorizaba dicha actuación.

### *3.2.2. Montes públicos. Descatalogación contraria a la Ley de Montes de 1957 y a la vigente Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes. Implicaciones urbanísticas de una descatalogación.*

En la **STS 3ª, Sec. 5ª, 13-07-2010, RC 3363/2006** el Tribunal Supremo analiza la descatalogación de más de 100.000 metros cuadrados de un monte público como consecuencia de la anulación de dos resoluciones administrativas dictadas por la Junta de Andalucía y luego recurridas ante el Tribunal Superior de Justicia de dicha Comunidad Autónoma, que habían denegado que dicho suelo forestal fuese apto para urbanizar y que debía ser clasificado como no urbanizable en cumplimiento de una declaración de impacto ambiental de una fecha anterior. La sentencia de instancia declara que dicho suelo ha de ser clasificado como suelo urbanizable, al formar parte de un sistema general, y que, por tanto, procede la descatalogación del mismo del catálogo de utilidad pública correspondiente, ya que la actividad extractiva de arena le había privado de sus atributos y valores precisos para que mantenga su carácter de monte público. En este caso, por tanto, se ven afectados aspectos propios del dominio público forestal y del urbanismo.

La sentencia dictada por el Tribunal Supremo estima la casación por los específicos motivos interpuestos y admitidos a trámite en fase de admisión por entender que no basta con reconocer que un terreno que constituye un monte público está huérfano de los atributos y valores precisos para mantener ese carácter por el mero hecho de estar degradado como consecuencia de la actividad extractiva de arena a que ha podido estar sometido. El Alto Tribunal recuerda que esa circunstancia no es incompatible con la condición de monte público, tal y como estaba definido en la antigua Ley de Montes de 8 de junio de 1957 y en la vigente Ley 43/2003, de 21 de noviembre, ambas de carácter básico con fundamento en el artículo 149.1,23ª CE, que atribuye al Estado la legislación básica sobre montes. Téngase en cuenta, a estos efectos, que el artículo 5.1 de la citada Ley 43/2003 considera que tienen la condición de montes, también, los terrenos yermos, roquedos y arenales. De los fundamentos jurídicos de la sentencia que se comenta aquí puede concluirse que, para proceder a la descatalogación de un monte público, no basta con afirmar la degradación que aquél haya podido sufrir por una actividad extractiva u otras circunstancias, sino que es preciso expresar las características vegetales de esa superficie y las funciones que cumple o que puede cumplir ambientalmente, amén de resultar procedente, en este como en otros casos, proponer y practicar la prueba pericial oportuna que permita corroborar las circunstancias que rodean al monte público y que le pudieran hacer desmerecedor de esa calificación y grado de protección.

La implicación de dicha doctrina en el ámbito material urbanístico da lugar a que el planeamiento urbanístico (planes generales o normas subsidiarias) no puede incluir entre el suelo urbanizable aquél que esté sujeto a cualquier clase de protección, sino que debe quedar siempre al margen del proceso urbanizador y ser clasificado, por tanto, como suelo no urbanizable.

### **3.3. Aguas continentales**

#### *3.3.1. Inscripción en el catálogo de aguas privadas del aprovechamiento de aguas subterráneas, conforme al régimen transitorio previsto en la anterior Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas.*

En diversas sentencias dictadas por la Sala Tercera del Tribunal Supremo se analiza el régimen transitorio previsto en la hoy derogada Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas (en la actualidad rige el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas), a propósito de la inscripción en el catálogo de aguas privadas del aprovechamiento de aguas subterráneas. Tanto la sentencia que se analiza aquí, **STS 3ª, Sec. 5ª, 19-11-2010, RC 3909/2006**, como la sentencia de la misma Sala y Sección del Alto Tribunal dictada el 10 de diciembre de 2010 (RC 5673/2006) subrayan la importancia -para que proceda la inscripción en el catálogo de aguas privadas de un aprovechamiento de aguas subterráneas preexistente a la entrada en vigor de la Ley de Aguas de 1985 (lo que se produjo el 1 de enero de 1986)- de acreditar no sólo la preexistencia del aprovechamiento, sino también la explotación efectiva y prolongada del mismo

con especificación de sus características y el aforo de la explotación (es decir, la extensión de terreno regada).

Recuérdese que las disposiciones transitorias de la Ley de Aguas de 1985 permitieron a los titulares de aprovechamientos de aguas distintos a los aprovechamientos de aguas públicas conservar el derecho a la utilización del recurso, de modo que se concedió un plazo de tres años para que acreditaran ante el organismo de cuenca dicho derecho así como el régimen de utilización del recurso, para su inclusión en el registro de aguas como aprovechamiento temporal de aguas privadas.

Dicho régimen sería respetado por un plazo máximo de cincuenta años. Si transcurrió el plazo de tres años previsto en la ley sin que los interesados hubiesen acreditado sus derechos, aquellos mantendrían su titularidad en la misma forma que hasta entonces, pero no gozarían de la protección administrativa derivada de la inscripción en el registro de aguas. Por lo tanto, y conforme a la disposición transitoria cuarta de la Ley de Aguas de 1985, los aprovechamientos de aguas calificadas como privadas por la legislación anterior a dicha ley se podían inscribir en el registro de aguas a petición de sus titulares legítimos, debiendo declararse por éstos ante el organismo de cuenca en los plazos establecidos, de modo que dicho órgano administrativo, previo conocimiento de sus características y aforo, los incluiría en el catálogo de aprovechamientos de aguas privadas de la cuenca.

Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por tanto, corresponde a los titulares de dichos aprovechamientos demostrar, con elementos de prueba suficientes, respecto del volumen de agua para riego, que esos eran los caudales de los que disponían y utilizaban en la explotación a la fecha de entrada en vigor de la norma el 1 de enero de 1986.

#### **4. Contratación administrativa.**

##### ***4.1. Decisión de enajenar una vivienda propiedad de la Tesorería General de la Seguridad Social y la encomienda de ello a la Sociedad Estatal de Gestión Inmobiliaria de Patrimonio, S.A. Competencia del Orden Jurisdiccional contencioso-administrativo. Actos separables.***

La **STS, Sec. 4ª, 28/09/2010, RC 6189/2008**, examina un caso que versa sobre la enajenación de un bien inmueble integrado en el patrimonio de la Seguridad Social (art. 83.1 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social), señalando que el control de legalidad de corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, *“siendo prematuro traer a colación, como hacen los autos de la Sala de instancia, la naturaleza jurídica de contrato privado, de compraventa, al que se encaminan aquellas actuaciones, pues el inciso final del art. 9.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, aplicable aquí por razones temporales, consideraba actos jurídicos separables, e impugnables por ello ante el orden*

*jurisdiccional contencioso-administrativo, los que se dicten en relación con la preparación y adjudicación del contrato privado” (FJ 4º)*

**4.2. Adjudicación de contratos de obra en los que en el sobre I del adjudicatario faltaba la documentación relativa a la clasificación del empresario. Omisión por la Mesa de Contratación de la subsanación de la omisión. La omisión de subsanación constituye causa de anulabilidad y no de nulidad de pleno derecho de la adjudicación.**

La **STS, Sec. 7ª, 30-05-2011, RC 5701/2008**, examina un recurso en el que se discutía si la falta de documentación acreditativa de la clasificación de un licitante en el Sobre I de su oferta, constituía o no un defecto subsanable. Para resolver esta cuestión, señala el Tribunal Supremo que el artículo 7 del Real Decreto Legislativo 2/2.000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, establece la aplicación supletoria de las normas del derecho administrativo a los contratos administrativos, por lo que en la contratación administrativa es también de aplicación el artículo 71, que se intitula "Subsanación y mejora de la solicitud". Sobre esta base, dice la sentencia que *“partiendo, pues, de la aplicabilidad al caso del precepto que se acaba de citar, resulta claro que la Administración debió requerir la subsanación de las omisiones relativas a los documentos que acreditaban la capacidad y solvencia económica, financiera, técnica o profesional para contratar con la administración, no así las proposiciones de los interesados relativas a la oferta económica”* (FJ 3º).

## **5. Corporaciones de derecho público**

### **5.1. Aguas. Presas y embalses. Competencia profesional para la suscripción de Propuestas de Clasificación**

La **STS, Sec. 5ª, 24-05-2011, RC 3997/2007**, tras recordar la jurisprudencia de Sala relativa a las competencias de las profesiones tituladas, que de forma reiterada señala la prevalencia del principio de libertad de acceso con idoneidad sobre el de exclusividad y monopolio competencial, concluye que *“aun no siendo cuestionable -en principio- la competencia de los Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos en la redacción de los Proyectos de Construcción de Presas y Embalses, en los términos en los que la jurisprudencia reseñada ha sintetizado el mencionado ámbito competencial sin régimen de exclusividad, no puede llegarse a la conclusión -tampoco en este supuesto- de la pretendida exclusividad de la competencia de los colegidos de uno u otro Colegio Profesional para la redacción de Propuesta de Clasificación de Embalses en función de sus riesgos”* (FJ 5º).

### **5.2. Comunidades de regantes. Naturaleza mixta público-privada. Las Comunidades de Regantes, aun tratándose de Entidades de Derecho Público, no están incursas en todo caso, siempre, en la falta de legitimación prevista en el epígrafe c) del artículo 20 LJCA.**

La **STS, Sec. 5ª, 01-02-2011, RC 5670/2006**, examina por primera vez un recurso de casación en que la Sala de instancia declaró la inadmisión del recurso contencioso administrativo interpuesto por una Comunidad de Regantes contra acto de una Confederación Hidrográfica con base en lo dispuesto en el artículo 20.c) de la Ley Jurisdiccional, en que la ratio decidendi de la sentencia para declarar la inadmisión del recurso se funda en la interpretación que se realiza por la Sala respecto de la naturaleza jurídica de las Comunidades de Regantes prevista en la Ley de Aguas, a las que considera Entidades de Derecho Público integradas en una misma entidad pública, esto es, la Confederación Hidrográfica del Júcar (artículo 82.1 de la vigente Ley de Aguas, Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio), careciendo de legitimación la Comunidad de Regantes actora ---según se expresa en la sentencia de instancia--- en virtud de lo dispuesto en el apartado c) del artículo 20 de la Ley Jurisdiccional para impugnar los actos del Organismo de Cuenca por tratarse de un órgano superior jerárquico perteneciente a la misma Administración. Enfrentado a este problema, considera el Tribunal Supremo, tras analizar la naturaleza jurídica de las comunidades de regantes, que *“las Comunidades de Regantes forman parte de la denominada Administración Corporativa, caracterizados por ser entes dotados de personalidad jurídica a los que la Ley les atribuye la gestión de fines públicos, lo que les convierte en Administraciones Públicas, pero que a la vez que satisfacen los intereses privados de sus miembros, siendo pues de naturaleza mixta pública-privada, al igual que otro tipo de entidades asociativas previstas en nuestro ordenamiento como son los Colegios Profesionales, las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación y las extinguidas Cámaras de la Propiedad Urbana”* (FJ 3º). Dicho esto, concluye la Sala que *“las Comunidades de Regantes, aun tratándose de Entidades de Derecho Público, no están incursas en todo caso, siempre, en la falta de legitimación prevista en el epígrafe c) del artículo 20 porque aun adscritas al Organismo de Cuenca que ejerce sobre ellas las potestades de tutela únicamente en los supuestos previstos en la Ley de Aguas, realizan fines de naturaleza mixta, referidos tanto a la consecución del interés general como a la satisfacción de los intereses privados de los comuneros, revistiendo esta última actividad analogías con las organizaciones profesionales para la defensa de los intereses económicos propios (ex artículo 52 de la Constitución). Esta naturaleza mixta público-privada de su actividad impide su incardinación indefectible como integrante de la Administración, vinculada o dependiente de la misma en términos de superior jerárquico, existiendo una esfera importante de su actuación ajena e independiente de la Administración caracterizada por la consecución de los intereses privadas de sus miembros, a la que a la que no alcanza la falta de legitimación prevista en el apartado c) del artículo 20 de la Ley Jurisdiccional”* (FJ 4º).

## **6. Derecho administrativo económico**

## **6.1. Telecomunicaciones**

### *6.1.1. Servicio público de difusión por radio mediante gestión indirecta (concesión). Renovación de concesiones de emisoras de radiodifusión sonora.*

En la importante **STS, Sec. 3ª, 20-12-2010, RC 1178/2008**, por referirse a un derecho fundamental como es el derecho a la información (ex artículo 20.1 d) CE) y el pluralismo informativo, el Tribunal Supremo analiza el régimen de renovación de las concesiones de radiodifusión sonora en ondas métricas con modulación de frecuencia. La normativa aplicable al caso de autos era la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones, que estuvo vigente hasta el 1 de mayo de 2010, fecha de entrada en vigor de la actual Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual. En aquélla se establecía (ex disposición adicional 6ª.2) que estas concesiones se renovarían sucesivamente por periodos de 10 años salvo que el titular haya incumplido alguna de las obligaciones esenciales de la concesión o haya sido condenado mediante sentencia firme por vulnerar algún derecho fundamental. Algunas disposiciones dictadas por las Comunidades Autónomas en esta materia recogían que la renovación sería automática salvo que se incumplan las condiciones establecidas para la concesión, sin distinguir si ese incumplimiento ha de versar sobre condiciones esenciales o no esenciales. Pues bien, el Tribunal Supremo considera que la interpretación correcta ha de ser la recogida en la normativa estatal, que exige, para que no se produzca la renovación automática de la concesión, que se incumpla una condición esencial, no cualquier incumplimiento de las cláusulas o condiciones concesionales. La normativa autonómica, pues, ha de ser interpretada en términos homologables a la normativa estatal.

El siguiente aspecto de interés de la sentencia que se comenta aquí es qué debe entenderse por el incumplimiento de una condición esencial. En primer lugar, el Tribunal Supremo exige que los datos demostrativos de los posibles incumplimientos, que determinarán la renovación o no de la concesión, han de referirse al periodo de concesión en curso, no al de concesión ya renovada. En segundo lugar, no es una condición esencial el mero exceso de kilowatios de potencia radiada, menos aún si ese exceso no tiene consecuencias desfavorables en términos de interferencias, bloqueos u obstáculos para otros emisores o que impidan a otros concesionarios el ejercicio legítimo de sus propios títulos habilitantes; y tampoco es una condición esencial lo relativo a las ubicaciones de los emplazamientos. En definitiva, son condiciones esenciales aquellas que afectan al núcleo básico o esencial o que quiebren las condiciones esenciales de la concesión administrativa de servicio público.

Otro aspecto puede extraerse como conclusión clarificadora del régimen jurídico y competencial del dominio público radioeléctrico: el Tribunal Supremo recuerda que en la radiodifusión en frecuencia modulada pueden distinguirse dos concesiones distintas: la concesión de servicio como régimen de gestión indirecta, competencia de las Comunidades Autónomas; y la concesión

demanial que faculta para el uso privativo del dominio público, aneja y de carácter instrumental a la primera, para facilitar el uso del espectro radioeléctrico, competencia de la Administración General del Estado como gerente de ese espacio y regulador y planificador del mismo. Las condiciones técnicas asociadas al título habilitante, tales como la intensidad, zonas geográficas y otras características técnicas de su uso, son propias de la concesión demanial, no de la concesión de servicio.

Por último, debe subrayarse la doctrina que acuña el Tribunal Supremo en relación con el automatismo en la renovación de concesiones, ya que se plantea su compatibilidad con los principios generales que inspiran el régimen de telecomunicaciones y el de defensa de la competencia (incluidos los principios que, en esta materia, están asentados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea), en el sentido de que una renovación automática por plazos sucesivos de 10 años podría cercenar de manera desproporcionada o excesiva la entrada de nuevos interesados en el espacio radioeléctrico, situando a quienes eran titulares de las concesiones administrativas en una posición de privilegio más allá del límite temporal de su duración. Pues bien, en este sentido, el Alto Tribunal recuerda que la nueva Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, ha sido consciente de estas dificultades y ha optado por modular el régimen de renovación automática de las licencias audiovisuales, que queda excluida si el espectro radioeléctrico está agotado, si existen terceros que pretendan la concesión de la licencia y la han solicitado con un plazo de antelación de al menos 24 meses respecto de la fecha de vencimiento. El nuevo régimen jurídico deja al margen, pues, las cuestiones relativas al cumplimiento o incumplimiento de las condiciones por sus titulares, sean éstas esenciales o no esenciales.

6.1.2. *Competencia exclusiva estatal en materia de telecomunicaciones. Falta de competencia de la Generalidad de Cataluña para regular cuestiones técnicas relativas a la ordenación de las comunicaciones por telefonía móvil.*

La **STS, Sec. 5ª, 22-03-2011, RC 1845/2006**, declara la nulidad de diversos preceptos del Decreto de la Generalidad de Cataluña 148/2001, de 29 de mayo (DOGC 3404, de 7 junio), de ordenación ambiental de las instalaciones de telefonía móvil y otras instalaciones de radiocomunicación. Esta relevante sentencia lleva a cabo un extenso análisis de los títulos competenciales en la materia, resaltando la exclusividad de la competencia estatal en materia de ordenación técnica de las telecomunicaciones, con el argumento de que *“cuando la Constitución atribuye al Estado una competencia exclusiva como la ahora enjuiciada, lo hace bajo la consideración de que la atribución competencial a favor del Estado presupone la concurrencia de un interés general superior al de las competencias autonómicas, aunque, para que el condicionamiento legítimo de las competencias autonómicas no se transforme en usurpación ilegítima, resulta indispensable que el ejercicio de esas competencias estatales se mantenga dentro de sus límites propios, sin utilizarla para proceder, bajo su cobertura, a una regulación general del entero*

*régimen jurídico de la ordenación del territorio” (FJ 8º). Sobre esta base, añade la sentencia que “No cabe invocar, para rebatir o contrarrestar cuanto acabamos de decir, la competencia autonómica de desarrollo en materia de sanidad (ex artículo 149.1.16 de la Constitución), o la competencia para dictar normas adicionales de protección en materia de ambiente (ex artículo 149.1.23). Como antes resaltamos y ahora hemos de reiterar, esos títulos competenciales autonómicos no pueden llegar al extremo de desvirtuar las competencias que la propia Constitución reserva al Estado, pues si la Constitución ha atribuido al Estado la competencia en materia de telecomunicaciones, lo ha hecho por entender que en ese ámbito concurre un interés general superior que ha de prevalecer sobre la perspectiva más limitada de las competencias propias de las Comunidades Autónomas, y no hay duda de que la razón determinante de la atribución al Estado de esta competencia fue garantizar la operatividad del mercado de las telecomunicaciones como mercado único, sobre la base de que la propia naturaleza de este sector exige una regulación general común para toda la nación. Unidad esta que podría verse seriamente comprometida, cuando no arrumbada si se legitimara una atribución competencial a las Comunidades Autónomas para regular esta materia de manera distinta y en contradicción con las reglamentaciones técnicas del Estado, pues ello podría dar lugar a soluciones técnicas diferentes que desembocarían, en definitiva, en tantas políticas económicas y objetivos cuantas Comunidades Autónomas haya” (FJ 11º). Concluye, así, el Tribunal Supremo que “la regulación estatal no es un simple mínimo común que pueda ser unilateralmente ampliado por las Comunidades autónomas con pretendido amparo en los títulos competenciales de ambiente y sanidad, como precisamente en este caso sostiene la Administración de la Comunidad Autónoma de Cataluña, sino más bien un marco normativo general con vocación de aplicación sobre la totalidad del territorio nacional, que pondera equilibradamente los diversos intereses concurrentes, definiendo los requisitos técnicos del despliegue de la red que se consideran necesarios para garantizar tanto un desarrollo eficaz de las telecomunicaciones como la salud de los ciudadanos y la preservación del ambiente. Si se caracterizara la regulación estatal como un simple mínimo común denominador, que puede ser superado por las Comunidades mediante el incremento de las restricciones y limitaciones para las empresas con base en razones sanitarias o ambientales, el propio equilibrio de la regulación, y, en definitiva, la unidad del mercado, que se garantiza a través de esa regulación única y común, se desvirtuaría, frustrándose así el objetivo que ha guiado la atribución competencial para el Estado, que resulta del tantas veces mencionado artículo 149.1.21 de la Constitución” (FJ 12º).*

## **6.2. Derecho de la competencia**

*6.2.1. Resolución de la Comisión Nacional de la Energía que autorizaba a Red Eléctrica de España SA, la constitución de una sociedad filial, supeditada a condiciones. “Función 14ª”. Jurisprudencia del TJUE.*

La **STS, Sec. 3ª, 18-01-2011, RC 5859/2007**, anula las condiciones expresadas en los apartados primero in fine, segundo, tercero y párrafos segundo y tercero

del apartado cuarto de la Resolución de la Comisión Nacional de la Energía de 22 de julio de 2003, por la que se autorizó la solicitud deducida por "Red Eléctrica Española S.A." para la realización de una operación consistente en la constitución de una sociedad filial en Holanda y la emisión por esta última de un programa "Euro Medium Term Notes" (EMTNs) a los efectos de financiar la compra de activos de transporte de Endesa y Unión FENOSA. El Tribunal Supremo recapitula la jurisprudencia existente sobre la conocida "función 14ª", y sobre la base de esa jurisprudencia desciende al examen de la proporcionalidad de las singulares condiciones impuestas en este caso por la Comisión Nacional de la Energía, concluyendo que *"Coherentemente con lo solicitado, la Comisión Nacional de la Energía debió pronunciarse sobre la autorización de constitución de la sociedad filial y una vez obtenida la conclusión de que la inversión en fondos propios para la constitución de la sociedad filial no derivaban aspectos significativos que pudieran influir negativamente en el desarrollo de las actividades eléctricas reguladas de Red Eléctrica -último párrafo del tercer fundamento jurídico material de la resolución impugnada- debió detenerse en este punto. En vez de limitarse a lo pedido, la Comisión avanza en su fiscalización y entra a supervisar la operación de emisión de Eurobonos que finalmente aprueba en los términos indicados. Consideramos que esta última decisión supone un control y una intervención previa inadecuada en una sociedad cuyo objeto es la obtención de financiación en los mercados y la prestación de servicios financieros, pues, además de no haberse demandado por la solicitante Red Eléctrica, el establecimiento de una verificación "ex ante" entraña una obvia limitación en la actividad empresarial y en fin, una injerencia en la capacidad decisora de la nueva sociedad que no resulta adecuada ni se justifica debidamente con la imprecisa finalidad invocada. El control previo, indiscriminado y continuado de su actividad a través de la fiscalización "preventiva" de cualquier tipo de operación mercantil conlleva, en nuestro criterio, una traba exorbitante al funcionamiento normal de la sociedad filial que no resulta imprescindible para evitar el inespecífico y eventual "riesgo negativo indirecto en las actividades reguladas", objetivo que por su amplitud y falta de concreción, podía justificar, en realidad, cualquier tipo de medida de control a cualquier empresa relacionada con el sector. No apreciamos, pues, la necesidad de la medida adoptada por la Comisión Nacional de la Energía, que recae sobre la sociedad filial que desarrolla actividades, que supone el previo examen detallado de los concretos proyectos en los que se materialicen las inversiones y que comporta una obvia limitación a su capacidad decisoria, habida cuenta de que cabían medidas menos drásticas, e igualmente eficaces, para la consecución del fin, como podía ser el establecimiento de un sistema de declaraciones a posteriori. Igual sucede con la condición impuesta relativa a la necesidad de autorización para cualquier ampliación de capital en dicha filial que pudiera suscribir Red Eléctrica, y ello en cuanto tampoco resulta esencial y puede ser sustituida dicha intervención previa por otras medidas o declaraciones que impliquen una intervención menos contundente -e igualmente eficaz- en la normal actividad de la empresa. Y la anterior conclusión es de igual modo trasladable a la obligación de proporcionar información, referida conjuntamente, a Red Eléctrica y a la sociedad filial, sobre el detalle de la situación económica y financiera a 30 de junio y 31 de diciembre de cada año, con especificación del balance de*

*situación y de la cuenta de pérdidas y ganancias, detalle de las emisiones de deuda formalizadas y empresas del grupo adjudicatarias de las mismas, incluida en el apartado cuarto de la resolución impugnada. Pues, fuera de los supuestos establecidos legalmente en que Red Eléctrica se encuentra obligada al suministro de información, no resulta necesaria ni proporcionada la obligación de facilitar aquella con la extensión indicada en atención a la finalidad esgrimida. La información que incumbe exclusivamente a Red Eléctrica se encuentra prevista en la Ley del sector eléctrico sin que con ocasión de autorizar la solicitud sea adecuado ni se ha demostrado necesario ampliar el contenido y aspectos de la información que ha de comunicarse a la Comisión Nacional de la Energía". (FJ 8º).*

Finalmente, en cuanto al juicio de proporcionalidad en sentido estricto, es decir, de comprobar si las medidas que ahora enjuiciamos eran equilibradas por derivarse de las mismas más beneficios que perjuicios, tampoco se supera dicho juicio por cuanto no se han dado en ningún momento razones fundadas sobre las que sustentar en el caso concreto el interés general que se trata de preservar y lo único manifiesto es la restricción que suponen las referidas medidas al normal desarrollo de la actividad empresarial.

### **6.3. Industria y energía**

*6.3.1. Impugnación de la Orden ITC/3802/2008, de 26 de diciembre, por la que se establecen los peajes y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones gasistas, la tarifa de último recurso, y determinados aspectos relativos a las actividades reguladas del sector gasista. Régimen compensatorio de la Ley del Sector de Hidrocarburos.*

La **STS 3ª, Sec. 3ª, 08-03-2011, RC 41/2010** analiza el recurso contencioso-administrativo ordinario interpuesto por una entidad mercantil encargada del suministro de gases manufacturados y/o aire propanado en las Islas Baleares. Se contrapone la regulación contenida en la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos con la especificación normativa del régimen transitorio de los gases manufacturados en los territorios insulares introducida por la disposición adicional undécima de la citada Orden Ministerial, en la que se establece que las compensaciones por suministro de aire propanado se mantendrían vigentes durante un plazo máximo de un año a partir de la autorización administrativa previa del gasoducto de transporte desde el que se vaya a suministrar cada planta de aire propanado. El Alto Tribunal considera que la Ley del Sector de Hidrocarburos ha establecido un régimen compensatorio hasta la finalización y puesta en marcha de las instalaciones que permitan el suministro de gas natural en los territorios insulares en condiciones equiparables a los de la península, de modo que una vez que la situación peninsular e insular estuviesen equiparadas desde el punto de vista del suministro del gas, dejaría de estar justificado el sistema de compensación que pretende aminorar los mayores costes en la distribución del gas en las islas.

A diferencia del criterio sostenido por la Abogacía del Estado, el Tribunal Supremo entiende que la situación peninsular e insular no pueden considerarse

equiparables por la mera puesta en funcionamiento de un gasoducto marino, porque desde ese momento el suministro de gas a cada planta todavía está pendiente del desarrollo de una red de transporte cuya construcción no corresponde a las empresas distribuidoras. Además, desde que dicha red esté disponible, el suministro del gas todavía queda pendiente de la conexión (mediante gasoducto o mediante transporte por carretera) por la que cada planta enlaza con dicha red de transporte. En consecuencia, se concluye que las plantas de los territorios insulares se pueden considerar en una situación equiparable a las de la península cuando el gas natural esté disponible en las islas mediante el gasoducto submarino y sea distribuido a través de una red de transporte, aunque ésta se encuentre distante de la ubicación de la planta. El régimen de compensación previsto en la Orden Ministerial impugnada, durante el plazo máximo de un año, revela que la Administración considera necesaria dicha red de transporte para el suministro del gas, por lo que no está justificado que establezca dicho plazo sin prorrogarlo hasta la puesta en servicio del gasoducto. El plazo de un año tras la autorización del gasoducto que corresponda a cada planta no es equiparable a que las instalaciones necesarias para el suministro del gas estén finalizadas y puestas en marcha, como establece la Ley del Sector de Hidrocarburos, instalaciones en las que hay que considerar incluidas el gasoducto submarino y la red de transporte.

En consecuencia, el Tribunal Supremo anula el inciso referido al plazo máximo de un año previsto en el primer párrafo del apartado primero de la disposición adicional undécima de la Orden ITC/3802/2008, de 26 de diciembre, por considerarla contraria a la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos.

#### *6.3.2. Hidrocarburos. Gas natural. Peaje por la prestación del servicio de transporte y distribución exigible a los titulares de líneas directas conectados a plantas de regasificación.*

Al igual que en la sentencia anterior, el Tribunal Supremo resuelve en la **STS, Sec. 3ª, 03-11-2010, RC 84/2009** el recurso interpuesto contra una Orden Ministerial que establece un peaje de transporte para determinados usuarios conectados a las plantas de regasificación. El Alto Tribunal confirma la citada disposición reglamentaria al entender que, conforme a la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, es posible que los consumidores cualificados construyan líneas directas de gasoducto de gas natural con el fin de no emplear la red interconectada de transporte, y que, sin embargo, frente al régimen general, se establezca para ellas la obligación de satisfacer los peajes correspondientes al servicio de transporte y distribución (que es el que retribuye el derecho al uso de las instalaciones necesarias para transportar el gas desde el punto de entrada en la red de transporte hasta el punto de suministro al consumidor cualificado, así como la utilización de un almacenamiento operativo correspondiente a dos días de la capacidad de transporte y distribución contratada) si no se acredita el cumplimiento de la obligación de mantenimiento de existencias mínimas de seguridad con instalaciones fuera del sistema gasista.

Esta previsión procede de la normativa comunitaria (en concreto, de la Directiva 2003/55/CE, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 98/30/CE), en virtud de la cual las instalaciones que se alimenten mediante una línea directa han de cumplir con las obligaciones establecidas de seguridad del suministro con instalaciones que no se encuentren incluidas en la red básica; de lo contrario, ha de considerarse que el usuario o consumidor cualificado está haciendo uso de la red de transporte y, por lo tanto, está obligado a pagar el peaje de transporte y distribución en vigor. Si por una situación de emergencia, un sujeto ha de hacer uso de las reservas de seguridad y éstas están fuera de sus instalaciones, necesariamente tendrá que hacer uso de la red de transporte para ese consumo, lo que justifica que en este caso se le exija el pago del peaje que se comenta en esta sentencia.

### *6.3.3. Sector Eléctrico. Peajes de acceso, tarifas y primas de determinadas instalaciones de régimen especial. Sistemas y equipos de telegestión y telemedida. Minoración de la retribución de las empresas distribuidoras.*

El fomento de la adopción de tecnologías de gestión en tiempo real de la demanda de electricidad fue impulsada por el Parlamento Europeo y el Consejo mediante la aprobación de una Directiva que estableció unas normas comunes para el mercado interior de la electricidad (Directiva 2003/54/CE, de 26 de junio de 2003). La transposición de dicha norma comunitaria se produjo en España mediante la modificación de la ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, así como por una importante batería de disposiciones reglamentarias en las que se exigió a las compañías suministradoras de electricidad instalar nuevos equipos de medida que permitan la discriminación horaria así como la telegestión y telemedida para suministros de energía eléctrica hasta un determinado nivel de potencia contratada. La última de dichas disposiciones reglamentarias, de 3 de abril de 2009, autorizó al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio a dictar una orden ministerial que regulase la minoración de la retribución a las empresas distribuidoras, entre otras razones, no disponer de los sistemas y equipos aprobados de telegestión y telemedida.

El Tribunal Supremo, en la **STS, Sec. 3ª, 12-11-2010, RCA 88/2009** que se trae a esta crónica, confirma ser ajustada a Derecho la previsión reglamentaria de una minoración de la retribución a las compañías eléctricas por no incorporar las tecnologías reseñadas en los sistemas de medición del suministro eléctrico, teniendo en cuenta que uno de los costes necesarios para desarrollar la actividad, entre los que ha de incluirse los gastos comerciales derivados de la lectura de contadores y equipos de medida, se verán notablemente abaratados con la utilización de sistemas de telegestión que permiten la lectura remota. En consecuencia, la reducción de la retribución que perciben las empresas distribuidoras de electricidad supone repercutirles un coste económico vinculado al incumplimiento, en proporción a la duración de esta conducta.

Asimismo, el Alto Tribunal entiende que esta previsión reglamentaria no puede equipararse a una verdadera sanción ni a una multa de carácter económico, por cuanto esta medida está huérfana de los elementos que caracterizan a las sanciones administrativas, entre los cuales resalta que la minoración no se regula como la consecuencia necesaria frente a una conducta infractora, sino que más bien se trata del resultado de la inobservancia de una norma técnica de obligado cumplimiento.

## **7. Derechos fundamentales**

### **7.1. Vulneración del principio de igualdad porque la administración estableció diferencias carentes de justificación objetiva en el procedimiento de revisión de oficio que inició frente a los estatutos de un colegio profesional.**

La **STS, Sec. 7ª, 15-12-2010, RC 5539/2009**, estima el recurso y declara contrario al principio constitucional de igualdad la resolución que revisa de oficio y anula un precepto de los Estatutos colegiales de Protésicos dentales de Castellón y Valencia que permitía la colegiación “de oficio” a quienes sin estar colegiados, no obstante, ejercían la actividad profesional. El TS, en contra de lo declarado por la sentencia de instancia que afirma que no existe derecho a la igualdad en la ilegalidad, considera que es contrario al principio de igualdad porque en relación con otros colegios profesionales se ha admitido un precepto idéntico:

*“Las potestades administrativas tienen unos claros límites que deben ser observados en su ejercicio, constituidos, entre otros, por el obligado respeto a los derechos fundamentales (como es el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley reconocido en el artículo 14 CE) y por la necesidad también de cumplir debidamente el mandato de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que contiene el artículo 9.3 CE. Esos límites aquí no han sido observados porque, frente a preceptos estatutarios de igual contenido pertenecientes a distintos Colegios profesionales, la Administración de la Generalitat Valenciana ha adoptado de manera injustificada soluciones diferentes en cuanto al inicio del procedimiento de revisión de los mismos para depurar la posible nulidad que pudiera afectarles. Debe subrayarse, en apoyo de lo anterior, que el Colegio aquí recurrente no pretende imponer a dicha Administración autonómica que convalide regulaciones estatutarias contrarias a derecho o que le otorgue a sus estatutos una dispensa de legalidad sino otra cosa: que la actuación de control de legalidad efectuada por sus órganos se aplique por igual a todos en identidad de circunstancias. Y es por esto mismo por lo que resulta inaplicable esa jurisprudencia que invoca la sentencia recurrida, cuya idea principal viene a ser que al abrigo del principio de igualdad no pueden reclamarse dispensas de legalidad...” (FJ 3º)*

### **7.2. Protección de datos de carácter personal. Anulación de determinados preceptos del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de carácter personal.**

En dos **SSTS, Sec. 6ª, 15-07-2010, RC 23 y 26/2008**, el TS anula determinados preceptos del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, concretamente los artículos 11, 18, 38. 2, y 123.2 de la disposición reglamentaria, así como la frase del artículo 38.1.a) que dice así: "*... y al respecto de la cual no se haya entablado reclamación judicial, arbitral o administrativa, o tratándose de servicios financieros, no se haya planteado una reclamación en los términos previstos en el reglamento de los Comisionados para la defensa del cliente de servicios financieros, aprobado por Real Decreto 303/2004, de 20 de febrero*".

### ***7.3. Estimación de las pretensiones de padres de alumnos escolarizados en centros docente de Cataluña para que el castellano se reintroduzca como lengua vehicular en la enseñanza junto con el catalán y que el centro les dirija las comunicaciones en castellano***

La **STS, Sec. 4ª, 09-12-2010, RC 793/2009**, declara el derecho del recurrente a que el castellano se utilice también como lengua vehicular en el sistema educativo de la Comunidad Autónoma de Cataluña, ordenando a la Generalidad que adopte cuantas medidas sean precisas para adaptar su sistema de enseñanza a la nueva situación creada por la declaración de la Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional que considera también al castellano como lengua vehicular de la enseñanza en Cataluña junto con el catalán. De igual modo, declara la Sala el derecho del recurrente a que todas las comunicaciones, circulares y cualquier otra documentación, tanto oral como escrita, que le sean dirigidas por el centro escolar lo sean también en castellano.

## **8. Expropiación forzosa**

### ***8.1. La información pública de la legislación de carreteras no sustituye a la información pública exigida por la legislación de expropiación forzosa. Nulidad.***

En la **STS, Sec. 6ª, 18-02-2011, RC 6160/2006** la Sala confirma la nulidad del expediente expropiatorio decretada por la Sala de instancia por no haberse seguido el trámite de información pública específico exigido por la legislación forzosa, no considerándose que suple el trámite la información pública efectuada en cumplimiento de la legislación de carreteras.

Razona la Sala que, conforme a su jurisprudencia, el trámite de información pública sobre la relación de bienes cuya ocupación se considera necesaria no está expresamente previsto para el procedimiento de urgencia en el artículo 52 de la Ley de Expropiación Forzosa. No obstante en vía de desarrollo reglamentario, el artículo 56 del Reglamento de Expropiación Forzosa, tras decir que el acuerdo de ocupación urgente debe hacer referencia a los bienes a ocupar, establece que debe recoger asimismo el resultado de la información pública en la que por imposición legal o, en su defecto, por plazo de quince días, se haya oído a los afectados por la expropiación de que se

trate. La Sala expone que tiene declarado que este trámite de información pública es preceptivo también en el procedimiento de urgencia y su finalidad es que sólo mediante este trámite específico pueden los afectados hacerse oír sobre la proyectada expropiación de sus fincas. Añade la sentencia que esto no ocurre, en contra de lo que afirman el Abogado del Estado y la beneficiaria, en los trámites regulados en los artículos. 7 y 10.4 de la Ley de Carreteras, que se refieren a las características generales de la carretera proyectada, no a las concretas fincas que se deberán expropiar para su construcción; es decir, esos trámites versan sobre la oportunidad de la obra que justifica la expropiación, no sobre bienes determinados. De aquí que los afectados no puedan por esos trámites defender sus intereses de la misma manera que pueden hacerlo mediante el trámite de información pública del artículo 18 Ley de Expropiación Forzosa, que sí versa sobre la relación de bienes cuya ocupación se considera necesaria. Considera la Sala que algo parecido puede decirse del trámite previsto en el artículo 19.2 Ley de Expropiación Forzosa porque ese precepto permite sólo la corrección de errores del proyecto de obras que lleva aparejada la declaración de necesidad de ocupación, pero no permite alegar nada con respecto a la necesidad de ocupación misma. De aquí que tampoco pueda suplir al trámite del artículo 18 LEF. Concluye la Sala considerando que tiene razón la sentencia impugnada al afirmar que, en el caso, se ha omitido un trámite de información pública preceptivo y dicha omisión ha ocasionado indefensión a los expropiados.

**8.2. Plan especial delimitador del área de reserva para la ampliación de suelo público. Necesidad de identificación de usos. No es suficiente que se pretenda destinar al Patrimonio Municipal del Suelo. Anulación.**

En la **STS, Sec. 6ª, 04-02-2011, RC 5605/2006** la Sala, tras rechazar varios motivos de impugnación, estima el motivo que planteaba la inexistencia de causa expropiandi por falta de expresión de los concretos fines a los que se iban a destinar los terrenos expropiados y, en consecuencia, anula un Plan Especial delimitador de un área de reserva para la ampliación de suelo público, la resolución por la que se aprobaba definitivamente la relación de propietarios afectados y bienes y derechos de necesaria ocupación por la expropiación correspondiente a dos fases, y la resolución que aprobaba definitivamente el expediente de tasación conjunta de los terrenos incluidos en dicha área y en ambas fases.

La sentencia comienza exponiendo que es incuestionable que sin declaración legal de utilidad pública e interés social, constitutiva de la causa expropiandi, no hay un procedimiento válido expropiatorio y, de acuerdo a su reiterada doctrina, afirma que la causa expropiandi, en términos del artículo 33 de la Constitución y del artículo 1 de la Ley de Expropiación Forzosa, constituye el elemento legitimador de toda expropiación.

Planteada por las recurrentes la inexistencia de causa expropiandi por no haberse establecido la finalidad concreta del uso al que se destinarán los terrenos expropiados, recuerda que el criterio jurisprudencial sobre la expresión

en las expropiaciones de la finalidad mediata que legitimaba una expropiación fue expuesta por su sentencia de 21 de mayo de 2003, RC 1063/99, en la que el tema esencial de debate era la impugnación de la delimitación de reserva de terrenos en suelo no urbanizable con destino a Patrimonio de Suelo y que supuso un cambio de criterio jurisprudencial. En esta sentencia señaló que la expresión de los fines a que se van a destinar los suelos sujetos a reserva, es decir, de los concretos y específicos usos que se tienen previstos para ellos (v.g. qué usos concretos de interés social se persiguen o qué magnitudes de viviendas protegidas se ejecutarán) no era algo inocuo y no lo era porque dicha declaración implicaba la declaración de utilidad pública y necesidad de ocupación, y esta disposición sólo tenía sentido si el acto de reserva expresaba una concreta finalidad protegida por la Ley que no fuera de mera adscripción al Patrimonio Municipal del Suelo. La sentencia referida consideraba que la protección del derecho de propiedad exigía la especificación de la “causa expropriandi” como forma de garantizar a los propietarios que su suelo será expropiado para concretos fines y también para garantizarles la tutela judicial mediante el efectivo control judicial. El Tribunal Supremo afirmaba en aquella sentencia que la devaluación del requisito de expresión de los fines concretos de la reserva podía propiciar abusos manifiestos, como siempre que se relaja la necesidad de motivación, y si este requisito no se exigía, el PMS podría convertirse en un mero procedimiento municipal de adquisición de suelo, al margen de cualquier finalidad específica.

El Tribunal Supremo, tras exponer esta doctrina, considera que la sentencia recurrida sigue el criterio anterior a la sentencia de 21 de mayo de 2003 que se conformaba con la expresión de la finalidad inmediata (incorporación de los terrenos reservados al PMS) en consideración a que la mediata (el futuro destino a viviendas protegidas y otros uso sociales) ya estaba dispuesta en la Ley y cualquier desviación era susceptible de discutirse en otro pleito. La Sala, ratificando que mantiene el criterio expuesto, casa la sentencia y procede a resolver si la Memoria del Plan Especial, única realmente facilitada para conocer lo proyectado (la implantación de un complejo metropolitano de actividades lúdicas de carácter terciario recreativo de grandes dimensiones en la ciudad de Alicante), es suficiente para entender si se da cumplimiento a la exteriorización de lo que había denominado, siguiendo la sentencia de 21 de mayo de 2003, la finalidad mediata, y concluye que no y la considera como un ejemplo paradigmático de indeterminación, de vaguedad extrema, en cuanto no permite conocer la concreta finalidad de usos que justifican la expropiación, afirmando que adolece de una mínima especificación que permita conocer lo que se proyecta, con la consiguiente indefensión. Así, a título de ejemplo, menciona las dificultades que la indefinición supondría para el ejercicio del derecho de reversión por cambio de uso.

El Tribunal Supremo afirma que, de acuerdo con la jurisprudencia que refiere, la nulidad de la declaración de utilidad pública arrastra consigo todo lo actuado posteriormente en el procedimiento expropiatorio. Ahora bien, dados los términos en que han sido los formulados los pedimentos de las demandas, limita su pronunciamiento a declarar la nulidad de los actos recurridos.

**8.3. Producido un cambio en la clasificación urbanística del terreno después de la declaración de la necesidad de ocupación que disminuye su valor, la valoración ha de hacerse de acuerdo con la clasificación urbanística que tenía el terreno en el momento en que comenzó el procedimiento expropiatorio.**

En la **STS, Sec. 6ª, 0-/06-2011, RC 5692/2008**, la Sala concreta cuando ha de entenderse iniciado el expediente justiprecio en un caso en que entre el inicio del expediente expropiatorio y el inicio del expediente de justiprecio se produce un cambio en la clasificación urbanística del terreno expropiado con posterioridad a la declaración de necesidad de ocupación que implica una disminución de su valor, y considera que la valoración ha de hacerse según la clasificación urbanística que el terreno tenía en el momento en el que comenzó el procedimiento expropiatorio.

La Sala expone que el problema suscitado estriba en la modificación de la clasificación urbanística del terreno expropiado con posterioridad a la iniciación del procedimiento expropiatorio, e incluso al intento de llegar a un mutuo acuerdo, pero con anterioridad al requerimiento a la expropiada para que presentase su hoja de aprecio. La Sala de instancia, señala el Supremo, razona que el criterio jurisprudencial es que el momento a que debe referirse la valoración es el requerimiento de hoja de aprecio cuya finalidad es evitar que retrasos en la tramitación del expediente expropiatorio perjudiquen al expropiado. Añade que, cuando esa demora no existe o es la propia del trámite, se admite la compensación mediante abono de intereses. Ahora bien, cuando esa demora es notoria o concurren excepcionales circunstancias, el espíritu favorable para el interesado, hace que haya que referir la fecha de valoración al del inicio de las gestiones para hacerlo mediante acuerdo y si ello es así en general, con más razón, debe hacerse en el presente caso en el que entre esa fecha y la de requerimiento para la presentación de la hoja de aprecio se produjo un cambio de planeamiento que supuso que pasase de suelo urbano a urbanizable forestal.

El Supremo indica que no hay duda de que el momento a que debe referirse la valoración es el del inicio del expediente de justiprecio por virtud del artículo 24 de la LSV y la cuestión es aclarar cuándo ha de entenderse iniciado el expediente de justiprecio. Para dar respuesta a esta cuestión, considera que el artículo 25 de la Ley de Expropiación Forzosa señala que una vez firme el acuerdo por el que se declara la necesidad de ocupación de bienes o adquisición de derechos expropiables, se procederá a determinar el justiprecio. De este artículo se sigue que la determinación del justiprecio ha de iniciarse inmediatamente después de que se declare la necesidad de ocupación de los bienes. Sin embargo, el artículo 28 del Reglamento de Expropiación Forzosa establece que el expediente de justiprecio se entenderá iniciado, a todos los efectos legales, el día siguiente a aquél en que haya adquirido firmeza el acuerdo declaratorio de la necesidad de la ocupación con independencia de la fecha en que la Administración expropiante extienda la correspondiente diligencia de apertura. Ante la distinta regulación que contienen ambos artículos, el artículo 28 del Reglamento no puede prevalecer frente al artículo

25 del Ley de Expropiación Forzosa, por lo que la Sala ha mantenido que cuando la iniciación efectiva del expediente de justiprecio, por medio del requerimiento de la hoja de aprecio, tiene lugar después de la declaración de la necesidad de la ocupación, es a dicho momento de iniciación efectiva del expediente al que hay que estar y referir a esa fecha la tasación económica del bien, así como las características físicas y jurídicas de la finca expropiada. Declara la Sala que esta es una construcción jurisprudencial para evitar que el retraso en la tramitación por la Administración pueda perjudicar al expropiado pues aquélla no tendría derecho a hacer suya la revalorización del bien expropiado por el transcurso del tiempo. Esta construcción parte del presupuesto de que los bienes, especialmente los inmuebles, tienden a aumentar de valor. La consecuencia de todo ello es que adoptando, una interpretación favorable al expropiado, el artículo 28 del Reglamento se reputa no conforme a la ley e inaplicable en aquellos supuestos en que el retraso en la efectiva iniciación del expediente de justiprecio haya podido suponer un incremento del valor del bien expropiado.

Sin embargo, cuando esa circunstancia no se da, no hay razón alguna para desviarse del tenor literal del artículo 25 Ley de Expropiación Forzosa ni tampoco para dejar de aplicar la presunción del artículo 28 del Reglamento. Considera la Sala que no tendría sentido que una construcción jurisprudencial tendente a tutelar al expropiado frente a las consecuencias negativas del retraso de la Administración en la tramitación terminase favoreciéndole. En supuestos como el presente, en que con o sin retraso administrativo, se produce un cambio en la clasificación urbanística del terreno expropiado con posterioridad a la declaración de la necesidad de ocupación y dicho cambio es perjudicial para el expropiado, por implicar una disminución del valor de aquél, el criterio jurisprudencial corrector de las consecuencias perversas del retraso administrativo carece de apoyo. De aquí que, en esa hipótesis, la valoración haya de hacerse según la clasificación urbanística que el terreno tenía en el momento en que comenzó el procedimiento expropiatorio. La Sala confirma así el criterio mantenido en las sentencias de esta Sala de 22 y 27 de septiembre de 2001 y de 14 de febrero de 2003.

#### ***8.4. Interpretación de cuándo procede valorar como suelo urbanizable suelos expropiados para ejecutar un aeropuerto. Doctrina sobre la consideración de sistema general de los sistemas de comunicación.***

En la **STS, Sec. 6ª, 05-04-2011, RC 6041/2007** la Sala expone en qué circunstancias procede valorar como urbanizables terrenos expropiados para ejecutar un sistema de comunicación como un aeropuerto y descarta que en el caso de autos, tras el análisis del material recogido en las actuaciones se desprendan datos que permitan valorar los terrenos expropiados como urbanizables.

La Sala estima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia que, partiendo de la premisa de que los aeropuertos siempre contribuyen a crear ciudad, entiende que se trata de un sistema general dotacional y que el

suelo deber valorarse como urbanizable, prescindiendo de si el aeropuerto proyectado sirve o no para crear ciudad.

Concreta la Sala cuando procede la valoración de terrenos expropiados como urbanizables, diciendo: *“A tal efecto, es necesario determinar si se está efectivamente en presencia de un sistema general que se integra en la malla urbana o, de alguna manera, es condición para el desarrollo urbano o consecuencia del mismo, ya que no cabe ignorar que existe la posibilidad de que ciertos aeropuertos, por su ubicación y por la finalidad para la que han sido construidos, no contribuyan a crear ciudad. Ello es lo que ocurre en el presente caso, dado que la finalidad del aeropuerto es prestar un servicio a la totalidad de la isla y no a una ciudad determinada. En tal sentido, ni por el lugar donde ha sido construido (una pequeña localidad), ni por la finalidad de tal infraestructura, ha quedado acreditado que el aeropuerto de Fuerteventura sirva para crear ciudad, por lo que no es conforme a derecho la aplicación automática de la doctrina sobre sistemas generales dotacionales en relación a construcción de tales infraestructuras.”* (F J 3º)

Asimismo considera la Sala, que no es correcta la aplicación que la sentencia de instancia hace de su doctrina en relación a naturaleza de sistema general que tienen los sistemas de comunicaciones. Esta doctrina, dice la Sala, implica que es posible que ciertos aeropuertos, por su ubicación y por la finalidad para la que han sido construidos, no contribuyan a crear ciudad, y puede haber otros que no estén específicamente vinculados a una determinada ciudad o área metropolitana. En estos casos, y como excepción a la regla general, habría que concluir que no son infraestructuras que ayuden a la expansión de la ciudad y los terrenos rústicos expropiados no habrán de ser valorados como si de suelo urbanizable se tratara.

Añade la sentencia que conviene observar precisamente que, por su peculiar ubicación, no existe la expectativa razonable de que la construcción del nuevo aeropuerto traiga consigo inmediatamente una transformación de su entorno en suelo urbanizable; y, siendo esto así, no hay riesgo de que se produzca una rotura del principio de equidistribución de beneficios y cargas, que es la razón de ser última de la jurisprudencia que obliga a valorar como suelo urbanizable los terrenos rústicos expropiados para la realización de sistemas generales que crean ciudad. Esta jurisprudencia trata de evitar que personas cuyos terrenos han sido expropiados e indemnizados como suelo no urbanizable vean más tarde que, como consecuencia de la infraestructura que legitimó la expropiación, los terrenos próximos se transforman en suelo urbanizable con el consiguiente enriquecimiento de sus propietarios: si la infraestructura está llamada a modificar todo el entorno, el principio de equidistribución de beneficios y cargas derivados de la ordenación territorial exige que de dicha modificación se beneficien también los expropiados, y no sólo los propietarios de otros terrenos de la zona que no se vieron afectados por la expropiación.

## **9. Extranjería y asilo**

## 9.1. Extranjería

9.1.1. *El Real Decreto 1162/2009, por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/200, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, no vulnera el reparto constitucional de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas*

En la **STS, Sec. 3ª, 17-05-2011, RC 103/2009**, la Sala desestima el recurso interpuesto por la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia contra el Real Decreto 1162/2009, por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/200, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Concluye que la atribución a las Comunidades Autónomas que tengan asumidas competencia ejecutivas en materia laboral de la facultad para otorgar la autorización inicial de trabajo, en los términos recogidos en el artículo 51.3, párrafo cuatro, del Reglamento de extranjería -en la redacción que le ha dado el apartado cinco del artículo único del Real Decreto impugnado-, no es contraria a la Ley de Extranjería y se ajusta al orden constitucional de competencias.

9.1.2. *Denegación de la nacionalidad española. Matrimonio contraído en régimen de poligamia. Aunque la solicitante mantenga un matrimonio monógamo, no puede tenerse por acreditada la integración social.*

En la **STS, Sec. 6ª, 13-06-2011, RC 3902/2008**, la Sala estima el recurso interpuesto por el Abogado del Estado y confirma la denegación de la nacionalidad española a la solicitante. La resolución administrativa valoró que la opción por la poligamia impedía aceptar que la peticionaria se hubiera integrado en la sociedad, porque ello exige la aceptación y el seguimiento de sus principios sociales básicos, especialmente de “aquellos recogidos en disposiciones legales que disciplinan los presupuestos esenciales de la convivencia entre ciudadanos”. El Tribunal de instancia estimó el recurso al apreciar que “*Es cierto que la recurrente se casó en su país de origen, Senegal en régimen de poligamia, pero con independencia del régimen formal al que se sujetara el matrimonio de la recurrente, durante su permanencia en España ha mantenido una situación matrimonial conforme al estándar medio de nuestro país, conviviendo en régimen de monogamia con su marido y habiendo tenido dos hijos de nacionalidad española, lo que denota su integración en nuestra sociedad. Por otro lado, en la comparecencia ante el Juez Encargado del Registro Civil la recurrente manifestó que se había casado en régimen de poligamia porque resultaba obligatorio en su país, pero que estaba dispuesta a constituir un matrimonio monogámico*” (FJ 1º).

Por el contrario, el Tribunal aprecia en casación que “*la poligamia no es simplemente algo contrario a la legislación española, sino algo que repugna al orden público español, que constituye siempre un límite infranqueable a la eficacia del Derecho extranjero (art. 12.3 CC). Entendido el orden público como el conjunto de aquellos valores fundamentales e irrenunciables sobre los que se apoya nuestro entero ordenamiento jurídico, resulta incuestionable la incompatibilidad con el mismo de la poligamia; y ello sencillamente porque la*

*poligamia presupone la desigualdad entre mujeres y hombres, así como la sumisión de aquéllas a éstos. Tan opuesta al orden público español es la poligamia, que el acto de contraer matrimonio mientras subsiste otro matrimonio anterior es delito en España (art. 217 CP). Es perfectamente ajustado a derecho, por ello, que la Administración española considere que alguien cuyo estado civil es atentatorio contra el orden público español no ha acreditado un "suficiente grado de integración en la sociedad española" (FJ 3º). Y concluye que tal situación no puede obviarse por la sola circunstancia de que el matrimonio de la solicitante permanezca de hecho monógamo durante el tiempo que viene residiendo en España, porque sigue manteniendo legalmente el régimen de poligamia sin que haya llevado a cabo actuación alguna para adecuar su régimen a la normativa española que refleja los valores de la nuestra sociedad, siendo así que hubiera sido necesaria una actitud positiva de armonización y acomodación a los principios y valores sociales españoles para acreditar su integración en nuestro país.*

## **9.2. Asilo**

*9.2.1. Reconocimiento de la condición de refugiada y del derecho de asilo. Persecución por motivos de género. Disposición Adicional vigésimo novena de la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.*

En la **STS, Sec. 3ª, 15-06-2011, RC 1789/2009**, la Sala confirma la valoración del Tribunal de instancia y declara que los malos tratos físicos y psíquicos infringidos por su marido tanto a la peticionaria (que fue forzada a contraer matrimonio por un acuerdo familiar) como a sus hijos, que se califican, por su especial intensidad y gravedad, por su naturaleza y reiteración, de trato inhumano o degradante, determinan la concurrencia de un supuesto de persecución por motivos de género que, ante la falta de protección eficaz de las autoridades del país de origen, comporta la concesión del derecho de asilo.

Aprecia el Tribunal que, al introducir en la disposición adicional vigésimo novena de la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, una disposición adicional tercera a la Ley 5/1984, el legislador español ha manifestado su voluntad inequívoca de incluir en los supuestos de persecución a que alude el artículo 3.1 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, a «las mujeres extranjeras que huyen de sus países de origen debido a un temor fundado a sufrir persecución por motivos de género».

*9.2.2. Denegación de asilo por extensión familiar por haberlo obtenido el peticionario también por extensión.*

En la **STS, Sec. 3ª, 17-05-2011, RC 2067/2008**, la Sala resuelve que, habiendo obtenido el ahora recurrente el asilo por extensión familiar de su esposa, no puede pretender una nueva extensión a favor de otros familiares que no tienen con la solicitante principal y titular del derecho de asilo la relación

contemplada en el artículo 10 de la Ley de Asilo, ya que las personas para las que se pide la extensión ahora no son cónyuge, ascendientes o descendientes de aquélla sino la madre y los hijos de un matrimonio anterior del actor.

Tampoco puede tomarse en consideración la alegación de que las personas para las que pide extensión se encuentran, ellas mismas, en situación de persecución protegible por el riesgo que corren en su país de origen, porque cuando pidió la extensión de asilo nada solicitó ni alegó, menos aún probó, en tal sentido (pidió estrictamente una "extensión" familiar del asilo con única base en la relación de parentesco, y nada más). Y nada impide que, si a su derecho les interesa, estas personas puedan presentar una solicitud de asilo en España atendiendo a sus propias y personales circunstancias.

9.2.3. *Denegación del asilo en aplicación de la cláusula de exclusión del artículo 1.F) de la Convención de Ginebra de 1951, por la comisión de crímenes contra la humanidad.*

En la STS, **Sec. 3ª, 30-06-2011, RC 1298/2010**, realiza el Tribunal Supremo una extensa y detallada exégesis de la causa de exclusión del asilo consistente en haber cometido el solicitante crímenes contra la humanidad. Se remite la Sala, para delimitar este concepto de "crímenes contra la humanidad" a diversos instrumentos internacionales que culminan con el Estatuto de Roma de 1998, por el que se creó la Corte Penal Internacional, que da en su artículo 7 una definición completa del llamado crimen de lesa humanidad. Situada en esta perspectiva, señala la Sala que *"La razón de ser de esta cláusula de exclusión reside en que en ella se contemplan conductas delictivas de tal gravedad que excluyen de raíz la posibilidad de que sus responsables encuentren protección en una Convención como la de Ginebra de 1951, aprobada precisamente para dar amparo y cobijo a las víctimas de esos delitos y no a sus verdugos, quienes deben responder de sus delitos ante los Tribunales competentes y no deben esperar que precisamente a través de la institución del asilo puedan llegar a eludir su rendición de cuentas ante la Justicia"* (FJ 5º); y a continuación, la Sala apunta los requisitos para la aplicación de esta tan citada causa de exclusión, señalando lo siguiente (FJ 5º): *"la aplicación de las causas de exclusión de la protección del asilo que la misma Convención de Ginebra contempla deben ser objeto de una aplicación ponderada y rigurosa, como corresponde a su naturaleza de normas restrictivas o limitativas de derechos. Por eso, el artículo 1.f) legitima la aplicación de la cláusula de exclusión sólo cuando hay "motivos fundados" - esto es, dotados de suficiente solidez, y no basados en meras suspicacias o conjeturas- para considerar que el solicitante de asilo ha cometido alguno de esos delitos. Ahora bien, conviene reparar en que el tan citado artículo 1.f) no se refiere sola y únicamente a las personas formalmente imputadas o condenadas por la comisión de esos delitos, sino a las personas respecto de las cuales existen "motivos fundados para considerar" que los han cometido, de manera que el dato relevante no es la constatación documental de la existencia de una imputación formal por un Tribunal penal, o de una sentencia condenatoria por la comisión del delito, sino la apreciación de la existencia de datos objetivos y suficientemente contrastados que permitan concluir con la*

*necesaria fuerza de convicción que el solicitante de asilo haya participado en esas conductas delictivas, haya sido o no formalmente procesado o condenado por ello. Por otra parte, resulta evidente que dentro del ámbito de aplicación de esta cláusula se incluye no sólo a los autores directos e inmediatos de esas conductas, sino también a los cómplices, dado que tanto unos como otros son al fin y al cabo responsables del delito; y dentro de los autores no sólo se incluye a los autores directos, sino también, con igual evidencia, a los inductores y a los cooperadores necesarios”.*

## **10. Función pública**

### **10.1. Ingreso en el Cuerpo Nacional de Policía. Nulidad del establecimiento de un límite máximo de edad para ingresar**

En la **STS, Sec. 7ª, 21-03-2011, RC 626/2009**, la Sala analiza si resulta discriminatorio el establecimiento de un límite máximo de edad para participar, por el turno libre, en un proceso selectivo convocado para acceder al Cuerpo Nacional de Policía, Escala Ejecutiva.

La Sala comienza por señalar que, la edad, pese a no estar incluida expresamente en el artículo 14 de la Constitución, constituye una circunstancia personal de las previstas en el mismo; además, el artículo 21.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea incorpora la edad entre las causas por las que prohíbe discriminar. En lo que respecta al acceso a la función pública, la edad puede ser utilizada como un límite no sólo mediante la fijación de un mínimo sino mediante la imposición de un tope máximo. Así lo precisa el Estatuto básico del empleado público que, en su artículo 56.1.c) establece que para poder participar en los procesos selectivos será necesario (entre otros) tener cumplidos dieciséis años y no exceder, en su caso, de la edad máxima de jubilación forzosa; sólo por ley podrá establecerse otra edad máxima, distinta de la edad de jubilación forzosa, para el acceso al empleo público. La regla general por tanto, debe ser que la edad máxima no ha de ser otra que la establecida para la jubilación forzosa y, si bien es posible fijar otras inferiores por ley, deberán estar justificadas desde el punto de vista de la igualdad.

Partiendo de estas consideraciones, la Sala desciende al estudio del caso concreto planteado donde se exigió en la resolución de convocatoria para acceder al Cuerpo Nacional de Policía, Escala Ejecutiva, un límite máximo de edad, diferente de la señalada para la jubilación forzosa, en virtud de la previsión contenida en el artículo 7.b) del Real Decreto 614/1995, de 21 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de los Procesos Selectivos y de formación en el Cuerpo Nacional de Policía, disposición dictada al amparo del artículo 30.1 de la Ley de Funcionarios civiles del Estado.

La Sala determina que a la hora de decidir si la edad máxima de treinta años para el acceso por el turno libre a la Escala Ejecutiva del Cuerpo Nacional de Policía obedece a razones objetivas y, por tanto, fundamentadas, habrán de tenerse en cuenta una serie de condicionantes como por ejemplo, la naturaleza

de las funciones a desempeñar –que podría aconsejar que quienes se integran en el servicio no superasen determinada edad para poder cumplirlas-; o la necesidad, para quienes ingresen en la función pública, de alcanzar la formación necesaria para garantizar el correcto cumplimiento de las tareas asignadas. En el caso enjuiciado, además de estos condicionantes generales, debía tenerse en cuenta que, por ejemplo, a diferencia de lo que sucedía en el caso del turno libre, era posible que un miembro de la Escala básica accediese por promoción interna, a la Escala Ejecutiva, con más de treinta años; o que en el caso de acceso a plazas de inspector de Mozos de Escuadra no existiese límite máximo de edad. En este punto, la Sala recuerda las sentencias de 31 de enero de 2006 (recurso 2202/200) y de 28 de junio de 2006 (recurso 846/2000), que confirmaron las dictadas por la Sala del Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que anularon una base de la resolución de convocatoria de pruebas selectivas para acceder a plazas de Inspector del Cuerpo de Mozos de Escuadra que fijaba en veintiún años la edad mínima para acceder a ellas y en cuarenta la máxima. En aquellas sentencias se recordó que incumbe a la Administración la carga de demostrar la existencia de razones objetivas que justifiquen una diferencia de trato para que no sea discriminatoria y cubra el canon de constitucionalidad que significa el principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución.

Así las cosas, ante las alegaciones de que el establecimiento de una edad máxima para acceder al Cuerpo Nacional de Policía era necesario por las características de la organización en la que se encuadraban los aspirantes, o para permitir un desarrollo de la carrera administrativa de los funcionarios, la Sala consideró que *“no parece que sean válidas razones relacionadas con la generación de los derechos pasivos o de cualesquiera otros por parte de los funcionarios; si, en principio, la regla es que no haya más límites que los señalados para la jubilación forzosa, está claro que queda excluido este criterio de entre los que podrían justificar una edad máxima distinta. En consecuencia, solamente los criterios que descansen en concretos intereses públicos podrán considerarse válidos para introducir excepciones”* (FJ 5º). Por tanto, la sentencia falla que el establecimiento de un límite máximo de edad para acceder a la Escala Ejecutiva del Cuerpo Nacional de Policía no encuentra justificación objetiva alguna por lo que dicho límite, en el proceso selectivo de referencia, se declara nulo.

## **10.2. Oferta de empleo público. No inclusión de las plazas cubiertas por interinos. Vulneración del artículo 23.2 de la Constitución**

En la **STS, Sec. 7ª, 29/10/2010, RC 2448/2008**, se aborda el análisis de la conformidad o no a derecho de la exclusión en un Decreto que aprueba la oferta de empleo público de las plazas ocupadas por interinos, sobre la base de motivos económicos y de autoorganización. Para ello, la Sala parte del artículo 10.4 de la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público que dispone que las plazas vacantes desempeñadas por funcionarios interinos deberán incluirse en la oferta de empleo correspondiente al ejercicio en que se produce su nombramiento, y si no fuera posible, en la siguiente, salvo que se decida su amortización. La claridad de este precepto se ve reforzada, en el caso que

analiza la sentencia de referencia, por la regulación de la ley autonómica correspondiente al señalar de forma taxativa que las plazas ocupadas por interinos serán incluidas en la primera oferta de empleo público que se apruebe, salvo los casos de sustitución de funcionarios (artículo 7.4 de la Ley de ordenación de la función pública de la Comunidad Autónoma de Aragón).

Partiendo de dichas normas, la Sala considera que la oferta de empleo público que omite las plazas vacantes cubiertas por funcionarios interinos es contraria a Derecho. Como destaca la sentencia, no solamente se trataría de una mera ilegalidad sino de una evidente afectación al derecho fundamental que consagra el artículo 23.2 de la Constitución pues no hay mayor vulneración de dicho derecho que la negación de los procesos públicos de selección legalmente establecidos.

La Sala no admitió las alegaciones opuestas por la Administración demandada fundadas en motivos económicos y de autoorganización para excluir las plazas de funcionarios interinos, por cuanto dichas plazas ya estaban presupuestadas y ocupadas por dichos funcionarios. En consecuencia, en el fallo de la sentencia se anula el Decreto del Gobierno de Aragón por el que se aprobó la oferta de empleo público para 2007 por cuanto omite todas las plazas vacantes cubiertas por funcionarios interinos.

### ***10.3.- Abono de trienios a funcionarios interinos. Efectos retroactivos de acuerdo con el artículo 25.2 del Estatuto Básico del Empleado Público en relación con la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999.***

En la **STS, Sec. 7ª, 07-04-2011, RC 39/2009**, dictada en recurso de casación en interés de ley, se analiza si procede el abono, a los funcionarios interinos, de los haberes devengados en función de los trienios reconocidos, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 7/2007, de 12 de abril, que aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público.

La Sala sintetiza parte de los argumentos utilizados por la sentencia de instancia que se apoyó en lo resuelto por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de septiembre de 2007 que reconoció el derecho de los empleados públicos sujetos a un régimen temporal a cobrar un complemento de antigüedad, al amparo de la Directiva 1999/70/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEF sobre el trabajo de duración determinada. Esta sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea calificó de discriminatorio el establecimiento de cualquier diferente percepción de la retribución que se dispense a los empleados públicos sujetos a contratos temporales respecto de los fijos, cuando no existan razones objetivas que lo justifiquen.

La Sala, para la resolución del litigio, parte del tenor literal del artículo 25.2 de la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público, que establece que se reconocerán los trienios correspondientes a los servicios prestados antes de la entrada en vigor de dicho Estatuto, que tendrán efectos retributivos únicamente a partir de la entrada en vigor del mismo; así como

también de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de diciembre de 2010, asuntos C-444/2009 y C-456/2009, que reconoció: en primer lugar, la aplicabilidad directa de la Directiva 1999/70/CE; en segundo lugar, la prohibición de cualquier diferencia de trato no justificada objetivamente respecto a los trabajadores con contratos de duración determinada, regulación lo suficientemente precisa para poder ser alegada por un justiciable y aplicada por el juez; y, por último, a conferir a los funcionarios interinos el derecho al pago de trienios con efecto retroactivo desde la fecha de expiración del plazo para la transposición de la Directiva 1999/70/CEE al Derecho interno, ello sin perjuicio de las disposiciones internas en materia de prescripción.

La Sala reconoce pues, eficacia directa a la Directiva 1999/70/CE y “sin que ello justifique la completa equiparación entre el régimen aplicable a funcionarios interinos y a funcionarios de carrera, obliga al cumplimiento de la norma comunitaria, procediendo el abono retroactivo de los haberes devengados en función de los trienios reconocidos, y con el límite de prescripción previsto por el Ordenamiento Jurídico” (FJ 7º).

#### **10.4. Aprobación de la oferta de empleo público. Obligación de negociación colectiva**

La **STS, Sec. 7ª, 18-05-2011, RC 3199/2009**, analiza la cuestión de si es necesario o no que la aprobación de la oferta de empleo público vaya precedida de la apertura del correspondiente proceso de negociación colectiva.

En el supuesto enjuiciado, un Ayuntamiento había procedido a la aprobación de la oferta de empleo público sin la realización de proceso alguno de negociación por entender que al ser la aprobación de dicha oferta solamente la concreción de las plazas que figuraban en la plantilla como vacantes y, como tales, en el cuadro de personal aprobado con el presupuesto, no era necesaria la realización de aquél trámite.

La Sala considera que la interpretación que hace la Administración Local choca con el tenor literal del artículo 32.c) de la Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas, entonces vigente, que exigía la negociación colectiva en relación con la preparación y diseño de los planes de oferta de empleo público. Actualmente, este aspecto se encuentra regulado en el artículo 37.1c) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, que la impone respecto a los planes e instrumentos de planificación de recursos humanos, entre los cuales se incluye la oferta de empleo público.

La Sala añade una consideración de interés al afirmar que *“es cierto que hemos declarado en sentencia de 15 de septiembre de 2008, tal y como sostiene la recurrente, la existencia de una vinculación entre la oferta de empleo público y las plantillas y relaciones de puestos municipales a los efectos de determinar la imposibilidad de que sean ofertados puestos sin ajustarse a los términos en los que aparecen configurados en las plantillas y*

*relaciones de puestos de trabajo. Sin embargo, pretender extraer de dicha declaración el carácter prescindible de la negociación colectiva al tiempo de aprobarse dichas ofertas de empleo público por entenderse que resulta suficiente con la negociación previa a la adopción de la plantilla municipal resulta contrario al ordenamiento jurídico y, por tanto, rechazable” (FJ 1º).*

En consecuencia, no basta con la apertura de un proceso de negociación al tiempo de la aprobación de la plantilla y presupuesto municipal sino que también es exigible su realización en un momento anterior a la aprobación de la oferta de empleo público, con el objeto de debatir las necesidades de recursos humanos con asignación presupuestaria que no pudieran ser cubiertas con los efectivos de personal existentes.

La Sala resuelve pues, la exigencia de convocar la negociación en un momento anterior a la aprobación de la oferta de empleo público, aunque recuerda que *“dicho deber de negociar no ha de implicar necesariamente el deber de llegar a un acuerdo por lo que la falta del mismo no puede impedir a la Administración el ejercicio de sus potestades administrativas” (FJ. 1º).*

#### **10.5. Nombramiento de funcionario interino. No consideración como mérito, de los servicios prestados como personal laboral.**

En la **STS, Sec. 7ª, 10-02-2011, RC 4692/2008**, se analiza un Decreto del año 2006 de la Xunta de Galicia por el que se reguló el nombramiento de personal interino para el desempeño con carácter transitorio de plazas reservadas a funcionarios, en el cual para la cobertura de dichas plazas no se tuvo en cuenta el tiempo trabajado como contratado laboral. Para los recurrentes, se incurría en vulneración del principio de igualdad ya que existía una diferencia de tratamiento entre aquellos que, como ellos, habían desempeñado los puestos de trabajo ofertados bajo modalidades contractuales de carácter laboral, y otros que lo habían hecho al amparo de nombramientos de funcionarios interinos.

La Sala parte de considerar que el acto impugnado es una disposición de carácter general, de la que se cuestiona uno de sus preceptos, por ser contrario a lo dispuesto en los artículos 23.2 y 14 de la Constitución, lo que supone que el plano en el que opera el planteamiento de igualdad es el de igualdad en la ley, y no el de igualdad en la aplicación de la ley. Dicha observación no es baladí *“porque las exigencias del tratamiento igual de casos iguales, exigencia genuina de la igualdad en la Ley, pueden operar de modo diferente cuando se trata de la definición genérica de un supuesto normativo, que cuando propiamente la norma establece una exclusión, sobre todo si nos movemos, como ocurre en el caso actual, en el ejercicio de una facultad de autoorganización de la Administración para la configuración genérica de estructuras normativas, en donde existe el amplio marco de discrecionalidad que la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de este Tribunal Supremo tienen reconocido” (FJ.6º).* En este sentido, la Sala considera acertados los planteamientos adoptados por la sentencia de instancia que se asientan en doctrina jurisprudencial ya consolidada, según los cuales es de

destacar el amplio margen de configuración de que goza la Administración tanto en la organización funcional como a la hora de consolidar, modificar o completar organizativamente el estatus del personal a su servicio. La regulación de los méritos a computar para la confección de una lista de personal interino se enmarcaría en el ámbito de una potestad que admitiría varias soluciones válidas en Derecho y, por tanto, desde este punto de vista no ha de considerarse contrario a Derecho que no se valoren, en la confección de dicha lista, los servicios prestados en la condición de personal laboral.

Prosigue la Sala analizando el motivo de impugnación de los recurrentes basado principalmente en la no inclusión en el Decreto recurrido de su situación concreta, tachándolo, por no haberlo hecho, de contrario al principio de igualdad y discriminatorio. Para la Sala, esta visión de la aplicación del principio de igualdad no es aceptable, resultando contraria a la doctrina del Tribunal Constitucional, pues según ella, las diferencias de trato, para que concurra la desigualdad en las leyes, no deben producirse en supuestos puntuales.

En conclusión, los principales motivos por los cuales la Sala inadmite el recurso de casación y, en consecuencia, declara ajustado a Derecho, el Decreto impugnado, son dos: en primer lugar, que el hecho de no equiparar la cobertura de puestos de trabajo mediante contratos laborales con la realizada por personal funcionario, se ajusta perfectamente al principio de igualdad y a la doctrina constitucional; en segundo lugar, que la diferencia de trato regulada por el Decreto impugnado que parte de la diferenciación entre funcionarios y laborales y de la distinción entre la prestación de servicios derivada de una y otra condición, no se puede calificar como fundada en un criterio artificioso e injustificado.

**10.6. Sistema de libre designación para la provisión de puestos de trabajo. Necesidad de motivación por parte de la Administración. No sirve como tal justificación la circunstancia de que se trate de un puesto con un nivel determinado.**

La **STS, Sec. 7ª, 25-03-2011, RC 3341/2009**, insiste en el carácter excepcional que la ley asigna al sistema de libre designación lo que determina la necesidad de justificar su utilización en cada caso, siendo de interés algunas de las consideraciones que introduce para entender cuándo dicha motivación es suficiente.

Junto al carácter excepcional de este sistema de selección, la Sala recuerda otras notas que lo caracterizan, como por ejemplo, que debe aplicarse a un puesto determinado en atención a la naturaleza de sus funciones y siempre que se trate de puestos expresamente calificados de confianza y asesoramiento, los cuales deberán estar previstos en la correspondiente Relación de Puestos de Trabajo. Este instrumento técnico ha de estar constituido por un contenido mínimo y obligatorio, de necesaria observancia, dentro del cual se halla la determinación de las características esenciales de los mismos, que han de permitir identificar y distinguir las tareas asignadas a

cada uno de ellos dentro del organigrama administrativo. Cuando la ley encomienda a las convocatorias correspondientes la descripción de los puestos de trabajo, ello significa que tales descripciones deben de atenerse a las características esenciales que previamente hayan fijado las Relaciones de Puestos de Trabajo. Corresponde pues, a estos instrumentos técnicos determinar los requisitos mínimos de aquellos puestos para cuya provisión pueda optarse por el sistema de libre designación.

Pues bien, no puede invocarse la facultad de autoorganización para justificar la utilización del sistema de libre designación puesto que la discrecionalidad técnica en su ejercicio debe acomodarse a unos límites que tanto la ley como la jurisprudencia se han encargado de precisar. Tampoco el hecho de que se trate de puestos que tengan asignado un determinado complemento de destino puede servir, por si solo, para justificar el acudir a este sistema de provisión de puestos.

Esta última consideración que efectúa la Sala reviste especial interés por cuanto la normativa andaluza aplicable al caso enjuiciado determinaba expresamente que el procedimiento de libre designación se reservaba para puestos expresamente calificados de confianza o asesoramiento con nivel de complemento de destino comprendidos entre 26 y 30 y, excepcionalmente, y debidamente justificados, para los puestos de nivel inferior. Esto es, en lo que insiste la Sala es en el hecho de que atendido el carácter absolutamente excepcional con que está configurado en nuestro ordenamiento jurídico el sistema de libre designación, la posición que le corresponda a un puesto en la organización administrativa o el nivel que tenga asignado no sirven por sí mismos para justificar la utilización de dicho sistema de selección. Sólo la naturaleza de las funciones a desempeñar y la especial responsabilidad que puedan implicar tales puestos son las razones que podrían hacerlo, razones que deberían constar expresamente en las Relaciones de Puestos de Trabajo y a las cuales habrían de ajustarse las correspondientes convocatorias.

#### ***10.7. Servicios prestados en régimen de contratación administrativa. Posible reconocimiento del complemento de antigüedad.***

En la **STS, Sec. 7ª, 13/10/2010, RC 41/2009**, dictada en recurso de casación en interés de ley, la parte recurrente –la Comunidad Autónoma de Aragón– pretendía del Alto Tribunal que fijase como doctrina legal la imposibilidad de computar como servicios previos, a los efectos de reconocimiento del complemento de antigüedad o trienios, los prestados en régimen de contratación administrativa después de la entrada en vigor de la Ley 30/1984, de Medidas de Reforma de la Función Pública. Dicha pretensión traía causa de una sentencia dictada por un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo que había resuelto en sentido favorable la petición de una persona física de que le fueran reconocidos los trienios por el tiempo que había permanecido vinculada a una Administración a través de contratos de consultoría y asistencia.

La sentencia del Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación en interés de ley interpuesto por la Comunidad Autónoma de Aragón por cuanto, en primer término, no concurren las circunstancias fijadas en el artículo 101 de la Ley jurisdiccional para valorar que la doctrina fijada por la sentencia recurrida es gravemente dañosa para el interés general; y, en segundo lugar, que dicha sentencia no declara con el valor de criterio general, *“la validez, a los efectos del reconocimiento de trienios, de la contratación administrativa, porque lo que hace es otra cosa: analiza unos datos fácticos muy singulares que describe con detalle y, con base en ellos, concluye que ha existido una relación de servicios que, por reunir las notas de dependencia propias del vínculo laboral, permite aquel reconocimiento”* (FJ. 3º).

Esto es, lo que hace el Tribunal Supremo es recordar que el fallo del órgano jurisdiccional de la instancia, en el que se admitió que se computase a efectos de antigüedad el tiempo en que el interesado estuvo vinculado a la Administración con un contrato administrativo, partía de la base de que lo que había existido en el supuesto enjuiciado había sido una relación laboral, circunstancia que permitía el reconocimiento del complemento de antigüedad correspondiente.

## **11. Poder judicial. Administración de justicia.**

### ***11.1. Uso y distribución de plazas de aparcamiento en la Ciudad de la Justicia de Valencia. Medidas adoptadas por la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Bienes demaniales afectos al funcionamiento de la Administración de Justicia. Naturaleza gubernativa del Acuerdo. Inexistencia de regulación de las condiciones de trabajo de los funcionarios.***

En **STS, Sec. 8ª, 10-12-2010, RC 22/2010**, la Sala analiza la conformidad a derecho del Acuerdo del Pleno del CGPJ por el que se confirmaba en alzada el Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana relativo al uso y distribución de las plazas de aparcamiento disponibles en la Ciudad de la Justicia de Valencia. La cuestión objeto de debate se centra en que, a juicio del Sindicato recurrente, la regulación de las plazas ha sido adoptada unilateralmente por los órganos de gobierno del Poder Judicial si bien, al repercutir en las condiciones de trabajo de los funcionarios, debería haberse sometido previamente a la negociación colectiva, argumentando para ello que la utilización gratuita de las plazas supone una retribución en especie y comporta, a su vez, una disminución de jornada para los funcionarios que estaban autorizados a su uso.

La Sala, tras declarar que los edificios judiciales son bienes demaniales afectos al funcionamiento de la Administración de Justicia y que su régimen de utilización, contenido, principalmente, en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en el Reglamento 1/2000, de Órganos de Gobierno de los Tribunales, conlleva la potestad de adoptar, en relación con los mismos, cuantas medidas resulten precisas para el adecuado funcionamiento de la Administración de Justicia, siendo el criterio básico que debe presidir su utilización el del mejor servicio al

interés público al que están destinados, desestima el recurso interpuesto al entender que el Acuerdo recurrido no regula las condiciones de trabajo de los funcionarios de la Administración de Justicia, ni supone retribución en especie ni alteración de la jornada, sino que se trata de una medida de naturaleza gubernativa adoptada en relación a una determinada dependencia judicial y dirigida a establecer el régimen de utilización que mejor contribuya a garantizar a la ciudadanía el menor número posible de disfunciones en el servicio público de la Justicia, encontrando su justificación en razones vinculadas con el mejor funcionamiento de dicho servicio público, así como en razones de seguridad, por lo que se descarta que el régimen de uso que se establece pueda ser calificado de inmotivado, arbitrario o injustificado.

**11.2. Medida de reparto doble de asuntos a Juzgado de lo Contencioso-administrativo de nueva creación. Suficiente motivación y publicidad. Inexistencia de vulneración del procedimiento legalmente establecido.**

En la **STS, Sec. 7ª, 31-03-2011, RC 29/2010**, la Sala desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Acuerdo del Pleno del CGPJ por el que se confirmaba en alzada el Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla sobre reparto doble, durante tres meses prorrogables, a un Juzgado de lo Contencioso-administrativo de nueva creación.

Las razones en las que se basa el pronunciamiento desestimatorio son, en esencia, la consideración de que el acuerdo está suficientemente motivado por cuanto el recurrente, titular de dicho Juzgado, intervino en la gestación del mismo, votando en contra en la Junta Sectorial de Jueces que adoptó la propuesta de doble reparto, posteriormente, asumida por la Sala de Gobierno, por lo que conoció las razones que lo justificaron y pudo impugnarlo, descartándose así que se le ocasionara indefensión. Seguidamente, la Sala rechaza que resultaran aplicables, por analogía, las normas sobre liberación de asuntos que, a juicio del recurrente, exigían su aquiescencia, al entender que lo que se aprobó fue una medida de doble reparto para un Juzgado de nueva creación y no una liberación de asuntos para los ya existentes, encajando así la medida en la regulación que se contiene en los artículos 25 a 28 del Reglamento 1/2005 para la modificación de las normas de reparto de asuntos y descartándose, en consecuencia, la pretendida existencia de una laguna legal que precisara acudir a las normas sobre liberación de asuntos. Por último, tampoco se acoge la existencia de infracción del principio de publicidad ya que el acuerdo de la Sala de Gobierno confirmado en alzada por el Pleno tuvo la publicidad establecida en las normas que le resultaban de aplicación, negándose asimismo la desviación de poder alegada en el entendimiento de que la finalidad real de dicho Acuerdo no fue la de sancionar al recurrente por no poder ser considerada la carga de trabajo como una sanción, con independencia de que su incremento no sea del gusto de aquél.

**11.3. Confección de la lista de peritos que anualmente ha de realizarse para facilitarla a Juzgados y Tribunales. Actividad de carácter**

***gubernativo y no jurisdiccional. Preferencia de la lista presentada por Colegios Profesionales sobre las de las Asociaciones Profesionales.***

La Sala en **STS, Sec. 7ª, 27-05-2011, RC 616/2009** analiza el alcance del artículo 341 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) regulador del procedimiento para la designación judicial de peritos al hilo del recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación Profesional de Tasadores Inmobiliarios contra acuerdo del Pleno del CGPJ que estimó el recurso de alzada promovido por el Presidente del Consejo General y del Consejo Rector del Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria contra resolución de un Juez Decano que acordaba que las listas de peritos, tanto de la Asociación como del Colegio, se remitieran a los Juzgados de la provincia para que cada Magistrado-Juez eligiera según su criterio y, en su lugar, se estableció la preferencia de la lista remitida por el Colegio Oficial.

Pues bien, la Sala distinguiendo en el procedimiento de designación judicial de peritos dos aspectos, uno de índole jurisdiccional, regulado en el artículo 340 de la LEC y referido a la elección de la persona concreta que habrá de realizar la pericia en un proceso concreto y otro puramente gubernativo, regulado en su artículo 341 y que versa sobre el establecimiento del elenco de personas al que se habrá de acudir para realizar la designación, considera que, atendido el contenido del acuerdo recurrido, resulta evidente que la cuestión se enmarca en el aspecto gubernativo de la materia y que, por tanto, se ha de descartar la invasión de la potestad jurisdiccional alegada por la Asociación recurrente por cuanto el CGPJ ostenta competencia sobre la confección y remisión del listado de peritos a los distintos Juzgados. No obstante, puntualiza que la actuación jurisdiccional en la concreta designación de los peritos y las exigencias de titulación de los mismos, al venir reguladas en el citado artículo 340, no quedan constreñidas por la disponibilidad de las listas que, desde un plano de apoyo meramente gubernativo de aportación instrumental de medios, puedan serle facilitadas con arreglo al artículo 341.

En relación con la preferencia conferida al listado de peritos remitido por el Colegio Oficial frente al facilitado por la Asociación recurrente, la Sala estima que, el tenor literal del artículo 341, no ofrece duda sobre el carácter preferente otorgado a las listas de los Colegios puesto que, sólo en su defecto, se habrán de recabar las de entidades análogas a aquéllos, sin que, a diferencia de lo argumentado por la Asociación recurrente, en dicho artículo se efectúe distinción alguna sobre el carácter obligatorio o voluntario de la colegiación, ni se equipare la colegiación con la posesión del título oficial correspondiente a la materia objeto de dictamen así como que tampoco se regule la cualificación profesional exigida a los peritos por el artículo 340, reiterando que uno y otro precepto regulan aspectos distintos.

Por último, se descarta la vulneración del derecho a la igualdad y del de asociación ya que la preferencia concedida al listado remitido por el Colegio Profesional es, a juicio de la Sala, razonable y justificada, estimando que, la diferente posición de un Colegio Oficial y de una asociación profesional

constituye un elemento de diferenciación basado en un dato objetivo, que impide considerar irrazonable y desproporcionado el diferente trato atribuido por el artículo 341.

#### **11.4. Nombramiento Magistrado Sala V del Tribunal Supremo. Potestad discrecional del Consejo General del Poder Judicial sometida a control jurisdiccional. Suficiente motivación.**

En **STS, Pleno, 04-02-2011, RC 588/2009**, la Sala desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Real Decreto por el que se promueve a la categoría de Magistrado del Tribunal Supremo para ocupar vacante en su Sala Quinta, de lo Militar, al apreciar que dicho nombramiento se encontraba suficientemente motivado.

La Sala, tras reducir la revisión de dicho acuerdo de nombramiento a los límites y ámbito personal de la Magistrado nombrada y del impugnante, sin extenderlo a los demás Magistrados que no recurrieron la actuación controvertida ni se personaron en las actuaciones, resume la evolución de la jurisprudencia sobre el control judicial de la potestad discrecional de nombramiento de cargos jurisdiccionales por el Consejo General del Poder Judicial incidiendo en el carácter funcional del mismo y en la especial atención que se ha de prestar a la necesaria observancia de un escrupuloso respeto a los principios de mérito y capacidad y a la necesaria motivación con la que debe contar la decisión del Consejo, puntualizando que tal control no puede apurarse hasta el extremo de que la potestad de nombramiento de los referidos cargos se reduzca a un concurso de méritos en los que el Consejo se convierta en una mera comisión calificadora de computación de méritos, sin posibilidad de introducir valoraciones de conveniencia constitucional.

Aplicando todo ello al nombramiento controvertido, la Sala analiza, en primer lugar, la específica composición de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, considerando, por otro lado, perfectamente legítimo priorizar, a la hora de valorar los méritos invocados por los candidatos a la vacante, los servicios concretamente prestados en la propia carrera judicial. Tras ello, y a pesar de que no se aprecia que el Acuerdo del Pleno del Consejo realizara una comparación de los méritos de la Magistrado adjudicataria con los alegados por el resto de aspirantes seleccionados, a juicio de la Sala, de la lectura del Acuerdo resulta “de forma implícita pero, entendemos, evidente” que el Consejo valoró especialmente su antigüedad y los servicios prestados en la Carrera Judicial, mayor que la del recurrente, así como el buen hacer desarrollado, dando por suficiente dicha motivación y descartando que ello sea irracional o ilógico. Por último y puesto que el informe elaborado por la Comisión de Calificación del Consejo consideró especialmente idóneo al Magistrado recurrente, atendida su experiencia jurisdiccional penal y contencioso-administrativa junto con la desarrollada en la Jurisdicción militar, la Sala reitera la legítima opción del Consejo de pronunciarse prescindiendo de las ventajas que se podrían derivar de dicho desempeño militar del recurrente, inclinándose por atender, en exclusiva, a los servicios prestados en la carrera judicial, señalando asimismo que el Consejo no se encuentra obligado a rebatir

la valoración realizada por la Comisión en los casos en que se aparte de la misma toda vez que el objeto de dichos informes es asegurar que el Pleno tenga un completo conocimiento de las circunstancias en orden al mérito y la capacidad de los peticionarios.

## **12. Propiedades especiales**

### **12.1. Propiedad industrial: patentes. Alcance de la revisión de la traducción de una patente europea ante la Oficina Española de Patentes y Marcas. Alcance del derecho y competencia de la citada OEPM. Inexistencia de límite de plazo para solicitar la revisión de la traducción desde el momento en que se presenta la traducción de la misma.**

La **STS, Sec. 3ª, 04-11-2010, RC 6669/2009**, precisa el alcance del procedimiento de revisión de una traducción y el de la posible protección, tras la entrada en vigor del Acuerdo ADPIC, de las reivindicaciones de producto no incluidas en las traducciones publicadas en su momento, en virtud de la reserva que España había formulado al Convenio de la Patente Europea al amparo del artículo 167 del mismo, hoy suprimido por el Acta de Revisión de 29 de noviembre de 2000.

La Sala considera que no hay base normativa alguna, ni en el Convenio de la Patente Europea ni, en lo que a España afecta, en la legislación nacional, para negarle a la Oficina Española de Patentes y Marcas una función calificadora de la traducción de una patente europea y añade que esa misma competencia calificadora alcanza también a las revisiones de las traducciones de las patentes europeas, pero es en el penúltimo párrafo del fundamento jurídico sexto donde define y delimita la competencia de la OEPM con la siguiente redacción: «Consecuencia de todo lo visto en el presente fundamento, es la estimación de los motivos de casación examinados, no en cuanto a la limitación de las potestades de la Oficina Española de Patentes y Marcas de verificar el contenido de la traducción revisada -limitación que hemos rechazado-, pero sí en cuanto a que comprobada su fidelidad y que las ampliaciones de la traducción revisada se mantienen dentro de los límites del texto de la patente europea, así como la ausencia de cualquier fumus de fraude de ley, el citado organismo está obligado a publicar dicha traducción revisada en la forma reglamentariamente procedente.».

La Sala precisa la magnitud y significación del derecho a presentar una traducción revisada de la solicitud o de la patente europea. En primer lugar señala que, ni el apartado a) del artículo 70.4 del Convenio de la Patente Europea, ni el primer párrafo del artículo 12 del Real Decreto, establecen con claridad hasta dónde alcanza y durante qué plazo se puede solicitar esta revisión de la traducción de la patente europea, y lo determina a la luz del artículo 70.4.b) del Convenio de la Patente Europea.

La sentencia declara que este precepto, al otorgar protección a las actuaciones de buena fe de terceros, no contrarias a la patente original, de acuerdo con el texto de la traducción inicial, implícitamente admite el diferente significado de la traducción revisada respecto de la traducción original. La relevancia de esta sentencia radica en la interpretación de la posibilidad de ampliar el contenido de la traducción hasta incorporar, mediante la revisión de la traducción, todas las reivindicaciones contenidas en la patente europea. Esta trascendente apreciación de la Sala deja abierta la posibilidad al solicitante o titular de la patente europea, no sólo de corregir posibles errores o inexactitudes de la traducción -límite del alcance de la revisión de la traducción según interpretación tanto de la Oficina Española de Patentes y Marcas como de la Sentencia de instancia impugnada-, sino de ampliar el contenido de la traducción mediante la revisión de la traducción, teniendo como límite el objeto de la invención de la patente europea, es decir todas las reivindicaciones contenidas en ella, como transcribimos más adelante.

La Sala pone de manifiesto que si el alcance de una traducción revisada se limitase a enmendar errores o imprecisiones de la traducción original, sus efectos jurídicos serían exactamente los mismos que los de la traducción, y su presentación serviría exclusivamente para evitar una eventual inseguridad jurídica, pero en ningún caso se podría hablar con propiedad, de respeto a derechos de explotación de terceros nacidos bajo la vigencia de la patente como consecuencia de la revisión de la traducción. La sentencia precisa, en el fundamento jurídico sexto, respecto del referido apartado 4.b del artículo 70, del Convenio sobre concesión de patentes europeas, que cuando «se contempla la posibilidad de que un Estado admita que cualesquiera terceros que hayan acometido la explotación de una invención sin vulnerar el texto de la traducción original, puedan continuar dicha explotación "después de que la traducción revisada haya surtido efecto" indiscutiblemente se está queriendo decir que su contenido protegido, en principio delimitado por sus reivindicaciones, es más amplio que el de la traducción original.»

En el siguiente párrafo del citado fundamento jurídico, especifica el alcance de la revisión de la traducción de forma explícita, con el siguiente tenor: «Pues bien tal alcance de una revisión de la traducción no puede ser otro que precisamente el que la parte recurrente ha pretendido con la presentación de la revisión de la traducción, eso es, incorporar reivindicaciones contenidas en la patente europea pero por alguna razón no incorporadas en la traducción presentada en otro Estado.» Considera indiscutible para efectuar esa incorporación «de las reivindicaciones omitidas en un primer momento», «el procedimiento previsto en el Convenio de la Patente Europea de registrar en la correspondiente oficina nacional de propiedad industrial una traducción revisada.»

En cuanto al momento y plazo para solicitarlo la Sala razona que, siguiendo la redacción del artículo 12 del Real Decreto 2424/1986, se trata de una posibilidad abierta en cualquier momento al titular de una patente, y declara que «Así pues, tomando en consideración la falta de previsión de un plazo específico en el Convenio de la Patente Europea y en el Real Decreto

2424/1986, el tenor del artículo 12 de esta última disposición y la finalidad a la que sirve la posibilidad de presentar una traducción revisada, según los términos ya vistos, todos esos factores conducen a la conclusión de que la facultad admitida por el referido artículo 70.4.b) del Convenio de la Patente Europea y plasmada en el artículo 12 del Real Decreto 2424/1986 queda abierta, sin límite de plazo, a disposición del titular de la patente desde el momento en que se presenta la traducción de la misma según lo previsto en el artículo 65.1 del Convenio de la Patente Europea y 3, 7 y 8 del citado Real Decreto 2424/1986.»

La Sala matiza que desde la entrada en vigor en España del ADPIC, este Acuerdo no sólo contempla la posibilidad de admitir las reivindicaciones de productos farmacéuticos, sino de hacerlo para aquéllos supuestos en que no había sido posible con anterioridad como consecuencia de la reserva suscrita por España al Tratado de Munich, hasta el 7 de octubre de 1.992. Para ello concreta que «El artículo 70 del ADPIC contiene dos importantes previsiones transitorias, una, la posibilidad de modificar la solicitudes pendientes en el momento de entrada en vigor del Acuerdo para reivindicar una protección mayor -sin incluir materia nueva- (apartado 7) y la obligación para los Estados firmantes que en ese momento no otorgasen protección a los productos farmacéuticos o químicos de establecer un medio para que puedan solicitarse solicitudes de patentes para dichos productos (apartado 8). Precisa, que la patente litigiosa estaba concedida y la reserva frente a las patentes de productos en virtud del Convenio de la Patente Europea ya no estaba vigente. Por último conviene señalar que este criterio ha sido consolidado en varias sentencias; de 4 de noviembre de 2010, recaída en el RC 6864/2009, de 3 de marzo de 2011, recaída en el RC 2790/2010, y de 4 de noviembre de 2010, recaída en el RC 802/2010

### **13. Responsabilidad patrimonial**

#### ***13.1. Nueva interpretación del artículo 294 LOPJ, derivada de la STEDH 13/07/2010: interpretación estricta, en el sentido literal de sus términos, que implica la exclusión de los supuestos de inexistencia subjetiva.***

En la **STS, Sec. 6ª, 23-11-2010, RC 1908/2006**, a raíz del criterio recogido en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de fecha 13 de julio de 2010, (asunto Tendam c. España, nº 25720/05) se opera un cambio de doctrina en la interpretación extensiva que la Sala venía haciendo del artículo 294 L.O.P.J. en virtud de la cual entendía comprendidos en el mismo los supuestos de la denominada inexistencia subjetiva, es decir, aquellos en los que concurre la probada falta de participación en los hechos de quien ha sufrido la prisión preventiva, equiparándola a los supuestos de inexistencia del hecho imputado en cuanto pone de manifiesto la falta de relación del sujeto con el hecho imputado del que deriva la adopción de la medida de prisión provisional. Indica esta STS 23/11/2010, (FD 4º), que *“este planteamiento, en la medida que trata de justificar la inexistencia subjetiva en la distinción entre la absolución por falta de pruebas en aplicación de los*

*principios rectores del proceso penal (presunción de inocencia) y la absolución derivada de una constatación o prueba de la no participación en los hechos, identificándose esta última con tal inexistencia subjetiva, se ha puesto en cuestión por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ya en su sentencia de 25 de abril de 2006, asunto Puig Panella c. España, nº 1483/02, y más claramente en la reciente de 13 de julio de 2010, asunto Tendam c. España, nº 25720/05, que entiende que la desestimación de la pretensión indemnizatoria con el argumento de que la no participación del demandante en los hechos delictivos no había sido suficientemente establecida, sin matizaciones ni reservas, deja planear una duda sobre la inocencia del demandante, y que el razonamiento, operando una distinción entre una absolución por falta de pruebas y una absolución resultante de una constatación de la inexistencia de hechos delictivos, desconoce la absolución previa del acusado, cuya declaración debe ser respetada por toda autoridad judicial, cuales sean los motivos referidos por el juez penal, todo ello teniendo en cuenta que ninguna diferencia cualitativa debe existir entre una sentencia absolutoria por falta de pruebas y una sentencia absolutoria resultante de una constatación de la inocencia de una persona no ofreciendo ninguna duda. Concluye dicho TEDH que con tal planteamiento se ha producido una violación del art. 6.2 del Convenio, que establece el derecho de toda persona a la presunción de inocencia hasta que la culpabilidad haya sido legalmente declarada.” Y a la vista de estas circunstancias afirma la Sala que “se hace preciso revisar ese criterio jurisprudencial sobre la inexistencia subjetiva del hecho y su inclusión entre los supuestos amparados por el art. 294 de la LOPJ, a cuyo efecto no puede perderse de vista que la interpretación y aplicación del indicado precepto ha de mantenerse, en todo caso, dentro de los límites y con el alcance previstos por el legislador, que en modo alguno contempla la indemnización de todos los casos de prisión preventiva que no vaya seguida de sentencia condenatoria, como se ha indicado antes, ni siquiera de todos los casos en los que el proceso termina por sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre, planteamiento que, por lo demás y según se desprende de las referidas sentencias del TEDH, no supone infracción del art. 6.2 del Convenio, pues, como se indica en las mismas, ni el art. 6.2 ni ninguna otra cláusula del Convenio dan lugar a reparación por una detención provisional en caso de absolución y no exigen a los Estados signatarios contemplar en sus legislaciones el derecho a indemnización por prisión preventiva no seguida de condena.*

*No cabe, por lo tanto, entender que, atendiendo al criterio sentado por el TEDH en dichas sentencias, basta prescindir de la argumentación acerca de la acreditación de la falta de participación del imputado en los hechos objeto de enjuiciamiento civil, que se refleje en la sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre, y considerar que al margen de ello, producidas tales resoluciones penales surge el derecho a la indemnización al amparo del art. 294 de la LOPJ, pues es claro que no es esa la voluntad del legislador plasmada en el precepto, como se ha puesto de manifiesto en todo momento por la jurisprudencia de esta Sala, ni viene impuesta por otro precepto de derecho interno o del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales...*

*Pues bien, siendo clara la improcedencia de una interpretación del precepto como título de imputación de responsabilidad patrimonial en todo supuesto de prisión preventiva seguida de una sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre y descartada la posibilidad de argumentar sobre la inexistencia subjetiva, en cuanto ello supone atender a la participación del imputado en la realización del hecho delictivo, poniendo en cuestión, en los términos que indica el TEDH en las citadas sentencias, el derecho a la presunción de inocencia y el respeto debido a la previa declaración absolutoria, que debe ser respetada por toda autoridad judicial, cuales sean los motivos referidos por el juez penal, en esta situación decimos, no se ofrece a la Sala otra solución que abandonar aquella interpretación extensiva del art. 294 de la LOPJ y acudir a una interpretación estricta del mismo, en el sentido literal de sus términos, limitando su ámbito a los supuestos de reclamación de responsabilidad patrimonial con apoyo en sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre "por inexistencia del hecho imputado", es decir, cuando tal pronunciamiento se produzca porque objetivamente el hecho delictivo ha resultado inexistente, entendida tal inexistencia objetiva en los términos que se han indicado por la jurisprudencia de esta Sala, a la que sustancialmente se ha hecho referencia al principio de este fundamento de derecho, que supone la ausencia del presupuesto de toda imputación, cualesquiera que sean las razones a las que atiende el Juez penal.*

*Es evidente que con dicho cambio de doctrina quedan fuera del ámbito de responsabilidad patrimonial amparado por el art. 294 de la LOPJ aquellos supuestos de inexistencia subjetiva que hasta ahora venía reconociendo la jurisprudencia anterior, pero ello resulta impuesto por el respeto a la doctrina del TEDH que venimos examinando junto a la mencionada imposibilidad legal de indemnizar siempre que hay absolución. Por otra parte, ello no resulta extraño a los criterios de interpretación normativa si tenemos en cuenta que, como hemos indicado al principio, el tantas veces citado art. 294 LOPJ contiene un supuesto específico de error judicial, que queda excepcionado del régimen general de previa declaración judicial del error establecida en el art. 293 de dicha LOPJ y aparece objetivado por el legislador, frente a la idea de culpa que late en la regulación de la responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de la Administración de Justicia en cuando viene referida al funcionamiento anormal de la misma, por lo que una interpretación estricta de sus previsiones se justifica por ese carácter singular del precepto."*

*Concluye la Sala que este cambio doctrinal no supone dejar desprotegidas las situaciones de prisión preventiva seguida de sentencia absolutoria o sobreseimiento libre, que venían siendo indemnizadas como inexistencia subjetiva, sino que con la modificación del criterio jurisprudencial tales reclamaciones han de remitirse a la vía general prevista en el artículo 293 LOPJ y que esta interpretación "no es sino una consecuencia de los términos en los que el legislador ha establecido el título de imputación de responsabilidad patrimonial en dicho precepto, que viniendo referido a la existencia de error judicial en la adopción de la medida cautelar de prisión provisional, no se condiciona a la apreciación directa de dicho error atendiendo*

*a las circunstancias en las que se adoptó la prisión preventiva ni se extiende a todos los supuestos de posterior absolución o sobreseimiento libre sino que se presume o se entiende puesta de manifiesto cuando la resolución que pone fin al proceso supone una declaración de inexistencia del hecho, pero sin que ello implique identificar el error con esta declaración, de manera que sería a través de una modificación legislativa como podría clarificarse y dar otro contenido y alcance a este título de responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de la Administración de Justicia previsto en el art. 294 de la LOPJ.” (FD 4º)*

**13.2. Justificada, al menos de forma indiciaria, la existencia de un mal uso de la *lex artis*, corresponde a la Administración justificar que actuó como le era exigible.**

La **STS, Sec. 6ª, 03-12-2010, RC 3339/2006**, analizando un supuesto de responsabilidad patrimonial por defectuosa prestación de los servicios sanitarios, tras afirmar que *“la *lex artis*, criterio sin duda modulador de la responsabilidad patrimonial en el ámbito de las prestaciones médicas, supone, conforme reiterada jurisprudencia, que a los servicios de salud no se les puede exigir más que ejecuten correctamente y a tiempo las técnicas vigentes en función del conocimiento de la práctica diaria. Se trata de una obligación de medios condicionada por el estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica en el momento en el que se requiere el concurso de los servicios sanitarios, a los que no puede exigirse la curación del paciente”* concluye que *“a quien reclama incumbe justificar, al menos de forma indiciaria, incluso mediante la prueba de presunciones prevista en el artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que se ha producido por parte de las instituciones sanitarias un mal uso de la “*lex artis*”, con la matización de que una vez acreditado que un tratamiento no se ha realizado de forma idónea o que lo ha sido con retraso, no puede exigirse al perjudicado la prueba de que, de actuarse correctamente, no se habría llegado al desenlace que motiva su reclamación, esto es, que probada la irregularidad, corresponde a la Administración justificar que actuó como le era exigible.”* (FD 3º)

**13.3. Cambio de doctrina: equiparación de los supuestos de responsabilidad patrimonial de Estado legislador fundados en infracción del Derecho Comunitario a los derivados de la declaración de inconstitucionalidad de una norma: no necesidad de agotar la vía de recursos para poder ejercitar la acción de responsabilidad patrimonial del Estado legislador en ambos casos.**

La **STS, Sec. 6ª, 22-12-2010, RC 445/2007**, a la vista de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26/01/2010, (Asunto C-118/08), resolutoria de la cuestión prejudicial planteada durante la tramitación del citado recurso contencioso-administrativo, opera un cambio en la doctrina de la Sala que venía apreciando distinto trato a las pretensiones de responsabilidad patrimonial del Estado legislador cuando la reclamación se fundaba en los perjuicios derivados de un acto firme dictado en aplicación de una norma posteriormente declarada inconstitucional y a aquellos otros actos firmes que

se dictaron en aplicación de normas de rango legal respecto de las que el TJUE declaró posteriormente que España había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud del Derecho Comunitario. La respuesta prejudicial dada por el TJUE, dotada de lo que la Sala califica de “autoridad de cosa interpretada”, en paralelo con la autoridad de cosa juzgada que corresponde a todo pronunciamiento judicial, lleva, en virtud del principio de equivalencia, a la aplicación de la doctrina del TS sobre la responsabilidad patrimonial del Estado legislador en los casos de vulneración de la Constitución a los casos de responsabilidad del Estado legislador por vulneración del Derecho Comunitario. Se rectifica así la doctrina de la Sala “*sentada en las sentencias de 29 de enero de 2004 y 24 de mayo de 2005, que entendieron que la no impugnación, administrativa y judicial, del acto aplicativo de la norma contraria al Derecho Comunitario rompía el nexo causal exigido por la propia jurisprudencia comunitaria para la declaración de la responsabilidad patrimonial, ruptura que, como ya se expuso, no se admite en los casos de actos de aplicación de leyes inconstitucionales, casos en los que no es preciso el agotamiento de los recursos administrativos y jurisdiccionales para el ejercicio de la acción de responsabilidad*”, de forma que, proyectando el cambio de doctrina sobre el caso enjuiciado “*no constituye obstáculo para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial por la parte recurrente el hecho de que no impugnara las liquidaciones tributarias relativas al IVA en las que se había aplicado la regla de prorrata posteriormente declarada contraria al Derecho Comunitario por la STJCE de 6 de octubre de 2005*” (FD 9º)

#### **13.4. Responsabilidad patrimonial del Estado legislador por normas declaradas inconstitucionales: interpretación y alcance de los artículos 161.1.a) CE y 40.1 LOTC.**

En cuanto a la responsabilidad patrimonial del Estado legislador por normas declaradas inconstitucionales ha de destacarse la **STS, Pleno, 02-06-2010, RC 588/2008**, en la que el Pleno precisa el alcance que se ha de dar a lo dispuesto en los artículos 161.1.a) CE y 40.1 de la L.O.T.C., en cuanto a la referencia que contienen a sentencias con fuerza de cosa juzgada, interpretando que lo dispuesto en dichos preceptos “no impide el ejercicio de una acción de responsabilidad patrimonial sustentada en el perjuicio irrogado por la aplicación en la sentencia dotada de ese valor de cosa juzgada de la ley o norma con fuerza de ley luego declarada contraria a la Constitución.” La primera conclusión que alcanza el Pleno de la Sala es que “la declaración de inconstitucionalidad ... deja incólume y no menoscaba el valor de cosa juzgada de la sentencia firme cuya razón de decidir y cuyo pronunciamiento se sustentó en la aplicación de la norma luego declarada contraria a la Constitución”. Sin embargo, “lo que la cosa juzgada no alcanza, como es obvio, es a dar por juzgadas pretensiones que son distintas de las antes deducidas; bien porque lo sean los sujetos frente a los que se piden; bien porque lo sea el “petitum”, esto es el bien jurídico cuya protección se solicita” y esta es la razón jurídica que permite el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial en estos casos pues “*aunque el bien jurídico cuya protección se solicita al deducir esta pretensión está, nadie lo duda, claramente conectado con aquel que se solicitó en el proceso no revisable que feneció con esa sentencia...no es el mismo bien*

*jurídico; no hay identidad entre uno y otro. En el proceso fenecido lo era el derecho o derechos que a juicio del pretendiente derivaban de una concreta situación o relación jurídica. En el nuevo lo es el derecho a ser indemnizado cuando un tercero causa en su patrimonio un perjuicio que no tiene el deber jurídico de soportar. Como tampoco la hay necesariamente entre las partes de uno y otro proceso, entendidas con la extensión con que lo hace el párrafo primero del art. 222.3 LEC pues en el fenecido sólo lo eran y sólo podían serlo quienes definían la situación o integraban la relación jurídica cuyo contenido o cuyos derechos se ponían en litigio, mientras que en el nuevo lo es el tercero tal vez ajeno a ellas a quien se imputa el daño antijurídico. En suma, si lo que excluye la cosa juzgada es, tal y como dice el art. 222.1 LEC, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo, no es ese efecto de exclusión el que producen aquellos artículos 161.1.a) CE y 40.1 LOTC para el posterior proceso de reclamación de responsabilidad, pues no es esa situación de identidad de objeto la existente entre éste y el anterior. Mantenemos pues el criterio reiterado en la controvertida jurisprudencia que iniciaron aquellas sentencias de 29 de febrero, 13 de junio y 15 de julio de 2000, que afirma que la acción de responsabilidad patrimonial ejercitada es ajena al ámbito de la cosa juzgada derivada de la sentencia que hizo aplicación de la ley luego declarada inconstitucional, y que dota por tanto de sustantividad propia a dicha acción.” (FD 7º)*

**13.5. Responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia: Inexistencia de doble instancia penal en el caso de aforados: No puede reprocharse a la Administración de Justicia pérdida de oportunidad procesal no prevista en nuestro ordenamiento jurídico.**

En la **STS, Sec. 4ª, 09-03-2011, RC 3862/2009**, se analiza un supuesto de pretensión indemnizatoria canalizada por responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia sobre la base de los Dictámenes, referentes a la necesidad de una doble instancia penal, del Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 19 de diciembre de 1966, suscrito por España el 28 de septiembre de 1972. En concreto el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia estaría originado por “ser condenado el hoy recurrente como aforado, en primera y única instancia por el Tribunal Supremo privándole de la doble instancia penal”. Afirmado por el Tribunal Constitucional “que los Dictámenes del Comité no son resoluciones judiciales, al carecer de facultades jurisdiccionales, ni pueden constituir la interpretación auténtica del Pacto, al carecer de competencia para ello”, (STC 70/2002, de 3 de abril, FJ6), la Sala interpreta que el artículo 2 del citado Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos “no impone a los Estados Parte el deber de indemnizar a los perjudicados, cuando el Comité de Derechos Humanos concluya que un Estado Parte ha violado los derechos o libertades reconocidos en el Pacto, sino la obligación de articular un procedimiento que haga posible reclamar la indemnización que proceda” y niega o rechaza la existencia en este supuesto de una normal funcionamiento de la Administración de Justicia por cuanto si bien “es verdad que la jurisprudencia ha declarado que, dentro de las

reclamaciones por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia tienen cabida las relativas a pérdida de oportunidades procesales, cuando esa pérdida es imputable efectivamente a un funcionamiento anormal de dicha Administración. Sin embargo, es irrefutable que, en este caso, no se puede reprochar a la Administración de Justicia la pérdida de oportunidad no prevista en el ordenamiento y ello por mucho que un órgano internacional haya recomendado su existencia”, en el caso examinado “la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo enjuició de conformidad con lo dispuesto por la Ley de Enjuiciamiento Criminal y normas integrantes del bloque de constitucionalidad con plena jurisdicción y, en única instancia, unos hechos constitutivos de delito, y dictó sentencia firme mediante un juicio en el que se respetaron todas las garantías procesales exigibles. Las consecuencias que se deriven de la infracción del Art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ratificado por España reconocida por el Comité de Derechos Humanos en su dictamen de 5 de noviembre de 2004 no tiene cabida en el ámbito de este proceso, en el que se debate si se produjo un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia...” (FD 4º)

***13.6. Interpretación del artículo 9.4 de la LOPJ en los supuestos en que el perjudicado ejercite la acción directa prevista en el artículo 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro: la competencia corresponde a la jurisdicción civil.***

En el **ATS, Sala Especial de Conflictos de Competencia del artículo 42 L.O.P.J., 18/10/2010, Conflicto de Competencia 9/2010**, tras hacer un resumen de la evolución legislativa y jurisprudencial en cuanto a la atribución a la jurisdicción contencioso-administrativa del conocimiento de los recursos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, de forma que “el legislador quiere que no quede resquicio alguno en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas que permita el conocimiento del asunto a otro orden jurisdiccional, razón por la que atribuye a la contencioso-administrativa tanto el conocimiento de las acciones directas (dirigidas contra la Administración y su aseguradora), como las entabladas contra cualquier otra entidad, pública o privada, aunque las mismas, solo de una forma indirecta, sean responsables, junto a la Administración, de los daños y perjuicios causados [auto de 19 de junio de 2009 (conflicto 6/09, FJ 2º)]”, pasa a reconocer una única excepción a este sistema en aquellos supuestos en que los perjudicados, al amparo del artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro, se dirijan directa y exclusivamente contra la compañía aseguradora de una Administración pública, de forma que en estos casos el conocimiento de la acción corresponde a los tribunales del orden civil y ello por cuanto “en esta tesitura la competencia ha de corresponder necesariamente a la jurisdicción civil, pues no cabe acudir a los tribunales de lo contencioso-administrativo sin actuación u omisión administrativa previa que revisar ni Administración demandada que condenar”, interpretando el texto del artículo 9.4 de la L.O.P.J. “en el sentido de que corresponde el conocimiento a los tribunales contencioso-administrativos cuando el perjudicado opte por dirigirse al propio tiempo contra la Administración y la entidad aseguradora, pero no cuando decida actuar exclusivamente contra esta última.”

Y esta conclusión no se desvirtúa en modo alguno por el hecho de que la Administración pública asegurada comparezca ante los tribunales civiles mostrándose parte en el procedimiento instado contra la aseguradora pues esta intervención, voluntaria y adhesiva, como parte subordinada, sin ejercitar pretensión autónoma y, por consiguiente, sin más interés que el fracaso de la demanda dirigida exclusivamente contra la compañía aseguradora, no altera la naturaleza de la acción ejercitada al amparo del artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro ni por consiguiente el régimen de competencia. (FD 2º).

#### **14. Tráfico y seguridad vial.**

##### **14.1. Validez del artículo 41.2 del Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación.**

La **STS, Sec. 3ª, 11-05-2001, Cuestión de ilegalidad 1/2010**, desestima la cuestión de ilegalidad planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 17 de Barcelona, en relación con el artículo 41.2 del Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación para la aplicación y desarrollo del texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo

#### **15. Urbanismo y medio ambiente.**

##### **15.1. Medio ambiente**

###### *15.1.1. Reglamento de desarrollo de la Ley del Ruido*

La **STS, Sec. 5ª, 20-07-2010, RC 202/2007** (BOE 259, de 26/10/2010), realiza un pormenorizado análisis del Real Decreto 1367/2007, de 19 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido, en lo referente a zonificación acústica, objetivos de calidad y emisiones acústicas. Concluye, de una parte, que los recurrentes no han acreditado en el proceso la vulneración por la norma impugnada, en cuanto fija unos determinados umbrales máximos permisibles de contaminación acústica, de los derechos fundamentales a la vida, a la integridad física y a la intimidad domiciliaria reconocidos en los artículos 15 y 18 de la Constitución. Pero añade que, no obstante, el Reglamento sí ha infringido la Ley del Ruido al no definir con precisión (en número de decibelios) los "Objetivos de calidad acústica para ruido aplicables a áreas urbanizadas existentes". En concreto en lo que se refiere a los "Sectores del territorio afectados a sistemas generales de infraestructuras de transporte, u otros equipamientos públicos que los reclamen". Como consecuencia de ello -afirma la sentencia- "*en realidad, se está excluyendo ---justamente por su indeterminación--- la posibilidad de control de los valores límites aplicables, a los que se refiere el artículo 18.2.b) y que exige el artículo 8.1 de la misma Ley del Ruido*" (FJ 3º).

15.1.2. *Costas. Caducidad del procedimiento administrativo de aprobación del deslinde del dominio público marítimo-terrestre.*

La **STS, Sec. 5ª, 06-04-2011, RC 1795/2007**, estima la casación y anula el acuerdo del Ministerio de Medio Ambiente aprobatorio del deslinde de un tramo de dominio público marítimo-terrestre tras constatar que el expediente administrativo en el que se dictó había previamente caducado. Considera que los procedimientos de deslinde del dominio público iniciados tras la reforma de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, por Ley 4/1999, de 13 de enero, están sometidos a plazo de caducidad *“en armonía con el indicado criterio que hemos establecido para los deslindes de vías pecuarias y para la recuperación posesoria de oficio del dominio público marítimo-terrestre, debido a que, a partir de la vigencia de la Ley 4/1999, al regular los efectos de la falta de resolución expresa en los procedimientos incoados de oficio ya no se refiere a la ciudadanía en general sino que se limita a sancionar con la caducidad los procedimientos de intervención susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, como sucede con el que examinamos”* (FJ 4).

Y en lo que se refiere a la determinación del plazo de caducidad concluye que: *“Como en los procedimientos de deslinde marítimo-terrestre, iniciados a partir del 14 de abril de 1999 en que entró en vigor la Ley 4/1999 y antes de la vigencia de la Ley 53/2002 ocurrida el 1 de enero de 2003, no existía norma con rango de Ley ni norma comunitaria europea que fijase un plazo específico para notificar las resoluciones de los procedimientos de deslinde de dominio público marítimo terrestre y el Reglamento de la Ley de Costas establecía un plazo superior a tres meses, el plazo máximo para notificar la resolución expresa en un procedimiento de deslinde marítimo-terrestre era el de seis meses, de manera que, transcurrido dicho plazo sin haberse notificado tal resolución expresa, procedía declarar la caducidad del procedimiento y ordenar el archivo de las actuaciones”* (FJ 4).

15.1.3. *Impugnación de actos dictados en procedimientos de declaración de impacto o de efectos ambientales. Obligación de someter los instrumentos de planeamiento urbanístico a evaluación ambiental estratégica.*

La **STS, Sec. 5ª, 26-11-2010, RC 5395/2006**, revoca la sentencia de la Sala de instancia que anuló la Declaración de Efectos Ambientales del proyecto de una planta de almacenamiento y regasificación de gas licuado e inadmite el recurso contencioso-administrativo interpuesto frente a dicha Declaración. Y ello por cuanto *“la Declaración de Impacto Ambiental, a la que ha de equipararse, a los efectos que aquí interesan, la Declaración de Efectos Ambientales de la legislación autonómica gallega, tiene un carácter instrumental o medial en relación con la decisión final de llevar a cabo un determinado proyecto; por lo que dicha declaración ambiental no constituye un acto administrativo definitivo que pueda ser impugnado de forma autónoma en vía jurisdiccional, de manera que su enjuiciamiento sólo podrá llevarse a cabo con motivo de la impugnación que se dirija contra el acto que ponga fin al procedimiento”* (FJ 2).

La posterior **STS, Sec. 5ª, 08-04-2011, RC 1139/2007**, añade que, sin perjuicio de lo antedicho, la resolución administrativa que decide no someter a evaluación ambiental un plan urbanístico sí es impugnabile ante la jurisdicción contencioso-administrativa, al tratarse de *“un acto que determina la imposibilidad de continuar el procedimiento y que, por ello, está exceptuado expresamente de los supuestos del artículo 25 LRJCA y no puede determinar la inadmisibilidad del recurso a efectos del artículo 69 c) LRJCA”*. Estima por ello el recurso de casación y obliga a realizar la correspondiente evaluación ambiental del Plan Parcial en tramitación, en aplicación de lo dispuesto en “la normativa de la Unión Europea de que se ha hecho mérito y la Directiva 2001/42/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2001, relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente” (FJ 6).

*15.1.4. Embalse de Itoiz. El derecho de información y acceso a los expedientes administrativos en materia de medio ambiente no incluye el de supervisar ‘in situ’ la ejecución de las obras públicas.*

La **STS, Sec. 5ª, 03-06-2011, RC 2849/2007**, considera que la Administración municipal carece del derecho de exigir la supervisión, con sus propios técnicos, de las obras de ejecución de un embalse declaradas de interés general del Estado. En primer lugar porque *“Esta declaración se hace en virtud de la competencia exclusiva que ostenta el Estado para la realización de obras públicas de interés general ex artículo 149.1.24 de la CE, y no parece que su régimen jurídico sea compatible con la exigencia de visitas de las entidades locales, asociaciones o simplemente ciudadanos de la zona, interesados en la ejecución de la obra pública”* (FJ 6). En segundo lugar porque el Ayuntamiento recurrente, debió disipar sus dudas sobre la seguridad de la ejecución de la obra en cuestión acudiendo a los mecanismos de relación entre Administraciones públicas regulados en el artículo 4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (FJ 7). Y, en último lugar, porque *“la visita de los técnicos asesores municipales a las obras de ejecución de la presa no puede ampararse en que se trata de una manifestación del derecho de acceso a los archivos y registros públicos por una sencilla razón: una obra pública no es ni un archivo ni un registro público. La regulación de este derecho previsto en el artículo 105.b) de la CE, a tenor del apartado 1 del citado artículo 37, se concreta en “acceder a los registros y a los documentos que, formando parte de un expediente, obre en los archivos administrativos, cualquiera que sea la forma de expresión, gráfica, sonora o en imagen o el tipo de soporte material en que figuren”. Como se ve, aunque optáramos por una interpretación amplia de este derecho, tras constatar la versatilidad que puede revestir su interpretación, atendiendo a la materia eminentemente casuística en que se desenvuelve, no podría considerarse que una obra es, o puede llegar a ser, el soporte material de un archivo. Téngase en cuenta, en este sentido, que el archivo es el conjunto orgánico de documentos reunidos para su conservación o su utilización (artículo 59 de la Ley 16/1985, 25 de junio de Patrimonio Histórico Español). Y los registros tienen el contenido que previene el artículo 38 de la Ley 30/1992. De manera que por más que nos esforzáramos en considerar que*

*lo que subyace es la transparencia, siempre deseable, en la actuación administrativa y los comportamientos públicos, no podría llegar a considerarse que los técnicos asesores municipales han de visitar las obras de ejecución y llenado del embalse como una manifestación del derecho de acceso a los registros y archivos públicos” (FJ 9).*

*15.1.6. Anulación de proyecto de desdoblamiento de carretera autonómica que afecta a espacios naturales prioritarios, habiéndose omitido la preceptiva consulta previa a la Comisión Europea.*

La **STS, Secc. 3ª, 14-02-2011, RC 1511/2008**, confirma la sentencia de instancia que declaró la nulidad de la “declaración de interés general por razones imperiosas de seguridad vial” y de otros actos adoptados por la Comunidad de Madrid para las obras de desdoblamiento de calzada de la carretera M-501, en su Tramo M-522 a Navas del Rey, obligando a reponer los terrenos a su situación originaria. Y ello por cuanto “*en razón de las características medioambientales específicas del lugar donde se proyecta la actuación pública, que alberga tipos de hábitats naturales prioritarios y especies prioritarias, no era posible que el Gobierno de la Comunidad de Madrid aprobase el proyecto (...) sin su sometimiento a la previa consulta de la Comisión Europea, en cumplimiento del referido artículo 6.4 de la Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres*”. Mayormente considerando que: “*la Declaración de Impacto Ambiental del proyecto originario fue negativa, el lugar considerado posee un alto valor ecológico al estar integrado por múltiples hábitats y declarado Zona de Especial Protección para las Aves, y el Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid de 21 de julio de 2005, está fundamentado, exclusivamente, en razones imperiosas de seguridad vial*” (FJ 3).

## **15.2. Urbanismo**

*15.2.1. Régimen del silencio administrativo aplicable a los planes urbanísticos.*

La **STS, Secc. 5ª, 17-11-2010, RC 1473/2006**, clarifica el régimen del silencio administrativo aplicable al procedimiento de aprobación de los planes urbanísticos, con las siguientes conclusiones: 1ª.- En la tramitación de planes de iniciativa pública municipal, que deban ser aprobados definitivamente por la Administración autonómica (ad. ex. Plan General), rige el silencio administrativo positivo (aún en el caso de que el contenido sustantivo del proyecto de planeamiento no se ajuste a Derecho). 2ª.- En el de aprobación de planes de iniciativa particular, el silencio será negativo. Y ello porque la “*potestad pública de ordenación del territorio y del suelo es insustituible, de manera que no cabe atribuirle, de forma directa o indirecta, a los sujetos privados en el ejercicio del derecho de propiedad o de libertad de empresa (...) Los particulares no pueden adquirir por silencio facultades relativas al servicio público, cual es la ordenación y ejecución urbanísticas*” (FJ 7º)

La **STS, Sec. 5ª, 22-11-2010, RC 5630/2006**, añade a ese respecto que en ningún caso se podrá considerar aprobado por silencio administrativo un plan con documentación insuficiente o incompleta.

*15.2.2. Plazo de ejecución de sentencias firmes que ordenan derribar edificaciones ilegales.*

La **STS, Sec. 5ª, 29-12-2010, RC 500/2008** señala que el plazo para instar la ejecución forzosa de una sentencia firme que ordena derribar una edificación ilegal es el supletorio de 15 de años de prescripción de las acciones personales regulado en el artículo 1964 del Código Civil, y no el de 5 años previsto en el artículo 518 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y ello por cuanto *“nos encontramos en presencia de dos procedimientos ---el contencioso-administrativo y el civil--- que cuentan con estructuras diferentes y están ---en principio--- presididos por principios distintos. (...) Lo cierto y verdad es que el principio dispositivo, propio e intrínseco en la jurisdicción civil, al menos se modula ---de forma significativa--- en este orden jurisdiccional. Efectivamente ello es lo que acontece en el inicio de la ejecución de la sentencia firme, pues frente a la necesidad de solicitud de parte ---mediante nueva demanda--- en el procedimiento civil, en el recurso contencioso-administrativo es el Tribunal de oficio el que está obligado iniciar el Incidente de ejecución de sentencia”* (FJ 5º)

*15.2.3. Anulación de plan general de ordenación municipal por omitirse en el procedimiento para su aprobación el preceptivo informe sectorial de telecomunicaciones.*

La **STS, Sec. 5ª, 09-03-2011, RC 3037/2008**, confirma la anulación total de la revisión del Plan General de Ordenación Municipal de la ciudad de Ourense por no haberse solicitado durante su tramitación el informe sectorial sobre las necesidades de redes públicas de comunicaciones electrónicas exigido en el artículo 44.3 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, general de telecomunicaciones (actual artículo 26.2 de la Ley homónima 32/2003, de 3 de noviembre). Considera el máximo Tribunal que la referida omisión constituye un *“defecto que, como vicio sustancial en la elaboración de una disposición de carácter general, debe acarrear su nulidad de pleno derecho, conforme a lo establecido en el artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”* (FJ 4º). Contiene además esta sentencia una importante doctrina sobre la determinación de los casos en que este informe sectorial es necesario, y así, puntualiza que *“Situados, pues, ante la necesidad de precisar cuáles son esos instrumentos de planificación territorial o urbanística cuya aprobación está condicionada por la previa emisión del informe estatal, entendemos que, obviamente, precisarán ese informe los instrumentos de planeamiento expresa y formalmente caracterizados como tales en las correspondientes legislaciones autonómicas. Ahora bien, partiendo de la base de que desde una perspectiva de realismo jurídico lo que importa no es tanto la denominación formal del instrumento jurídico sino su naturaleza, finalidad y contenido real, pues “las cosas son lo que son, y no como se las llame”* (Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2008, recurso de casación 5748/2005), lo verdaderamente

*determinante para requerir la emisión de ese informe será que, a través de la iniciativa autonómica o municipal concernida con independencia de su caracterización o presentación formal, se pretenda introducir una ordenación jurídica con repercusión sobre la ordenación territorial y urbanística, que como tal incida directamente en la esfera de intereses que justamente quiere proteger y salvaguardar la atribución competencial a favor del Estado en materia de telecomunicaciones, intereses entre los que, por cierto, se encuentra un principio esencial como es el de unidad de mercado, que opera como un límite frente a eventuales excesos de las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias que pudieran derivar en una distorsión relevante del mercado nacional en esta materia. Así entendemos que sería predicable también la exigencia contemplada en el tan citado artículo 44.3 a una ordenanza municipal sobre regulación de la instalación de redes de comunicaciones que formalmente no se presentase como instrumento de planeamiento urbanístico pero que de hecho contuviera una regulación tal que en la práctica viniese a subdividir la clase de suelo de que se tratara en zonas diferenciadas por razón del destino específico o aprovechamiento urbanístico concreto que se les asignase, es decir, que materialmente estuviera calificando suelo. Del mismo modo, si la reglamentación general de una Comunidad Autónoma, sobre ordenación de las infraestructuras en red de comunicaciones, predetermina el contenido de los instrumentos de planeamiento al imponerles un contenido o marcarles unas directrices de necesaria observancia a la hora de abordar la ordenación urbanística, deberá requerirse también en su procedimiento de elaboración el cumplimiento del trámite previsto en el tan citado artículo 44.3 de la Ley General de Telecomunicaciones, pues de otro modo, si así no se hiciera, se produciría el resultado absurdo de exigir con rigor ese trámite en la elaboración del plan pero no requerirlo respecto de la norma que le marca anticipadamente su contenido, singularmente cuando esa norma reglamentaria invoque como título legitimador la competencia autonómica en materia urbanística y de ordenación del territorio, pues difícilmente puede decirse que no nos hallemos ante un instrumento de planificación urbanística cuando se trate de un reglamento que perfila el contenido de la planificación urbanística y además lo hace en nombre de la potestad autonómica para ordenar el territorio” (FJ 6º).*

#### *15.2.4. Suspensión cautelar de planes urbanísticos.*

La **STS, Sec. 5ª, 23-03-2011, RC 2672/2010**, consolida el criterio jurisprudencial más moderno favorable a la suspensión cautelar en vía judicial de planes urbanísticos cuando existan dudas razonables sobre su compatibilidad con los principios de desarrollo sostenible y protección del medio ambiente positivizados en la legislación aplicable, en particular en lo que se refiere a la necesidad de disponer de recursos hídricos suficientes para atender a la nueva población resultante del proceso urbanizador. La sentencia estima el recurso de casación y suspende la ejecución de un Plan Especial en el que se proyecta la construcción de 1000 nuevas viviendas tras apreciar que: “(...) en la ponderación de intereses (el de ejecutar inmediatamente un Plan Especial para la construcción de viviendas y el de preservar un desarrollo urbanístico sostenible), consideramos que, conforme a los artículos 2 de la Ley

de suelo 8/2007 y del Texto Refundido de la misma, aprobado por Real Decreto Legislativa 2/2008, de 20 de junio, las políticas públicas relativas a la regulación, ordenación, ocupación, transformación y uso del suelo tienen como fin común la utilización de este recurso conforme al interés general y según el principio de desarrollo sostenible, principio que propicia «el uso racional de los recursos naturales armonizando los requerimientos de la economía, el empleo, la cohesión social, la igualdad de trato y de oportunidades de hombres y mujeres, la salud y la seguridad de las personas y la protección del medio ambiente ...». Precisamente para ello el artículo 25.4 del Texto Refundido de la Ley de Aguas de 2001, y los artículos 15.3 a) de la citada Ley de suelo y su Texto Refundido de 2008 establecen, para la evaluación y seguimiento de la sostenibilidad del desarrollo urbano, la exigencia, entre otros, del informe de la Administración Hidrológica sobre la existencia de recursos hídricos para satisfacer las nuevas demandas, informe que en este caso no se ha emitido en el procedimiento de elaboración y aprobación del Plan Especial, a pesar de la expresa advertencia de la Administración autonómica al emitir el suyo. Nos encontramos, por tanto, ante un claro supuesto contemplado en el artículo 130 de la Ley de esta Jurisdicción para adoptar la medida cautelar de suspensión de la ejecutividad del Plan Especial impugnado, al existir riesgo de perder el recurso contencioso-administrativo interpuesto su legítima finalidad y debido a una correcta ponderación de intereses públicos, en la que el de preservar la sostenibilidad del desarrollo urbano prevalece frente al de ejecutar inmediatamente el referido Plan Especial, interés aquél que trata de preservar los recurrentes mientras que los recurridos defienden la ejecutividad a ultranza de la ordenación urbanística aprobada sin las cautelas legalmente requeridas para lograr la efectividad de los principios que han de presidir la actuación urbanística, tanto en la ordenación como en su ejecución, razones todas por las que el primer motivo de casación invocado debe ser estimado” (FFJJ 2º y 3º)

15.2.5. Límites de la potestad discrecional de planeamiento. La supresión de zonas verdes preexistentes requiere de una especial justificación.

La **STS, Sec. 5ª, 13-06-2011, RC 4045/2009**, confirma la anulación de la revisión de un Plan General en la parte en la que proyecta la supresión de una zona verde existente (parque público), sustituyéndola por la futura biblioteca central de la universidad. La sentencia analiza con profusión la extensión y límites de la potestad discrecional de planeamiento, incidiendo en que: “(...) esta amplia discrecionalidad se torna más estrecha cuando se trata de actuar sobre zonas verdes, como es el caso. Y decimos que se reduce el “ius variandi” porque las zonas verdes siempre han tenido un régimen jurídico propio y peculiar, que introducía una serie de garantías tendentes al mantenimiento e intangibilidad de estas zonas, e impidiendo que fueran borradas del dibujo urbanístico de ciudad, sin la concurrencia de poderosas razones de interés general (FJ 10º) (...) Lo propio de una decisión discrecional es la elección del planificador entre diversas opciones igualmente válidas. Pues bien, el sacrificio de una zona verde no es un indiferente jurídico cuando el planificador realiza la elección de esa decisión discrecional. No constituyen opciones igualmente válidas para el planificador el emplazamiento de un edificio sobre una zona verde que sobre otros terrenos que no tienen tal

*cualidad (FJ 14º) (...) Ciertamente la libertad del planificador urbanístico no desaparece ante las zonas verdes, pero si se reduce considerablemente. Esa libertad queda limitada únicamente a los casos en los se advierta una potente presencia de los intereses generales que demanden la reducción de la zona verde, que no es el caso. Los intereses universitarios no resultan incompatibles, ni se ven perjudicados, con el mantenimiento de la zona verde y el emplazamiento de la biblioteca en otro lugar. El interés público presente en dichas zonas verdes, concebidas para el uso y esparcimiento general de todos los vecinos, resulta no imposible pero sí difícil de abatir. En definitiva, una vez establecida una zona verde ésta constituye un mínimo sin retorno, una suerte de cláusula "stand still" propia del derecho comunitario, que debe ser respetado, salvo la concurrencia de un interés público prevalente, como viene declarando la doctrina del Consejo de Estado, por todas, Dictamen nº 3297/2002. Téngase en cuenta que la protección de las zonas verdes, fundamentalmente cuando se encuentran en el centro de las ciudades, como es el caso, nace de la función que cumplen para hacer habitable y respirable la calle, para incrementar las posibilidades del entorno y para aumentar la calidad de vida de sus ciudadanos (FJ 14º) (...) No está de más recordar que la tendencia natural en la evolución del centro de las ciudades, acorde de lo que dispone el artículo 46 de la CE, además de proteger su patrimonio, en este caso, cultural del parque porque está en el centro histórico de la ciudad, ha de ser no disminuir la extensión de las zonas verdes, es decir, del espacio libre y común para uso y disfrute de todos, que pudiera congestionar y compactar la vida urbana" (FJ 17º)*

#### *15.2.6. Anulación de la ordenación establecida en un Plan General por incurrir en desviación de Poder*

*La STS, Sec. 5ª, 18-03-2011, RC 1643/2007, ratifica la anulación del cambio de ordenación establecido en la revisión de un Plan General respecto de un concreto ámbito, por haber incurrido en desviación de poder al perseguir fines exclusivamente económicos, ajenos a los que caracterizan la potestad de planeamiento. Afirma la sentencia que: "El epicentro de toda actuación administrativa en general, y en el ámbito urbanístico en particular, se orienta a la defensa del interés público. Son los intereses generales, por tanto, el motor de toda actuación administrativa, y los que determinan la opción que ha de seguir el planificador para adoptar la decisión discrecional. (...) Ciertamente no proliferan las decisiones judiciales que estiman una desviación de poder porque normalmente no concurre una prueba suficiente que evidencie tal desviación. Precisamente lo contrario sucede en este caso pues la ficha del documento de aprobación definitiva y el informe técnico emitido para contestar a las alegaciones formuladas a la aprobación inicial, que transcribe la sentencia recurrida, ponen de manifiesto que la finalidad (...) es sufragar una "permuta" para adquirir otra finca, según las "conversaciones" iniciadas entre el Ayuntamiento y el particular, respecto de terrenos que eran zona verde pública y habían sido cedidos gratuitamente con motivo de la aprobación del plan parcial del polígono 7 (FJ 8º) (...). La desviación de poder ha de apreciarse no sólo, como parece defender la entidad local recurrente, cuando se acredite que la Administración persigue una finalidad privada o un propósito inconfesable,*

*extraño a cualquier defensa de los intereses generales, sino que también puede concurrir esta desviación teleológica cuando se persigue un interés público ajeno y, por tanto, distinto al que prevé el ordenamiento jurídico para el caso (FJ 9º) (...) Por lo demás, ningún obstáculo se deriva para la apreciación de la desviación de poder que estemos ante el ejercicio de potestades regladas o discrecionales” (FJ 10º).*

#### *15.2.7. Los órganos jurisdiccionales no pueden sustituir a la Administración urbanística en el ejercicio de potestades discrecionales*

La **STS, Sec. 5ª, 29-04-2011, RC 1755/2007**, considera que la Sala de instancia incurrió en abuso en el ejercicio de la jurisdicción al establecer directamente en sentencia una ordenación detallada sobre un determinado ámbito en sustitución de la del Plan General que anula. Insiste el Tribunal Supremo en esta sentencia en que: *“A diferencia de lo que acontece en el control de legalidad sobre potestades regladas (...) en el control de la denominada discrecionalidad técnica del planificador urbanístico el Derecho no siempre proporciona al Tribunal todos los datos necesarios para sustituir el acto administrativo por el jurisdiccional, por lo que, en dicha medida, la actividad discrecional no resulta enteramente enjuiciable jurisdiccionalmente. Los Tribunales de este orden jurisdiccional deben examinar la existencia de una contradicción con lo dispuesto en las leyes o reglamentos urbanísticos, una desviación de poder o la arbitrariedad, irracionalidad o injusta distribución de beneficios y cargas de la solución propuesta por el Plan, pero en lo demás goza el planificador de libertad para elegir la forma en que el territorio ha de quedar ordenado. Cuando en la actividad discrecional resultan posibles varias soluciones todas igualmente lícitas y justas -y por tanto indiferentes para el Derecho- entre las cuales hay que elegir con criterios extrajurídicos, existe un núcleo último de oportunidad en el que no cabe sustituir la decisión administrativa por una decisión judicial. (...) Todo ello sin perjuicio de las evidentes excepciones, que no se dan en este caso, en las que como resultado del proceso la coherencia de la decisión administrativa pueda imponer una única solución; solución ésta que implicaría, al ser única, la desaparición de la discrecionalidad” (FJ 7º)*

## **II. TRIBUTARIO**

### **1. Bonificación del 95% en la cuota del Impuesto sobre Bienes Inmuebles. Inexistencia de obligación por parte del Estado de compensar a las Entidades locales afectadas por el establecimiento del referido beneficio fiscal.**

En la **STS, Sec. 2ª, 13-12-2010, RC 3302/2007**, la Sala analiza si el Ayuntamiento de El Espinar (Segovia) tiene derecho, como entiende el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, a ser compensado por el Estado con la cantidad de 746.112,31 euros, más sus intereses legales, como consecuencia del reconocimiento a la entidad mercantil «Iberpistas», entidad concesionaria de la autopista de peaje AP-6 Villalba-Villacastín, de una bonificación del 95%

en la cuota del Impuesto sobre Bienes Inmuebles durante los ejercicios 1998 a 2002. Para ello, tras dejar constancia de la evolución del marco normativo en la materia, recuerda que cuando la bonificación fue reconocida, la Contribución Territorial Urbana era un tributo de titularidad estatal, que se convirtió en local el 1 de enero de 1979, aunque continuó siendo gestionado por el Estado. A partir de 1988 aquella Contribución, así como la Rústica y Pecuaria, desaparecieron para formar e integrar el nuevo Impuesto sobre Bienes Inmuebles, aunque los sujetos pasivos que tenían reconocido el beneficio en dicha Contribución siguieron disfrutando del mismo en relación con el nuevo tributo hasta el 31 de diciembre de 1992 o, en su caso, hasta la expiración del tiempo por el que la ventaja fue otorgada.

Para la Sala, cuando el Ayuntamiento de El Espinar comenzó a cobrar la cuota del Impuesto sobre Bienes Inmuebles debida por «Iberpistas» no dejó de ingresar sumas que antes recibiera, circunstancia que le permite negar, por un lado, que, en tal tesitura, la Entidad local haya sufrido un detrimento patrimonial, porque el beneficio existía con anterioridad respecto de los que el referido tributo venía a sustituir, y, por otro, que resulte comprometida la suficiencia financiera del Ayuntamiento recurrente, quedando el Estado obligado a compensarle por la cantidad dejada de percibir. Ni las normas internacionales, ni la Constitución española ni la legislación ordinaria imponen, según la Sala, al Estado la obligación de transferir a los Ayuntamientos las cantidades que éstos dejen de percibir como consecuencia de los beneficios fiscales que haya otorgado u otorgue en relación con los tributos locales. Podrán -concluirse-, en todo caso, establecerse otras fórmulas de compensación, en atención a las capacidades de crecimiento futuro de los recursos de las Entidades locales, salvaguardando la suficiencia financiera y la autonomía de las afectadas, circunstancia esta que, no obstante, no ha resultado acreditada en el presente caso.

## **2. Legitimación en el procedimiento de revocación tributaria [art. 219 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria].**

En la **STS, Sec. 2ª, 19-05-2011, RC 2411/2008**, tras la exposición de unas ideas generales sobre la regulación de la revocación de actos de aplicación de los tributos e imposición de sanciones, la Sala fija su primera doctrina acerca de la legitimación para iniciar el referido procedimiento.

Las dos ideas fundamentales que se desprenden de la citada Sentencia son las siguientes:

En primer lugar, que, de acuerdo con el artículo 219.3 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), desarrollado posteriormente por el artículo 10.1 del Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en materia de revisión en vía administrativa, el procedimiento de revocación ha de iniciarse siempre y exclusivamente de oficio. En ningún caso se reconoce legitimación a los particulares para iniciar el referido procedimiento. Tan sólo se atribuye a éstos la posibilidad de promover

esa iniciación mediante la correspondiente solicitud, de la que la Administración acusará recibo, sin perjuicio de la tramitación subsiguiente, si es que se inicia el procedimiento.

Y, en segundo lugar, que la exigencia de audiencia de los interesados e informe del órgano con funciones de asesoramiento jurídico, según lo dispuesto en el artículo 219.3 de la LGT, es aplicable una vez que se ha iniciado el procedimiento y no en el caso en el que la Administración manifiesta su voluntad en contrario.

Una vez expuestas las anteriores ideas generales, la Sala se considera en disposición de dar respuesta al motivo de casación formulado por el Abogado del Estado, recordando que en el año 2001 la entidad mercantil AAA School, S.L. fue objeto de un procedimiento inspector de comprobación e investigación, en relación con el Impuesto sobre Sociedades, ejercicios 1996 a 1999, el cual finalizó mediante liquidación dictada el día 21 de marzo de 2002 por el Jefe de la Dependencia Regional de Inspección de la Delegación Especial de Canarias de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT). Además, se le incoó a la referida entidad el correspondiente procedimiento sancionador, que concluyó mediante Acuerdo de 25 de marzo de 2002.

Con fecha 1 de febrero del 2006, la mercantil solicitó a la AEAT el inicio de un expediente de revocación de los actos anteriormente señalados, dado que en marzo de 2006 el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Canarias había dictado una Resolución, en la reclamación formulada por CCC School, S.L., en la que dispuso la anulación de una deuda y sanción tributarias cuyo fundamento, origen y cuantías eran exactamente las mismas que las de AAA School, S.L. A estos efectos, es preciso resaltar que AAA School, S.L. y CCC School, S.L. pertenecían al mismo grupo de entidades.

La solicitud fue desestimada por el Delegado Especial de la AEAT, mediante Resolución dictada el día 10 de marzo del año 2006, Resolución que, según la Sala, acusaba recibo del escrito presentado por AAA School, S.L., por lo que -concluye-, quedó cumplimentado lo dispuesto en el artículo 10.1 del Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, sin que, a estos efectos, constituyera óbice la circunstancia de que la Administración manifestara a continuación que no iba a iniciar el procedimiento, dada la configuración de la figura de la revocación y el cumplimiento por la misma del requisito de acuse de recibo.

**3. Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Rentas exentas. Indemnizaciones por despido o cese. Trabajadores contratados nuevamente. Presunción *iusuris tantum* de vinculación del trabajador con la nueva empresa. Inexistencia de vinculación entre la empresa originaria y la final a pesar de formar parte del mismo grupo empresarial y tener la segunda una participación casi total en la primera. Sometimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa a la doctrina del orden jurisdiccional social respecto del concepto de**

## **vinculación entre empresas. Recurso de casación para la unificación de doctrina.**

En la **STS, Sec. 2ª, 07-12-2010, RC 317/2006**, dictada en un recurso de casación para la unificación de doctrina -que se estima-, se analiza la tributación de las indemnizaciones por despido que percibieron en su día determinados trabajadores, en concreto, pilotos de una importante compañía aérea, derivadas del acuerdo al que llegaron tanto la empresa como la mayoría de los representantes de los trabajadores como consecuencia del expediente de regulación de empleo por causas económicas al que se sometió la compañía aérea para la que aquéllos trabajaban.

En virtud de ese Acuerdo, la empresa ofreció dos opciones al colectivo de pilotos: acogerse a una indemnización por baja incentivada o incorporarse a trabajar en una compañía aérea distinta, percibiendo una compensación económica al causar baja en la primera.

En particular, el recurrente era un piloto de la compañía XXX, al que afectó el Expediente de Regulación de Empleo de 29 de marzo de 1999, y que optó por su incorporación a YYY, habiendo solicitado la rectificación de su autoliquidación del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), ejercicio 1999, y consiguiente devolución de ingresos indebidos por estimar que estaba exento del referido impuesto el importe equivalente a veinte días de salario por año de servicio, teniendo el resto la consideración de rendimiento irregular.

Paralelamente, la Administración practicó liquidación provisional al obligado tributario manteniendo el concepto en que había sido declarado el mencionado rendimiento, ascendiendo el importe de la liquidación a 675.380 pesetas.

Disconforme con la liquidación practicada, se presentó reclamación económico-administrativa ante el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Madrid, que fue desestimada por Resolución de 24 de junio de 2003, y recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que resultó igualmente desestimado por Sentencia de 29 de junio de 2006.

Para la Sala de instancia, la incorporación inmediata del piloto a YYY era una de las condiciones para la extinción del anterior contrato laboral con XXX, siendo indudable la vinculación existente entre ambas empresas, ya que en la Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2000 se recogía como hecho probado que YYY tenía en un principio el 48% del capital social de XXX y que en 1990 adquirió participaciones de otras entidades, pasando a tener el 99,47% de dicho capital social.

Por tanto, no podía considerarse exenta la cantidad reclamada porque, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 1 del Real Decreto 214/1999, de 5 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta

de las Personas Físicas, el piloto fue contratado sin solución de continuidad por otra empresa vinculada con su antigua empleadora, siendo esa nueva contratación el presupuesto básico para causar baja en aquella, sin que esta conclusión pudiera verse afectada por la Sentencia de la Sala de lo Social, al entender el Tribunal *a quo* que ambas resoluciones judiciales se desenvolvían en planos distintos, el laboral y el tributario.

Planteado el supuesto en los términos expuestos, la Sala 3ª del Tribunal Supremo aprecia la contradicción existente entre la Sentencia recurrida y la que el recurrente aportó como de contraste, a saber, la dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Andalucía, con sede en Sevilla, de fecha 12 de julio de 2005, cuyo recurrente era también un piloto de la compañía XXX, al que afectó el Expediente de Regulación de Empleo de 29 de marzo de 1999, y que también optó por su incorporación a YYY, habiendo solicitado la rectificación de su declaración de IRPF, en cuanto la cantidad recibida como indemnización hasta el máximo legal se encontraba exenta y el resto sujeta a la reducción del 30% como rendimiento irregular.

Pues bien, la Sala se decanta por el modo en que la Sentencia aportada de contraste resolvió el conflicto planteado, es decir, apreciando la inexistencia de vinculación entre las dos empresas aéreas, incluso a pesar de que formaban parte del mismo grupo empresarial y tener YYY una participación casi total en XXX (99,47%).

Y, en tal tesitura, procede a resolver el debate planteado en la primera instancia, determinando que la presunción de vinculación entre las compañías ha sido destruida por una prueba en contrario, a saber, la Sentencia de la Sala de lo Social del propio Tribunal de 27 de noviembre de 2000 (rec. cas. núm. 2013/2000), dictada en relación con el recurso presentado por el Comité de Empresa de Pilotos de XXX en el que se solicitaba que se considerase como empresa única a XXX e YYY en el Acuerdo de 25 de febrero de 1999 y que estableció las consecuencias que en el orden laboral había que extraer del referido Acuerdo, siendo tales consecuencias distintas de las propias del ámbito tributario.

No obstante, la Sala considera imposible desconocer los datos que llevaron a la Sala de lo Social a establecer la no existencia de una empresa única, datos que no impiden que, aunque pudiera existir una vinculación entre ambas empresas, en razón de la participación de una de ellas en el capital de la otra, pueda llegarse a demostrar que entre YYY y los pilotos de XXX existía una efectiva desvinculación.

Esta desvinculación ha de extraerse, además del hecho de que se trataba de compañías independientes, de los propios términos del Anexo que se acompañó al Acta del Acuerdo de 25 de febrero de 1999, en particular, de su punto 4.1, del que se desprende que los trabajadores de XXX nada tenían que ver con YYY, siendo sus contratos totalmente independientes, de tal forma que sólo a partir de su alta en esta última compañía comenzaron a regirse por la normativa aplicable al resto de la plantilla, pero no manteniendo las

categorías que ostentaban en la inicial empresa sino en otras más desventajosas.

En consecuencia, estima el recurso contencioso-administrativo, declarando el derecho del recurrente a la devolución de ingresos indebidos por aplicación de la exención contenida en el artículo 7.e) de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras Normas Tributarias, respecto a la indemnización percibida, más los intereses legales correspondientes.

Esta Sentencia es posteriormente refrendada por las de 16 de diciembre de 2010 (rec. cas. núm. 288/2006) y de 14 de abril de 2011 (rec. cas. núm. 392/2007).

#### **4. Carácter excluyente de los medios de recuperación del Impuesto sobre el Valor Añadido soportado: compensación y devolución. Recurso de casación para la unificación de doctrina.**

La Sala, en su **STS, Sec. 2ª, 23-12-2010, RC 82/2007**, estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto contra la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas, en virtud de la cual se desestimó el recurso interpuesto por la entidad PAP, S.L. contra la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Canarias, igualmente desestimatoria de la reclamación económico-administrativa formulada frente al Acuerdo de la Dependencia de Inspección de la Delegación de Las Palmas de la Agencia Estatal de Administración Tributaria en relación con la compensación de saldos generados por el concepto de Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA). Para fundamentar su decisión, la Sala reproduce la Sentencia de 24 de noviembre de 2010 (rec. cas. núm. 246/2006), que, a su vez, reitera, ratifica, mantiene e incluso amplía la doctrina contenida en la Sentencia de 4 de julio de 2007 (rec. cas. núm. 96/2002), y que por su interés conviene reproducir:

*«A la vista del sistema normativo estatal expuesto, la cuestión se centra en determinar qué ocurre si transcurren cinco años (ahora cuatro) desde la fecha de presentación de la declaración en que se originó el exceso de cuotas a compensar y el sujeto pasivo no ha podido compensar esos excesos ni ha optado por solicitar su devolución; en estos casos cabe plantearse si el sujeto pasivo pierde el derecho a recuperar esas cuotas o si la Administración tiene la obligación de devolvérselas.*

*Para resolver esta cuestión debe acudir a la Sexta Directiva que, según se ha dicho, consagra como principio esencial del IVA el de la neutralidad, el cual se materializa en la deducción del IVA soportado.*

*La naturaleza del Impuesto en cuestión es la de un impuesto indirecto que recae sobre el consumo; su finalidad es la de gravar el consumo de bienes y servicios realizado por los últimos destinatarios de los mismos, cualquiera*

*que sea su naturaleza o personalidad; recae sobre la renta gastada y no sobre la producida o distribuida por los empresarios o profesionales que la generan, siendo éstos los que inicialmente soportan el Impuesto en sus adquisiciones de bienes, resarcándose del mismo mediante el mecanismo de la repercusión y deducción en la correspondiente declaración.*

*Con la finalidad de garantizar esa neutralidad, el art. 18.4 de la Directiva señalada establece, como hemos dicho, que cuando la cuantía de las deducciones autorizadas supere la de las cuotas devengadas durante un periodo impositivo, los Estados miembros podrán trasladar el excedente al periodo impositivo siguiente o bien proceder a la devolución.*

*La norma señalada, dada la finalidad que con ella se persigue, ofrece a los sujetos pasivos la posibilidad de compensar en un plazo de cinco años, actualmente de cuatro, el exceso de cuotas soportadas sobre las repercutidas no deducido en periodos anteriores y no solicitar la "devolución" en dichos años, pero, en ningún caso, les puede privar de que, con carácter alternativo a la compensación que no han podido efectuar, les sea reconocida la posibilidad de obtener la devolución de las cuotas para las que no hayan obtenido la compensación.*

*Las posibilidades de compensación o devolución han de operar de modo alternativo. Pero aunque el sujeto pasivo del impuesto opte por compensar durante los cinco años (ahora cuatro) siguientes a aquél periodo en que se produjo el exceso de impuesto soportado sobre el devengado, debe poder optar por la devolución del saldo diferencial que quede por compensar. El sujeto pasivo tiene un crédito contra la Hacienda Pública que se abstrae de su causa y que debe poder cobrar aún después de concluir el plazo de caducidad.*

*La pérdida por el sujeto pasivo del derecho a resarcirse totalmente del IVA que soportó supondría desvirtuar el espíritu y la finalidad del Impuesto. Por todo ello, entendemos, de acuerdo con el criterio mantenido por la sentencia recurrida, que no hay caducidad del derecho a recuperar los excesos no deducidos, aunque sí pérdida del derecho a compensar en periodos posteriores al plazo establecido, de forma que cuando no exista posibilidad para el sujeto pasivo de ejercitar la <<compensación>> por transcurso del plazo fijado, la Administración debe <<devolver>> al sujeto pasivo el exceso de cuota no deducido.*

*Así pues, en la declaración en que se cumplen cinco años (cuatro años desde el 1 de enero de 2000), cuando ya no es posible <<optar>> por insuficiencia de cuotas devengadas, desde luego que se puede pedir la devolución. Por eso la sentencia recurrida había entendido que procede la devolución de cuotas soportadas declaradas a compensar y no compensadas, aunque hubieran transcurrido más de cinco años.*

*Caducado el derecho a deducir, o sea, a restar mediante compensación, la neutralidad del IVA sólo se respeta y garantiza cuando se considere que empieza entonces un periodo de devolución, precisamente porque la*

*compensación no fue posible, y que se extiende al plazo señalado para la prescripción de este derecho, después del cual ya no cabe su ejercicio. Por cualquiera de los procedimientos que se establecen (compensación y/o devolución) se debe poder lograr el objetivo de la neutralidad del IVA.*

*El derecho a la recuperación no sólo no ha caducado (aunque haya caducado la forma de hacerlo efectivo por deducción continuada y, en su caso, por compensación), sino que nunca se ha ejercido, de modo que no es, en puridad, la devolución (como alternativa de la compensación) lo que se debe producir, sino que es la recuperación no conseguida del derecho del administrado que debe satisfacer la Administración en el tiempo de prescripción.*

*Como ha puesto de relieve la doctrina, se podría haber establecido en la Ley que si a los cinco años (ahora cuatro) de optar por la compensación no se hubiera podido recuperar todo el IVA soportado, atendiendo a las fechas en que se soportó, la Administración iniciaría de oficio el expediente de devolución; se habría garantizado así la neutralidad como principio esencial del impuesto. Pero lo cierto es que no se ha regulado de esta forma, tal vez por el principio <<coste-beneficio>> pro Fisco. Pero aún siendo así, resulta difícilmente admisible (y menos si se invoca la autonomía de las regulaciones nacionales) negar el derecho a la devolución del IVA soportado, que realiza el principio esencial del impuesto. En vez de expediente de oficio, habrá que promover un expediente de devolución a instancia de parte.*

*No arbitrar algún medio para recuperar el crédito frente a la Hacienda Pública generaría un enriquecimiento injusto para la Administración pues nada obstaba para que, una vez practicada la comprobación administrativa y observada la pertinencia del crédito, se ofreciera al sujeto pasivo la posibilidad de recuperarlo por la vía de la devolución» (FD Sexto).*

En consecuencia, la Sala declara la nulidad del acto recurrido por ser contrario a derecho, reconociendo el derecho del recurrente a la devolución-compensación del Impuesto sobre el Valor Añadido soportado pendiente de compensar.

**5. Procedimiento de inspección. Interrupción justificada de las actuaciones inspectoras. Petición de información a las Administraciones tributarias pertenecientes a otros Estados Miembros de la Unión Europea. Realización de actuaciones inspectoras durante el plazo de interrupción justificada. Improcedente cómputo del plazo de interrupción justificada.- Prescripción parcial.**

En la **STS, Sec. 2ª, 24-01-2011, RC 5990/2007**, la Sala estima el recurso de casación interpuesto por un club de fútbol en el que se planteaban tres cuestiones, a saber: a) la primera, que se incumplió el plazo legal máximo de duración de las actuaciones inspectoras, por haberse computado como interrupción justificada de las mismas un periodo en el que, realmente, no estuvieron detenidas, provocando una ampliación efectiva de ese plazo

máximo de duración; b) la segunda, que las cantidades abonadas en concepto de cesión de los derechos de imagen de los jugadores y técnicos contratados por el club no podían calificarse como rendimientos de trabajo; y, c) la tercera, que se había aplicado incorrectamente la obligación de retener sobre el montante total de las indemnizaciones pagadas a jugadores y técnicos por razón de su despido improcedente.

En cuanto a la primera de las cuestiones planteadas, la Sala, tras dejar constancia de los hechos probados, centra el debate única y exclusivamente en el período de 147 días que mediaron entre el 26 de enero de 2001, fecha en que fue remitida por la Administración tributaria española la solicitud de información a las autoridades fiscales de los Países Bajos, y el 22 de junio del mismo año, en que se completó la recepción de la documentación que integraba la respuesta a la petición interesada. Para el club de fútbol, ese lapso temporal en ningún caso merecía la consideración de interrupción justificada porque durante su curso continuaron desarrollándose las correspondientes actuaciones inspectoras.

Pues bien, la Sala considera imposible resolver el debate haciendo abstracción de la situación fáctica que aconteció en el supuesto enjuiciado, por lo que procede a subrayar los hitos relevantes para solucionar el conflicto sometido a su consideración, y que fueron los siguientes:

1. Las actuaciones inspectoras se prolongaron durante un plazo que superó los veinticuatro meses que constituyen el máximo contemplado por el legislador, previa ampliación justificada. Se iniciaron el 4 de abril de 2000 y concluyeron el 4 de julio de 2002;
2. Del plazo máximo de duración de las actuaciones inspectoras debían descontarse 47 días porque el club de fútbol reconoció una dilación que le era imputable, en concreto, entre el 9 de enero y el 25 de febrero de 2002;
3. La información tributaria solicitada a las autoridades competentes de los Países Bajos fue recibida por la Administración tributaria española el 22 de junio de 2001, es decir, 147 días después de que se hubiera remitido la solicitud de información el 26 de enero de 2001;
4. La solicitud y recepción de la información recabada fueron comunicadas al club de fútbol a través de las diligencias extendidas los días 28 de febrero de 2001 y 19 de diciembre de 2001, haciendo notar esta última que la información recibida no comprendía toda la interesada;
5. Tanto la Inspección de los Tributos como el club de fútbol reconocían que durante los 147 días objeto de discusión se produjeron actuaciones inspectoras formalizadas en diferentes diligencias;
6. Con fecha 12 de marzo de 2002 se incoó al club de fútbol el correspondiente Acta de disconformidad, en tanto que el Acuerdo de liquidación se dictó el 25 de junio de 2002, siendo notificado a aquél el 4 de julio siguiente.

Para la Sala, no toda petición de datos e informes constituye una interrupción justificada de las actuaciones inspectoras, sino únicamente aquella que, por la naturaleza y el contenido de la información interesada, impida proseguir con la tarea inspectora o adoptar la decisión a la que se conduce el procedimiento. Pero, aun teniendo la interrupción la consideración de justificada, considera la Sala que si durante el tiempo en que hubo de esperarse a la recepción de la información pudieron practicarse otras diligencias, dicho tiempo no debe descontarse para computar el plazo máximo de duración de las mencionadas actuaciones inspectoras. Por tanto, cuando, pese a la petición de informes, el órgano inspector pudo proseguir su actividad de comprobación e investigación, avanzando en la determinación de la deuda tributaria y, además, una vez recabados los elementos de juicio que aquella petición de informes buscaba acopiar, demoró la adopción de la decisión final, le corresponde a la Administración acreditar que, pese a todo ello, no pudo actuar con normalidad, lo que, aplicado al caso del club de fútbol, determina que durante los 147 días en que se demoró la recepción de los datos procedentes de los Países Bajos el procedimiento inspector no estuvo paralizado, ya que siguieron desarrollándose acerca del contribuyente las correspondientes actuaciones de comprobación e inspección, recabando otros elementos de juicio precisos para poder dictar la oportuna liquidación. Además, entre la fecha en que llegaron tales datos y aquella en la que se levantó el acta de inspección transcurrieron casi nueve meses. Por ello, la Sala acaba concluyendo que esa tardanza y el ulterior retraso en liquidar por el Inspector-Jefe, más allá del plazo del mes previsto en el artículo 60.4 del Real Decreto 939/1986, de 25 de abril, por el que se aprueba el Reglamento General de la Inspección de los Tributos, no era posible imputarlos a la necesidad de contar con la información recabada a las autoridades neerlandesas o a la realización, a sus resultados, de actuaciones complementarias. En otras palabras, si durante el tiempo en que se esperaba esa información tan trascendente la actividad inspectora continuó y si, una vez recibida, la Administración tributaria dejó pasar nueve meses hasta redactar el Acta de disconformidad y otros tres hasta dictar la oportuna liquidación, se revelaba manifiestamente contraria a la finalidad perseguida por el legislador con el art. 29 de la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes la decisión de restar, para computar el plazo máximo de duración de las actuaciones inspectoras de comprobación e investigación, el tiempo que tardó en llegar una información que no impidió continuar con las actuaciones inspectoras y que no provocó el retraso en liquidar, pues ya contaba la Administración tributaria con los datos recabados mucho antes de que expirara el plazo máximo de veinticuatro meses.

En términos similares se ha pronunciado posteriormente la Sentencia de 28 de enero de 2011 (rec. cas. núm. 5006/2005).

La prescripción declarada por la Sala hizo perder su objeto al resto de los motivos de casación alegados en el escrito de interposición del recurso de casación interpuesto por la entidad deportiva.

### III. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

#### 1. Recursos contencioso-administrativos en materia de extranjería (denegación de entrada en territorio nacional). Archivo de las actuaciones por incumplimiento de la exigencia de aportar el documento que acredite la representación procesal a favor del procurador o del letrado

La **STS, 3ª, 30-06-2011, RC 76/2009**, desestima un recurso de casación en interés de la Ley interpuesto por el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, en el que pedía que se declarase como doctrina legal "Que, en los recursos contencioso-administrativos contra las órdenes de denegación de entrada en España a extranjeros, la designación de oficio de Abogado (y, en caso necesario, Procurador), designación que además ha de proceder siempre que lo solicite el justiciable, conlleva, de acuerdo con los Arts. 33 de la LEC, 23 de la LJCA y 14 a 18 de la LAJG, la representación de dicho extranjero ante los órganos judiciales". Considera la Sala que un Letrado no puede arrogarse la legitimación o representación de un tercero sin que éste manifieste su aquiescencia, debido al carácter personal del derecho de acceso a la jurisdicción, reconocido por el artículo 24 de la Constitución, correspondiendo al titular de la acción instar el procedimiento para el reconocimiento del beneficio de asistencia jurídica gratuita, de modo que la decisión de inadmisión de un recurso contencioso-administrativo es procedente cuando se constata la falta del cumplimiento del requisito de postulación del recurrente, exigido para la válida constitución del proceso.

#### 2. Alegación por la Administración demandada, en la contestación, de motivos determinantes de la nulidad del acto impugnado no esgrimidos previamente en vía administrativa.

Se ha dicho tradicionalmente que la revisión jurisdiccional de los actos administrativos impugnados en el proceso debe ceñirse al examen de las razones en que la resolución recurrida se apoya, no siendo aceptable que la Administración demandada invoque causas o motivos justificativos de su decisión distintos de los que utilizó en la vía administrativa. Sin embargo, la **STS, Sec. 5ª, 26-05-2011, RC 5991/2007**, apunta un cambio de jurisprudencia sobre esta cuestión, al señalar que si la Ley de la Jurisdicción permite a la parte actora suscitar en el proceso argumentos y cuestiones que no había planteado en vía administrativa, *"la superación de la tradicional y restringida concepción del recurso contencioso-administrativo como instancia meramente revisora debe igualmente conducir a que, en el debate en plenitud que el proceso ha de suponer, también la Administración pueda respaldar su actuación con razones distintas a las que esgrimió en vía administrativa"* (FJ 2º).

#### 3. Requisitos del escrito de preparación del recurso de casación

Recientes resoluciones de esta Sala, Sec. 1ª **AATS 14-10-2010, RRC 951/2010 y 573/2010, 18-11-2010, RC 3461/2010 y 25-11-2010 RRC**

**1886/2010 y 2739/2010**, entre otros muchos), han perfilado los requisitos que debe cumplir el escrito de preparación del recurso de casación, señalando que Cuando el artículo 89.1 LJCA establece que el escrito de preparación debe contener una sucinta exposición de los requisitos de forma exigidos, se está refiriendo a los requisitos expresados en los artículos anteriores, y entre ellos figura de forma primordial la tajante regla procesal del artículo 88.1, que exige que el recurso se funde, exclusivamente, en alguno o algunos de los cuatro motivos que ahí se perfilan; de manera que es carga del recurrente en casación especificar ya en la fase de preparación el motivo o motivos del referido art. 88.1 en que se fundará el recurso, con indicación de los concretos preceptos o jurisprudencia que se reputan infringidos o del contenido de las infracciones normativas o jurisprudenciales que se pretendan denunciar y desarrollar en el escrito de interposición del recurso de casación, aunque fuere de forma sucinta. Si así no se exigiera, es decir, si se estimara innecesario anticipar el motivo o motivos al que se acogerá el escrito de interposición en los términos expresados, el trámite de preparación quedaría privado de su sentido y finalidad característicos, desde el momento que el Tribunal a quo quedaría desprovisto de elementos de juicio para verificar que el recurso de casación cumple el más primario requisito de procedibilidad, cual es que se funda formalmente en uno de esos cuatro motivos, con indicación de las infracciones normativas o jurisprudenciales denunciadas, y no en otro tipo de consideraciones ajenas al sistema de la Ley procesal, y la parte recurrida carecería de la información necesaria al respecto para adoptar la posición procesal que estimara pertinente. Exigencia, esta, de expresión de las concretas infracciones normativas o jurisprudenciales en el escrito de preparación existe tanto cuando la resolución impugnada procede de los Tribunales Superiores de Justicia como de la Audiencia Nacional y cualquiera que sea el motivo del artículo 88.1 que se utilice.

#### **4. Inadmisión del recurso de casación por carencia de interés casacional**

Acerca de la interpretación del artículo 93.2.e) LJCA, referido a la inadmisión del recurso de casación por falta de interés casacional, se ha pronunciado la Sala Tercera del Tribunal Supremo en **AATS, Sec. 1ª, 28-10-2010 y 25-11-2010, RRC 3287/2009 y 2785/2009**, señalando que la inadmisión del recurso de casación cuando el asunto no posea el suficiente contenido de generalidad debe valorarse a la luz de la función institucional del recurso de casación. Si la misión de este recurso especial y extraordinario es básicamente proporcionar pautas interpretativas y aplicativas de las normas que proporcionen uniformidad, certeza y seguridad a los operadores jurídicos, esa función pierde sentido y relevancia, y, por tanto, pierde interés general cuando la tesis sostenida por el recurrente en casación ha sido ya reiteradamente examinada y resuelta por este Tribunal Supremo y no se aportan argumentos críticos novedosos que permitan reconsiderar la jurisprudencia asentada; pues en estos supuestos la admisión y posterior resolución del recurso de casación mediante sentencia, que examinara el fondo del asunto reiterando una doctrina consolidada, no aportaría ningún dato útil para el tráfico jurídico general, mientras que, por contra, puede entorpecer y dilatar el pronunciamiento sobre los asuntos que sí requieren una pronta respuesta por carecer de una doctrina

jurisprudencial que contribuya a proporcionar la certeza y seguridad jurídica imprescindible para preservar la unidad del Ordenamiento. Por ello, de concurrir tales circunstancias habrá de apreciarse también que el recurso de casación carece de interés casacional, debiendo diferenciarse esta causa de inadmisión de la contemplada en el apartado c) del artículo 93.2 de la Ley Jurisdiccional, que a diferencia de aquella exige una identidad sustancial entre el recurso de casación sometido a trámite de admisibilidad y otros que hubieren sido desestimados en el fondo, cuya concurrencia no es necesaria para apreciar que la cuestión jurídica controvertida ha sido ya objeto de tratamiento por la jurisprudencia. Por el contrario, debe afirmarse que un asunto revestirá un contenido de generalidad que justifique su admisión, entre otros, en los siguientes casos: primero, cuando se trate de un recurso que plantee una cuestión interpretativa y aplicativa del Ordenamiento Jurídico sobre el que no haya doctrina jurisprudencial, o aún habiéndola haya sido desconocida o infringida por el Tribunal de instancia; segundo, cuando se trate de un recurso que, aun versando sobre cuestiones que ya han sido examinadas y resueltas por la jurisprudencia, realiza un enfoque crítico de la misma que pudiera dar pie a una reconsideración de dicha doctrina y eventualmente a su cambio; y tercero, cuando el asunto suscitado, aun sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores, plantea una cuestión que por sus repercusiones socioeconómicas revista tal entidad que requiera el pronunciamiento del Tribunal Supremo de España. Ahora bien, esta enumeración se realiza de forma ejemplificativa, y carece de pretensión de exhaustividad, lo que permitirá que en adelante el Tribunal Supremo, atendiendo a las singularidades que presente el caso concreto, delimite con mayor precisión el alcance de este concepto jurídico indeterminado.