

## **SALA TERCERA**



## ÍNDICE SISTEMÁTICO

	<i>Página</i>
I. ADMINISTRATIVO.....	137
1. ACTO Y PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.....	137
1.1. Plazo de tramitación y caducidad de un procedimiento de revisión de oficio. Exégesis de los artículos 42.5.c) y 83.3 de la Ley 30/1992 en la redacción de 1999.....	137
2. COLEGIOS PROFESIONALES.....	138
2.1. Impugnación del RD 45/2007, por el que se modifica el Reglamento de organización y régimen del Notariado.....	138
3. CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA.....	139
3.1. Indemnización sustitutoria en caso de imposibilidad material de ejecución de una sentencia en la que se reconocía el derecho de una empresa a la adjudicación de la concesión para construcción y gestión del equipamiento deportivo y aparcamiento.....	139
3.2. Tramitación de expedientes de contratación por el procedimiento de urgencia. Requisitos. Motivación....	140
3.3. Contratación por el procedimiento negociado sin publicidad en los llamados «concursos de tipo».....	140
3.4. Abono de intereses por la Administración en los contratos de obra con abono total del precio....	141
4. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO.....	142
4.1. Telecomunicaciones.....	142
4.1.1. Real Decreto 944/2005 (29-7), por el que se aprueba el plan técnico nacional de la televisión digital terrestre. Disposición adicional 12. <sup>a</sup> , apartado F). Competencias de los ingenieros industriales y de telecomunicaciones.....	142

4.1.2.	Nulidad de la Orden Foral 1324/2000 de 27 de noviembre, del Consejero de Medio Ambiente, Ordenación del Territorio y Vivienda de la Comunidad Foral de Navarra, por la que se regula el procedimiento para la utilización compartida de estaciones base de telecomunicaciones .....	142
4.1.3.	Relación de operadores que tienen la consideración de principales a los efectos del artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, en los mercados nacionales de telefonía fija y móvil.....	143
4.1.4.	Procedimiento a seguir por los operadores en los casos en que se haya ordenado la interceptación legal de las telecomunicaciones .....	144
4.2.	Derecho de la competencia.....	145
4.2.1.	Constitución de un registro de información de crédito accesible para todas las entidades financieras previo pago de cuota.....	145
4.2.2.	Conductas prohibidas. Estaciones de servicio. Inclusión de cláusulas de competencia no autorizadas en contratos de distribución de carburantes y lubricantes.....	146
4.2.3.	Controversia sobre abuso de posición de dominio en el mercado español de obras, servicios y proyectos forestales. Medios propios de la Administración y Derecho de la Competencia .....	147
4.2.4.	Abuso de posición dominante. ADSL.....	148
4.3.	Industria y energía.....	149
4.3.1	Impugnación del RD 1556/2005, por el que se establece la tarifa eléctrica para el año 2006. Principio de suficiencia tarifaria. Financiación de la gestión de los residuos radioactivos. Imputación a la tarifa del coste de los planes de ahorro y eficiencia energética .....	149
4.4.	Transporte .....	150
4.4.1.	Tarifas por transporte de viajeros por ferrocarril y por servicios regulares de transporte interurbano por carretera. Descuentos a familias numerosas. Nulidad del apartado 2 del art. 10, del apartado 3 del art. 11, del Real Decreto 1621/2005, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 40/2003, de	

	18 de noviembre, de protección a las familias numerosas .....	150
5.	EDUCACIÓN Y ENSEÑANZA.....	150
5.1.	Impugnación del RD 1621/2005, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de protección a las familias numerosas. Anulación del inciso del número 2 del art. 7, «destinadas a alumnos matriculados en centros sostenido con fondos públicos» .....	150
6.	EXPROPIACIÓN FORZOSA.....	151
6.1.	Vía de hecho por exceso en la ocupación. Adquisición de la propiedad por usucapión extraordinaria.....	151
6.2.	Declarada la nulidad del procedimiento expropiatorio, no se puede reclamar al interesado la devolución de los intereses por demora aunque proceda la devolución de la finca al mismo.....	152
6.3.	Expropiación de la zona arqueológica de Pollentia (Mallorca). Fijación del justiprecio de bienes de valor artístico, histórico y arqueológico. Intereses de demora.....	153
7.	EXTRANJERÍA Y ASILO.....	154
7.1.	Extranjería.....	154
7.1.1	Expulsión de ciudadano rumano por permanencia irregular en territorio nacional y por encontrarse trabajando ilegalmente. Consecuencias de la incorporación de Rumanía y Bulgaria a la UE. Principio de retroactividad de la norma sancionadora más favorable.....	154
7.1.2.	Denegación de entrada en territorio nacional. Facultades de la Administración y casos en que procede requerir información al ciudadano extranjero sobre el objeto y condiciones de su estancia.....	156
7.1.3.	Expulsión del territorio nacional. Apátrida. Razones de orden público.....	159
7.1.4.	Validez y alcance del apoderamiento conferido por el extranjero al que se deniega la entrada en territorio nacional, en las dependencias policiales, a favor de Letrado, cuando posteriormente se deniega el beneficio de justicia gratuita.....	160
7.1.5.	Reconocimiento del estatuto de apátrida a saharauí .....	162

	<i>Página</i>
7.2. Asilo.....	162
7.2.1. Persecución en el país de origen, y solicitud de asilo en España desde un Estado intermedio.....	162
7.2.2. Persecución protegible, por razones de sexo. Solicitante homosexual. Valoración del silencio de la Administración .....	163
8. FUNCIÓN PÚBLICA.....	164
8.1. Pase a la reserva de un Teniente General por decisión del Consejo de Ministros. No es una resolución sancionadora. Discrecionalidad de la decisión, y necesidad de motivación. Razonabilidad de la decisión adoptada.....	164
8.2. Acuerdo municipal por el que se aprueba la modificación de la Relación de Puestos de Trabajo del Ayuntamiento en cuanto a las funciones y retribuciones del personal eventual. La modificación operada respecto del personal eventual no precisa de la negociación colectiva a la que se refieren los artículos 32 y 34 de la Ley 9/1987.. .....	166
9. PODER JUDICIAL. ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.....	167
9.1. Solicitud de reingreso de juez al servicio activo. Plazo para solicitarlo.....	167
9.2. Acceso al registro de procesos de desahucio por falta de pago del decanato de los juzgados de Madrid. Denegación procedente. No es de aplicación ninguno de los supuestos previstos en la Ley Orgánica 15/1999, de protección de datos, para excluir la necesidad del consentimiento del interesado.....	167
9.3. Nombramiento de Magistrados del Tribunal Supremo. La amplia libertad del CGPJ, derivada de su función constitucional de gobierno, tiene como límites la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), el principio de igualdad de acceso a los cargos públicos (art. 23.2) y la trascendencia del mérito y capacidad profesional en el sistema de carrera previsto para jueces y magistrados (art. 122 CE). Necesidad de motivación de la concreta propuesta elevada al Pleno; expresión de las fuentes de conocimiento utilizadas para constatar los méritos apreciados en los candidatos incluidos en esa propuesta; y observancia del principio de igualdad en la selección de esas fuentes.....	168
9.4. Acceso a la Carrera Judicial por la categoría de Magistrado (4.º turno). Improcedencia del cómputo de los	

	<i>Página</i>
servicios prestados como colaborador honorario en una Facultad de Derecho.....	169
9.5. Provisión de vacante en la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia. Conocimiento del Derecho civil, foral o especial, propio de la comunidad autónoma. Fuero del Baylío.....	170
9.6. Mutualidad General Judicial (MUGEJU). Condiciones para el desempeño del cargo de Presidente. Nulidad del reglamento sobre composición y funcionamiento de los órganos de gobierno, administración y representación de la Mutualidad .....	172
9.7. Obligación de los Juzgados de guardia de expedir licencias de sepultura .....	174
9.8. Módulos de dedicación para la retribución variable de la Ley 15/2003, de régimen retributivo de las carreras judicial y fiscal. Distribución del módulo anual entre los once meses efectivamente trabajado .....	175
10. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL .....	176
10.1. Competencia del orden contencioso para enjuiciar la responsabilidad de la Administración con particulares, incluso aunque se rechace la de aquella.....	176
10.2. Responsabilidad patrimonial por aplicación de acto legislativo. Declaración de inconstitucionalidad del art. 70.1 y 2 de la Ley de Puertos. Tarifas portuarias. Inexistencia de daño .	178
11. TRÁFICO Y SEGURIDAD VIAL .....	180
11.1. Competencia autonómica para sancionar la infracción a la legislación de transportes terrestres tipificada en el artículo 140.b) de la Ley 16/1987 (LOTT) .....	180
11.2. Sanción a una Cooperativa por la infracción prevista en el art. 140.17 de la LOTT.....	180
12. URBANISMO Y MEDIO AMBIENTE.....	180
12.1. Medio ambiente .....	180
12.1.1. Contaminación acústica. Vulneración de los derechos a la vida privada, a la integridad física o moral, a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio.....	180
12.2 Urbanismo.....	181
12.2.1. Régimen del silencio administrativo en relación con las licencias urbanísticas .....	181
12.2.2. Recepción tácita de obras de Urbanización....	182
12.2.3. Impugnabilidad jurisdiccional directa de los pla-	

nes generales, pese a que una norma autonómica contemple recurso de alzada contra ellos .....	183
12.2.4. Plan General de Madrid de 1997. La reclasificación de suelos no urbanizables protegidos, ha de ser justificada por la Administración. Contenido material de la justificación .....	184
12.2.5. Deficiencias y carencias en las infraestructuras de una urbanización de iniciativa privada. Responsabilidad del Ayuntamiento por no haber exigido al promotor, hoy desaparecido, la culminación de las infraestructuras, ni haber exigido garantías. Legitimación de la Entidad Urbanística Colaboradora de Conservación ...	185
<b>II. TRIBUTARIO</b> .....	187
1. IVA. RECUPERACIÓN DEL EXCESO DE CUOTAS SOPORTADAS SOBRE LAS REPERCUTIDAS. DEVOLUCIÓN Y COMPENSACIÓN EN PERIODOS SIGUIENTES.....	187
2. CONFLICTO DE COMPETENCIA ENTRE EL ESTADO Y LA COMUNIDAD FORAL NAVARRA, EN MATERIA DE IVA A LA SALIDA DEL RÉGIMEN DEL DEPÓSITO FISCAL .....	187
3. IVA. EL ESCRITO DE ALEGACIONES AL ACTA DE INSPECCIÓN NO TIENE «PER SE» EFECTOS INTERRUPTIVOS DE LA PRESCRIPCIÓN .....	188
4. RECURSO DE CASACIÓN EN INTERÉS DE LEY. TASA POR APROVECHAMIENTO ESPECIAL O UTILIZACIÓN PRIVATIVA DEL DOMINIO PÚBLICO. EMPRESAS SUMINISTRADORAS DEL SERVICIO DE TELECOMUNICACIONES.....	188
5. RESPONSABILIDAD TRIBUTARIA POR LEVANTAMIENTO DE EMBARGO.	189
6. IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES 1995 Y 1996. FALTA DE LEGITIMACIÓN DE UNA SOCIEDAD PARA IMPUGNAR UNA LIQUIDACIÓN QUE AFECTA AL GRUPO SEPI, AUNQUE CONTEMPLA DEDUCCIONES POR INVERSIONES QUE CORRESPONDÍAN A LA RECURRENTE .....	189
7. IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES. FUSIÓN DE SOCIEDADES POR «ABSORCIÓN O INCORPORACIÓN» .....	189
8. APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 121 Y 123 DEL REGLAMENTO DE PROCEDIMIENTO EN LAS RECLAMACIONES ECONÓMICO-ADMINISTRATIVAS DE 1996 .....	190
9. IMPUESTO ESPECIAL SOBRE EL ALCOHOL Y BEBIDAS DERIVADAS. IRREGULARIDADES EN LA CIRCULACIÓN INTRACOMUNITARIA .....	191

	<i>Página</i>
III. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO .....	191
1. INCOMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA PARA ENJUICIAR UNA SOLICITUD DE CESE POR INCOMPATIBILIDAD DE UN MAGISTRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL .....	191
2. TRATAMIENTO PROCESAL DE LOS LITIGIOS RELATIVOS AL LLAMADO PERSONAL ESTATUTARIO DE CARRERA DE LOS SERVICIOS DE SALUD ..	194
3. CONTENIDO Y ALCANCE DE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO PARA LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE NORMAS DE DERECHO AUTONÓMICO EN LOS CASOS EN QUE SE HA ESTIMADO UN MOTIVO DE CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE NORMAS PROCESALES....	195
4. ENJUICIAMIENTO DE LAS ACTUACIONES DE LOS CABILDOS Y LOS CONSEJOS INSULARES .....	197
5. EJECUCIÓN DE SENTENCIA QUE ORDENA A LA ADMINISTRACIÓN QUE DICTE UNA DISPOSICIÓN REGLAMENTARIA .....	198
6. LOS ARTÍCULOS 34 A 39 DE LA LEY 29/98, QUE TRATAN DE LA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES Y DE PROCESOS, NO PERMITEN QUE CON ESTAS POSIBILIDADES DE ACUMULACIÓN SE ALTEREN LAS NORMAS SOBRE COMPETENCIA DE LOS DISTINTOS ÓRGANOS JUDICIALES..	199
7. INADMISIÓN DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO POR EXTEMPORANEIDAD. INAPLICABILIDAD DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE NOTIFICACIONES DEFECTUOSAS AL HABER TRANSCURRIDO MUCHOS AÑOS DESDE QUE SE DICTÓ EL ACTO IMPUGNADO. RELEVANCIA DEL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA .....	200



Al igual que en los años anteriores, también en este año judicial 2007-2008 ha de ser destacado el elevado número de resoluciones dictadas por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en los muy diversos ámbitos sobre los que se extiende su competencia. La gran cantidad de sentencias y autos dictados por la Sala, y la complejidad y relevancia jurídica y social de las numerosas cuestiones que se someten a su enjuiciamiento, determina que exista un importante número de resoluciones que merecerían ser incluidas en esta «crónica», por su contenido, por su calidad técnica y por la trascendencia de los temas examinados. No siendo esto posible dado el limitado objetivo y extensión de esta crónica, es claro que la relación que se adjunta renuncia de antemano a pretensiones de exhaustividad y sólo busca resaltar los ámbitos más relevantes de la competencia de la Sala y algunas de las resoluciones de mayor interés.

## **I. ADMINISTRATIVO**

### **1. Acto y procedimiento administrativo**

#### ***1.1. Plazo de tramitación y caducidad de un procedimiento de revisión de oficio. Exégesis de los artículos 42.5.c) y 83.3 de la Ley 30/1992 en la redacción de 1999***

La STS, Sec. 3.<sup>a</sup>, 18-03-2008, RC 2699/2005, al hilo del examen de la caducidad de un procedimiento de revisión de oficio, realiza un detallado

---

La elaboración de la Crónica de la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha sido realizada por los Ilmos. Sres. Dña. Ana Isabel RESA GÓMEZ y D. Pedro ESCRIBANO TESTAUT, Magistrados del Gabinete Técnico, y por D. Juan Carlos GONZÁLEZ BARRAL, Letrado del Gabinete Técnico, bajo la supervisión del Excmo. Sr. D. Ramón TRILLO TORRES, Presidente de la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

análisis de los problemas que plantea la interpretación conjunta de los artículos 42.5.c) y 83.3 de la Ley 30/1992 (LRJ-PAC) tras la modificación de dicha Ley de 1999. Parte la sentencia del presupuesto metodológico de que *«la interpretación del artículo 83.3 de la Ley 30/1992 no puede privar de sentido a la regla taxativa establecida en el artículo 42.5, cuya redacción actual (aplicable al caso) procede de la reforma de aquélla aprobada por la Ley 4/1999. El texto del nuevo artículo 42.5 de la Ley 30/1992, en cuanto norma de 1999 que expresa la voluntad legislativa posterior a 1992, debe prevalecer a efectos interpretativos para resolver cualquier antinomia que pudiera surgir de la pervivencia de los preceptos originales de la misma Ley 30/1992, pues ésta ha de considerarse como un cuerpo dotado de coherencia interna»*. Sobre esta base, la Sala aprecia que La Ley 30/1992 en su versión inicial, precisamente porque no contenía una norma expresa que habilitara para suspender el plazo de resolución en los supuestos de petición de informes preceptivos y determinantes, optó por la solución del artículo 83.3, que facilitaba la repetición de suspensiones sucesivas de los trámites ulteriores (en rigor, «interrupciones» de los plazos de los trámites sucesivos) hasta que aquellos informes se incorporen al expediente. Ahora bien, advierte la sentencia a continuación, *«la reforma de 1999 da, sin embargo, un tratamiento distinto al problema: ahora se permite de modo expreso la suspensión del plazo máximo para resolver un procedimiento (esto es, para que no incurra en caducidad) cuando se solicite un informe preceptivo y determinante, si bien dicha suspensión se limita al tiempo que medie entre la petición y la recepción de aquél y no podrá, en ningún caso, exceder de tres meses. Sería contradictorio con la nueva norma que, transcurrido ese tiempo de suspensión del plazo para resolver que el artículo 42.5.c) contempla, la aplicación de otra norma anterior, no modificada por la reforma de 1999, permitiera nuevas y sucesivas suspensiones del mismo plazo para resolver (instrumentadas como «interrupciones de plazo de los trámites sucesivos») en espera de que finalmente se emita el dictamen. Ello equivaldría a reconocer que la regla del artículo 42.5.c) carece en realidad de eficacia»* (FJ 5.º).

## **2. Colegios profesionales**

### **2.1. Impugnación del RD 45/2007, por el que se modifica el Reglamento de organización y régimen del Notariado**

La STS, Sec. 6.ª, 20-05-2008, RCA 63/2007, ha declarado la nulidad de diversos preceptos y apartados del referido reglamento. La fundamen-

tación jurídica de esta importante sentencia es singularmente extensa, pues a lo largo de sus cuarenta y siete fundamentos jurídicos y más de ciento cincuenta páginas se estudian con minuciosidad diferentes y complejos aspectos de la organización y régimen jurídico de la actividad de la profesión notarial, por lo que en el limitado ámbito de esta «crónica» sólo cabe apuntar que en su «fallo» declara la nulidad de numerosos preceptos del reglamento impugnado, básicamente por falta o insuficiencia de habilitación legal para las modificaciones reglamentarias examinadas.

### 3. Contratación administrativa

#### ***3.1. Indemnización sustitutoria en caso de imposibilidad material de ejecución de una sentencia en la que se reconocía el derecho de una empresa a la adjudicación de la concesión para construcción y gestión del equipamiento deportivo y aparcamiento***

La STS, Sec. 4.<sup>a</sup>, 02-10-2007, RC 11509/2004, resuelve la impugnación de un Auto en el que se fijaba la cuantía indemnizatoria procedente en el caso de imposibilidad material de ejecución de una sentencia en la que se reconocía el derecho de una empresa a la adjudicación de la concesión para construcción y gestión del equipamiento deportivo y aparcamiento en una determinada localidad. Se señala que en estos casos el lucro cesante, que era lo que se reclamaba, debe ser apreciado de modo «prudente y restrictivo» de forma que se fija como indemnización la que correspondiente al caso de imposibilidad de ejecución del contrato, que no es la que se corresponde con las ganancias dejadas de obtener, como pretendía el recurrente, sino con el beneficio industrial aplicable en cada caso. Dice, así, la sentencia que *«las alegaciones del recurrente parten siempre del presupuesto de que tenía el derecho a obtener todos los beneficios derivados del contrato o concesión que no se le adjudicó cuando tenía a ello derecho, y ese planteamiento inicial además de que no es compartido por la Sala de Instancia, tampoco lo es por esta Sala del Tribunal Supremo, que tiene reiteradamente declarado, de acuerdo además con las normas que los autos impugnado citan, que cuando se declara la imposibilidad material de ejecutar una sentencia que había adjudicado un contrato a una determinada empresa esta tiene derecho a obtener el beneficio industrial que se concreta en un 6% del importe del contrato más los perjuicios que se hubieren acreditado haberle sido producidos»* (FJ 3.º).

### **3.2. Tramitación de expedientes de contratación por el procedimiento de urgencia. Requisitos. Motivación**

La STS, Sec. 4.<sup>a</sup>, 27-02-2008, RC 5608/2004, aborda el estudio de los requisitos exigidos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en relación a la tramitación de los expedientes de contratación por el procedimiento de urgencia. Dice, concretamente, la sentencia del Tribunal Supremo que *«la declaración de urgencia que exige la Ley ha de ser realizada por el órgano competente para contratar y estar debidamente motivada y en relación con la motivación exige que se trate de una situación urgente objetivamente evaluable y no apreciada de modo subjetivo por el órgano de contratación, de modo que responda la urgencia a razones de interés público que se acrediten de modo razonable y con criterios de lógica o que se demuestra la necesidad inaplazable de tramitar el procedimiento con la urgencia que requiera, para que de ese modo no se altere de modo injustificado el procedimiento ordinario de contratación que la Ley prevé como garantía del interés público»* (FJ 4.º). Más aún, añade el Tribunal Supremo que entre las razones que pudieran justificar tal forma de proceder no se encuentra el inminente cierre del ejercicio presupuestario, pues el expediente de urgencia no puede ser consecuencia de la demora con que la Administración ha actuado en el desarrollo de sus obligaciones, para después acelerar la tramitación con merma de las garantías exigidas en el procedimiento ordinario.

### **3.3. Contratación por el procedimiento negociado sin publicidad en los llamados «concursos de tipo»**

La STS, Sec. 4.<sup>a</sup>, 16-04-08, RC 320/2007, analiza las posibilidades de contratación por el procedimiento negociado sin publicidad en los casos previstos en el artículo 182.g) del TRLCAP, esto es, en los denominados «concursos de tipo» en lo que la Administración selecciona un modelo genérico —en este caso, de helicóptero— para efectuar después pedidos o adjudicaciones concretas de dicho modelo en función de las necesidades. Frente a lo afirmado en la sentencia de instancia, que se casa, la Sala del Tribunal Supremo, con fundamento en la sentencia del STJUE de 13 de enero de 2005, entiende que no puede aceptarse la tesis del tribunal de instancia a tenor de cual existiría una doble fase; la primera, la convocatoria inicial del concurso de tipo, que debería efectuarse por el genérico procedimiento de subasta o concurso, y una segunda, ya seleccionado el

tipo o modelo, en el que cabría la adjudicación por el procedimiento negociado sin publicidad de las unidades requeridas por la Administración. Por el contrario, la Sala de casación, que hace un recorrido histórico de la evolución del precepto, llega a la conclusión de que la adjudicación por el procedimiento negociado en esta segunda fase no está cubierta por las Directivas comunitarias en materia de contratación pública que delimitan los supuestos en que es posible acudir a tal fórmula de adjudicación.

### ***3.4. Abono de intereses por la Administración en los contratos de obra con abono total del precio***

La STS, Sec. 4.<sup>a</sup>, 23-04-2008, RC 1948/2006, estudia el momento en el que nace la obligación de abonar intereses por parte de la Administración en el contrato de obra con abono total del precio. La duda era si dicha obligación nace, como sucede con carácter general en el TRLCAP, a los dos meses de la recepción de la obra o bien, dado que en el Pliego se prevé la posibilidad de pagar en tres anualidades cuando el saldo entre el precio total final y el presupuestado es positivo, no es sino a la finalización de este período cuando procede la reclamación de los intereses. La Sala opta por esta segunda solución, fundada en el hecho de que los contratos de obra bajo la modalidad de abono total del precio están amparados en el art. 14.2 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que prohíbe el pago aplazado del precio en los contratos excepto en los casos que una Ley lo autorice expresamente, y cuida de advertir en su número cuatro que «los pliegos de cláusulas administrativas particulares que regulen la construcción y financiación de las obras previstas en este artículo, deberán incluir necesariamente las condiciones específicas de la financiación, así como en su caso la capitalización de sus intereses y su liquidación» y en este supuesto el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato previó que si existiera «diferencia positiva, entre el precio total y final y el pago a realizar a la entrega de la obra tal como figura en el contrato, se abonará dentro de las tres anualidades siguientes a la citada entrega». Este fue precisamente el supuesto que contempló la Sentencia recurrida, es decir, diferencia positiva entre el precio total y final y el pago a realizar a la entrega de la obra tal como figura en el contrato, o, lo que es lo mismo, saldo a favor de la contratista para cuyo pago en ese caso se establecía un plazo de tres años para su abono, y como esa diferencia se satisfizo dentro de plazo, es claro que no incurrió la Administración en mora y por ello no estaba obligada a pagar intereses.

## 4. Derecho administrativo económico

### 4.1. Telecomunicaciones

#### 4.1.1. *Real Decreto 944/2005 (29-7), por el que se aprueba el plan técnico nacional de la televisión digital terrestre. Disposición adicional 12.ª, apartado F). Competencias de los ingenieros industriales y de telecomunicaciones*

La STS, Sec. 3.ª, 19-11-2007, RCA 100/2005, estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Consejo General de los Colegios Oficiales de Ingenieros Industriales contra el Real Decreto 944/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Plan técnico nacional de la televisión digital terrestre, y anula el inciso «de telecomunicaciones» contenido en el apartado f) de la Disposición adicional duodécima de dicho Real Decreto, que —dice el «fallo» de la sentencia— quedará redactado en los siguientes términos: «f) *Presentar en la correspondiente Jefatura Provincial de Inspección de Telecomunicaciones, a través de la comunidad autónoma correspondiente, el proyecto técnico de las instalaciones y, posteriormente, un certificado de que la instalación se ajusta al proyecto técnico, firmados ambos por un ingeniero o ingeniero técnico y visados por el colegio oficial correspondiente. Asimismo, deberá presentarse el boletín de instalación firmado por la empresa instaladora de telecomunicaciones que haya realizado dicha instalación.*» De este modo, la sentencia anula el inciso «de telecomunicaciones», manteniendo, por tanto, que los citados informe y certificado sean firmados por un ingeniero o ingeniero técnico, aun sin determinar una concreta especialidad, subsistiendo con ello la posibilidad de que pertenezcan, hasta tanto el legislador no establezca otra cosa, a cualquiera de las especialidades que posean competencia en la materia de acuerdo con las respectivas normativas específicas.

#### 4.1.2. *Nulidad de la Orden Foral 1324/2000 de 27 de noviembre, del Consejero de Medio Ambiente, Ordenación del Territorio y Vivienda de la Comunidad Foral de Navarra, por la que se regula el procedimiento para la utilización compartida de estaciones base de telecomunicaciones*

La STS, Sec. 3.ª, 27-12-2007, RC 1847/2005, declara la nulidad de la Orden Foral Navarra por la que se regula el procedimiento para la

utilización compartida de estaciones base de telecomunicaciones, señalando (FJ 5.º) que *«desde el momento en que se está imponiendo un uso compartido para instalaciones a una determinada distancia se está contraviniendo lo dispuesto en la normativa estatal, que no establece esas prohibiciones ni limitaciones al número de infraestructuras, menos aún con carácter general para todos los supuestos sin tener en cuenta las peculiaridades de cada situación concreta, y se está cercenando la competencia que esa legislación atribuye a la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones para adoptar la resolución final con base en la viabilidad económica de la coutilización, las obras adicionales que hayan de realizarse. Ni razones urbanísticas ni medio ambientales permiten una limitación tan general como la establecida en la Orden impugnada, sin que quepa argumentar, como se hace en la contestación a la demanda, que la norma puede tener un valor para el caso de que la legislación estatal cambie, pues esta posibilidad tampoco permite modificar los títulos competenciales del artículo 149 de la Constitución Española».*

#### *4.1.3. Relación de operadores que tienen la consideración de principales a los efectos del artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, en los mercados nacionales de telefonía fija y móvil*

**La STS, Sec. 3.ª, 29-01-2008, RC 5965/2004,** versa sobre el concepto de «operador principal» a los efectos del artículo 34 del RD-Ley 6/2000. Señala la sentencia que *«la interpretación literal del artículo 34 del RDL 6/2000 (in claris non fit interpretatio) no permite atribuir la condición de operador principal a un GRUPO y a todas las empresas integrantes del mismo. A todo lo largo del precepto, de extraordinaria amplitud, siempre se usan los términos de personas físicas o jurídicas, o sociedades —cuatro veces en el apartado Uno del art. 34—, para designar al operador principal, y en ningún caso se refiere a éstos como conformadores de un Grupo, lo que implica su configuración individual y no agrupada, por la razón del propio sistema que quiere que las limitaciones establecidas sólo se impongan a cinco operadores principales, no a más, número que indudablemente se superaría en los casos de agrupamientos como el que ahora se examina, en los que los entes que forman el grupo son operadores en el campo de la telefonía fija, conforme a lo establecido en el artículo 17.1 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, vigente a la sazón... Al ser tan clara la dicción del art. 34 no caben otras interpretaciones finalísticas ni analógicas,*

*pues si la voluntad del legislador hubiera sido otra habría expresamente mencionado a los Grupos de empresas como susceptibles de ser incluidas en la categoría de operador principal, al igual que lo ha establecido en tantos otros campos del ordenamiento jurídico, pues no puede pensarse que en el momento presente y en los ámbitos de que se trata, se hubiera omitido inadvertidamente una realidad que está patente en ellos. No puede, por otra parte, hablarse de fraude de ley, pues la verdadera finalidad del precepto es evitar la coordinación de conductas de grandes operadores-personas físicas o jurídicas-en el mercado, y pudiera ocurrir que mediante el sistema de Grupos se distrajese esa finalidad, que podría llevar a excluir a los que autónomamente con personalidad jurídica se encuentran entre los cinco principales» (FJ 3.º).*

#### *4.1.4. Procedimiento a seguir por los operadores en los casos en que se haya ordenado la interceptación legal de las telecomunicaciones*

La STS, Sec. 3.<sup>a</sup>, 05-02-2008, RCA 69/2005, desestima el recurso interpuesto contra el capítulo II del Título V del Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por RD 424/2005. La sentencia razona con amplitud que, ciertamente, las leyes orgánicas han de regular cuándo y bajo qué condiciones son legítimas las interceptaciones de las comunicaciones, esto es, la ruptura del secreto de éstas para su conocimiento por las autoridades correspondientes, pero esa reserva de ley orgánica no tiene por qué extenderse a todas y cada una de las cuestiones accesorias o instrumentales relacionadas con dichas interceptaciones, entre las que figuran los protocolos de actuación de los operadores de telecomunicaciones obligados a realizar «físicamente» las medidas amparadas en una resolución judicial de interceptación. Matiza la sentencia que la ley ordinaria puede «regular y especificar los aspectos propiamente técnicos, operativos e instrumentales de la interceptación (pues resulta obvio que ha de contemplar, para ser eficaz, el desarrollo de las nuevas tecnologías) siempre que al hacerlo no invada el ámbito del derecho fundamental protegido por la reserva de ley orgánica. Esta reserva se extiende, sin embargo, a la regulación de las condiciones de la orden judicial en cuanto al contenido mismo de las comunicaciones y a la designación de la persona cuyo derecho fundamental queda afectado». Sobre esta base, la sentencia del Tribunal Supremo repasa los preceptos reglamentarios impugnados señalando que

tienen cobertura legal suficiente y añadiendo que no se produce en la regulación examinada ninguna invasión ilegítima del ámbito reservado a la regulación por ley orgánica.

## **4.2. Derecho de la competencia**

### *4.2.1. Constitución de un registro de información de crédito accesible para todas las entidades financieras previo pago de cuota*

La STS, Sec. 3.<sup>a</sup>, 25-09-2007, RC 2171/2002, declara el derecho de la mercantil recurrente, Asnef-Equifax servicio de información del crédito SL, a crear y poner en funcionamiento un fichero denominado «Asnef Equifax Servicio de información del Crédito (ASNEF-SIC)» para los siguientes tipos de productos: «financiación, leasing, factoring, crédito hipotecario, préstamos, pólizas de crédito, descuento comercial, avales y garantías». Tras un cuidadoso examen de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la Sala concluye que *«en primer lugar la información está abierta a cualquier persona jurídica, y aunque en la práctica la van a utilizar sólo las entidades financieras, éstas son lo suficientemente numerosas (Bancos, Cajas de Ahorro, etc.), como para que pueda concluirse, sin ningún género de dudas, de que se trata de un mercado atomizado, como así se calificó en la cuestión que esta Sala dirigió al Tribunal de Justicia. En segundo término, no existe hecho alguno que permita concluir que los datos relativos a los acreedores vayan a ser revelados, y, por el contrario en los ficheros que constan presentados en el expediente sólo figura el tipo de la entidad, pero excluye expresamente su razón social, sin que con carácter general, este sea comunicado. En último término, no existe restricción de acceso al fichero de entidades que actúen en el sector que podrán obtener los datos previo pago de la correspondiente cuota en condiciones no discriminatorias. En consecuencia, no puede incluirse el indicado fichero entre las prácticas prohibidas por el artículo 1.º de la LDC, lo que es suficiente para estimar la casación, sin necesidad de entrar a examinar si se dan los requisitos para la autorización de conductas prohibidas establecidos en el artículo 3 de la LDC. A partir de la anterior conclusión, debe también estimarse el recurso contencioso-administrativo, y acceder a las peticiones de la demanda, declarando la nulidad del acto recurrido y el derecho de la recurrente a poner en funcionamiento el fichero controvertido»* (FJ 2.º).

#### 4.2.2. *Conductas prohibidas. Estaciones de servicio. Inclusión de cláusulas de competencia no autorizadas en contratos de distribución de carburantes y lubricantes*

En la STS, Sec. 3.ª, 12-12-2007, RC 633/2005, se sienta una doctrina jurisprudencial en relación con la introducción de cláusulas contrarias a la competencia en los contratos de concesión exclusiva con minoristas propietarios de estaciones de servicio. La Sala puntualiza, ante todo, que *«el artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia prohíbe no ya sólo aquellas conductas que efectivamente hayan tenido efectos contrarios a la competencia, sino asimismo las que puedan tener dicho efecto, lo que priva también de peso a gran parte de los esfuerzos argumentativos de la recurrente, encaminados sobre todo a minimizar la relevancia efectiva de la conducta sancionada sobre la competencia en el sector»* (FJ 2.º), y se refiere a continuación al contenido y límites de los llamados pactos de abanderamiento, concretamente al cargo consistente en pactar una potestad de inspección ilimitada, señalando que un pacto de esa naturaleza *«puede conllevar legítimamente la atribución de una cierta capacidad revisora a la sociedad suministradora de carburante, en lo que respecta a aquellos aspectos que tengan que ver con dicho pacto. Sin embargo, lo que el Tribunal de Defensa de la Competencia ha entendido sancionable en este caso es el carácter ilimitado de la potestad inspectora atribuida a la recurrente, pues semejante facultad puede sin duda repercutir en la libertad de actuación de la empresa minorista al quedar sometida más allá de lo razonable —los aspectos relativos al abanderamiento— a la sociedad suministradora»* (FJ 3.º). Por lo que respecta al cargo consistente en pactar la prohibición de otras actividades a los minoristas, dice la sentencia que *«una limitación de la libertad empresarial del minorista no relacionada con el objeto mismo de la relación contractual es una restricción que redundaría en perjuicio de la libertad para competir y, por tanto, es una conducta prohibida por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, en varios de sus apartados, como contraria a la competencia»* (FJ 4.º). En fin, cabe destacar que la sentencia apunta, en relación con el cargo consistente en la fijación por el mayorista del precio de reventa, que tal cláusula es contraria a la competencia y la infracción se produce aun en el caso de que no se hubiera aplicado, *«pues la infracción por la que se le ha sancionado a la sociedad recurrente es la celebración de contratos con cláusulas contrarias a la competencia, como una conducta que puede perjudicar a la competencia y sin que la misma*

*requiera de manera inexcusable que dicho perjuicio se haya producido de manera efectiva. Debe tenerse presente, por otra parte, que la sola celebración de contratos con cláusulas contrarias a la competencia tiene un efecto pernicioso sobre ésta, pues refuerza de manera ilegítima la posición empresarial de unas sociedades en detrimento de otras (en este caso, del mayorista sobre los minoristas), incluso en el caso de que dichas cláusulas no lleguen a hacerse efectivas» (FJ 6.º).*

#### *4.2.3. Controversia sobre abuso de posición de dominio en el mercado español de obras, servicios y proyectos forestales. Medios propios de la Administración y Derecho de la Competencia*

La STS, Sec. 3.ª, 30-01-2008, RC 548/2002, examina un problema de gran trascendencia práctica, cual es el de la compatibilidad con el Derecho Comunitario de la actuación de empresas creadas por la propia Administración —en el caso examinado, TRAGSA— para la ejecución de obras públicas sin sometimiento al régimen general de contratación administrativa; cuestión esta, de notable enjundia jurídica, que llevó al Tribunal Supremo a plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. A la vista de la decisión del TJUE (que se reproduce en esta sentencia del TS español), la Sala Tercera llega a la conclusión de que la empresa concernida puede caracterizarse como un medio propio de la Administración cuyo régimen jurídico está determinado por norma legal, que excluye a dicha empresa del sometimiento a la regulación ordinaria sobre contratación pública. Se plantea a continuación la Sala si existe un supuesto falseamiento de la competencia como consecuencia de la posición dominante que pudiera ostentar TRAGSA. La sentencia dice al respecto que *«el marco constitucional económico «mixto», como lo califica la actora, permite una amplísima posibilidad de intervención al sector público, de tal forma que resulta prácticamente inviable descartar, con esa sola base genérica, una concreta actuación económica de la Administración. Así, la existencia de TRAGSA y sus filiales con su actual régimen jurídico no impide la actuación privada en el sector —de hecho está expresamente contemplada la colaboración de la iniciativa privada—, ni puede considerarse manifiestamente arbitraria o carente de justificación, habida cuenta de la existencia de fincas de titularidad pública y de la concurrencia en el ámbito agrario y forestal de circunstancias como la necesidad de actuaciones urgentes o la existencia de obras de escasa o nula rentabilidad económica como para*

*generar la intervención de la iniciativa privada. También es claro que se trata de un ámbito (la actuación económica pública) en el que forzosamente hay que dar un amplio margen de discrecionalidad tanto al Gobierno como, en mayor medida todavía, al legislador, que es el directo responsable en este caso de la configuración jurídica de TRAGSA» (FJ 5.º). Y añade esta sentencia más adelante: «No cabe desconocer que el Tribunal de Justicia era sabedor de que el régimen jurídico de TRAGSA permite a ésta intervenir de forma relevante —aunque no se hubiese acreditado que ostentara una posición dominante— e incondicionada en el sector económico agrícola y forestal en el que se configura como medio propio de la Administración, y que llegó a la conclusión que dicho régimen no planteaba problemas desde la perspectiva de la inaplicación a la misma del régimen comunitario de contratación pública y como consecuencia de ello, a considerar innecesario dar respuesta a la tercera pregunta, como hemos visto en el anterior fundamento de derecho. Esta posición del Tribunal de Justicia hace que debamos ahora desestimar también estos dos motivos, pues sin duda la consecuencia fundamental del régimen jurídico de TRAGSA no es, como parece entender la actora, que el mismo suponga por sí mismo ostentar una posición dominante y abusiva, sino la inaplicación del referido régimen ordinario de contratación pública y, consiguientemente, la afectación que ello supone de la competencia en el sector al dejar fuera del mercado una parte relevante del mismo. De esta manera, si se llega a la conclusión de que el régimen de TRAGSA es conforme con el derecho comunitario, ello supone admitir la falta de trascendencia en el caso concreto de reducir el mercado afectado desde el punto de vista de la competencia, con independencia de la mayor o menor justificación de la intervención pública en dicho sector» (FJ 5.º).*

#### *4.2.4. Abuso de posición dominante. ADSL*

La STS, Sec. 3.ª, 06-05-2008, RC 5861/2005, confirma la legalidad de la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 29 de abril de 2002, recaída en el expediente 518/01, que impuso a una Entidad mercantil una multa de 900.000 euros, por haber abusado de su posición dominante, infringiendo el artículo 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. El Tribunal Supremo, tras constatar y razonar ese abuso, declara que *«la sanción impuesta por el Tribunal de Defensa de la Competencia está suficientemente*

*motivada y no tiene un carácter desproporcionado, puesto que se revela justificada en relación con los factores de agravación y de atenuación concurrentes, ya que guarda relación con la gravedad de las conductas reprochadas por infracción del artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia» (FJ 6.º).*

### **4.3. Industria y energía**

#### *4.3.1. Impugnación del RD 1556/2005, por el que se establece la tarifa eléctrica para el año 2006. Principio de suficiencia tarifaria. Financiación de la gestión de los residuos radioactivos. Imputación a la tarifa del coste de los planes de ahorro y eficiencia energética*

La STS, Sec. 3.ª, 17-10-2007, RCA 12/2006, estima parcialmente un recurso contencioso-administrativo interpuesto por Iberdrola, S.A. contra el Real Decreto 1556/2005, de 23 de diciembre, por el que se establece la tarifa eléctrica para 2006, tan sólo en cuanto a la impugnación del artículo 5 del mismo, que se anula por ser disconforme a derecho. La sentencia analiza en profundidad el problema de la financiación con cargo a la tarifa del Plan de acción 2005-2007 sobre ahorro y eficiencia energética, y señala (FJ 7.º) que *«la tarifa eléctrica posee una estructura diseñada por el propio legislador en el artículo 17 de la Ley del Sector Eléctrico, en cuyo apartado primero se enumeran los cinco conceptos antes señalados (costes de producción, peajes por transporte y distribución, costes de comercialización, costes permanentes del sistema y costes de diversificación y seguridad del abastecimiento) en términos que no admiten la inclusión en la misma de otros elementos: «estas tarifas incluirán en su estructura los siguientes conceptos». Además del mero criterio del tenor literal del precepto, la relevancia de la tarifa en el sistema eléctrico establecido por la Ley del sector y la detallada delimitación por la Ley de los mencionados componentes de la tarifa en diversos preceptos de su Título III impiden interpretar el precepto de manera abierta en el sentido de que puedan añadirse otros costes que los citados en la previsión de la tarifa. A mayor abundamiento, no cabe desconocer las indudables aunque imprevisibles consecuencias económicas y sobre el funcionamiento del sistema que se derivarían de entender que el Gobierno dispone de discrecionalidad para imputar a la tarifa otros costes que los expresamente señalados por la Ley».*

#### **4.4. Transporte**

##### **4.4.1. Tarifas por transporte de viajeros por ferrocarril y por servicios regulares de transporte interurbano por carretera. Descuentos a familias numerosas. Nulidad del apartado 2 del art. 10, y del apartado 3 del art. 11, del Real Decreto 1621/2005, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de protección a las familias numerosas**

La STS, Sec. 4.a, 19-02-2008, RCA 95/2007, declara la nulidad del apartado 2 del art. 10, y del apartado 3 del art. 11, del Real Decreto 1621/2005, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de protección a las familias numerosas. Ambos preceptos venían a establecer que los descuentos reconocidos a los miembros de «familias numerosas» en las tarifas por la utilización del ferrocarril y los servicios de transporte interurbano por carretera, no serían acumulables a otros que pudieran establecerse sobre las mismas tarifas. Por el contrario, el Tribunal Supremo entiende que la Ley que el reglamento impugnado pretende desarrollar nada dice en cuanto a la imposibilidad de acumular a esas reducciones otros beneficios, y añade que esas reglas contradicen el principio general de ampliación de beneficios que recoge la Disposición Adicional Segunda de la Ley cuando dispone que los beneficios que reconoce la Ley tienen la naturaleza de mínimos y pueden ser compatibles o acumulables con cualesquiera otros, que por cualquier causa, disfruten los miembros de las familias numerosas. Por eso, concluye la sentencia, si a un miembro de una familia numerosa se le hace, por esa condición, una reducción en el precio por la utilización del medio de transporte, nada impide que a ese beneficio se acumule otro del que sea beneficiario ese miembro de la familia por otra causa que lo permita.

#### **5. Educación y enseñanza**

##### **5.1. Impugnación del RD 1621/2005, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de protección a las familias numerosas. Anulación del inciso del número 2 del art. 7, «destinadas a alumnos matriculados en centros sostenido con fondos públicos»**

La STS, 4.a, 19-02-2008, RCA 95/2007, declara la nulidad de diversos preceptos del reglamento de la Ley de protección a las familias numerosas,

Interesa aquí destacar que la sentencia, en su fundamento jurídico 16.º, declara la nulidad del artículo 7.2 de dicha disposición, en términos que por su claridad conviene transcribir: *«La primera cuestión que plantea en este contexto se refiere al art. 7.2 del Real Decreto 1621/2005 que contrapone al art. 11. a) de la Ley que expresa que «los miembros de las familias numerosas tendrán trato preferente, de acuerdo con lo que se determine por la Administración competente en la normativa aplicable, en los siguientes ámbitos: la concesión de becas y ayudas en materia educativa, así como para la adquisición de libros y demás material didáctico». Por el contrario el art. 7.2 del Real Decreto afirma que «en las convocatorias de ayudas para la adquisición de libros y material didáctico en los niveles obligatorios de la enseñanza destinadas a alumnos matriculados en centros sostenidos con fondos públicos se establecerá un trato preferente para su adjudicación a alumnos integrantes de familias numerosas». Como consecuencia de esa diferencia en la redacción de los preceptos considera la demanda que la Ley no establecía distinción alguna para la concesión de ayudas para la adquisición de libros y demás material didáctico entre centros sostenidos con fondos públicos y los que no lo están, de modo que no es posible privar a las familias numerosas que escolaricen a sus hijos en centros no sostenidos con fondos públicos de ese beneficio en cuanto a la adquisición de libros y material didáctico que la Ley les otorga. Contrapone la diferencia de redacción entre el número 2 del art. 7 del Real Decreto, y los apartados a) y b) del art. 11 de la Ley donde si se distingue entre la clase de centro en un caso el b) y no en el otro..... La impugnación debe estimarse puesto que no hay razón alguna que permita establecer esa restricción del beneficio otorgado a las familias numerosas con carácter general en el art. 11.a) de la Ley consistente en el trato preferente en la concesión de ayudas para la adquisición de libros y material didáctico a los supuestos en que las mismas escolaricen a sus miembros en centros sostenidos con fondos públicos y no concedérselo cuando lo hagan en centros privados que no se sostengan con esos fondos».*

## **6. Expropiación forzosa**

### **6.1. Vía de hecho por exceso en la ocupación. Adquisición de la propiedad por usucapión extraordinaria**

En la STS, Sec. 6.ª, 09-10-2007, RC 8238/2004, la Sala aprecia que en el caso examinado se produjo un exceso en la ocupación de terrenos

de la finca concernida respecto de los que fueron objeto de expropiación o, lo que es lo mismo, que se produjo una extralimitación muy significativa en la ocupación de terrenos, de alrededor de 1.000 m<sup>2</sup>, que supone casi un 50% más de la superficie expropiada, ocupación que no resulta amparada por el procedimiento expropiatorio y en cuanto supone una grosera extralimitación y carece de título que habilite para ello coloca a la Administración ante la vía de hecho, con las consecuencias inherentes a tan grave infracción del ordenamiento jurídico. Dicho esto, pasa a analizar la Sala la alegación de la parte actora de que la ausencia absoluta de procedimiento es causa de nulidad radical de los actos administrativos y al estar en una vía de hecho y no existir pago de justiprecio, se produce otra causa de nulidad radical, con la consiguiente posibilidad de reaccionar frente a tales actos sin límite temporal, de manera que la acción es imprescriptible. La Sala rechaza este planteamiento atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso, y apuntando que la adquisición de la propiedad de aquellos terrenos se produjo al fin y al cabo en virtud de un título distinto de la expropiación, cual es la prescripción adquisitiva o usucapión extraordinaria, producida por la posesión no interrumpida en concepto de dueño, pública y pacífica; prescripción adquisitiva que determina la inviabilidad de la pretensión ejercitada en la demanda (que se abonara el justiprecio por la porción de terreno realmente ocupada).

## ***6.2. Declarada la nulidad del procedimiento expropiatorio, no se puede reclamar al interesado la devolución de los intereses por demora aunque proceda la devolución de la finca al mismo***

La STS, Sec. 6.<sup>a</sup>, 12-12-2007, RC 4123/2004, estudia si una vez declarada la nulidad de un expediente expropiatorio, cabe reclamar al interesado los intereses de demora que en su día se le abonaron por la dilación en la fijación o entrega del justiprecio. La Administración recurrente en casación entendía que cuando la expropiación se declara inexistente, y por ello es necesario borrar toda consecuencia del acto nulo, siendo posible la restitución *in natura*, también ha de devolverse el precio de los intereses. Sin embargo, el Tribunal Supremo declara que *«los intereses vienen a representar en unos casos una compensación por la demora en la determinación del justiprecio —artículo 56 de la Ley de Expropiación Forzosa— o por retraso en el pago del mismo —artículo 57 de la citada ley—, pero no son parte del justiprecio, pues mientras éste tiene una naturaleza conmutativa del bien o derecho expropiado, el interés representa*

“una indemnización” en la dicción del artículo 56 de la Ley que se impone a la Administración o beneficiario de la expropiación, en razón de la demora en la determinación o pago del justiprecio, por ello, la jurisprudencia de nuestra Sala no lo viene considerando como parte del justiprecio, sino como un crédito accesorio del mismo que se devenga por imperativo legal; de ahí, que los intereses expropiatorios como frutos civiles se entienden devengados día por día, y por tanto en los supuestos como el que aquí contemplamos, en donde una vez producida la nulidad del expediente expropiatorio en el que es factible restituir los bienes expropiados a su antiguo propietario —restitución in natura— no se puede compeler al expropiado a fin de que pueda recuperar su propiedad que devuelva además del justiprecio recibido los intereses de demora del pago, pues el artículo 1303 del Código Civil que se invoca como infringido por la Administración recurrente no es aplicable al supuesto que enjuiciamos, ya que este precepto se refiere exclusivamente a relaciones contractuales, y aquí no estamos ante una relación contractual y aunque la Administración recurrente exige al expropiado la devolución de los intereses percibidos en concepto de justiprecio, tampoco le abona los frutos percibidos por la detentación del inmueble» (FJ 3.º).

### **6.3. Expropiación de la zona arqueológica de Pollentia (Mallorca). Fijación del justiprecio de bienes de valor artístico, histórico y arqueológico. Intereses de demora**

La STS, Sec. 6.ª, 17-04-2008, RC 742/2005, estudia el caso de una expropiación de terrenos en la Isla de Mallorca correspondientes al antiguo asentamiento romano de Pollentia, declarado «bien de interés cultural», con la consiguiente aplicación de los arts. 76 y ss. de la Ley de Expropiación forzosa, que regulan la expropiación de los bienes de valor histórico, artístico y arqueológico. Los recurrentes solicitaron que la valoración del suelo se realizase como si de suelo urbanizable se tratase, basando su alegato en que el suelo expropiado es un área dotacional y su función última era y es la de ser un área pública destinada al ocio cultural, pero la Sala rechaza este planteamiento, señalando que «la expropiación de los mismos no se realiza para destinarlos a sistemas generales destinados a crear ciudad, como son aquellos a los que se refieren los ingenieros agrónomos en su informe para proceder al método de comparación y que verifican con fincas que no guardan ninguna analogía con las expropiadas al carecer de cualquier valor arqueológico y que fueron expropiadas

*das en su día para la ejecución de sistemas de comunicación viarios destinados a crear ciudad» (FJ 7.º). Diferentemente, la Sala estima el recurso en cuanto a la pretensión de abono de intereses de demora, afirmando que no hay ninguna actuación en el expediente expropiatorio que pueda permitir no culpabilizar a la Administración como sostiene el Tribunal «a quo» respecto a la enorme demora en la fijación del justiprecio.*

## **7. Extranjería y asilo**

### **7.1. Extranjería**

*7.1.1. Expulsión de ciudadano rumano por permanencia irregular en territorio nacional y por encontrarse trabajando ilegalmente. Consecuencias de la incorporación de Rumanía y Bulgaria a la UE. Principio de retroactividad de la norma sancionadora más favorable*

La **STS, Sec. 5.<sup>a</sup>, 12-02-2008, RC 2110/2004**, aborda el estudio de la situación jurídica de los ciudadanos de Rumanía y Bulgaria que se hallan en España una vez producida la incorporación de ambos Estados a la Unión Europea. Señala esta sentencia que aquellos han pasado a tener en la actualidad la consideración de ciudadanos de la Unión Europea; y aun cuando, de conformidad con lo establecido en el Tratado de adhesión de ambos países a la UE se han establecido disposiciones transitorias en relación a la libertad de circulación de trabajadores por cuenta ajena, ese régimen transitorio se proyecta únicamente sobre el acceso al mercado de trabajo y no afecta a la libertad de circulación y residencia, de la que, gozan con plenitud desde 1 de enero de 2007. Y esto tiene la consecuencia de que desde el 1 de enero de 2007 la omisión y/o el retraso del cumplimiento de las formalidades administrativas a las que está sujeta su presencia en España no se puede catalogar como «estancia irregular», a los efectos del artículo 53.a) de la LO 4/2000(reformada por LO 8/2000). Consiguientemente, a los ciudadanos rumanos y búlgaros no se les puede sancionar actualmente con la expulsión por el simple hecho de no poseer la documentación personal en regla, «visto que a partir del 1 de enero de 2007 su presencia en territorio español no requiere autorización previa, estando sujeta, exclusivamente, a un simple control administrativo de registro cuya omisión o defectuosa cumplimentación podrá dar lugar a las consecuencias que procedan, pero en ningún caso a la expulsión por

*aplicación del tan citado art. 53.a)» (FJ 2.º). Sobre esta base, se plantea la Sala la solución que ha de darse a las sanciones ya impuestas a estos ciudadanos con base en ese precepto, y tiene en cuenta a tal efecto que el principio de retroactividad de las normas administrativas sancionadoras obliga a aplicar retroactivamente dichas normas en todo aquello que pudiera ser más beneficioso para el presunto infractor, añadiendo que tal aplicación debe llevarse a cabo en cualquier instancia administrativa o judicial donde se encuentre pendiente de enjuiciamiento o ejecución una resolución sancionadora. Por eso —añade la sentencia—, «el dato relevante a los efectos que ahora nos interesan no es si la sanción impuesta por la Administración en su día lo fue o no de forma correcta atendidos los hechos concurrentes y el marco normativo entonces vigente, o si el Tribunal de instancia acertó o no al desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución sancionadora, atendido ese mismo marco normativo. El dato relevante aquí y ahora, decimos, es que por obra de la evolución sobrevenida del Ordenamiento Jurídico, la específica conducta por la que el actor fue en su día castigado ha dejado de estar tipificada como infracción administrativa para él y para los ciudadanos de su misma nacionalidad, por lo que carece de sentido mantener una sanción referida a una conducta que ha dejado de merecer un juicio de desvalor para el legislador» (FJ 3.º).*

En similares términos, la **STS, Sec. 5.ª, 13-02-2008, RC 2110/2004**, analiza el tema desde la perspectiva del tipo sancionador contenido en el art. 53.b) de la precitada LO 4/2000 (en su redacción aplicable), que sanciona el hecho de «*Encontrarse trabajando en España sin haber obtenido permiso de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no cuente con autorización de residencia válida*». La Sala se sirve de los mismos razonamientos empleados en la sentencia anterior, para llegar a la conclusión de que «*la tipificación que se contiene en el expresado artículo 53.b) de la LOE4/00 limita y concreta la acción de «encontrarse trabajando en España sin la correspondiente autorización» a una situación determinada del extranjero: «cuando no cuente con autorización de residencia válida*». Esto es, el tipo previsto en el presente apartado b) del artículo 53 exige para su viabilidad (i) el encontrarse trabajando en España sin permiso y (ii), además, el encontrarse en España sin autorización de residencia; dicho de otro modo, no se considera infracción grave en este apartado b) del artículo 53 el encontrarse en España trabajando sin permiso para ello, pero contando con autorización de residencia. Así las cosas, no cabe sino llegar a la

*conclusión de que, desde la fecha expresada (1.º de enero de 2007), los ciudadanos búlgaros y rumanos residentes en España no pueden ser sancionados por aplicación de la mencionada infracción (53.b de la LOE4/00), esto es, por encontrarse trabajando en España sin permiso, al deber entenderse que los mismos, desde el Tratado de Adhesión mencionado, cuentan con autorización de residencia válida» (FJ 7.º). Tiene en cuenta la Sala, para llegar a esta conclusión, que una vez excluido el tan citado artículo 53.b), tampoco cabe acudir a la tipificación que se contempla en el artículo 52.c) de la misma LOE4/00, por cuanto la mencionada infracción leve se encuentra limitada al trabajo por cuenta propia, que, además, dichos ciudadanos no tienen prohibido, pues la cláusula de salvaguardia introducida por España en el Acta de Adhesión quedó limitada al trabajo por cuenta ajena. En fin, apunta la sentencia, tampoco resultarían de aplicación en orden a una eventual censura por el comportamiento examinado, las medidas contempladas en el artículo 15 del Real Decreto 204/2007 —para todos los ciudadanos de la Unión Europea— por razones de orden público, seguridad y salud pública, entre las que se encuentra (apartado 1.c) la expulsión o devolución del territorio español, que «únicamente podrá adoptarse... si existen motivos graves de orden público o seguridad pública», pues «al margen de que para adoptar tal decisión habría de tomarse en cuenta “la duración de la residencia e integración social y cultural del interesado en España, su edad, estado de salud, situación familiar y económica, y la importancia de los vínculos con su país de origen”, debemos señalar que, en principio y menos en un período transitorio, el encontrarse trabajando sin permiso no puede ser considerado como uno de los “motivos graves de orden público o seguridad pública” que exige el precepto al que nos referimos, si tenemos en cuenta el carácter restrictivo que, para su imposición, requieren los apartados 5 y 6 del mismo artículo y que cohonesta con la ya clásica jurisprudencia comunitaria sobre la materia» (FJ 7.º).*

### *7.1.2. Denegación de entrada en territorio nacional. Facultades de la Administración y casos en que procede requerir información al ciudadano extranjero sobre el objeto y condiciones de su estancia*

Son diversas las sentencias que han resuelto litigios relativos a denegaciones de entrada en el territorio nacional a ciudadanos extranjeros; sentencias que, ha de anticiparse, llegan a resultados diversos en función de un examen singularizado y marcadamente casuístico de las circunstan-

cias específicamente concurrentes en cada caso. Así, frente a planteamientos muy rigurosos de la Administración, el Tribunal Supremo ha dicho en reiteradas sentencias que no es nada infrecuente un viaje de turismo carente de programación, en el que los lugares sucesivos a visitar y de hospedaje queden al albur de las informaciones que ya dentro del país puedan obtenerse, o de las apetencias que en cada momento puedan surgir ante las varias opciones que se presenten, o, en fin, al albur del propio discurrir del viaje, por lo que no puede calificarse de exigible en todo caso un programa o «tour» de viaje, o una reserva hotelera para la totalidad de la estancia prevista. Ahora bien, esta aseveración inicial ha sido matizada en distintos casos en los que el Tribunal Supremo ha entendido plenamente justificada la decisión de la Administración de denegar la entrada en el territorio español. Así, la **STS, Sec. 5.ª, 22-05-2008, RC 1407/2004**, entiende justificada esa denegación respecto de un extranjero en el que concurrían las siguientes circunstancias: *«aquél, que decía venir a España por motivos de turismo para una estancia singularmente prolongada (sesenta días, según manifestó en presencia del letrado que le asistía) demostró con sus propios actos un desconocimiento sobre el destino de su viaje que puede calificarse sin temor a exagerar de asombroso, pues al ser preguntado sobre qué pensaba visitar solo supo contestar que deseaba conocer ¡las playas de Madrid!»* (FJ 4.º). Añade esta sentencia que *«Si se pone en relación esta insólita respuesta con el dato de que ni tenía programa de viaje contratado ni reserva hotelera, ni tenía tarjetas de crédito u otros documentos de pago ni supo dar razones convincentes sobre el origen del dinero que portaba, no es de extrañar que la Administración albergara sospechas fundadas sobre su real intención al venir a España»* (FJ 4.º), por lo que, en definitiva, la Administración estaba facultada para pedir la documentación necesaria para solventar las dudas fundadas que resultaban de las propias declaraciones del interesado, y era carga de este aportar esa documentación y aclarar dichas dudas, pero no lo hizo en el curso del expediente, ni lo hizo tampoco después, en el curso del proceso. Otra sentencia de la misma Sección, de **13-09-2007, RC 1070/2004**, justifica la denegación de entrada de un extranjero que decía venir invitado a un bautizo, *«resultando que nada sabía sobre la identidad del bautizado ni sobre sus progenitores; decía venir invitado por una persona sobre la que en realidad tampoco sabía nada (y que además resultó tener numerosos antecedentes penales); y además el supuesto invitador era, decía el actor, amigo de un primo suyo residente en España, resultando que ese familiar no figuraba en la base de datos de extranjeros residentes en España»* (FJ 6.º). Y una tercera sentencia, de **23-11-2007**,

**RC 2941/2004**, considera asimismo correcta la denegación de entrada en un caso en que *«el interesado dijo, que iba a alojarse en un hotel donde tenía pagada una noche, posteriormente iría a un hotel de Zaragoza por tres noches, y después a tres hoteles más, uno de ellos en Valencia, desconociendo donde se encuentran los hoteles y manifestando que todos los días estaban pagados. Pero puesta la Policía en contacto telefónico con los diversos hoteles de Zaragoza, Sevilla, Valencia, Burgos y Madrid que figuraban en el voucher que el interesado portaba (folios 9 a 14 del expediente), estos dijeron que no había ninguna reserva pagada a nombre del ahora recurrente, dejándose constancia de este dato en el expediente, y no habiendo desarrollado el actor la menor actividad probatoria (ni en el curso del propio expediente ni luego ante la Sala de instancia) para llegar a la conclusión contraria»*, pues, a juicio de la Sala, *“es razonable que, primero la Administración, y luego la Sala de instancia, no hayan creído la finalidad turística del viaje de quien presenta un voucher —folios 9 a 14 del expediente administrativo— e invoca unas reservas hoteleras no veraces»* (FJ 5.º). Diferentemente, y siempre tras una cuidada valoración de las concretas circunstancias concurrentes en el caso, la **STS, 5.ª, 31-10-2007, RC 2415/2004**, considera contraria a Derecho la denegación de entrada a un extranjero, justificada por la Administración en que este —recoge la sentencia— carecía de programa o «tour» de viaje y reserva hotelera, no pudo precisar los lugares que iba a visitar, decía venir a visitar a su madre pero esta resultó no figurar en los registros de la Administración como residente legal en España, y además portaba carta de invitación de una persona que no solo contaba con numerosos antecedentes desfavorables sino que además, y sobre todo, no había mantenido previamente trato personal con el actor. El Tribunal Supremo entiende que debió haberse permitido la entrada, con los siguientes argumentos: *«partiendo de la base de que el actor tenía billete de vuelta y dinero suficiente para costear la breve estancia prevista, lo cierto es que la inexistencia de programa de viaje o desconocimiento sobre objetivos turísticos no es un dato que por sí solo resulte necesariamente determinante a estos efectos, pues hemos resaltado en numerosas sentencias que no es nada infrecuente un viaje de turismo carente de programación, en el que los lugares sucesivos a visitar y de hospedaje queden al albur de las informaciones que ya dentro del país puedan obtenerse, o de las apetencias que en cada momento puedan surgir ante las varias opciones que se presenten, o, en fin, al albur del propio discurrir del viaje. Como bien se comprende, la edad del viajero, el conocimiento del idioma del país de destino, los medios económicos, etc., son circunstancias que pueden alentar una decisión semejante. Por lo que respecta al*

*carácter ilegal de la estancia de la madre del actor, tampoco es un dato relevante a esos efectos, pues aun admitiendo esa ilegalidad de la estancia de su progenitora, no cabe negar la posibilidad de que un hijo pueda hacer un viaje breve de carácter turístico para visitar a su madre por mucho que esta no sea residente legal. Y en cuanto a los antecedentes policiales del invitador, carecen de trascendencia porque no sabemos cuál fue su resultado final, al no haberse preocupado la Administración de averiguarlo, pudiendo ocurrir que éste haya resultado inocuo, bien porque los antecedentes policiales no han desembocado en actuaciones judiciales, bien porque estas han terminado sin ninguna condena, con la consecuencia, en cualquiera de los dos casos, de no poder ser tenidas en cuenta» (FJ 5.º).*

### *7.1.3. Expulsión del territorio nacional. Apátrida. Razones de orden público*

En **STS, Sec. 5.ª, 24-05-2007, RC 504/2004** (que se incluye en esta «crónica» por su interés y por no haber podido ser incluida en la crónica del año judicial anterior), se analiza un caso de expulsión de un extranjero que tenía reconocido el estatuto de apátrida. La Sala comienza puntualizando que condición de apátrida no se alza como un obstáculo insalvable para acordar la expulsión del territorio, según se establece en el artículo 31 de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, adoptada el 28 de septiembre de 1954, a la que España se adhirió por Instrumento de 24 de abril de 1997, en cuyo artículo 31 se dispone que «los Estados Contratantes no expulsarán a apátrida alguno que se encuentre legalmente en el territorio de tales Estados, a no ser por razones de seguridad nacional o de orden público». Dicho esto, analiza la Sala cómo interpretar esa expresión, «razones de orden público» por relación con las circunstancias concurrentes en el caso examinado, en que se había acordado la expulsión como consecuencia de una condena penal al interesado por tráfico de drogas. Dice la sentencia, en primer lugar, que *«la previa condena penal por un delito de tráfico de estupefacientes penado en los artículos 344, 344 bis a) números 3.º y 6.º y 344 bis b) del Código (en la redacción vigente en 9 de octubre de 1995, fecha de la sentencia de la Audiencia Nacional), puede constituir o no, según los casos y las circunstancias concurrentes, un motivo de orden público que justifique la expulsión de un apátrida»* (FJ 4.º), y sobre esta base, descendiendo al análisis del caso, señala lo siguiente: *«Este Tribunal Supremo (v.g. sentencias de 19 de febrero de 2000, 4 de marzo de 2000, 27 de noviembre de 2002, 20 de di-*

*ciembre de 2002, etc.), de la mano de la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (v.g. sentencias de 19 de marzo de 1999, C-348/96, Donatella Calfa, y de 27 de octubre de 1977, Boucherean 30/77), ha declarado que «el concepto de orden público puede invocarse, con el fin de justificar la expulsión del territorio de un Estado miembro de un ciudadano comunitario, en el caso de que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad, sin que la mera existencia de condenas penales constituya por sí sola motivo para la adopción de dicha medida, porque sólo cuando aquéllas evidencien la existencia de un comportamiento personal que constituye una amenaza actual para el orden público cabe restringir la estancia de un nacional de otro Estado miembro (artículo 1, apartado 1, y artículo 3 de la Directiva 64/221), situación que no es equiparable al defecto de integración social de una persona ni a su conflictividad indefinida» (Es cierto que esta doctrina sobre la interpretación del concepto de orden público nació a propósito de la Directiva 64/221, y, por lo tanto, con referencia a la expulsión de ciudadanos de Estados miembros de la Unión Europea; sin embargo, se aplicó más tarde a la expulsión de cualquier extranjero, v.g. sentencias del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2002 y 20 de diciembre de 2002, lo cual es lógico si se piensa que, constituyendo el ordenamiento jurídico un conjunto sistemático y coherente, el concepto de orden público a efectos sancionadores no puede tener significado distinto por razón de las personas)». Proyectado este criterio sobre el interesado, concluye la sentencia, tras una detenida valoración de sus circunstancias personales, que «pese a la condena penal, no puede decirse que la permanencia del interesado en el territorio español constituya ahora una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad. Y la Administración no ha puesto de manifiesto, aparte de la condena penal, ninguna circunstancia de la que pudiera deducirse una amenaza de esa naturaleza»; por lo que, en definitiva, estima el recurso y anula su expulsión de España.*

*7.1.4. Validez y alcance del apoderamiento conferido por el extranjero al que se deniega la entrada en territorio nacional, en las dependencias policiales, a favor de Letrado, cuando posteriormente se deniega el beneficio de justicia gratuita*

**La STS, Sec. 5.<sup>a</sup>, 11-03-2008, RC 270/2004, examina una cuestión de gran trascendencia práctica desde la perspectiva procesal: la de-**

terminación de la validez, contenido y alcance del apoderamiento conferido a favor de letrado y en las dependencias policiales por parte del extranjero al que se deniega la entrada en el territorio nacional, en los casos en que luego se le deniega el beneficio de justifica gratuita. Se plantea, concretamente, si el Letrado a favor del cual se extendió ese apoderamiento, aunque cese como Letrado designado de oficio provisionalmente, puede continuar ostentando la representación del extranjero en el proceso. Pues bien, la Sala comienza su respuesta a ese interrogante señalando que *«no hay inconveniente en aceptar que lo que el viajero... hizo en dependencias policiales, y ante funcionario público, fue otorgar un mandato representativo a favor del Letrado... , mandato válido según el artículo 1.710 del Código Civil, que admite libertad de forma»*. Dicho esto, matiza la sentencia que el letrado, como mandatario, *«estaba facultado para presentar los posibles recursos, pero ello (ha de entenderse), cumpliendo las exigencias establecidas en las leyes de procedimiento, las cuales (artículo 23.2 de la Ley Jurisdiccional 29/98 en relación con el artículo 24 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) exigen que ante los órganos colegiados actúe un Procurador habilitado, con poder otorgado en una forma concreta, a saber, ante Notario o “apud acta”*. Consecuentemente, *terminada la representación de oficio de la Procuradora ... como consecuencia de la denegación del beneficio de asistencia jurídica gratuita, el Abogado... , ante el requerimiento de la Sala, pudo hacer uso de sus facultades como mandatario y otorgar ante Notario y en nombre de su mandante poder para pleitos a favor de Procurador, o nombrarlo mediante comparecencia “apud acta”, (otorgamiento de poder que, lógicamente, implica la asunción de las responsabilidades económicas derivadas del pleito). Lo que no puede pretenderse es que el apoderamiento realizado en vía administrativa atribuya sin más al apoderado (el Sr. Letrado) la facultad de intervenir en el proceso, una vez que se ha terminado la representación de oficio, porque aquel mandato (que sirve, según lo dicho, para otorgar poder en la forma legalmente establecida), carece de los requisitos de forma necesarios para actuar en el pleito, al no haber sido otorgado ante Notario o “apud acta”. Y debe precisarse que estos requisitos de forma no se cumplen con la mera presentación ante la Sala de un escrito firmado por la Sra. Procuradora y por el Sr. Letrado, en el que aquella dice que se le tenga “por designada para la representación del recurrente”, ya que un tal escrito ni puede decirse que sea un apoderamiento notarial ni tampoco un apoderamiento «apud acta», el cual exige una comparecencia ante el Sr. Secretario» (FJ 5.º).*

### *7.1.5. Reconocimiento del estatuto de apátrida a sahararui*

La STS, Sec. 5.<sup>a</sup>, 20-11-2007, RC 10503/2003, analiza la petición de reconocimiento del estatuto de apátrida a una persona de origen sahararui procedente de los campos de refugiados de Tindouf. Dice la Sala que *«del detallado examen del resto de las normas, resoluciones y decisiones nacionales e internacionales que se citan por la recurrente, y de la jurisprudencia que se aporta de este Tribunal bien puede deducirse que la recurrente (1) no puede obtener en este momento la nacionalidad española, (2) no cuenta con la nacionalidad argelina, por el hecho de que Argelia le expidiera un pasaporte para salir del campo de refugiados en el que residía, y (3) tampoco puede serle impuesta la nacionalidad marroquí. En consecuencia, como señala la Convención, la recurrente no es «considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación», produciéndose —de iure y de facto— una situación de apatridia»* (FJ 7.º).

## **7.2. Asilo**

### *7.2.1. Persecución en el país de origen, y solicitud de asilo en España desde un Estado intermedio*

La STS, Sec. 5.<sup>a</sup>, 11-12-2007, RC 2759/2004 estudia la petición de asilo de un ciudadano colombiano que presentó su petición en la embajada española en Ecuador, país al que había ido desde Colombia, en el que se le había denegado el asilo por haberle concedido ya permiso de residencia. La sentencia constata que el actor sufrió una auténtica persecución por las FARC en su país, con extorsiones, secuestros, amenazas de muerte, y añade que este hecho es suficiente para la concesión del asilo solicitado, aunque esa persecución no continuara en Ecuador, puesto que la condición para que el asilo sea concedido es que una persona sufra persecución en el país del que es nacional, por más que no la siga sufriendo en el país al que se ha trasladado huyendo de ella. El dato relevante, a juicio del Tribunal Supremo, es que el recurrente sufre persecución política y social en su país de origen, Colombia, que es su país de origen, y sobre esta persecución no hay duda alguna, y merece por ello que España, país al que ha solicitado asilo, se lo conceda, sin que sea obstáculo el hecho de que el Gobierno de Ecuador haya denegado al actor el asilo que le solicitó, ya que la denegación fue no porque se negara

que el interesado sufriera persecución en Colombia, sino porque Ecuador le había dado un permiso de residencia permanente, mero obstáculo administrativo que en el Derecho español no existe, porque el asilo y la autorización de residencia son aquí instituciones distintas, en el sentido de que todos los asilados tienen derecho a residencia (artículo 2.º-1-a) de la Ley 5/84, de 26 de marzo), pero el hecho de tener una autorización o permiso de residencia no impide la solicitud y la concesión de asilo

### 7.2.2. *Persecución protegible, por razones de sexo. Solicitante homosexual. Valoración del silencio de la Administración*

La STS, Sec. 5.ª, 13-12-2007, RC 4529/2004, merece ser citada en esta «cronica» tanto por el asunto que examina como, sobre todo, por la valoración que realiza de la conducta de la Administración en vía administrativa y en el curso del proceso. El solicitante de asilo, nacional de Cuba, adujo ser perseguido por razón de su condición homosexual, y no habiéndose resuelto expresamente sobre su petición, impugnó su desestimación presunta. Desestimado el recurso contencioso-administrativo en la instancia, el Tribunal Supremo, ya en casación, tras constatar que aquel había sido excluido del servicio militar por causa de su homosexualidad y que el ACNUR informa que la homosexualidad está castigada en Cuba como un delito, señala que *«la Administración ha mostrado en este asunto una criticable desidia, pues habiendo formulado el solicitante su petición de asilo el día 20 de agosto de 2001, el día siguiente informó el ACNUR en sentido favorable a la admisión a trámite de la solicitud, y así se acordó el mismo día 21 de agosto de 2001. Pues bien, el día siguiente, 22 de agosto, se dio trámite de audiencia al interesado a fin de que alegara y presentara los documentos y justificaciones pertinentes, y desde entonces la Administración no llevó a cabo trámite alguno»*. Este dato, el de la pasividad de la Administración a la hora de examinar y resolver sobre la solicitud de asilo concernida, resulta relevante porque, apunta la sentencia del Tribunal Supremo, *«el actor ha justificado su condición de homosexual y la exclusión del servicio militar cubano por esa razón, y el ACNUR ha informado que la homosexualidad está castigada en Cuba como un delito. Frente a estos datos, no consta ni en el expediente ni en las actuaciones de instancia ningún argumento sólido por parte de la Administración que permita rebatirlos o desvirtuarlos. No lo hay en vía administrativa porque no consta en el expediente ningún informe que valore la solicitud del ahora recurrente, y tampoco lo*

*hay en el recurso contencioso-administrativo, porque la contestación a la demanda es un breve escrito de apenas un folio que se limita a negar que los hechos alegados constituyan una persecución, sin soporte documental alguno, y el escrito de oposición al recurso de casación es un mero formulario igual a muchos otros presentados por la Abogacía del Estado ante esta Sala, que no contiene referencias específicas a este caso». Así las cosas, la conclusión a que llega el Tribunal Supremo es la siguiente: «nos hallamos ante un relato en el que se expone una persecución contra el solicitante por causa de su orientación sexual, incardinable entre los contemplados en la Ley 5/84 y en la Convención de Ginebra de 1951. Este relato viene acompañado por documentos que acreditan esa orientación sexual, y prueban que por causa de la misma fue excluido del servicio militar, siendo este un dato cuya importancia no debe ser minusvalorada en el contexto social y político de un régimen dictatorial y fuertemente militarizado como el cubano, en el que, según informó el ACNUR (sin que este dato haya sido contradicho por la Administración) la homosexualidad está castigada como delito. Valorados conjuntamente estos documentos (cuya autenticidad no ha sido negada por la Administración) y los datos que de los mismos resultan, hacen aflorar lo único que exige el artículo 8 de la Ley 5/84, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, para la concesión del derecho de asilo, que son «indicios suficientes», según la naturaleza de cada caso, para deducir que el interesado cumple los requisitos a que se refiere el artículo 3-1 de la misma» (FJ 4.º).*

## **8. Función pública**

### ***8.1. Pase a la reserva de un Teniente General por decisión del Consejo de Ministros. No es una resolución sancionadora. Discrecionalidad de la decisión, y necesidad de motivación. Razonabilidad de la decisión adoptada***

La STS, Sec. 7.ª, 11-06-2007, RCA 63/2006, analiza la decisión del Consejo de Ministros por el que se acordó el pase a la situación de reserva de un Teniente General del Ejército de Tierra por causa de unas declaraciones públicas que se consideró infringían el deber de neutralidad política exigible a los miembros de las Fuerzas Armadas. La Sala declara una vez más que un Acuerdo de esa índole no es una sanción ni requiere, por tanto, la tramitación de un procedimiento disciplinario.

Insiste el Tribunal Supremo en la amplia discrecionalidad de que goza la Administración para acordar esa decisión, toda vez que los destinos asignados a los empleos militares del Generalato en servicio activo no sólo son puestos profesionales de un muy alto nivel de cualificación técnica. Son, además y muy principalmente, destinos públicos directamente relacionados con la función de dirección política, administrativa y de la defensa del Estado que constitucionalmente corresponde al Gobierno (artículo 97 CE). Es decir, son puestos de directa colaboración profesional con el Gobierno, a través de los cuales se llevan a la práctica las primeras medidas de ejecución de esa alta función constitucional. Matiza no obstante, la sentencia que el acto en el que se acuerda el pase del Oficial General a la situación de reserva no sólo exterioriza una potestad discrecional; también produce unos efectos limitativos en la carrera profesional del recurrente porque lo conduce a una situación administrativa diferente, siéndole por ello aplicable la exigencia formal de motivación del artículo 54.a) de la Ley 30/1992. Ahora bien, añade la sentencia a continuación, la falta de motivación es determinante de invalidez sólo si a ella se anuda un resultado de indefensión, y esto no se da cuando, como aquí sucede, el propio recurrente reconoce que *«esa falta formal de motivación no le ha impedido conocer las razones que decidieron su pase a la situación de reserva pues el mismo demandante califica de “notorio” que la decisión de pasarlo a la reserva»* «...se deriva directamente del discurso pronunciado con motivo de la Pascua de las FAS el de-1-2006...». Por eso, concluye el Tribunal Supremo, en este punto, que *«la ausencia de motivación formal del acto no ha impedido que el interesado conozca la razón de la decisión, y, por tanto, no cabe afirmar que tal falta de motivación le haya causado indefensión»* (FJ 4.º). Pasando, pues, al examen del tema de fondo, la sentencia recoge las manifestaciones del actor (por las que en su día fue sancionado y cesado en su puesto), y señala que *«aquellas manifestaciones del Sr. Mena Aguado, atendiendo al momento solemne en que se produjeron, a la resonancia pública que alcanzaron y a su propio contenido, no exento de valoraciones políticas, constituyen un soporte objetivo suficiente para que el Gobierno de la Nación, dentro del amplio margen de discrecionalidad al que antes hemos aludido, entendiese procedente que el autor de tales manifestaciones no continuase desempeñando el mando que venía ostentando y dispusiese su pase a la situación de reserva. Por tanto, en términos estrictamente jurídicos, entendemos que la medida adoptada de ninguna manera puede ser considerada gratuita, irracional ni, en definitiva, arbitraria»* (FJ 5.º).

**8.2. Acuerdo municipal por el que se aprueba la modificación de la Relación de Puestos de Trabajo del Ayuntamiento en cuanto a las funciones y retribuciones del personal eventual. La modificación operada respecto del personal eventual no precisa de la negociación colectiva a la que se refieren los artículos 32 y 34 de la Ley 9/1987**

La STS, Sec. 7.ª, 25-04-2008, RC 3007/2005, merece ser destacada en esta «crónica», en primer lugar por el cuidado examen que realiza sobre el régimen jurídico del llamado personal eventual al servicio de las Administraciones Públicas. Señala la sentencia que este personal desempeña tareas de colaboración inmediata con quienes ostentan el poder de superior decisión política, en las que predominan las notas de afinidad y proximidad política que es inherente a la «confianza»; y —añade la Sala— «los puestos reservados a personal eventual son excepcionales y su validez está condicionada a que sus cometidos se circunscriban a esas funciones de «confianza y asesoramiento especial» que legalmente delimitan esta específica clase de personal público. Y la consecuencia paralela que también se extrae es que deben quedar vedadas a ese personal eventual las actuaciones de colaboración profesional que se proyecten en las funciones normales de la Administración pública, bien en las externas de prestación y policía frente a la ciudadanía, bien en las internas de pura organización administrativa. Estas actuaciones profesionales, por la directa conexión que tienen con los principios constitucionales de objetividad y eficacia administrativa, deben ser asignadas al personal público seleccionado bajo los principios de igualdad, mérito y capacidad» (FJ 3.º). Dicho esto, la Sala pasa a resolver si la modificación operada en la RPT del Ayuntamiento demandado respecto del personal eventual precisaba o no de la negociación colectiva a la que se refieren los artículos 32 y 34 de la Ley 9/1987. Pues bien, la Sala se inclina por la respuesta negativa, valorando que «si tenemos en cuenta que no se discute la naturaleza de los puestos como de personal eventual, las modificaciones realizadas afectan más a la organización de los servicios (en cuanto al cambio de denominación, reforzamiento del carácter directivo de algunos puestos, asignación de funciones de coordinación de otros y creación de dos Direcciones de Área, tras asignar los puestos de Inspección General de Servicios y Oficina de organización y sistemas inicialmente cubiertos por personal eventual, a funcionarios) que a las condiciones de trabajo de estos» (FJ 6.º).

## **9. Poder Judicial. Administración de Justicia**

### ***9.1. Solicitud de reingreso de juez al servicio activo. Plazo para solicitarlo***

En la STS, Sec. 7.<sup>a</sup>, 12-11-2007, RCA 351/2005, precisa la Sala que la actual redacción del artículo 366 LOPJ, en referencia a los jueces suspendidos que desean solicitar el reingreso, no dice que deba solicitarse el reingreso un mes antes de finalizar el periodo de suspensión, sino con un mes de antelación, pero sin establecer un plazo, una vez que se cumpla la condición de que la solicitud sea anterior en un mes a finalizar el plazo de suspensión. Sólo cuando no exista esta manifiesta voluntad del suspenso de reingresar, se puede entender que éste renuncia tácitamente a dicho reingreso y pasa a la situación de excedencia prevista en la norma.

### ***9.2. Acceso al registro de procesos de desahucio por falta de pago del decanato de los juzgados de Madrid. Denegación procedente. No es de aplicación ninguno de los supuestos previstos en la Ley Orgánica 15/1999, de protección de datos, para excluir la necesidad del consentimiento del interesado***

La STS, Sec. 7.<sup>a</sup>, 13-11-2007, RCA 105/2004, confirma la decisión del CGPJ de rechazar la solicitud de dos entidades privadas de acceder al registro de procesos de desahucio por falta de pago del Decanato de los Juzgados de Madrid. Tal pretensión se basaba, decían los solicitantes, en la promoción del mercado inmobiliario de alquiler y en el interés por hacer frente a la política de impagos practicada por determinados arrendatarios, pero señala la Sala que lo pretendido por las entidades recurrentes es acceder a determinados datos personales obrantes en el Decanato de los Juzgados de Madrid para ofrecerlos a otras personas, y cualquiera que sea la finalidad buscada con esa pretensión, no cabe acceder a lo solicitado, pues la protección de los datos personales regulada en la tan repetida LO 15/1999 se inserta en la garantía que con el rango de derecho fundamental se reconoce en el artículo 18.4 CE; y esto hace que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 53.3 del texto constitucional, la práctica judicial y administrativa que se lleve a cabo sobre la aplicación e interpretación de la regulación establecida en aquel texto legal para la recogida, tratamiento y cesión de esos datos personales habrá de efectuarse de la manera más favorable al máximo respeto que en orden a la protección de su derecho fundamental corresponde al afectado o titular de los datos.

Con esa premisa, no puede tener lugar, sin el consentimiento del interesado, tanto el tratamiento de sus datos como la cesión a terceros.

**9.3. *Nombramiento de Magistrados del Tribunal Supremo. La amplia libertad del CGPJ, derivada de su función constitucional de gobierno, tiene como límites la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), el principio de igualdad de acceso a los cargos públicos (art. 23.2) y la trascendencia del mérito y capacidad profesional en el sistema de carrera previsto para jueces y magistrados (art. 122 CE). Necesidad de motivación de la concreta propuesta elevada al Pleno; expresión de las fuentes de conocimiento utilizadas para constatar los méritos apreciados en los candidatos incluidos en esa propuesta; y observancia del principio de igualdad en la selección de esas fuentes***

**El pleno de la Sala III del TS, en STS 27-11-2007, RCA 407/2006,** consolida su doctrina sobre la motivación que con carácter general deberá realizar el Consejo General del Poder Judicial —CGPJ— en los nombramientos judiciales no absolutamente reglados, cuyas líneas básicas se mueven en torno a tres ideas: (1) la libertad de apreciación que corresponde al Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), en cuanto órgano constitucional con un claro espacio de actuación reconocido; (2) la existencia de unos límites que necesariamente condicionan esa libertad, especialmente el límite que representan esos principios de mérito y capacidad; y (3) la significación que ha de reconocerse al requisito de motivación. Partiendo de esta base, la Sala examina el caso litigioso, recordando que los nombramientos aquí controvertidos son de Magistrado del Tribunal Supremo, referidos a plazas de los turnos correspondientes a la carrera judicial y no al denominado «quinto turno». Dicho esto, analiza la Sala la motivación dada para esos nombramientos, apreciando que lo que contiene la pretendida motivación del Consejo es, de una parte, la simple enumeración de unos datos que son sustancialmente comunes a todos los aspirantes, por encarnar los jalones normales de cualquier trayectoria jurisdiccional o los requisitos que resultaban imprescindibles para el acceso a la carrera judicial a través de las distintas vías legalmente establecidas para ello (así ocurre con la descripción de destinos, estudios o titulaciones); y de otra parte, lo que se incluye son unos juicios de valor, exteriorizados a través de expresiones como las de «*elevado carácter técnico de las resoluciones*», «*amplia cultura jurídica*», «*acreditada trayectoria*», «*dilatada trayectoria profesional*» o «*calidad científica*»,

*a los que no puede atribuirse relevancia por haber sido realizada su formulación sin una referencia a un preciso soporte objetivo y en términos puramente genéricos. Concluye, por eso, la sentencia que «esa pretendida explicación de los aquí discutidos nombramientos, realizada en los términos que acaban de señalarse, no merece la consideración de verdadera motivación; y no la merece por muy flexible que se sea en cuanto a la configuración que puede presentar este requisito y por muy amplia que sea la potestad que legalmente tiene reconocida el Consejo para realizar esos nombramientos (que efectivamente lo es)» (FJ 7.º).* Apunta esta sentencia que el CGPJ debe identificar claramente la clase de méritos que ha considerado prioritarios para decidir la preferencia determinante del nombramiento; y en el concreto caso de plazas de Magistrado del Tribunal Supremo reservadas a los turnos de la carrera judicial, como es el presente, tiene la obligación también de explicar la significativa relevancia que ha otorgado a los méritos demostrados en el puro y estricto ejercicio jurisdiccional o en funciones materialmente asimilables. En este sentido, la decisión sobre la adjudicación de la vacante concernida ha de expresar las fuentes de conocimiento que se hayan manejado para indagar cuales podrían ser esos méritos en el conjunto de los aspirantes; ha de asegurar que el criterio de selección de esas fuentes, cuando se trate de méritos estrictamente jurisdiccionales, ha observado rectamente el principio constitucional de igualdad; y ha de precisar las concretas circunstancias consideradas en las personas nombradas para individualizar en ellas el superior nivel de mérito y capacidad que les hace a ellas más acreedoras para el nombramiento.

#### ***9.4. Acceso a la Carrera Judicial por la categoría de Magistrado (4.º turno). Improcedencia del cómputo de los servicios prestados como colaborador honorario en una Facultad de Derecho***

La STS, Sec. 7.ª, 05-12-2007, RCA 211/2004, examina un litigio en el que la cuestión debatida versaba sobre si el recurrente cumplía el requisito de ejercicio profesional durante el plazo de diez años a efectos del acceso a la Carrera Judicial por el llamado «cuarto turno». Más concretamente, la cuestión se centra en determinar si es correcta la exclusión del periodo en que el recurrente fue colaborador honorario en una Facultad de Derecho. Pues bien, señala esta STS que los colaboradores honorarios ejercen una actividad de carácter transitorio, no retribuida y sin vinculación laboral o administrativa. Esto es, no es una obligación pro-

fesional, sometida a una disciplina y dirección jerárquica, ni en el caso examinado se demuestra, a tenor de la normativa autonómica concernida y de los estatutos de la Universidad que el recurrente debiera realizar una actividad equivalente a los funcionarios docentes de dicha Universidad, sin perjuicio de que si lo hubiera hecho, lo procedente hubiera sido una certificación de los días «efectivamente» trabajados.

### ***9.5. Provisión de vacante en la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia. Conocimiento del Derecho civil, foral o especial, propio de la comunidad autónoma. Fuero del Baylío***

La STS, Sec. 7.ª, 29-01-2008, RCA 247/2004, realiza un estudio de los requisitos para el acceso a las plaza de Magistrado de la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia entre miembros de la Carrera Judicial con categoría de Magistrado, «*de conformidad con lo establecido en los artículos 326 y 330.3 y concordantes de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial y artículo 195 y concordantes del Reglamento 1/1995, de 7 de junio, de la Carrera Judicial*»; en concreta referencia al mérito consistente en poseer «*especiales conocimientos en Derecho Civil, Foral o Especial, propio de la Comunidad Autónoma de que se trate*». La sentencia realiza una serie de consideraciones sobre el procedimiento administrativo de presentación de solicitudes, valoración y adjudicación de la plaza concernida, señalando, en primer lugar, que la relación de méritos que puede adjuntarse a la solicitud ha de acompañarse, justamente, a la propia solicitud, «*pudiéndose admitir, a lo sumo, que esa documentación se adjuntara en un momento posterior, eso sí, siempre y cuando se encontrara dentro del plazo para pedir la vacante, esto es, en esos veinte días naturales. Ahora bien, una vez vencido el plazo, caducaba la posibilidad de solicitar la plaza y también la de aportar los méritos que no hubieran sido remitidos*» (FJ 4.º). Ahora bien, dice a continuación la Sala que nada impide al CGPJ tomar en consideración aquellos datos del solicitante «*de los que ya tenía o debía tener conocimiento por sí mismo, como, por ejemplo, los referidos a las vicisitudes de su carrera profesional que constan en su historial (ingreso, ascenso, destinos servidos, cursos realizados en el seno del propio CGPJ, o que aun siendo ajenos al mismo figuren en ese historial, etc.)*, pues esos son datos y documentos que el interesado no tiene obligación jurídica de aportar, desde el momento que obran en conocimiento de la misma Administración que convoca el concurso (ex art. 35.f] de la Ley 30/1992, de

*procedimiento administrativo común)*». Se centra a continuación la Sala en la interpretación de la regla del conocimiento del Derecho Civil propio de la Comunidad Autónoma, en específica referencia a la plaza convocada en el caso examinado, que era de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Extremadura, y a la que el recurrente decía tener mejor derecho por su condición de especialista en el llamado «Fuero del Baylío». La sentencia realiza un repaso por la indiscutible significación histórica e institucional de esta modalidad foral, para puntualizar, a continuación, que *«este expreso reconocimiento de la jurisprudencia y del Texto Estatutario no resulta incompatible con la constatación objetiva de que la peculiaridad del régimen jurídico que se establece a través de Fuero del Baylío, en su relación con el conjunto del Ordenamiento jurídico en el que se integra, tiene por contenido un solo precepto. Hay en el Fuero una regla puntual y específica sobre la disolución de la sociedad conyugal, que opera en el momento de la liquidación de esa sociedad, la cual, en todo lo demás, se rige por las reglas comunes. Y esa regla puntual, carente de especiales complejidades dogmáticas, se aplica además en un ámbito territorial limitado y reducido, comparado con el conjunto de la Comunidad Autónoma de Extremadura, lo que ha llevado a que la litigiosidad real que del mismo se ha derivado sea mínima desde el punto de vista estadístico. No existe, pues, aun con la más favorable de las apreciaciones y la mayor sensibilidad hacia el hecho foral, un sistema jurídico foral extremeño dotado de la complejidad y amplitud de vigencia territorial necesarias para caracterizarlo como una singularidad tal del Ordenamiento Jurídico que requiera un aprendizaje especializado que por eso lo haga acreedor de una valoración cualificada»*. Y esta apreciación lleva al Tribunal Supremo a declarar que *«no le falta razón al CGPJ cuando resalta la insuficiencia del conocimiento del Fuero para que pueda valorarse, con solo apoyo en el mismo, la tenencia de «especiales conocimientos en el Derecho Civil Foral o Especial propio de la Comunidad Autónoma», pues aun partiendo de la necesidad de procurar un especial reconocimiento y sensibilidad hacia la pervivencia y operatividad jurídica de los regímenes forales, ello no puede llevar, insistimos, a sobredimensionar el Fuero del Baylío hasta el extremo de sustentar únicamente en él la existencia de un régimen jurídico que precise de un aprendizaje especializado, sin perjuicio, por supuesto, de la evidente trascendencia práctica que tiene su aplicación en el territorio al que abarca su vigencia»*. La consecuencia que extrae la sentencia de este extenso razonamiento es que *«la previsión del apartado 3.º del artículo 330 debe ser interpretada y aplicada en sus justos términos. La*

*regla general contenida en ese precepto, rectamente entendida, obligará a valorar dichos méritos no siempre, sino en la medida que la Comunidad Autónoma correspondiente contenga regímenes jurídicos forales que requieran una especialización, pues, como resulta obvio, existen comunidades Autónomas con regímenes forales más o menos desarrollados, junto con otras que carecen por completo de ellos. Y aun cuando la Comunidad autonómica extremeña cuenta con esa importante institución foral, su carácter puntual y aislado en el conjunto del sistema, reducido en su contenido y alcance, carente de complejidades dogmáticas y geográficamente limitado, hace que no pueda considerarse realmente como un ámbito de “especialidad jurídica”, siquiera sea a los efectos que aquí interesan, que son los referidos al orden de prelación para la cobertura de la vacante aquí examinada, si se tiene en cuenta que el conocimiento de las especialidades recogidas en el Fuero no requiere de ningún esfuerzo prolongado de aprendizaje (dicho sea esto, reiteramos, sin merma alguna del expreso reconocimiento de su significación histórica y práctica), pudiendo ser comprendido y asumido sin mayores problemas por cualquier jurista con una formación adecuada, como cabe presumir en cualquier miembro de la Carrera Judicial» (FJ 5.º).*

### ***9.6. Mutualidad General Judicial (MUGEJU). Condiciones para el desempeño del cargo de Presidente. Nulidad del reglamento sobre composición y funcionamiento de los órganos de gobierno, administración y representación de la Mutualidad***

La STS, Sec. 6.ª, 31-03-2008, RCA 71/2006, declara la nulidad del artículo 3.3 párrafo primero del Real Decreto 1206/2006 de 20 de octubre, por el que se regulan la composición y funcionamiento de los órganos de gobierno, administración y representación de la Mutualidad General Judicial (MUGEJU), a cuyo tenor *«el Presidente de la Asamblea será nombrado y removido por Real Decreto, acordado en Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Justicia, previa iniciativa del Consejo General del Poder Judicial, que presentará al Ministro de Justicia una terna de candidatos a este fin, de entre funcionarios judiciales o fiscales en activo o situación asimilable, con categoría de Magistrado o Fiscal. Previamente a presentar la terna, el Consejo General del Poder Judicial oirá a la Fiscalía General del Estado»*. Señala la sentencia que a través de este nuevo reglamento *«se pone en marcha una profunda reconsideración del gobierno y gestión de la Mutualidad, pues si anteriormente ese*

*gobierno y gestión correspondía a la Junta de Gobierno y al Presidente, estando la Gerencia subordinada a ambos, ahora la Comisión Permanente (que de alguna forma ocupa el papel institucional antes desempeñado por la antigua Junta de Gobierno) y la Presidencia pierden aquellas funciones de gobierno, asumiendo plenamente la Gerencia tales funciones como único órgano ejecutivo al que se atribuye el gobierno, gestión y representación de la Mutualidad, de modo que el objeto sustancial de este nuevo marco normativo ha sido el de separar nítidamente las funciones de dirección (que se encomiendan a un órgano de dirección, la Gerencia) y las de control (que se ejercen por órganos colegiados, la Asamblea General y la Comisión Permanente)» (FJ 2.º). Como consecuencia de esta nueva estructuración orgánica, resulta que si antes la Presidencia tenía funciones directivas y representativas de la Mutualidad, ahora no las tiene, salvo en aquellos actos o contratos que el Gerente de la MUEGJU singularmente delegue, ya que esas funciones han sido asumidas por la Gerencia. Consiguientemente, rechaza el TS que sólo puedan ser nombrados los mutualistas que pertenezcan a la Carrera Judicial con categoría de Magistrado o de Fiscal en activo, pues «partiendo de la base de que este cargo carece actualmente de funciones de gestión y atendiendo a las competencias que realmente le han sido atribuidas, que en la práctica se reducen a la presidencia de órganos colegiados de supervisión y control de la labor ejecutiva y directiva de la Gerencia, no se alcanza a comprender por qué no podría desempeñar esas funciones con similar expectativa de acierto, si la opción es que esa función se atribuya a un mutualista, quienes con similar nivel académico lo sean por pertenecer a otros Cuerpos integrados en la MUGEJU». Apunta el Tribunal Supremo, en este sentido, que no es tampoco justificación adecuada para la regulación incorporada al artículo 3.3 el carácter representativo de la Presidencia, como se ha pretendido por parte de la Administración, toda vez que el reglamento, en la redacción finalmente aprobada, y superando los primeros borradores de texto articulado, no atribuye la representación de MUGEJU al Presidente de la Asamblea General y de la Comisión Permanente sino al Gerente. Por eso, «partiendo de la base de que según el artículo 14.2 del reglamento puede ser Gerente cualquier funcionario con perfil profesional idóneo para ser Subdirector General (es decir, cualquier funcionario que pertenezca a Cuerpos y Escalas a los que se exija para su ingreso el Título de Doctor, Licenciado, Ingeniero, Arquitecto o equivalente, ex art. 19.2 de la Ley 6/1997, LOFAGE), y partiendo así mismo de que el nombrado ostenta como competencia propia la representación del ente, no puede sostenerse que quien ejerce esa representación sólo de forma*

*ocasional y por mera delegación (el Presidente) tenga que ser un Magistrado o Fiscal, so pretexto de que así lo exige la alta representación del Instituto ante otras Autoridades u Organismos, ya que ello supondría una contradicción con la atribución de tales competencias al Gerente y los requisitos exigidos para su nombramiento».* En fin, tampoco es justificación adecuada para la norma controvertida la vinculación de MUGEJU al Poder Judicial, como parece desprenderse de la lectura de la memoria justificativa que acompaña al proyecto del Real Decreto. Entiende la Sala, desde esta perspectiva, que *«desde el momento que el Presidente de la Asamblea General y la Comisión Permanente carece de competencias ejecutivas propias en la dirección y gobierno de la Mutualidad, pues éstas se han residenciado en la figura del Gerente, que no tiene por qué pertenecer a la Carrera Judicial, y desde el momento que la labor del Presidente de la Asamblea (que no de la Mutualidad) se limita a la presidencia de aquella y de la Comisión Permanente, órganos colegiados de supervisión y control de los que forman parte los miembros de la Carrera Judicial, junto con el resto de los funcionarios afiliados a este singular mutualismo administrativo, no hay razones consistentes para sostener que esa Presidencia tiene que recaer en un miembro de la Carrera Judicial, por ser necesario para preservar la independencia de los Jueces, ya que el Presidente, como tal, no tiene atribuidas competencias eficaces para determinar por sí mismo, y al margen del resto de los miembros de los órganos que preside, ni la línea de gobierno y gestión ni el contenido de la actividad de supervisión y control de la Mutualidad»* (FJ 4.º). Concluye, en definitiva, la sentencia que *«partiendo de la premisa de que en el propio reglamento, descartando otras posibles alternativas, se ha optado por atribuir la Presidencia de la Asamblea General y de la Comisión Permanente a un mutualista, no advertimos una justificación objetiva y razonable para que la posibilidad de acceder a ese cargo sólo esté al alcance de los mutualistas que sean miembros de la Carrera Judicial con categoría de Magistrado o Fiscales en activo o situación asimilable y no de cualesquiera otros incluso con igual nivel de titulación, cualquiera que sea su situación administrativa»* (FJ 6.º).

### ***9.7. Obligación de los Juzgados de guardia de expedir licencias de sepultura***

La STS, Sec. 7.ª, 19-03-2008, RCA 56/2005, declara que aun cuando pudiera existir una contradicción entre el artículo 40.4 y el 59.4 del Re-

glamento 5/1995, de 7 de junio, de Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales (en la redacción dada por el Acuerdo Reglamentario 1/2001, de 10 de enero), una interpretación sistemática del mismo lleva a la conclusión de que corresponde al Juzgado de guardia durante los días festivos, fuera del horario ordinario de oficina del Registro Civil, la expedición de las licencias de sepultura que según el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria de 20 de julio de 1974 son necesarias para proceder a la inhumación de los cuerpos de las personas fallecidas.

***9.8. Módulos de dedicación para la retribución variable de la Ley 15/2003, de régimen retributivo de las carreras judicial y fiscal. Distribución del módulo anual entre los once meses efectivamente trabajados***

La STS, Sec. 7.<sup>a</sup>, 13-05-2008, RCA 48/2005, analiza cuál es el criterio que ha de seguirse para la determinación del módulo de rendimiento correspondiente a cada uno de los dos semestres anuales que ha de tenerse en cuenta para calcular si el rendimiento real superó o no dicho módulo en un veinte por cien. En el proceso se sostuvieron dos tesis contrapuestas: por un lado, el recurrente sostenía que el módulo anual global fijado por el CGPJ debe dividirse en dos partes iguales, para formar con cada una de ellas el módulo semestral a tomar en cuenta. Por el contrario, el CGPJ toma en consideración los once meses efectivamente trabajados dentro de cada ejercicio anual (que resultan de descontar las vacaciones anuales) y divide entre ese número el global modulo anual, para llegar así al módulo de rendimiento correspondiente a cada uno de los meses efectivamente trabajados. El Tribunal Supremo considera que la tesis del CGPJ es la más convincente, y argumenta a tal efecto que, ciertamente, la Ley 15/2003, de 26 de mayo, reguladora del régimen retributivo de las carreras judicial y fiscal, no incluye normas que directamente resuelvan esa cuestión, pues en ella lo único que se establece es una nueva estructura retributiva en la que, junto a unas retribuciones fijas, se incluye una retribución variable cuya cuantificación (mediante porcentajes de las fijas) se realiza en función de unos objetivos de rendimiento individual que corresponde fijar al Consejo (arts. 7, 8 y 9); pero no altera dicha ley el devengo mensual de las retribuciones, por lo que una interpretación sistemática de sus preceptos ya aconseja inicialmente aplicar, al factor de rendimiento individual determinante de esa nueva retribución variable, la misma distribución mensual que rige para el devengo. Y —añade la

sentencia — *«esa configuración mensual (y no anual) del módulo de rendimiento es la que más se ajusta al espíritu que parece inspirar esa nueva Ley 15/2003 y, sobre todo, a lograr soluciones más favorables a un mejor funcionamiento de los órganos jurisdiccionales (y por ello más acordes con el designio de eficacia que para el derecho fundamental de tutela judicial proclama el artículo 24 CE). Y así ha de ser considerado porque la solución del objetivo mensual de rendimiento, seguida por el Consejo, propicia una regularidad en la superior dedicación que quiere incentivarse en la actuación profesional de los miembros de la carrera judicial».*

## **10. Responsabilidad patrimonial**

### ***10.1. Competencia del orden contencioso para enjuiciar la responsabilidad de la Administración con particulares, incluso aunque se rechace la de aquélla***

En diversas sentencias, el Tribunal Supremo ha declarado la competencia del Orden contencioso-administrativo para analizar pretensiones de reconocimiento de responsabilidad de la Administración, bien cuando ésta sea la única demandada, o bien cuando lo sea junto con particulares, extendiendo su competencia también en relación con las reclamaciones dirigidas contra las entidades aseguradoras de estos últimos. Así, la **STS, Sec. 6.ª, 26-09-2007, RC 4872/2003**, analiza un caso de daños y perjuicios ocasionados al recurrente con motivo del accidente producido por la irrupción en la calzada de un jabalí procedente de un coto de caza. La Sala de instancia declaró la inexistencia de responsabilidad de la Administración pero en aplicación de lo dispuesto en el artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial apreció la responsabilidad, con la consiguiente condena, del titular de dicho coto, si bien declaró su falta de competencia para condenar a la empresa aseguradora de este último. Pues bien, el Tribunal Supremo, en casación, corrige este planteamiento, y declara que *«la jurisdicción correspondiente para conocer de las pretensiones dirigidas a enjuiciar la responsabilidad de la Administración, bien cuando ésta sea la única demandada o bien cuando lo sea junto con particulares, es la jurisdicción contencioso administrativa, y que la intención del legislador es suprimir lo que de la gráfica expresión, se ha denominado peregrinaje jurisdiccional, lo que permite concluir que también ha de conocer la misma responsabilidad de compañías asegu-*

*radoras no solamente en el supuesto de que éstas lo sean de la Administración demandada, ya que no hay razón alguna que excluya la posibilidad de declarar la responsabilidad de dichas entidades cuando la misma surja de su condición de aseguradora de entidades privadas siempre que, conforme al artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la competencia para conocer de los autos corresponda a esta jurisdicción», lo que le lleva a afirmar que «la Sala ha declarado la responsabilidad del dueño del coto excluyendo el conocimiento de la responsabilidad atinente a la compañía aseguradora del mismo, incurriendo con ello en un defecto de jurisdicción, puesto que, conforme a lo antes indicado, la Sala debió de pronunciarse respecto a la responsabilidad de dicha entidad aseguradora que había intervenido debidamente representada en los autos de instancia en su condición de codemandada y ninguna objeción se formuló a la aceptación de tal intervención» (FJ 2.º).*

En esta misma línea, la **STS, Sec. 6.ª, 21-11-2007, RC 9881/2003**, estudia un caso de reclamación de responsabilidad patrimonial por consecuencia de la caída de una grúa torre que produjo graves lesiones a un particular. La sentencia comienza resaltando la competencia de este Orden Jurisdiccional para el examen de la pretensión de la parte actora, en los siguientes términos: *«corresponde al orden contencioso administrativo el enjuiciamiento de las cuestiones referentes a responsabilidad de la Administración pública y que, cuando ésta se articule en concurrencia con privados o compañías aseguradoras, todos ellos han de ser igualmente demandados ante el orden contencioso administrativo, que queda ya facultado, como lo era el orden jurisdiccional civil con anterioridad a 1998, para el enjuiciamiento de la responsabilidad tanto de la Administración pública como de los particulares. Y no es obstáculo a tal conclusión, la circunstancia de que se excluya por los tribunales de lo contencioso administrativo la responsabilidad de la Administración ya que ello no imposibilita el enjuiciamiento de la responsabilidad de los particulares concurrentes con aquella. Tal interpretación de los preceptos antes mencionados iría en contra del principio de unidad jurisdiccional y conduciría a un nuevo peregrinaje de jurisdicciones, puesto ya de manifiesto con la legislación anterior, y que sería absolutamente contrario a la efectividad de la tutela judicial efectiva proclamada por el artículo 24 de la Constitución»* (FJ 3.º). Pasando, pues, al examen de la cuestión de fondo, la Sala constata que la grúa había sido instalada por un constructor particular sin obtener previamente la pertinente autorización del Ayuntamiento, pero aun así añade que en una obra de las características

de la concernida y en un pequeño pueblo como aquel en que ocurrieron los hechos no podía alegar el Ayuntamiento un desconocimiento de la instalación que ocupaba la calzada de la vía pública desde hacía meses. A continuación aprecia la sentencia que no es posible señalar una causa taxativa de explicación del siniestro (de la caída de la grúa), lo que le lleva a apuntar que *«en tales circunstancias es evidente que no cabe entender producida una actuación merecedora de la pretendida condena por parte de las entidades y personas privadas traídas como codemandadas al proceso, ni siquiera invocando la teoría del riesgo, de origen civilístico, ni tampoco en función de las posibles irregularidades existentes en la grúa y en su instalación o en la deficiente conservación del poste del tendido eléctrico que cayó sobre el particular, porque es evidente que la responsabilidad de los particulares cuando sean traídos al proceso como consecuencia de una responsabilidad imputable, junto a ellos, a la Administración, no permite enjuiciar dicha responsabilidad si no es con arreglo a las normas del orden civil, contenidas en los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil, sin que exista base alguna para poder aplicar a dichos sujetos privados los principios de la responsabilidad objetiva que consagra el artículo 139 y siguientes de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y que resulta únicamente predicable de la Administración y su responsabilidad»* (FJ 5.º). Diferente es, en cambio, la conclusión a que se llega respecto de la Administración demandada, *«por cuanto que, como el Tribunal de instancia ha declarado, existe un claro incumplimiento de sus obligaciones por parte del Ayuntamiento en lo que al control de las obras e instalaciones que se ejecutan en sus calles y respecto a los que ha de velar por que se cumplan todos los requisitos legales y de seguridad»* (FJ 6.º), lo que determina la obligación por parte del Ayuntamiento de responder de las consecuencias derivadas de dicha omisión.

### **10.2. Responsabilidad patrimonial por aplicación de acto legislativo. Declaración de inconstitucionalidad del art. 70.1 y 2 de la Ley de Puertos. Tarifas portuarias. Inexistencia de daño**

**La STS, Pleno, 05-03-2008, RCA 22/2007**, examina una reclamación indemnizatoria en concepto de responsabilidad patrimonial del Estado Legislador. La mercantil reclamante sostiene que el Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucionales y nulos los apartados 1 y 2 del

artículo 70 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, en la redacción dada por la Ley 62/1997 y que, como consecuencia de la aplicación de estos preceptos y de la norma reglamentaria que los desarrolló, hubo de satisfacer a la Autoridad Portuaria de Huelva, en el año 2003, la suma de 1.585,19 euros, sufriendo una lesión en su patrimonio por el mencionado importe, de la que es responsable el Estado legislador, dado que ha experimentado una lesión en su patrimonio por cuanto ha tenido que hacer frente a un tributo que no tenía obligación alguna de pagar (pues la declaración de inconstitucionalidad deja claro que las Autoridades Portuarias no tenían derecho a exigir las tarifas en cuestión). Sin embargo, el Tribunal Supremo desestima el recurso, señalando lo siguiente: *«el litigio ha de examinarse desde la perspectiva de la responsabilidad patrimonial y el presupuesto básico de existencia de un detrimento patrimonial real y efectivo. A tal efecto, la entidad recurrente, mediando el abono de la correspondiente tarifa, accedió a determinada prestación portuaria (uso de dominio público o servicio portuario) obteniendo con ello el correspondiente beneficio que incorporó a su patrimonio. La declaración de inconstitucionalidad de la Ley de Puertos incide en la habilitación para la exigencia de la tarifa, pero no altera la situación patrimonial de la entidad recurrente que resulta del disfrute de aquella prestación, cuya incorporación a su patrimonio no se ve afectada y se mantiene tras la declaración de inconstitucionalidad. Esta declaración podrá propiciar, en su caso, que el interesado ejercite las acciones correspondientes en reclamación de las tarifas satisfechas en aplicación de aquella normativa, lo que evidentemente irá en beneficio de su patrimonio, pero desde la perspectiva de la responsabilidad patrimonial no acredita un detrimento patrimonial que pueda calificarse como daño real y efectivo. Tampoco puede sustentarse la existencia de tal perjuicio en un eventual derecho del usuario a recibir el servicio, se entiende que sin el abono de la correspondiente tarifa,... pues es claro que toda la normativa reguladora de los servicios portuarios sujetan su prestación al abono de las correspondientes tarifas, criterio que no se ha abandonado tras dicha declaración de inconstitucionalidad.... Finalmente el recurrente no plantea la existencia de un perjuicio, en razón de eventuales diferencias tarifarias, que pudieran incidir en el distinto alcance del beneficio reportado por la prestación obtenida, limitándose a identificar el perjuicio con el importe equivalente a las tarifas satisfechas, sin tomar en consideración que ello determinó el disfrute de la prestación y la incorporación a su patrimonio, que no resultó afectado por la declaración de inconstitucionalidad»* (FJ 3.º).

## 11. Tráfico y seguridad vial

### ***11.1. Competencia autonómica para sancionar la infracción a la legislación de transportes terrestres tipificada en el artículo 140.b) de la Ley 16/1987 (LOTT)***

La STS, Sec. 3.<sup>a</sup>, 17-10-2007, RCIL 72/2005, ha fijado como doctrina legal la siguiente: «*Las Administraciones autonómicas que hayan asumido las competencias correspondientes en materia de transportes terrestres son asimismo competentes para sancionar las infracciones muy graves tipificadas en el artículo 140.b) de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (ulteriormente artículo 140.20 tras la reforma de dicha Ley por la Ley 29/2003, de 8 de octubre) que impliquen un exceso sobre los tiempos máximos de conducción o una minoración sobre los tiempos de descanso reglamentariamente establecidos*».

### ***11.2. Sanción a una Cooperativa por la infracción prevista en el artículo 140.17 de la LOTT***

La STS, Sec. 3.<sup>a</sup>, 05-02-2008, RCIL 14/2007, fija como doctrina legal que «*La infracción prevista en el art. 140.17 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de Transportes Terrestres, en su redacción dada por la Ley 29/2003, de 8 de octubre, es imputable a aquellas Cooperativas de trabajo asociado que no asuman la posición porteadora en contratos de transportes realizados al amparo de sus autorizaciones por sus cooperativistas, aunque cada uno de éstos formen con su vehículo una explotación económica independiente y coticen al Régimen de Autónomos*».

## 12. Urbanismo y medio ambiente

### ***12.1. Medio ambiente***

#### ***12.1.1. Contaminación acústica. Vulneración de los derechos a la vida privada, a la integridad física o moral, a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio***

La STS, Sec. 7.<sup>a</sup>, 12-11-2007, RC 255/2004, estima el recurso interpuesto por un particular, por el cauce procedimental especial de protección

de derechos fundamentales, contra la inactividad de un Ayuntamiento frente a los ruidos producidos por dos empresas en su actividad industrial. Señala la sentencia que existió inactividad de la corporación municipal demandada porque *«las medidas correctoras que debían adoptar las empresas codemandadas en el proceso de instancia no eran medidas que estuviesen por determinar, sino que habían sido ya fijadas por los organismos competentes de la Consejería de Medio Ambiente del Principado de Asturias; que pese a los reiterados informes y comunicaciones que la citada Consejería remitió al Ayuntamiento..., a las que se unieron la denuncia que la Asociación de Vecinos ... formuló ante el mismo Ayuntamiento y el requerimiento que le hizo la Sra. .... para que hiciese efectiva la adopción de tales medidas correctoras, la Corporación municipal permaneció inactiva —según señala la propia sentencia— dando con ello lugar a que a la fecha de inicio del proceso contencioso-administrativo, e incluso en momentos ulteriores de su tramitación, no estuviese ultimada aún la ejecución de las medidas ordenadas y se constatasen niveles de sonoridad superiores a los autorizados»*. Constatada, pues, la existencia de inactividad municipal, la Sala declara que dicha inactividad, y la tolerancia del Ayuntamiento ante la persistencia de la contaminación acústica derivada de la actividad industrial de las empresas personadas en el proceso de instancia como codemandadas, vulnera los derechos de la recurrente a la vida privada, a la integridad física o moral, a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio (artículos 15, 18.1 y 18.2 de la Constitución), y ordena al Ayuntamiento que, para el restablecimiento de los derechos fundamentales proceda, utilizando sus servicios técnicos o recabando en su caso la asistencia técnica de la Administración autonómica, a la realización de las actuaciones y requerimientos necesarios para que por los titulares de las industrias codemandadas se ejecuten sin dilación las medidas correctoras pertinentes en orden a evitar la producción de niveles sonoros y vibraciones superiores a los fijados en la normativa vigente.

## 12.2. Urbanismo

### 12.2.1. Régimen del silencio administrativo en relación con las licencias urbanísticas

En relación con el siempre controvertido tema de la aplicación de la técnica del silencio a las solicitudes de licencias urbanísticas, **la STS, Sec. 5.ª, 17-10-2007, RC 9828/2003**, señala (FJ 9.º) que *«no compartimos la*

*tesis de que una licencia urbanística, incluso en el caso de que lo solicitado sea disconforme con el ordenamiento jurídico con el que debe confrontarse, deba entenderse otorgada por silencio administrativo por el solo hecho de que haya transcurrido el plazo para resolver sobre ella, pues el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, en la redacción dada por la Ley 4/1999, se cuida de advertir que la estimación por silencio lo será, o podrá así ser entendida, «salvo que una norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario», siendo una norma con ese rango, como lo era el artículo 242.6 de la Ley del Suelo aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/1992, que tiene el carácter de legislación básica según resulta del fundamento jurídico número 34, párrafo cuarto, de la STC 61/1997, y que no fue derogado, sino mantenido en vigor, por la Disposición derogatoria única de la Ley 6/1998, la que disponía en aquel año 2001 en que se solicitó la licencia objeto de la litis que «en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico».*

### *12.2.2. Recepción tácita de obras de Urbanización*

**La STS, Sec. 5.<sup>a</sup>, 30-10-2007, RC 9550/2003**, responde afirmativamente a la posibilidad de apreciar la recepción tácita, por un Ayuntamiento, de una urbanización. El litigio en la instancia versó sobre la denegación a la entidad recurrente de certificación de acto presunto en relación con la existencia de resolución, por vía de silencio administrativo, sobre la solicitud formulada de recepción de una Urbanización. La sentencia de instancia rechazó la solicitud de la recurrente en la instancia de haberse producido la recepción de la Urbanización por vía de silencio administrativo, admitiendo, no obstante una recepción tácita de la citada Urbanización. Por su parte, el TS señala que el silencio administrativo no se ha producido —y por ello no se expidió el certificado solicitado— porque, ni habían transcurrido los plazos precisos, ni las obras estaban completadas en el momento de tales solicitudes, respondiendo el Ayuntamiento, respecto de la última, con un requerimiento de subsanación de las mismas. Mas ello es compatible con una determinada actuación municipal —que no de la Urbanizadora— concretada en la prestación del servicio de recogida de basura, la exigencia de tributos locales (IBI, ICIO, IVA, Tasa de basura, etc.), la instalación de señalización de tráfico en los viales, la elaboración del proyecto de alcantarillado y, sobre todo,

la puesta en marcha del Proyecto de reforma y embellecimiento respecto del cual, en la parte que les correspondía, el Ayuntamiento ha girado las correspondientes contribuciones especiales que, en un importe considerable, han correspondido a la Urbanizadora. En consecuencia, la circunstancia de que la citada Urbanizadora no hubiera concluido las obras de urbanización —o bien, concluidas en su día, por el transcurso del tiempo, desde una perspectiva turística, no resultaran adecuadas—, y que, por ello, no fuera posible una recepción expresa o por vía de silencio, no es, en modo alguno, incompatible con —pese a tal situación— una actuación activa y evidente de la corporación local en relación con la situación de la urbanización a cambio, obviamente, de las correspondientes y compensadoras contribuciones especiales. Tal actuación —que implican una dirección y control de las obras— supone un fundamento mas que razonable para entender producida la citada y tácita recepción, ya que de la misma se deduce, no una simple culminación de unas obras inacabadas, sino la activación de un integral proyecto —posiblemente necesario por el transcurso del tiempo— transformador de la tradicional realidad de la urbanización y con una finalidad y proyección de mayor envergadura que la simple conclusión de unas obras. Señala, en fin, la sentencia que no es contradictorio el mandato del fallo de la sentencia de tener que proceder el Ayuntamiento a una recepción de las obras, cuando se está aceptado que la misma se ha producido de manera tácita, pues *«simplemente se trata de una obligación de proceder a la formalización y documentación de la expresada recepción tácita de conformidad con el principio de seguridad jurídica, y como soporte de todo un conjunto de actuaciones municipales en la urbanización de índole fiscal, regulación del tráfico viario, seguridad pública, etc.»* (FJ 5.º).

### *12.2.3. Impugnabilidad jurisdiccional directa de los planes generales, pese a que una norma autonómica contemple recurso de alzada contra ellos*

La STS, Sec. 5.ª, 19-12-2007, RC 4508/2005, estudia el régimen jurídico de la impugnación jurisdiccional de los planes de urbanismo, señalando que estos son disposiciones de carácter general, con la consiguiente aplicabilidad del artículo 107.3 de la Ley 30/92, a cuyo tenor «contra las disposiciones de carácter general no cabrá recurso en vía administrativa». Entiende el Tribunal Supremo que ese *«es un precepto estatal básico que no puede ser contradicho por la legislación autonó-*

*mica, ni siquiera en aquellas materias que, como el urbanismo, son de la exclusiva competencia de ésta, pues en ellas la Comunidad Autónoma puede normar aspectos procedimentales y de régimen jurídico, pero sin infringir las normas básicas del Estado» (FJ 4.º). EL Tribunal Supremo constata que la legislación autonómica examinada establece que contra dichos planes cabe recurso de alzada, pero lleva a cabo una interpretación armonizadora de la legislación estatal y la autonómica, en los siguientes términos: «El acuerdo de aprobación definitiva de un Plan de Urbanismo tiene un aspecto de acto administrativo (el acuerdo en sí adoptado por la Comisión, con sus requisitos de procedimiento, de quórum, etc) y otro aspecto de disposición de carácter general (el propio Plan de urbanismo que se aprueba). Pues bien, la exigencia de agotamiento de la vía administrativa que imponen en el Derecho Autonómico de Cataluña los artículos 294 del TR 1/90, de 12 de julio y 16.4 de la Ley Autonómica 2/2002, de 14 de marzo, es conforme a Derecho en cuanto se impugne el acuerdo de la Comisión en el aspecto que tiene de acto administrativo, pero no en cuanto se impugne la disposición misma, pues en este último caso el artículo 107.3 de la Ley 30/92 prohíbe la exigencia» (FJ 5.º).*

#### *12.2.4. Plan General de Madrid de 1997. La reclasificación de suelos no urbanizables protegidos, ha de ser justificada por la Administración. Contenido material de la justificación*

La STS, Sec. 5.ª, 03-07-2007, RC 3865/2003, analiza un relevante caso de reclasificación como urbanos o urbanizables de suelos que antes estaban clasificados como no urbanizables protegidos. La Sala declara que no hay discrecionalidad y sí, más bien, aplicación reglada de conceptos jurídicos indeterminados, en la decisión por la que un determinado suelo es clasificado, o no, como no urbanizable protegido, con la consecuencia de que «si el planificador decidió en un Plan anterior que determinados suelos debían ser clasificados, no como suelos no urbanizables simples o comunes, sino como suelos no urbanizables protegidos, le será exigible que el Plan posterior en el que decide incluir esos suelos en el proceso urbanizador exponga con claridad las razones que justifican una decisión que, como esta posterior, contraviene una anterior en una cuestión no regida por su discrecionalidad. Esta decisión posterior no está, así, amparada sin más, o sin necesidad de más justificación, por la genérica potestad reconocida a aquél de modificar o revisar el planea-

*miento anterior (ius variandi); ni lo está sin más, o sin necesidad de esa concreta justificación, por la discrecionalidad que con carácter general se pregona de la potestad de planeamiento. Por ende, como una consecuencia más, es a la Administración que toma esa decisión posterior a la que incumbe en el proceso la carga de la prueba de la justificación; la carga de probar que sí existían las razones hábiles para adoptar dicha decisión. O lo que es igual: no es al impugnante a quien incumbe la carga de probar que tales razones no existen» (FJ 10.º). Puntualiza, en este sentido, la Sala que la Memoria debe expresar las razones suficientes para poder percibir que los suelos antes clasificados como no urbanizables protegidos deben recibir ahora otra clasificación, «y que han de recibirla, precisamente, porque los valores antes tomados en consideración, o no existían realmente, o son ya inexistentes, o no pueden seguir siendo protegidos, allí, en aquellos ámbitos, por causas jurídicamente atendibles, aptas para poder prevalecer en ese momento y en ese lugar sobre los repetidos valores» (FJ 11.º).*

*12.2.5. Deficiencias y carencias en las infraestructuras de una urbanización de iniciativa privada. Responsabilidad del Ayuntamiento por no haber exigido al promotor, hoy desaparecido, la culminación de las infraestructuras, ni haber exigido garantías. Legitimación de la Entidad Urbanística Colaboradora de Conservación*

La STS, Sec. 5.ª, 03-06-2008, RC 3436/2004, estudia un caso de reclamación indemnizatoria dirigida contra un Ayuntamiento, por no haber controlado debidamente un proceso de urbanización ni haber exigido a los promotores los compromisos y garantías necesarios para que las infraestructuras de la Urbanización se llevaran finalmente a cabo. La sentencia del Tribunal Supremo comienza resaltando la legitimación de la entidad colaboradora de conservación reclamante, toda vez que entre sus fines propios se encuentra el ejercicio de acciones para lograr el establecimiento de los servicios e infraestructuras urbanísticas debidos. Más aún, «a tal entidad pertenecen todos los propietarios de la urbanización, los cuales, más que individualmente afectados, lo son colectivamente, por tratarse de servicios (v.g. alumbrado público) que tienen difícil precisión individualizada, ya que son servicios e infraestructuras que más que a cada finca, sirven a la Urbanización como tal, por lo cual procede reconocer legitimación a la Entidad,

*tal como impone el artículo 7.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que la reconoce para la defensa de los intereses colectivos “a las Corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados”, de la misma forma que la jurisprudencia viene reconociéndola a las Comunidades de Propietarios, y ello pese a carecer de personalidad jurídica»* (FJ 10.º). Además, desde la perspectiva de la acción pública en materia urbanística, razona la Sala que nada hay más esencialmente urbanístico que la realización de las infraestructuras y servicios necesarios para crear suelo urbano, y el dotar de ellos a los terrenos previstos en el Plan constituye la última fase, pero la más importante, de ejecución del Plan; por lo que —concluye la sentencia en este punto— *«no puede serle negada a la Entidad demandante legitimación activa para ejercitar ninguna de las pretensiones que se especifican en la súplica de la demanda, porque, pese a ejercitarse una acción de responsabilidad patrimonial de la Administración, no va dirigida a la obtención pura y simple de una indemnización dineraria, sino a algo tan típicamente urbanístico como el dotar al suelo de los servicios necesarios para que de verdad sea suelo urbano»* (FJ 10.º). Pasando, pues, al estudio del tema de fondo, el Tribunal Supremo declara que el Ayuntamiento demandado debe responder por su funcionamiento anormal y el defectuoso ejercicio de sus competencias urbanísticas, por las carencias y defectos de las infraestructuras y servicios urbanísticos existentes en la urbanización concernida. Para llegar a esta conclusión, resalta la sentencia que dicho Ayuntamiento ni exigió a los promotores los compromisos y garantías necesarias para que las infraestructuras de las urbanizaciones se llevaran efectivamente a cabo ni controló el proceso de urbanización, lo que produjo a los propietarios afectados un daño evidente, que consiste en no poderse ya dotar al suelo de los servicios previstos con cargo al promotor, lo que podría haberse evitado con una actuación diligente del Ayuntamiento, y en concreto, con el sencillo remedio de haber exigido las correspondientes garantías. En definitiva, la sentencia de casación condena al Ayuntamiento a promover el establecimiento en la Urbanización de los servicios urbanísticos de alumbrado, saneamiento y asfaltado y acerado, en la forma en que los preveía el Plan Parcial y el Proyecto de Urbanización: y a sufragar el 30% del coste de tales obras con cargo a los Presupuestos municipales (aprecia la Sala a este respecto que los propietarios y la Entidad actora dejaron pasar dieciséis años sin reclamar nada ni poner de manifiesto deficiencia alguna, lo cual no excluye, desde luego, la responsabilidad del Ayuntamiento, pero sí la aminora).

## II. TRIBUTARIO

### 1. IVA. Recuperación del exceso de cuotas soportadas sobre las repercutidas. Devolución y compensación en periodos siguientes

**STS, Sec. 2.<sup>a</sup>, 04-07-2007 (RCIL 96/2002):** Se plantea en el presente recurso la cuestión de si, transcurrido el plazo de caducidad que la Ley del IVA establece para compensar el exceso de las cuotas soportadas sobre las devengadas en un periodo, debe la Administración Tributaria proceder a la devolución al sujeto pasivo del exceso no deducido. Para resolver esta cuestión la Sala acude a la Sexta Directiva Comunitaria (77/388/CEE) que consagra como principio esencial del IVA el de la neutralidad, materializado en la deducción del IVA soportado. La referida norma ofrece a los sujetos pasivos la posibilidad de compensar en un plazo, actualmente de cuatro años, el exceso de cuotas soportadas sobre las repercutidas no deducidas 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. El sujeto pasivo pues, 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. Dicha sentencia concluye 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.

### 2. Conflicto de competencia entre el Estado y la Comunidad Foral Navarra, en materia de IVA a la salida del régimen del depósito fiscal

En la STS, Sec. 2.<sup>a</sup>, 09-07-2007, RC 296/2005, la Sala determina que según la regulación del propio legislador foral, sus previsiones sobre liquidación del Impuesto sobre el Valor Añadido sólo resultan aplicables con respecto a los bienes cuya salida o abandono del régimen de depósito no aduanero, ha dejado de estar asimilado a la importación por decisión del legislador estatal, correspondiendo al Estado, la competencia

exclusiva para la regulación, gestión, liquidación, recaudación, inspección y revisión del IVA que grava el abandono de depósitos no aduaneros de las mercancías que han ingresado en los mismos con ocasión de entregas interiores o adquisición intracomunitarias inicialmente exentas.

### **3. IVA. El escrito de alegaciones al acta de inspección no tiene «per se» efectos interruptivos de la prescripción**

**STS, Sec. 2.<sup>a</sup>, 24-01-2008 (RCUD 382/2003):** En la vía de gestión y más concretamente en la resolución de los expedientes contradictorios, iniciados por actas de la Inspección de los Tributos, con disconformidad de los contribuyentes, quien, en principio, interrumpe la prescripción es la Inspección de Hacienda, como representante orgánico de la Administración Tributaria, sin que, por tanto, el escrito de alegaciones presentado por los contribuyentes inspeccionados interrumpa la prescripción, pues se trata de un trámite propio de un expediente iniciado de oficio por la Administración, supuesto completamente distinto al de los recursos y reclamaciones económico-administrativos interpuestos por los propios contribuyentes.

### **4. Recurso de casación en Interés de Ley. Tasa por aprovechamiento especial o utilización privativa del dominio público. Empresas suministradoras del servicio de telecomunicaciones**

En **STS, Sec. 2.<sup>a</sup>, 16-07-2007, RC 26/2006**, la Sala, partiendo de que el artículo 24.1.c) de la LRHL, —precepto básico del régimen financiero de la Administración Local, que, en modo alguno, puede verse excepcionado por una ley posterior y sectorial como es la Ley General de Telecomunicaciones—, sólo excluye de su ámbito de aplicación los servicios de telefonía móvil, considera que no existe ningún impedimento para que las empresas prestadoras de servicios de telecomunicaciones, queden sometidas a la tasa contemplada en dicho precepto y en este sentido declara como doctrina legal: *«La tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial constituido en suelo, subsuelo, vuelo de las vías públicas municipales a favor de empresas suministradoras de servicios de telecomunicaciones es la establecida en el artículo 24.1.c) del Texto Refundido de las Haciendas Locales, aprobado por RDL 2/04, de 5 de marzo, en relación con las empresas explotadoras de servicios de suministros, con la salvedad prevista en el propio precepto con respecto al régimen especial de cuantificación de la tasa referida a los servicios de telefonía móvil».*

## **5. Responsabilidad tributaria por levantamiento de embargo**

**STS, Sec. 2.<sup>a</sup>, 24-10-2007 (RCUD 51/2003):** La responsabilidad tributaria por levantamiento de embargo establecida en el artículo 131.5 de la LGT, es consecuencia de la conducta obstaculizadora al procedimiento ejecutivo, a la que responde la Ley con una declaración de responsabilidad solidaria en la que sólo establece el límite del «importe del valor de los bienes o derechos que se hubieran podido embargar». Los artículos 42.2 y 175.5 de la Ley 58/03, de 17 de diciembre, General Tributaria, en la redacción dada por la Ley 36/06, de 29 de noviembre, de Medidas para la represión del fraude fiscal, vienen a regular, respectivamente, las conductas constitutivas de responsabilidad solidaria, así como el alcance de la impugnación, referido exclusivamente al «denominado presupuesto habilitante» y «el alcance global de la responsabilidad», pero no a las liquidaciones a las que alcance dicho presupuesto.

## **6. Impuesto sobre sociedades 1995 y 1996. Falta de legitimación de una sociedad para impugnar una liquidación que afecta al grupo SEPI, aunque contemple deducciones por inversiones que correspondían a la recurrente**

**STS, Sec. 2.<sup>a</sup>, 22-11-2007 (RC 701/2006):** Centrada la cuestión litigiosa en el acto de liquidación del Grupo Consolidado 9/86, del ejercicio 1996, en cuanto tiene en cuenta deducciones por inversiones realizadas en activos de generación eléctrica, por una empresa integrante del Grupo, la Sala confirma el acuerdo de la ONI que rechaza que ésta última tenga interés legítimo, porque la condición de responsables que tienen las entidades integrantes del grupo de la deuda tributaria liquidada al Grupo del que forman parte, sólo puede hacerse valer cuando la Administración incoar el correspondiente procedimiento de derivación, siendo, hasta que tenga lugar este acuerdo de traslación de la responsabilidad, el sujeto pasivo el Grupo, que es el único legitimado para formular recursos.

## **7. Impuesto sobre Sociedades. Fusión de sociedades por «absorción o incorporación»**

**STS, Sec. 2.<sup>a</sup>, 13-12-2007 (RC 3515/2002):** Se trata de un caso en que la sociedad absorbente era el único socio de la sociedad disuelta, al

haber adquirido sus acciones con anterioridad a la fusión, no existiendo diferencia entre «el valor neto contable de los títulos o derechos representativos de la participación social en el capital de la sociedad que se extingue y el valor de los títulos o derechos recibidos de la sociedad absorbente», al producirse la incorporación de los mismos al patrimonio de la fusionante en la misma proporción e importe por los que figuraba como partícipe —socio único— de la sociedad absorbida. Tratándose por tanto de sociedades vinculadas, la entrega de bienes y deudas, producida con motivo de la disolución y liquidación, ha de valorarse de conformidad con lo que serían precios normales de mercado entre partes independientes, sin que pueda aceptarse que se haya producido disminución patrimonial por la diferencia entre la valoración de adquisición y su valor teórico o contable.

## **8. Aplicación e interpretación de los artículos 121 y 123 del reglamento de Procedimiento en las Reclamaciones Económico-Administrativas de 1996**

**STS, Sec. 2.<sup>a</sup>, 30-01-2008 (RCUD 92/2003):** La interpretación conjunta de los artículos 121 y 123 del RD 391/96 determina forzosamente que el escrito de interposición del recurso de alzada contenga necesariamente las alegaciones correspondientes y los documentos que acompañen al mismo, al no haber con posterioridad, en la segunda instancia de la vía económico-administrativa, un trámite posterior de puesta de manifiesto del expediente para alegaciones, no existiendo la posibilidad de iniciar el recurso de alzada mediante un escrito en el que el interesado se limite a pedir que se tenga por interpuesto el recurso, reservándose la realización de las alegaciones para un momento posterior. El cumplimiento de las formalidades y plazos indicados en la interposición del recurso de alzada obliga a todos los intervinientes, sin posibilidad de la concesión de plazos de cortesía o de una interpretación que pueda beneficiar a una de las partes en detrimento del principio de seguridad jurídica. La Ley 58/03 y su RGRVA de 13 de mayo de 2005 han introducido un cambio en la normativa reglamentaria anterior al imponer el procedimiento de interposición con alegaciones sólo cuando el recurrente haya comparecido en la reclamación en primera instancia. Si no hubiera comparecido en la reclamación, el procedimiento en alzada se desdobra en dos fases: simple anuncio y posterior formulación de alegaciones.

## **9. Impuesto especial sobre el Alcohol y Bebidas Derivadas. Irregularidades en la circulación intracomunitaria**

STS, Sección Segunda, 22 de mayo de 2008 (Recurso de casación n.º 7876/2004). El resultado de las actuaciones penales practicadas pone de manifiesto que la irregularidad en la circulación intracomunitaria fue cometida en Portugal, lo que determina sin más la incompetencia de la Administración Tributaria española, ante lo que dispone el artículo 20 de la Directiva 92/12/CEE, del Consejo, de 25 de febrero de 1992, apartado 1. Añade la Sala que dado que la Inspección partía de la premisa de que se habían presentado unos documentos falsos en la Aduana portuguesa, antes de liquidar debió comprobar si Portugal había iniciado actuaciones de investigación de los hechos, —en cuanto que la determinación del lugar donde se había cometido la irregularidad adquiriría una esencial importancia, al depender de ello la competencia del estado miembro para exigir el impuesto—, estando también obligada a dar cuenta a la Jurisdicción competente, lo que implicaba la imposibilidad de seguir el procedimiento administrativo mientras que la autoridad judicial no dictara sentencia firme o bien el sobreseimiento o el archivo de las actuaciones, sin que fuera posible compatibilizar ambas vías.

### **III. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**

#### **1. Incompetencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para enjuiciar una solicitud de cese por incompatibilidad de un magistrado del Tribunal Constitucional**

El ATS, Sec. 7.ª, 06-05-08, RCA 644/2007, inadmite el recurso contencioso-administrativo interpuesto por un Letrado contra la desestimación presunta de la solicitud dirigida a la Presidencia del Tribunal Constitucional para que se declarase vacante la plaza ocupada por un Magistrado de este Tribunal al estar el mismo incurso, a juicio del solicitante, en causa de incompatibilidad. El Tribunal Supremo comienza su examen del caso recordando los límites establecidos para el enjuiciamiento de decisiones del Tribunal Constitucional, en los siguientes términos:

*«La vigente Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, tras establecer en su artículo 1.1 que los Juzgados y Tribunales de este Orden Jurisdiccional conocerán “de las pretensiones que se deduzcan en rela-*

*ción con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho Administrativo”, añade en el apartado 3.a) del mismo precepto que también conocerán “de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos y disposiciones en materia de personal, administración y gestión patrimonial sujetos al derecho público adoptados por los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas y del Defensor del Pueblo, así como de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo”. El apartado primero consagra la cláusula general de competencia de la Jurisdicción contencioso-administrativa, proyectada sobre el control de las Administraciones Públicas en sentido subjetivo y formal, mientras que el tercero introduce una competencia específica o “de atribución”, por la que se atribuye a la Jurisdicción, por ministerio de la Ley, el conocimiento de ciertas y limitadas cuestiones relativas a la actividad de órganos constitucionales no integrados en las Administraciones Públicas. Competencia de atribución que se determina y delimita en atención a un doble orden de consideraciones: el subjetivo, por el que la fiscalización jurisdiccional se afirma respecto de los concretos órganos constitucionales que se citan, y el objetivo, en cuya virtud la competencia se extiende únicamente a las específicas materias ahí referidas, “personal, administración y gestión patrimonial”, que han sido atribuidas a la Jurisdicción contencioso-administrativa por una decisión del legislador, fundada en la constatación de que las mismas guardan una evidente analogía cuando no abierta identidad con las contencioso-administrativas típicas. Por eso, el Orden Jurisdiccional contencioso-administrativo no tiene una competencia fiscalizadora general de la actuación de esos órganos constitucionales, como la tiene respecto de las Administraciones Públicas. Al contrario, tal competencia es puramente sectorial y limitada a las materias precitadas (esto es, a su actividad interna, doméstica o, dicho sea a efectos puramente descriptivos, “materialmente administrativa”), que son instrumentales de las funciones públicas esenciales que dichos órganos tienen constitucionalmente atribuidas» (FJ 1.º).*

Más concretamente, respecto del Tribunal Constitucional, recuerda este Auto que el mismo «no se engarza dentro de ninguno de los tres poderes clásicos, legislativo, ejecutivo y judicial, sino que se alza como un “poder corrector”, materialmente jurisdiccional pero no integrado en el Poder Judicial en sentido estricto, cuya misión esencial es la de garantizar la primacía de la Constitución, incluso frente al legislador, de

*lo que deriva su posición central en la estructura del Estado y, consiguientemente, la necesidad de atribuirle un estatuto que garantice su independencia efectiva frente al resto de los Poderes del Estado, en cuanto atañe al núcleo de su función. Independencia efectiva, cuya necesidad de salvaguardia se justifica singularmente por el hecho de que en el Tribunal confluyen los rasgos de un órgano constitucional y los de un órgano jurisdiccional, siendo este concreto aspecto el que determina que sus miembros están dotados de las notas de independencia características de los Jueces y Magistrados que integran el Poder Judicial, pues, ciertamente, no puede hablarse con propiedad de un órgano jurisdiccional si el titular que lo sirve carece de un estatuto que garantice su independencia frente al resto de los poderes públicos y los intereses particulares y colectivos. Por eso establece el artículo 22 LOTC, en coherencia con el artículo 159.5 de la Constitución, que «los Magistrados del Tribunal Constitucional ejercerán su función de acuerdo con los principios de imparcialidad y dignidad inherentes a la misma; no podrán ser perseguidos por las opiniones expresadas en el ejercicio de sus funciones; serán inamovibles y no podrán ser destituidos ni suspendidos sino por alguna de las causas que esta Ley establece» (FJ 2.º).*

Sobre esta base, analiza a continuación el ATS cuál es la materia de personal susceptible de enjuiciamiento por el Orden contencioso-administrativo, señalando que por tal puede entenderse la contemplada en el Título VIII de la LOTC (arts. 96 a 102), intitulado precisamente «*del personal al servicio del Tribunal Constitucional*», donde se regula el régimen jurídico de los funcionarios al servicio del Tribunal. También, las vicisitudes de la carrera administrativa en sus Cuerpos de origen de los Magistrados del Tribunal que tienen la condición de miembros de la Carrera Judicial o Fiscal o de los Cuerpos de funcionarios al servicio de las Administraciones Públicas, quienes al tomar posesión de sus cargos de Magistrados del Tribunal Constitucional pasan a la situación de servicios especiales en esos Cuerpos de origen. Y asimismo, en la perspectiva de los propios Magistrados del Tribunal, puede pensarse en supuestos afectantes a sus derechos patrimoniales o personales derivados de su condición de miembros del mismo. Ahora bien, «*lo que de ningún modo cabe es incluir dentro del artículo 1.3.a) las controversias atinentes al propio Estatuto de los Magistrados del Tribunal Constitucional, en tanto en cuanto esas controversias repercutan sobre el núcleo de su función institucional, esto es, sobre la formación de la voluntad de este órgano colegiado. Las decisiones del mismo Tribunal susceptibles de incidir so-*

*bre los presupuestos, requisitos y condiciones de ejercicio del proceso de formación de su voluntad en su labor jurisdiccional resultan, así, inmunes al control por el Orden contencioso-administrativo, por exigencias del reforzado valor de su independencia como órgano constitucional y órgano jurisdiccional, derivado de su papel en el contexto del entramado institucional del Estado» (FJ 2.º). Por eso, concluye el ATS, la pretensión ejercitada por el actor queda situada *extra muros* del ámbito de la «materia de personal» residenciable ante la Jurisdicción contencioso-administrativa, dado que es el propio Tribunal Constitucional el único órgano competente para resolver sobre las incompatibilidades en que pudieran incurrir sus Magistrados y sobre la concurrencia de las causas legalmente previstas de cese en su puesto.*

## **2. Tratamiento procesal de los litigios relativos al llamado personal estatutario de carrera de los Servicios de Salud**

El ATS, Sec. 1.ª, 22-05-2008, RC 1886/2007, analiza la caracterización jurídica del personal estatutario de los Servicios de Salud dentro de la llamada «materia de personal». Comienza el TS recordando que en esta materia solo cabe recurso de casación cuando el litigio versa sobre el nacimiento o extinción de la relación de servicio de «funcionarios de carrera», y añade que la jurisprudencia tradicional venía señalando que tal condición no es estrictamente predicable del personal estatutario, porque pese a la indiscutible similitud y proximidad existente entre este personal y el personal funcionario de las Administraciones Públicas, aquél presenta ciertas peculiaridades y caracteres específicos que le dan una estructura y consistencia propias, que los diferencian de los funcionarios administrativos en sentido estricto. Ahora bien, matiza la Sala a continuación, la entrada en vigor del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por la Ley 7/2007, obliga a plantearse si aquella doctrina, a los exclusivos efectos de la admisión del recurso de casación sigue vigente, y, tras analizar detenidamente los preceptos concernidos de esta última Ley, puntualiza que «*los caracteres que definen al personal estatutario fijo en lo que hace referencia al nacimiento y la extinción de la relación de servicio con la Administración de la que dependen presentan una gran similitud con los que definen al funcionario de carrera*». Por eso, añade la Sala, «*tras la entrada en vigor de la Ley 7/2007 por la que se aprueba el Estatuto del Empleado Público las diferencias entre el*

*funcionario de carrera y el personal estatutario fijo, siguen existiendo, pero la vocación universal de aplicación y de norma de referencia, en definitiva, del Estatuto Básico del Empleado Público, que, precisamente, en relación con el personal estatutario destaca su Exposición de Motivos, no justifican ya la exclusión de este último personal del acceso al recurso de casación en las mismas condiciones que el funcionario de carrera. En todo caso, este nuevo criterio no supone la equiparación de ambas clases de personal sino que se limita a la asimilación del personal estatutario fijo con el funcionario de carrera exclusivamente respecto de la admisión de los recursos de casación interpuestos por dicho personal y en las cuestiones que afecten al nacimiento o la extinción de la relación de servicio de dicho personal estatutario fijo» (FJ 3.º). Y a su vez, como consecuencia de lo dicho, se apunta, desde la perspectiva competencial, que «al establecerse la equiparación del personal estatutario fijo con el funcionario de carrera y, cuando se trate de pretensiones que afecten al nacimiento o extinción de la relación de servicio de dicho personal, la competencia será de la Sala de los Tribunales Superiores de Justicia» (FJ 4.º).*

### **3. Contenido y alcance de la competencia del Tribunal Supremo para la interpretación y aplicación de normas de Derecho autonómico en los casos en que se ha estimado un motivo de casación por infracción de normas procesales**

La STS, Pleno, 30-11-2007, RC 7638/2002, examina las facultades del Tribunal Supremo, en el marco del recurso de casación, en orden a una posible labor de aplicación e interpretación de las normas de Derecho autonómico concernidas en el litigio, cuando se ha estimado un motivo casacional por infracción de normas procesales y, consiguientemente, el TS se sitúa en la posición del Tribunal de instancia. EL voto mayoritario de la Sala entiende que en tales casos, cuando la cuestión de fondo está total, íntegra y exclusivamente regulada por el Derecho autonómico, lo que procede es devolver las actuaciones al Tribunal de instancia, y señala la STS, en este sentido, que «*la interpretación que este Pleno mantiene no es, ciertamente, la única que la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha acogido a lo largo del tiempo transcurrido desde la introducción del recurso de casación en el orden contencioso-administrativo hasta hoy. El examen de nuestra jurisprudencia revela que han convivido dos interpretaciones distintas. Una ha venido entendiendo que el mandato contenido*

en el art. 95.2.d) de la LJ (anterior art. 102.1.3.º de la Ley de 1956 modificada por Ley 10/1992) impone en todo caso al Tribunal Supremo la obligación de resolver la cuestión de fondo, aunque esté regida por normas autonómicas, tesis que se desarrolla con extensión en los fundamentos de derecho cuarto a sexto de la reciente STS de 24 de octubre 2007 (RC. 6578/2003), que cita, entre otras, la precedente STS de 22 de noviembre 2006 (RC. 3961/2003). La otra interpretación, más reiterada, coincide con la que el Pleno ha adoptado y se encuentra argumentada, entre otras, en las SSTS de 16 de marzo de 2000 (RC. 1533/1998) 10 de diciembre de 2001 (RC. 4440/1996) 27 de mayo de 2002 (RC. 4095/1996) 28 de octubre de 2002 (RC. 10524/1998) 30 de enero de 2003 (RC. 1781/2000) 20 de julio de 2004 (RC. 1399/2000) 15 de octubre de 2004 (RC. 4326/2001) 24 de mayo de 2005 (RC. 1310/2003) 25 de mayo de 2005 (RC. 1307/2003) 9 de mayo de 2006 (RC. 499/2003) 17 de enero de 2007 (RC. 6720/2001) y 28 de mayo de 2007 (R. 1847/2003)» (FJ 7.º). Ahora bien, matiza la sentencia inmediatamente a continuación, «de lo expuesto no cabe inferir una doctrina que, en términos absolutos y omni-comprendidos, impida a esta Sala Tercera del Tribunal Supremo, órgano jurisdiccional superior en todos los ordenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales (art. 123.1 CE), conocer, interpretar y aplicar el Derecho autonómico. Siempre será preciso examinar los supuestos de cada caso y, en contemplación de ellos, decidir lo procedente. La ponderación de las específicas circunstancias será especialmente exigible en aquellos supuestos en los que se produzcan entrecruzamientos ordinamentales, lo que obligará a discriminar si la controversia está o no sometida a preceptos no sólo autonómicos y cuál sea el grado de incidencia que en la resolución del supuesto tengan preceptos de procedencia no autonómica, que no sean manifiestamente invocados con la exclusiva voluntad de frustrar el propósito que inspira la exigencia de justificación contenida en el art. 89.2 de la LJ, en cuanto dirigida al fin de que desde el mismo momento de la preparación del recurso de casación quede claro que el juicio casacional no se va a referir a normas autonómicas, comprometiendo y haciendo a los Tribunales Superiores de Justicia, ya desde esa fase procesal, protagonistas activos de la preservación de su función interpretadora del Derecho autonómico, como venimos diciendo desde las SSTS de 26 de septiembre y 11 de diciembre de 2000» (FJ 8.º). Y en esta línea, la sentencia se cuida de resaltar la coherencia entre lo aquí decidido y lo declarado en sentencias anteriores, señalando que «la doctrina mantenida es coherente con la establecida por esta Sala en sus SSTS de 26 de julio y 29 de septiembre de 2001 (RRCC 8858 y 9415/1996, respec-

*tivamente), según la cual «el ejercicio por una Comunidad Autónoma de su potestad legislativa en materias sobre las que le han sido transferidas las correspondientes competencias determina que el derecho resultante haya de imputarse a la Comunidad, sin que pierda tal naturaleza porque el contenido material de algún precepto coincida con el del derecho estatal». Asimismo la doctrina que el Pleno acoge no es contraria a la que se expone en nuestros AATS de 8 de julio de 2004 R. de Queja 15/2004) y 22 de marzo de 2007 (RC. 2215/2006) y SSTs de 24 de mayo de 2004 y 31 de mayo de 2005 (RRCC, respectivamente, 5487/2001 y 3924/2002) resoluciones en las que hemos reconocido la viabilidad del recurso de casación, con el consiguiente posible examen del fondo del asunto, en los casos de Derecho autonómico que reproducen Derecho estatal de carácter básico y cuando, al amparo del art. 88.1.d) de la LJ, se invoca como fundamento del recurso de casación la infracción de jurisprudencia recaída en la interpretación de Derecho estatal que es reproducido por el Derecho autonómico, ni tampoco impide que se pueda afirmar (como en el FJ 5.º de la STS de 5 de febrero de 2007 (dictada en el RC n.º 6336/2001) que «no resulta aceptable que mediante una determinada interpretación de la norma autonómica —que no es, desde luego, la única interpretación posible— se llegue a una conclusión que resulta incompatible con el contenido de la norma estatal de carácter básico», argumento que sirve de fundamento a la estimación del recurso de casación y al examen del fondo del asunto regido por el Derecho autonómico» (FJ 9.º).*

#### **4. Enjuiciamiento de las actuaciones de los Cabildos y los Consejos Insulares**

El Tribunal Supremo ha sentado una importante doctrina, inaugurada por el ATS, **Sec. 1.ª, 25-10-2007, RC 11350/2004**, en relación con el enjuiciamiento de las actuaciones de los Cabildos y los Consejos Insulares.

Pese al reconocimiento de la Isla como Entidad local, contenido tanto en la Constitución como en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, parte de la doctrina y determinados pronunciamientos emanados de órganos jurisdiccionales planteó la duda de si las singularidades de los Cabildos y Consejos Insulares, las previsiones estatutarias que los configuran no sólo como Administraciones locales sino también como instituciones de la Comunidad Autónoma y la progresiva asunción de competencias derivada de un proceso descentra-

lizador, operado vía Estatutos de Autonomía y profundizado por las legislaciones balear y canaria (competencias que en otras Comunidades Autónomas van a seguir ostentando las instancias autonómicas), justifica una transmutación de su naturaleza jurídica para convertirse en algo distinto a una Corporación local, con los consiguientes efectos que ello podría ocasionar en la competencia objetiva de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de los recursos deducidos contra actos y disposiciones de los Cabildos y Consejos Insulares.

La doctrina consignada en las resoluciones encabezadas por el Auto precitado establece la consideración plena de los Cabildos y Consejos Insulares como Entes locales y la aplicabilidad del régimen de fiscalización propio de los actos y disposiciones de la Administración local a la actuación de aquéllos, si bien, ha de tenerse en cuenta que el análisis efectuado en las mismas tiene como único objetivo la clarificación del ámbito del recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en relación con las actuaciones de tales Administraciones insulares, sin perjuicio de que, indirectamente, afecte a la determinación de la competencia objetiva de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa para la fiscalización de dichas actuaciones.

## **5. Ejecución de sentencia que ordena a la Administración que dicte una disposición reglamentaria**

La STS, Sec. 4.<sup>a</sup>, 27-02-2008, RC 3247/2006, examina un caso de gran interés, relativo a la ejecución de una sentencia que condenó a la Administración a dictar una disposición reglamentaria. En el caso examinado, ocurre que en 1987 se dictó el Real Decreto 992/1987, cuya Disposición Transitoria Primera preveía que se dictara una norma sobre la forma y plazo en que los ATS y los diplomados en enfermería podían obtener el título de enfermero especialista. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, se dictó sentencia en 2000 declarando el derecho del demandante a que se realice dicho desarrollo reglamentario que en esa fecha no se había efectuado aun por la Administración. En 2005 se dicta esa norma de desarrollo, pero está redactada en términos que (según tesis de la Administración) hacen imposible acceder al título de enfermero especialista en la especialidad pretendida por el actor, y la Sala de instancia consideró que su sentencia había quedado debidamente ejecutada desde el momento que, al fin y al cabo, el desarrollo reglamentario de la

Ley se había producido (sin perjuicio de la posibilidad de impugnar de nuevo en un proceso distinto esa novedosa regulación reglamentaria). La Sala de casación entiende, por el contrario, que esta sugerencia o invitación al recurrente *«a iniciar un nuevo calvario administrativo y judicial... constituye, a juicio de este Tribunal, un auténtico sarcasmo, aún cuando estamos seguros que no fue esa la intención de la Sala de instancia, para conseguir hacer efectiva la tutela judicial en un nuevo proceso que, como éste, podría durar otros trece años»* (FJ 3.º). Entrando, pues, al estudio del reglamento últimamente dictado por la Administración, considera el Tribunal Supremo que para tener por cumplida la sentencia del Tribunal de instancia no basta con dictar otra norma del mismo rango que el impuesto por dicha sentencia, sino que ese desarrollo reglamentario ha de ser coherente y respetuoso con la disposición que se trata de desarrollar y con el mismo derecho reconocido en sentencia firme, pues de otro modo el derecho fundamental a la plenitud del fallo se convertirá en papel mojado. Por eso, se declara el derecho del recurrente a que se pueda cumplimentar en el plazo de seis meses los requisitos establecidos con carácter general en el Real Decreto de 1987 para la obtención del título de enfermero especialista en Asistencia Obstétrica.

**6. Los artículos 34 a 39 de la Ley 29/98, que tratan de la acumulación de pretensiones y de procesos, no permiten que con estas posibilidades de acumulación se alteren las normas sobre competencia de los distintos órganos judiciales**

La STS, Sec. 5.ª, 20-02-2008, RC 1205/2006, se pronuncia sobre si un órgano judicial puede conocer de un recurso contencioso administrativo para el que no es competente, por el hecho de que lo sea para conocer de otro, conexo con él. La sala rechaza este planteamiento, señalando que *«en ningún precepto puede apoyarse la idea de que una Sala de lo Contencioso Administrativo de un Tribunal Superior de Justicia pueda acumular a un proceso en el que se impugna un Plan General (para el que tiene competencia según el artículo 10-1-a) de la Ley 29/98) otro proceso en el que se impugna una licencia de edificación derivada del Plan (para el que no tiene competencia, por corresponder al Juzgado de lo Contencioso Administrativo, según su artículo 8-1), lo que trastocaría incluso la vía de recursos. Los artículos 34 a 39 de la Ley 29/98, que tratan de la acumulación de pretensiones y de procesos, no permiten que con estas posibilidades de acumulación se alteren las normas sobre*

*competencia de los distintos órganos judiciales. Otra cosa será que el órgano competente para conocer del recurso conexo y derivado, pueda suspender el curso del proceso hasta que se dicte sentencia en el principal. Esta es la doctrina correcta y si algún Tribunal ha actuado en alguna ocasión de otra manera, sustrayendo la competencia al órgano que por ley la tiene, lo ha hecho de forma disconforme a Derecho. (Sólo en fase de ejecución de sentencia y a fin de declarar nulos los actos contrarios a ella, ha matizado este Tribunal Supremo la exigencia del artículo 103.5 de la Ley Jurisdiccional)» (FJ 8.º).*

### **7. Inadmisión del recurso contencioso-administrativo por extemporaneidad. Inaplicabilidad de la jurisprudencia sobre notificaciones defectuosas al haber transcurrido muchos años desde que se dictó el acto impugnado. Relevancia del principio de seguridad jurídica**

La STS, Sec. 5.ª, 20-02-2008, RC 1205/2006, que se acaba de citar, examina asimismo otro problema procesal de gran relevancia práctica, cual es el de los límites de la aplicabilidad de la doctrina jurisprudencial sobre el plazo para la interposición del recurso contencioso-administrativo, en caso de ausencia de notificación o notificación defectuosa del acto impugnado, cuando ese acto se dictó muchos años antes de la interposición del recurso. En el caso examinado, la Sala a quo inadmitió, por extemporáneo, el recurso contencioso administrativo interpuesto contra dos deslindes de dominio público marítimo terrestre de los años 1946 y 1994. La parte recurrente en casación alegó que dichos deslindes no le habían sido notificados, por lo que estaba todavía en plazo para impugnarlos; pero el TS rechaza la alegación, señalando que cuando se traen a la impugnación judicial actos administrativos de hace 59 años y de hace 11 años, (lo que —puntualiza la Sala— es de todo punto anormal en el tráfico jurídico) hay que comenzar por exponer y demostrar bien claro las circunstancias que hacen viable la impugnación, y si toda la argumentación de los demandantes descansa en el hecho de que no les fueron notificados los deslindes, han de comenzar por demostrar su calidad de interesados en el año 1946 y en el año 1994, nada de lo cual han hecho en el caso examinado. Más aún, dice el TS, *«aparte de ello, razones de seguridad jurídica imponen la inadmisión del recurso contencioso administrativo. La seguridad jurídica es un valor fundamental del ordenamiento jurídico, tanto desde el punto de vista constitucional (artículo 9.3*

*de la CE) como desde el punto de vista legal (v.g. artículo 106 de la Ley 30/92, que, aunque referido a las facultades de revisión, expresa sin duda un valor general); se trata de un valor social, y no puramente individual, de forma que es la colectividad misma la que está involucrada en ella, y no sólo los intereses particulares; y los Jueces y Tribunales, que tienen encomendada la tutela judicial efectiva, también han de salvaguardar la seguridad jurídica a fin de que no se pongan en tela de juicio situaciones jurídicas consolidadas por el transcurso del tiempo, las cuales, en otro caso, podrían ser cuestionadas «ad eternum»; en la tensión dialéctica entre tutela judicial y seguridad jurídica, los Jueces y Tribunales no pueden, como pretende la parte recurrente, atender sólo a la primera con olvido manifiesto de la seguridad» (FJ 6.º). Añade, en este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo que «si algún administrado llega al conocimiento privado de un deslinde, y dejar transcurrir 59 y 11 años sin impugnarlo, desde luego que no podrá alegar la jurisprudencia sobre notificaciones defectuosas, porque esta jurisprudencia no ha nacido para amparar impugnaciones tan manifiestamente extemporáneas. Dicha doctrina, a cuyo tenor el plazo para que los interesados impugnen un acto administrativo no comienza a correr sino hasta que ha sido notificado, es válida en el tráfico administrativo ordinario, pero no cuando lo impugnado son actos administrativos de hace 59 y 11 años. Dónde ha de ponerse en estos casos el fiel de la balanza, es algo que sólo las circunstancias del caso puede resolver» (FJ 7.º).*

