

## **SALA TERCERA**



## ÍNDICE SISTEMÁTICO

	<i>Página</i>
I. ADMINISTRATIVO.....	152
1. ACTO Y PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.....	152
1.1. La propuesta del Parlamento de Cataluña de modificación de Ley Orgánica por la que se establece el Estatuto de Autonomía de Cataluña no se considera acto sujeto al Derecho Administrativo, ni se considera a la Mesa del Parlamento como Administración Pública ...	152
1.2. Litigios entre Administraciones Públicas. Naturaleza jurídica del «requerimiento» del artículo 44 LJCA. Inaplicabilidad de la regla del artículo 110 LRJ-PAC.....	153
1.3. Interpuesto recurso de alzada contra una resolución sancionadora, el transcurso del plazo de tres meses para la resolución del mismo no supone que la sanción gane firmeza ni que se convierta en ejecutiva, de modo que no puede iniciarse el cómputo del plazo de prescripción de la sanción.....	154
2. COLEGIOS PROFESIONALES.....	155
2.1. Colegio de Abogados. Prohibición de establecimiento de cuota litis en sentido estricto. Conducta prohibida: fijación de precios mínimos contraria al Derecho de la competencia.....	155
3. CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA.....	156
3.1. Sentido del silencio administrativo ante peticiones deducidas por el contratista durante la vigencia del contrato.....	156
3.2. Contrato de gestión del servicio público de cocina y elaboración de comidas para pacientes de Hospital público. Cesión de personal al servicio de la Administración a la empresa concesionaria.....	157

	<i>Página</i>
3.3. Fianza depositada en cuenta bancaria equivocada; subsanabilidad del cumplimiento defectuoso de requisitos..	158
4. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO.....	159
4.1. Telecomunicaciones.....	159
4.1.1. Impugnación del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración .....	159
4.1.2. Impugnación del Real Decreto 920/2006, de 28 de julio, por el que se aprueba el Reglamento general de prestación del servicio de difusión de radio y televisión por cable .....	159
4.1.3. Impugnación del Decreto 361/2002, de 24 de diciembre, de la Generalidad de Cataluña, por el que se aprueba el sistema de señalización orientativa de los programas de televisión.....	160
4.2. Derecho de la competencia.....	160
4.2.1. Operaciones de concentración. Suspensión de derechos políticos por no formulación de OPA..	160
4.3. Industria y energía.....	161
4.3.1. Impugnación del Real Decreto número 1634/2006, de 29 de diciembre, sobre la tarifa eléctrica para 2007.....	161
4.3.2. Impugnación del Real Decreto 1068/2007, de 27 de julio, por el que se regula la puesta en marcha del suministro de último recurso en el sector del gas natural.....	162
5. DERECHOS FUNDAMENTALES.....	162
5.1. Derechos a la intimidad del domicilio: vulneración por falta de acción de la Administración para evitar el ruido producido por el sobrevuelo de aviones .....	162
5.2. Derecho a la libertad de expresión y de información, y derecho de acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos: denegación de intervención de Partido político en debates celebrados en la televisión pública .....	163
5.3. Personal militar: retribuciones. Tratamiento diferenciado no razonable .....	164
5.4. Educación. Módulos de los ciclos formativos de formación profesional. Discriminación para los centros privados respecto de los públicos .....	165

	<i>Página</i>
5.5. Educación. Asignatura de «educación para la ciudadanía». Objeción de conciencia .....	166
5.6. Libertad religiosa y protección de datos personales. Petición de cancelación de anotación de bautismo en el libro de bautismos de la parroquia. los Libros de Bautismo no constituyen ficheros en los claros y específicos términos en que se consideran tales por la LO 15/99 ....	168
6. EXPROPIACIÓN FORZOSA .....	169
6.1. Proyecto de ramal ferroviario aprobado por RENFE para acceder a un polígono industrial en Zaragoza. No lleva aparejado la declaración de la utilidad pública ni la urgente ocupación .....	169
6.2. Expropiación del derecho a constituir una servidumbre de paso para Oleoducto. Instalación de cable de fibra óptica junto al oleoducto no prevista en el correspondiente proyecto: deber de reflejar en el proyecto de obras y servicios todos los aspectos para los que se requiere la expropiación, y necesidad de que el justiprecio comprenda también este segundo destino del derecho de servidumbre .....	170
6.3. Solicitud de retasación: naturaleza jurídica. Régimen del silencio administrativo .....	171
6.4. Expropiación de gasolinera ubicada en terrenos de dominio público. El derecho de ocupación del suelo público no ha sido puesto en cuestión, por las vías adecuadas para ello, antes de la iniciación del procedimiento expropiatorio, por lo que es preciso incluirlo entre los bienes y derechos expropiados y, por consiguiente, incluir su valor en el justiprecio .....	172
6.5. Radial 2 Tramo Eje Norte-Sur. Clasificación de terrenos expropiados como suelo urbanizable programado. Consiguiente valoración según art. 27.2 de la Ley 6/98 .....	173
7. EXTRANJERÍA Y ASILO .....	175
7.1. Reconocimiento del derecho de asilo por apreciarse indicios de que la recurrente sufre un temor fundado de persecución y extorsión por los grupos paramilitares en Colombia, y no se ha demostrado que pueda sustraerse a ello cambiando de residencia en su propio país. Doctrina sobre el llamado «desplazamiento interno» .....	175
7.2. Reconocimiento del derecho de asilo a mujer procedente de Nigeria por apreciarse indicios suficientes de	

	que la recurrente sufre una persecución por su pertenencia al género femenino que le impone un matrimonio no deseado y le ha mutilado un órgano genital.....	176
7.3.	Reconocimiento del derecho de asilo por apreciarse indicios suficientes de persecución por parte de grupos no identificados pero con organización permanente y constante en el tiempo, cuyas acciones la Administración Pública de Colombia no puede prevenir. Importancia capital concedida a un informe de la policía colombiana .....	178
7.4.	Revocación del derecho de asilo. Revocación respecto de la concesión del derecho por los Tribunales. Causas de denegación y revocación. Prueba para revocación por razones de seguridad nacional .....	179
8.	FUNCIÓN PÚBLICA.....	181
8.1.	Falta de asistencia a la segunda prueba de un proceso selectivo para ingreso en el Cuerpo de Titulados Superiores de la Generalidad de Cataluña. Apreciación de fuerza mayor .....	181
8.2.	Período de prácticas para acceso a la función pública. Necesidad de motivación tanto del informe desfavorable como de la resolución que declara la pérdida del derecho a ser nombrado funcionario de carrera.....	182
8.3.	Pruebas selectivas para ingreso en Cuerpo Superior de Funcionarios de Comunidad Autónoma. Exigencia de un idioma. No se trata de un requisito desproporcionado o irrazonable.....	183
8.4.	Ingreso en el Cuerpo de Gestión de la Generalidad de Cataluña. Valoración como mérito de la experiencia profesional. Válida utilización de un concepto jurídico indeterminado si la convocatoria ofrece elementos para su individualización .....	184
8.5.	Establecimiento de comisiones de seguimiento reservadas a los firmantes de un Acuerdo. Derecho a la libertad sindical de los sindicatos no firmantes. Vulneración si las comisiones tienen funciones normativas.....	185
8.6.	Acatamiento de la Constitución. Obligación de carácter individual por cada miembro de las fuerzas y cuerpos de seguridad. Aplicación a la ertzaintza. Deber del Gobierno vasco de exigir dicho cumplimiento .....	186

	<i>Página</i>
9. PODER JUDICIAL. ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.....	186
9.1. Ingreso en la Carrera Judicial. Convocatoria Cuarto turno para plazas de lo Social. Cómputo de méritos....	186
9.2. Objeción de Conciencia del Juez Encargado del Registro Civil respecto de los expedientes matrimoniales de personas del mismo sexo.....	187
9.3. Medidas de refuerzo en la titularidad de los órganos judiciales. Potestad organizativa del CGPJ previa ponderación global de intereses y necesidades de la Administración de Justicia.....	189
9.4. Acuerdo del Pleno del CGPJ por el que se aprueba el Protocolo de Funcionamiento y Actuación de las Oficinas de Señalamiento Inmediato. Inadmisión por no resultar actividad administrativa susceptible de recurso contencioso-administrativo. Distinción entre actuaciones propias de la Administración de la Administración de Justicia y de las propias del gobierno interno de Tribunales y Juzgados .....	190
9.5. Acuerdo de la Comisión de Selección de las pruebas de ingreso en las Carreras Judicial y Fiscal. Convocatoria de plazas para las Carreras Judicial y Fiscal. Reserva de plazas para personas con discapacidad .....	191
9.6. Sanción disciplinaria impuesta a Magistrado por manifiesta falta de motivación de las sentencias. Análisis del concepto .....	193
10. PROPIEDADES ESPECIALES.....	194
10.1. Propiedad industrial: patentes y marcas. Obligación de notificar el contenido íntegro del acto, incorporando al expediente la acreditación de la notificación efectuada en los procedimientos seguidos ante la Oficina Española de Patentes y Marcas .....	194
11. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL .....	196
11.1. Responsabilidad de la Administración por los perjuicios irrogados a un establecimiento hotelero durante la realización de obras de ampliación del metro de Madrid a las puertas del hotel .....	196
11.2. Reclamación de resarcimiento hecha valer por el gremio de productores de aceite de oliva, a raíz de la anulación judicial de la alerta alimentaria sobre los aceites de orujo de aceituna, declarada por el Ministerio de Sanidad y Consumo en julio de 2001 .....	197

	<i>Página</i>
11.3. Posición de la Comisión Nacional del Mercado de Valores frente a la gestión de los intereses patrimoniales de los inversores.....	198
11.4. Indemnizabilidad de los honorarios satisfechos al Letrado que consigue, en nombre de su cliente, la revocación de liquidaciones, bien en la vía de gestión, bien en la económico-administrativa .....	199
11.5. Deber de la Administración contratista de manifestarse sobre la imputación de responsabilidad, en relación con los daños ocasionados a terceros en la ejecución del contrato de obra. Sentido del silencio administrativo frente a la reclamación del tercero perjudicado.....	201
12. TRÁFICO Y SEGURIDAD VIAL .....	202
12.1. Real Decreto 62/2006, de 27 de enero por el que se modifica el Reglamento General de Conductores aprobado por Real Decreto 772/1997. «Pérdida de puntos»: naturaleza jurídica y régimen de su impugnación .....	202
13. URBANISMO Y MEDIO AMBIENTE.....	203
13.1. Medio ambiente .....	203
13.1.1. Aprobación de los Planes Directores de los Planes de Emergencia Nuclear Exteriores a las Centrales Nucleares. Omisión de trámite de audiencia a la asociación que agrupa a los municipios afectados.....	203
13.1.2. Acuerdo de asignación individual de derechos de emisión de gases de efecto invernadero para el trienio 2005-2007. Anulación por falta de motivación.....	204
13.1.3. Competencias de las Comunidades Autónomas para establecer medidas de protección ambiental en las aguas exteriores o mar territorial .....	205
13.1.4. Declaración de Lugar de Importancia Comunitaria (LIC). La propuesta dirigida por una Comunidad Autónoma a la Comisión Europea es susceptible de impugnación autónoma y directa ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.....	205
13.2. Urbanismo.....	206
13.2.1. Distinción entre el suelo urbano consolidado y el no consolidado .....	206

	<i>Página</i>
13.2.2. Régimen del silencio administrativo en las licencias urbanísticas.....	206
13.2.3. Usos urbanísticos lucrativos permisibles en la zona de servicio de los puertos de interés autonómico.....	207
13.2.4. Obligación de reiterar el trámite de información pública en la aprobación de los planes.....	207
13.2.5. Suspensión cautelar de instrumentos de planeamiento urbanístico impugnados ante la jurisdicción contencioso-administrativa.....	208
13.2.6. Derecho de la junta de compensación a exigir el reintegro por las empresas suministradoras de agua y energía eléctrica de los costes de ejecución de las redes de abastecimiento previstas en el proyecto de urbanización.....	209
13.2.7. Extensión y transmisión de la acción pública urbanística en la impugnación de planes.....	210
13.2.8. Obligación de publicar las «fichas de características» de los distintos ámbitos de gestión del plan general de ordenación urbana como presupuesto necesario para su entrada en vigor.....	211
13.2.9. Alcance de la suspensión de licencias derivada de la aprobación inicial de la modificación del planeamiento. No comprende las de instalación de antenas de telefonía móvil.....	211
<b>II. TRIBUTARIO .....</b>	<b>212</b>
1. IRPF. VENTA DE ACCIONES DE «LA CRUZ DEL CAMPO, SA.». INTERPRETACIÓN DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS CONFORME A LA INTENCIÓN DE LAS PARTES. NEGOCIO INDIRECTO, MANDATO Y FIDUCIA. DESESTIMACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN .....	212
2. IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES. EXTEMPORANEIDAD DEL RECURSO DE ALZADA DEL DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE INSPECCIÓN DE LA AEAT .....	213
3. IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES. LA REMUNERACIÓN DE LOS MIEMBROS DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN SÓLO RESULTA DEDUCIBLE CUANDO LOS ESTATUTOS HAYAN ESTABLECIDO SU CUANTÍA DE FORMA DETERMINADA O PERFECTAMENTE DETERMINABLE. DICHA REGLA RESULTA APLICABLE INCLUSO RESPECTO DE LOS CONSEJEROS QUE, DESARROLLANDO ÚNICAMENTE LAS ACTIVIDADES PROPIAS DE	

	<i>Página</i>
SU CARGO, HAYAN SIDO DADOS DE ALTA POR LA SOCIEDAD EN LA SEGURIDAD SOCIAL .....	215
4. EXTENSIÓN DE EFECTOS DE SENTENCIAS EN MATERIA TRIBUTARIA...	217
5. TASA A LOS OPERADORES DE TELEFONÍA MÓVIL. LEGALIDAD DE LA ORDENANZA FISCAL DEL AYUNTAMIENTO DE BADALONA QUE IMPONE UNA TASA POR UTILIZACIÓN PRIVATIVA O APROVECHAMIENTO ESPECIAL DEL DOMINIO PÚBLICO LOCAL REALIZADA POR EMPRESAS OPERADORES DE TELEFONÍA MÓVIL .....	220
<b>III. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO .....</b>	<b>223</b>
1. INADMISIÓN DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO AL AMPARO DEL ARTÍCULO 51 LJCA. SU APLICACIÓN NO SE LIMITA A UN MOMENTO PROCESAL CONCRETO Y TASADO .....	223
2. REQUERIMIENTO DEL ARTÍCULO 44 LJCA. REGLAS PARA EL CÓMPUTO DEL PLAZO DE DOS MESES QUE EN ÉL SE ESTABLECE .....	224
3. NO APORTACIÓN POR LA MERCANTIL ACTORA DEL DOCUMENTO QUE ACREDITE QUE EL ÓRGANO SOCIETARIO FACULTADO PARA ELLO HUBIERA DECIDIDO EJERCITAR LA ACCIÓN. INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 45.2.D), 45.3 Y 138 DE LA LEY DE LA JURISDICCIÓN EN LO RELATIVO A SI PERMITEN QUE EL JUEZ O TRIBUNAL, SIN HACER UN PREVIO REQUERIMIENTO DE SUBSANACIÓN, ACOJA EN SU SENTENCIA UNA CAUSA DE INADMISIBILIDAD COMO ESA CUANDO LA MISMA SÍ FUE ALEGADA EN EL ESCRITO DE CONTESTACIÓN A LA DEMANDA .....	224
4. VÍA DE HECHO: DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO .....	226

Como en años anteriores, la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha mantenido un ritmo de resolución de asuntos muy elevado. Este dato, unido a la diversidad de materias que se atribuyen al conocimiento de la Sala, tanto en instancia única como en casación, y a la complejidad de los litigios que ante ella se sustancian, hace difícil seleccionar resoluciones concretas para el marco forzosamente limitado de esta «crónica», pues, junto a las que a continuación se expondrán, podrían haberse resaltado otras muchas de similar enjundia y trascendencia social y jurídica. No cabe, por tanto, sino enfatizar, como asimismo se ha hecho en las «crónicas» de los años judiciales precedentes, que la relación que sigue tiene un carácter básicamente ejemplificativo de los variados ámbitos sobre los que ha extendido la Sala su labor jurisdiccional, al margen de cualquier pretensión de exhaustividad.

---

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 Dña. Susana BOKOBO MOICHE, Dña. Margarita Diana FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Dña. Carmen FERNÁNDEZ MONTALVO GARCÍA, Dña. María Africa HERRERA ALONSO, Dña. Cristina GÓMEZ DEL VALLE RODRÍGUEZ, D. Juan Carlos GONZÁLEZ BARRAL, D. Francisco de COMINGES CÁCERES, D. José Luis FERNÁNDEZ CORTÉS y D. Tomás NAVALPOTRO BALLESTEROS, Letrados del Gabinete Técnico, bajo la coordinación de D. Pedro ESCRIBANO TESTAUT, y bajo la supervisión del Excmo. Sr. D. Ramón TRILLO TORRES, Presidente de la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

## I. ADMINISTRATIVO

### 1. Acto y procedimiento administrativo

#### ***1.1. La propuesta del Parlamento de Cataluña de modificación de Ley Orgánica por la que se establece el Estatuto de Autonomía de Cataluña no se considera acto sujeto al Derecho Administrativo, ni se considera a la Mesa del Parlamento como Administración Pública***

La STS, Sec. 7.<sup>a</sup>, 02/03/2009, RC 1846/2006, analiza la inadmisión, por el Tribunal de instancia, del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Parlamento de Cataluña y la Mesa del Parlamento de Cataluña por la aprobación de la propuesta de proposición de Ley Orgánica por la cual se establece el Estatuto de Autonomía de Cataluña y se deroga la LO 4/1979 de 18 de diciembre. El Tribunal Supremo considera ajustada a Derecho esta inadmisión, pues *«ni el Parlamento de Cataluña es una Administración Pública, ni la aprobación de la propuesta de Ley Orgánica es un acto sujeto a Derecho Administrativo. Por su parte, la invocación del artículo 10.1 c) de la Ley 13/1998 está absolutamente fuera de lugar porque la competencia que atribuye a las Salas territoriales de lo Contencioso Administrativo para conocer de los recursos contra los actos y disposiciones de los órganos de gobierno de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas se limita a los que versen sobre las materias de personal, administración y gestión patrimonial, incluidos expresamente en el ámbito de la Jurisdicción Contencioso Administrativa por el artículo 1.3 a) de su Ley reguladora. La aprobación de la propuesta de Estatuto de Autonomía, no parece necesario explicarlo, nada tiene que ver con ese tipo de actos y disposiciones. Tampoco, cabe considerar que nos encontremos ante un supuesto de delegación legislativa ni cabe calificar bajo ningún concepto de disposición de rango inferior a la Ley a la mencionada propuesta. En efecto, la propuesta en cuestión es, simplemente, la manifestación del ejercicio por el Parlamento de Cataluña de la facultad que le reconocía el artículo 56.1 del Estatuto de Autonomía de 1979 sin más destinatario que las Cortes Generales ni otra eficacia que la de dar lugar a la continuación en ellas del procedimiento de reforma estatutaria. Como su propia denominación indica, se trata de una «propuesta» y, en cuanto tal, no surte ningún efecto distinto del indicado. Así, pues, su aprobación por el Parlamento de Cataluña y su remisión al Congreso de los Diputados no puede ser revisada por los Tribunales de este orden jurisdiccional y afir-*

*marlo rotundamente no supone desconocer el ámbito sometido a su control sino, por el contrario, respetarlo. (FJ 3.º)*

***1.2. Litigios entre Administraciones Públicas. Naturaleza jurídica del «requerimiento» del artículo 44 LJCA. Inaplicabilidad de la regla del artículo 110 LRJ-PAC.***

La STS, Sec. 5.<sup>a</sup>, 25/05/2009, RC 4808/2005, analiza si cuando nos hallamos ante una controversia entre Administraciones Públicas, y una Administración interpone recurso de alzada contra la decisión de la otra, infringiendo lo dispuesto en el artículo 44 LJCA, cabe dar a esa impugnación la consideración de «requerimiento» de los previstos en ese artículo 44, por aplicación de la regla procedimental del art. 110.2 LRJ-PAC. Pues bien, la Sala responde que no, porque el art. 110.2 se refiere a los recursos administrativos, pero los requerimientos contemplados en el artículo 44 de la Ley de la Jurisdicción no son recursos administrativos ni participan de la naturaleza de estos. Tales requerimientos responden a un mecanismo de acuerdo y entendimiento entre Administraciones Públicas para evitar litigios, en el marco de los principios constitucionales de coordinación y colaboración que han de presidir las relaciones entre dichas Administraciones. A través de ellos se busca dar a la Administración requerida la posibilidad de reconsiderar sus decisiones y así procurar una solución que soslaye el conflicto; pero por su carácter de técnicas de acuerdo y entendimiento no son ni por su naturaleza ni por su tramitación cauces impugnatorios como los recursos administrativos. Más aún, añade la Sala, la no extensión de la regla procedimental del artículo 110.2 LRJ-PAC a los requerimientos del artículo 44 LJCA resulta lógica si se tiene en cuenta que el artículo 44 LJCA limita su aplicabilidad a los litigios entre Administraciones y no se extiende, por tanto, a litigios entre Administraciones y particulares. Desde esta perspectiva, *«se entiende que no sea de aplicación a este precepto la regla del artículo 110.2, pues la previsión garantista incorporada al art. 110.2 se justifica primordialmente por el hecho de que en el procedimiento administrativo, a diferencia del contencioso-administrativo, no es preceptiva la asistencia letrada de los interesados, por lo que estos pueden comparecer y actuar sin asesoramiento jurídico, siendo por ende lógico que al no poderseles exigir un conocimiento acabado de las normas jurídico-administrativas se favorezca la superación y/o subsanación de defectos formales en la presentación de sus escritos. De ahí que se enfatice el principio «pro actio-*

*ne» y se procure dar a la impugnación administrativa el cauce adecuado para su definitivo examen y resolución por encima de deficiencias formales en su calificación. Por el contrario, las Administraciones Públicas, y singularmente la Administración General del Estado, se encuentran en este punto en una posición diferente a la de la generalidad de los ciudadanos, pues disponen de personal técnico y jurídico sobradamente formado en estas cuestiones, de manera que cabe exigirles un mayor rigor en la articulación de sus escritos y, específicamente, el debido conocimiento de una regla básica como es la del tan citado artículo 44, no existiendo pues, cuando se trata de las controversias entre Administraciones a que se refiere este último precepto, la razón justificativa de la previsión legal del artículo 110 LRJ-PAC» (FJ 8.º).*

***1.3. Interpuesto recurso de alzada contra una resolución sancionadora, el transcurso del plazo de tres meses para la resolución del mismo no supone que la sanción gane firmeza ni que se convierta en ejecutiva, de modo que no puede iniciarse el cómputo del plazo de prescripción de la sanción***

La STS, Sec. Quinta, 22/09/2008, RCIL 69/2005, señala, en relación con un litigio atinente a materia sancionadora, que el transcurso del plazo legalmente previsto para la resolución del recurso de alzada no determina la firmeza del acto administrativo sancionador sino que únicamente habilita al interesado para interponer recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta del recurso de ese alzada, toda vez que en la normativa procedimental aplicable al caso «la desestimación por silencio administrativo tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente» (artículo 43.3 de la Ley 30/1992 redactado por Ley 4/1999), subsistiendo en todo caso el deber que el artículo 42.1 de la misma ley impone a la Administración de resolver expresamente y sin que esa ulterior resolución expresa quede predeterminada por el sentido negativo del silencio (artículo 44.4.b] de la Ley 30/1992, redactado también por la Ley 4/1999). De otra parte, el artículo 138.3 de la misma Ley 30/1992 establece que «la resolución será ejecutiva cuando ponga fin a la vía administrativa», lo que significa que la resolución sancionadora carece de ejecutividad mientras no se resuelva el recurso administrativo dirigido contra ella; y durante este período no

cabe apreciar la prescripción de la sanción pues según el artículo 132.3 de la propia Ley 30/1992 el plazo de prescripción de las sanciones no comienza a computarse hasta que no adquiera firmeza la resolución que impuso la sanción. Así las cosas, concluye la Sala, *«la tardanza de la Administración en la resolución del recurso de alzada, aparte de permitir que el interesado formule impugnación en vía jurisdiccional contra la desestimación presunta, podrá tener diversas consecuencias, como pueden ser la responsabilidad personal de la autoridad o funcionario negligente o la responsabilidad patrimonial de la Administración incumplidora, pero en ningún caso esa tardanza determinará la firmeza ni, por tanto, la ejecutividad de la resolución sancionadora; y sin ello no podrá iniciarse el cómputo del plazo de prescripción de la sanción»* (FJ 4.º). Por eso, con estimación del recurso de casación en interés de la ley, declara el Tribunal Supremo como doctrina legal *«que interpuesto recurso de alzada contra una resolución sancionadora, el transcurso del plazo de tres meses para la resolución del mismo no supone que la sanción gane firmeza ni que se convierta en ejecutiva, de modo que no puede iniciarse el cómputo del plazo de prescripción de la sanción.»*

## 2. Colegios profesionales

### 2.1. *Prohibición de establecimiento de cuota litis en sentido estricto. Conducta prohibida: fijación de precios mínimos contraria al Derecho de la competencia*

La STS, Pleno, 04/11/2008, RC 5837/2005, estudia el problema de la prohibición de la llamada «cuota litis en sentido estricto», entendida como procedimiento para determinar los honorarios del Letrado, consistente en que dichos honorarios consistirían únicamente en un determinado porcentaje de los beneficios obtenidos, sin contemplar ninguna contraprestación por la labor profesional realizada en caso de que se pierda el pleito. La Sala constata que la regulación prohibitiva controvertida supone que no queda prohibida la cuota litis como sistema de minutar los honorarios profesionales del Abogado, pues a tenor de dicha regulación resulta admisible acordar el cobro según resultados siempre que se incluya en todo caso una cantidad mayor o menor como contraprestación por la labor profesional realizada; de manera que lo que se prohíbe, en realidad, no es tanto cobrar por resultados, sino más bien cobrar sólo por resultados, por el riesgo de que esto suponga no obtener una remuneración razonable por

la labor profesional, es decir, por el riesgo de que no se llegue a cobrar nada por ella o sólo una cantidad manifiestamente inferior a lo que pudiera entenderse como unos honorarios mínimos razonables. Por ello, *«la consecuencia es que la prohibición de la cuota litis en sentido estricto supone imponer la obligación de minutar al menos unos honorarios profesionales mínimos que puedan ser considerados razonables o suficientes, con independencia de que además se pueda haber pactado una contraprestación según resultados»*. Visto, pues, que *«la prohibición de la cuota litis en sentido estricto implica la obligación de fijar unos honorarios mínimos con independencia de los resultados y se excluye, por el contrario, con carácter general no cobrar o cobrar exclusivamente por resultados. Y paralelamente se limita la libertad de fijación de cuantía y forma de cobrar en esa misma medida, puesto que tal libertad implica la posibilidad de no cobrar en caso de pérdida del pleito o de otros pactos entre cliente y abogado»*, la Sala concluye que la prohibición de la cuota litis en sentido estricto *«choca frontalmente con lo establecido en el artículo 1.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia que prohíbe la fijación directa o indirecta de precios así como la de otras condiciones comerciales o de servicio. No cabe duda, en efecto, que la prohibición de la que se habla supone una fijación indirecta de precios mínimos que impide la libertad por parte del profesional de condicionar su remuneración a un determinado resultado positivo. Supone también y por ello mismo una limitación en cuanto a las condiciones en que se presta el servicio profesional. Por las mismas razones se incumple lo prevenido en la Ley de Colegios Profesionales al determinar que el ejercicio de las profesiones colegiadas se ha de realizar en régimen de libre competencia y sujeto «en cuanto a la oferta de servicios y la fijación de su remuneración» a las previsiones de la Ley de Defensa de la Competencia (artículo 2.1, segundo párrafo) y, que los acuerdos, decisiones y recomendaciones de los Colegios con trascendencia económica han de observar los límites del referido artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia»* (FJ 6.º).

### **3. Contratación administrativa**

#### **3.1. Sentido del silencio administrativo ante peticiones deducidas por el contratista durante la vigencia del contrato**

La STS, Sec. 4.ª, 17/12/2008, RC 2864/2005, delimita el alcance del sentido del silencio administrativo en la contratación administrativa. En primer lugar, recuerda el tenor de la sentencia del Pleno de la Sala de 28

de febrero de 2007, que aclaró que el artículo 43 de la Ley 30/1992, que otorga efectos estimatorios al silencio de la Administración, no se refiere a cualquier solicitud formulada por un interesado ante la Administración, sino a los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, no a las que se insertan en un procedimiento ya iniciado; por el contrario, el sentido del silencio en los procedimientos iniciados de oficio se rigen por el artículo 44 del mismo texto legal, con los efectos de caducidad o silencio negativo, según el tipo de potestades ejercitadas por la Administración. En el caso resuelto por la sentencia, estamos ante un procedimiento de modificación contractual, que debe considerarse, afirma la sentencia, como iniciado de oficio, aunque medie una solicitud previa del interesado e incluso la conformidad del Director Facultativo de la obra; por ello en ese caso no existe silencio positivo.

### ***3.2. Contrato de gestión del servicio público de cocina y elaboración de comidas para pacientes de Hospital público. Cesión de personal al servicio de la Administración a la empresa concesionaria***

La STS, Sec. 4.<sup>a</sup>, 13/05/2009, RC 3121/2007, se pronuncia sobre la adecuación a derecho de una cláusula contractual del Pliego regulador del contrato de gestión del servicio público de cocina y elaboración de comidas para pacientes de un Hospital Público. En dicha cláusula se preveía de un lado que el adjudicatario prestaría el servicio contando con el personal estatutario dependiente de la Comunidad Autónoma y, de otro y complementariamente, se incluían en el objeto del contrato, como prestación a satisfacer por el adjudicatario, las sustituciones de dicho personal aportado por el Hospital en los casos de jubilación, amortización, reconversión de plazas o cualquier otra causa contemplada en la normativa vigente. Estas personas sustitutas no tendrían vinculación con la Consejería de Sanidad, sino únicamente laboral con el adjudicatario, y realizarían las funciones asignadas por este último. La sentencia considera conforme a Derecho esas cláusulas, que no vulneran el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, ni las normas sobre provisión de plazas de dicho personal. Se entiende que si la Administración puede optar por la gestión indirecta de un servicio público, también puede optar porque el personal propio que aporta a dicho servicio sea sustituido, en caso de producirse una baja, por los medios personales contratados por el concesionario y ello porque estamos ante el ejercicio de una potestad discrecional, como es la potestad de autoorganización.

### ***3.3. Fianza depositada en cuenta bancaria equivocada; subsanabilidad del cumplimiento defectuoso de requisitos***

La STS, Sec. 3.<sup>a</sup>, 01/04/2009, RC 4950/2006, estima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Sala de instancia que desestimó el recurso que había entablado el actor contra la resolución de la Subsecretaría del Ministerio de Economía por las que se resolvió el concurso público para la provisión de expendedurías de Tabaco y Timbre. Impugnó la parte actora la no admisión por la Administración de la subsanabilidad del error cometido respecto de la cuenta bancaria en la que se efectuó el depósito para participar en el concurso. Y en casación, insistió la actora en que la actuación de la Administración había infringido el artículo 81 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en relación con el artículo 88 de dicho cuerpo legal, con el artículo 81 del Reglamento de desarrollo y con la cláusula 5.2 del pliego de condiciones del concurso, al no haber admitido la subsanabilidad del error cometido respecto de la cuenta en la que se efectuó el depósito para participar en el concurso. El Tribunal Supremo estima el recurso, señalando que consta acreditado que el recurrente depositó efectivamente la fianza correspondiente en una cuenta de la que era titular el Organismo Autónomo Comisionado para el Mercado de Tabacos —cuenta en la que había que liquidar la tasa que se estipulaba en la base 1.2 del pliego de condiciones—, cuando lo cierto es que la base 1.3, párrafo segundo, del pliego de condiciones ordenaba que la fianza debía constituirse en cambio en la Caja General de Depósitos o en cualquiera de sus sucursales. Por otra parte consta también que el Comisionado tuvo pleno conocimiento y acreditación de que el concursante había efectuado el depósito de la cantidad correspondiente a la fianza, con el susodicho error en cuanto a la cuenta. Así las cosas, concluye la Sala, *«siendo así que constaba al Comisionado para el Mercado de Tabacos el abono de la fianza en una cuenta del propio organismo convocante —en la que también había que liquidar la tasa necesaria para tomar parte en el concurso— no resulta comprensible y, desde luego, es manifiestamente desproporcionado, que dicho error se califique de incumplimiento del requisito [...]. Fianza hubo y así se acreditó, aunque se hiciera defectuosamente en cuanto al lugar de depósito de la misma. No puede desconocerse, en efecto, que se acreditó cumplidamente el depósito de la cantidad exigida como fianza, que dicho depósito se efectuó precisamente bajo el concepto de la fianza requerida por el pliego de condiciones, y que la misma quedó a disposición —aunque fuera en forma errónea— del Comisionado para el Mercado de Tabacos. Tales circunstancias acreditan,*

*sin duda, de que estamos ante un cumplimiento erróneo del requisito de depósito de la fianza, no ante su incumplimiento. Así, tal como sostiene el recurrente, en aplicación de lo dispuesto en la base 5.2 del pliego de condiciones, el Comisionado debió requerir al recurrente para que en el plazo de diez días subsanase el defecto en que había incurrido al cumplir el requisito relativo a la fianza» (FJ 4.º).*

#### **4. Derecho administrativo económico**

##### **4.1. Telecomunicaciones**

###### *4.1.1. Impugnación del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración*

La STS, Sec. 3.<sup>a</sup>, 10/03/2009, RCA 61/2005, estima parcialmente el presente recurso contencioso administrativo interpuesto por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones contra el Real Decreto n.º 2966/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas; y declara la nulidad el párrafo segundo del artículo 36 y el inciso «*del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio*» del apartado 5.4 del Plan Nacional de Numeración Telefónica incluido como Anexo en dicho Real Decreto

###### *4.1.2. Impugnación del Real Decreto 920/2006, de 28 de julio, por el que se aprueba el Reglamento general de prestación del servicio de difusión de radio y televisión por cable*

La STS, Sec. 3.<sup>a</sup>, 10/02/2009, RCA 60/2006, estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Real Decreto 920/2006, de 28 de julio, por el que se aprueba el Reglamento general de prestación del servicio de difusión de radio y televisión por cable, y declara la nulidad por contrario a Derecho de su artículo 10.2, en el inciso: «*y serán responsables subsidiarios cuando se limiten a la mera difusión de canales cuya titularidad corresponda a un tercero*».

Y la STS, Sec.3.<sup>a</sup>, 11/02/2009, RCA 61/2006 estima en parte otro recurso contencioso-administrativo interpuesto contra mismo el Real

Decreto número 920/2006, de 28 de julio, del que se anula el inciso final del artículo 4.1 «*con independencia de la forma de acceso a éstos*».

*4.1.3. Impugnación del Decreto 361/2002, de 24 de diciembre, de la Generalidad de Cataluña, por el que se aprueba el sistema de señalización orientativa de los programas de televisión*

La STS, Sec. 3.<sup>a</sup>, 17/03/2009, RC 4270/2006, declara nulo por contrario a Derecho, el inciso final del artículo 2.1 c) del Decreto de la Generalidad de Cataluña 361/2002, de 24 de diciembre, en la parte que señala «*y los operadores de otros servicios de televisión cuando efectúen programación dirigida específicamente a los usuarios de Cataluña*».

**4.2. Derecho de la competencia**

*4.2.1. Operaciones de concentración. Suspensión de derechos políticos por no formulación de OPA*

La STS, Sec. 3.<sup>a</sup>, 09/02/2009, RC 2864/2006, sienta una importante doctrina acerca de la suspensión de derechos políticos derivada de lo establecido en el artículo 60 de la Ley del Mercado de Valores. Comienza la sentencia recordando que el artículo 60 de la LMV establece que quien adquiera acciones de una Sociedad cuyo capital social esté admitido a negociación en una Bolsa de Valores y alcance o supere los porcentajes establecidos en el artículo 1 sin haber promovido previamente una oferta pública de adquisición, no podrá ejercer los derechos políticos derivados de las acciones así adquiridas o que adquiera en lo sucesivo sin promover la correspondiente oferta pública de adquisición.

La mercantil recurrente sostenía que la Sala de instancia había infringido el citado artículo 60 LMV al entender que las acciones en autocartera deben excluirse de la cifra de capital social a efectos de computar las participaciones significativas que determinan la obligación de formular la OPA; pero el Tribunal Supremo recuerda, ante todo, que el art. 60 LMV tiene como finalidad la protección de los inversores de la sociedad afectada y, en particular, de los socios minoritarios. Dicho esto, puntualiza que pese a estar clara la finalidad del precepto, nada se establece ni legal ni reglamentariamente, sobre el cómputo o no de la autocartera, pero una vez

esclarecida cual es la finalidad perseguida con las OPAS, «no hay duda que ésta se consigue de manera más efectiva siendo riguroso en la exigencia de un nivel más alto en la determinación del porcentaje del 25%, máxime, si se tiene en cuenta que en el momento en que se pretende tomar el control societario, los derechos de voto inherentes a las acciones poseídas en autocartera no pueden ejercitarse, conforme indica el artículo 79.1 LSA, por lo que su cómputo determinaría que se hubiese adquirido una participación de control suficiente en ese momento, sin necesidad de formular la OPA, lo que es contrario a la finalidad perseguida en el precepto» (FJ 4.º); de manera que superado el porcentaje del 25%, mediante la exclusión de la autocartera, ya surge la necesidad de formular la OPA.

Sí que se estima, en cambio, la alegación de la actora de que era contrario a Derecho extender la suspensión de los derechos políticos a la totalidad de su participación y no sólo al 1,099% que es en lo que se superaría, en su caso, el porcentaje que impone la formulación de la OPA. Señala a este respecto el Tribunal Supremo que «el motivo debe en parte ser estimado, con base nuevamente en la finalidad perseguida por la OPA, pues si dicho régimen trata de evitar que nadie pueda hacerse con el control de una sociedad si no es a través de una OPA, ha de admitirse que dicha finalidad se consigue plenamente mediante la simple desactivación de los derechos políticos —y con ello del poder de influencia— del paquete de acciones con el que se produce el traspaso del correspondiente umbral legal.... De forma que el art. 60 LMV, al afirmar que “Quien adquiriera el volumen de acciones y alcance la participación significativa a que se refiere el párrafo primero sin la preceptiva oferta pública de adquisición no podrá ejercer los derechos políticos derivados de las acciones así adquiridas”, se refiere únicamente al último paquete de acciones que permitieron alcanzar el 25% del total con derecho a voto sin formular la OPA obligatoria, pero no a las que el infractor pudiese haber obtenido con anterioridad» (FJ 5.º)

### **4.3. Industria y energía**

#### *4.3.1. Impugnación del Real Decreto número 1634/2006, de 29 de diciembre, sobre la tarifa eléctrica para 2007*

La STS, Sec. 3.ª, 28/01/2009, RCA 37/2007, estima en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Real Decreto núme-

ro 1634/2006, de 29 de diciembre, sobre la tarifa eléctrica para 2007, declarando la nulidad de su Disposición transitoria séptima.

Y otra sentencia de la misma fecha, recaída en el **RC 42/2007**, estima en parte otro recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el mismo Real Decreto 1634/2006, declarando la nulidad del artículo 5 y de la Disposición Transitoria Séptima de dicha norma.

#### *4.3.2. Impugnación del Real Decreto 1068/2007, de 27 de julio, por el que se regula la puesta en marcha del suministro de último recurso en el sector del gas natural*

**La STS, Sec. 3.<sup>a</sup>, 21/04/2009, RCA 162/2007**, estima el recurso contencioso administrativo interpuesto contra el Real Decreto 1068/2007, de 27 de julio, por el que se regula la puesta en marcha del suministro de último recurso en el sector del gas natural, que se declara nulo por haberse omitido los necesarios informes de la Comisión Nacional de la Energía y del Consejo de Estado

## **5. Derechos fundamentales**

### *5.1. Derechos a la intimidad del domicilio: vulneración por falta de acción de la Administración para evitar el ruido producido por el sobrevuelo de aviones*

La **STS, Sec. 7.<sup>a</sup>, 13/10/2008, RC 1553/2006**, analiza la posible vulneración de los derechos a la vida y a la integridad física y moral y la lesión del derecho a la intimidad del domicilio, por falta de acción de la Administración para evitar el ruido producido por el sobrevuelo de los aviones en «Ciudad Santo Domingo» (Término municipal de Algete) en la maniobra de aterrizaje en la pista 18 R del Aeropuerto de Madrid-Barajas cuando opera en «configuración sur». Sostiene esta Sentencia, con cita en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 16 de noviembre de 2004, Caso Moreno Gómez contra España, que considera infringido el derecho de los recurrentes a su intimidad domiciliaria y a desarrollar libremente su personalidad en su morada, habida cuenta que la perturbación causada por el ruido generado por los aviones es de una entidad, naturaleza y duración suficiente para generar molestias más allá de los límites aceptables conforme a las directrices establecidas por

la OMS. Los valores máximos del ruido, tanto en el exterior como en el interior de las viviendas afectadas, son especialmente significativos y elevados, debiendo resaltarse el aspecto de que el ruido ocasionado por el sobrevuelo de aviones es especialmente molesto, ya que, no se produce de forma constante, sino a intervalos de entre dos minutos y medio y tres minutos, aumentando progresivamente, para después disminuir de forma paulatina según se aleja la aeronave. La Sentencia pone de manifiesto, así mismo, que la situación de sobrevuelo de Ciudad Santo Domingo por las aeronaves cuando llevan a cabo la maniobra de aterrizaje en Barajas en «configuración sur» no era un hecho totalmente inevitable, toda vez que existen otras rutas de aproximación al aeropuerto que no conllevan el sobrevuelo de dicha zona.

Todo lo anterior lleva a apreciar que se ha producido una vulneración del derecho fundamental a la intimidad domiciliaria, no así de los derechos a la vida y a la integridad física y moral, por lo que la estimación del recurso es parcial, ya que, conforme señala el Tribunal Constitucional, a propósito del artículo 15 de la Constitución, en su sentencia 62/2007, para que exista lesión del derecho a la integridad física o moral hace falta que los niveles de ruido a los que esté expuesto su titular causen daños graves e inmediatos en su salud o que exista «un riesgo constatado de producción cierta, o potencial pero justificado ad casum, de la causación de un perjuicio para la salud», pero aquí, sostiene la sentencia de 13 de octubre de 2008, no se ha probado que pueda llegar a producirse un riesgo tal. Tampoco hay base para pensar que no esté garantizada la seguridad imprescindible para conjurar los riesgos de manera que deje de ser relevante la posibilidad de que se traduzcan en lesión del derecho a la vida o a la integridad física de las personas.

## ***5.2. Derecho a la libertad de expresión y de información, y derecho de accesos en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos: denegación de intervención de Partido político en debates celebrados en la televisión pública***

La STS, Sec. 7.<sup>a</sup>, 06/05/2009, RRC 243/2007 y 367/2007 acumulados, en materia electoral, analiza la posible vulneración de la garantía del acceso a los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier Ente público, del derecho a la libertad de expresión y de información, así como del derecho de accesos en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos al haberse denegado la presencia e

intervención del partido político «*Ciutadans*-Partido de la Ciudadanía» en los debates sobre política municipal celebrados, en TV3 y el primera cadena de TVE en la campaña de las Elecciones Municipales de 2007, por entender, tanto la Corporación Catalana de Radio y Televisión, como RTVE, que la citada formación política carecía de representación política en las elecciones celebradas al Consistorio en 2003. Esta Sentencia, aceptando los criterios aplicados por la Junta Electoral Central, establece que tales derechos fundamentales no fueron vulnerados y que el valor del pluralismo político y social, así como el principio de igualdad, han sido respetados en el presente caso. Sostiene que si bien es cierto que el pluralismo político se traduce en la necesidad de que se hagan visible la pluralidad de los grupos políticos existentes en nuestra sociedad, no lo es menos que resulta imposible garantizar la presencia en todo momento en los medios de comunicación de naturaleza pública de la totalidad de tales grupos, de forma que resulta inevitable establecer algún tipo de restricciones o limitaciones. Por ello, el análisis se circunscribe a determinar que los criterios según los cuales se priorice a unos grupos frente a otros han de ser constitucionalmente válidos desde la perspectiva del derecho de igualdad como de las exigencias de los principios de interdicción de la arbitrariedad y seguridad jurídica.

Concluye la Sentencia que el criterio de atender a los resultados obtenidos en los anteriores comicios equivalentes o de igual clase, primero, responde a una evidente racionalidad y, por ello, no puede ser calificada de arbitraria. Segundo, la distinción entre elecciones locales y autonómicas es igualmente justificada, por tratarse de espacios políticos claramente diferenciados, por estar referidos a entes políticos que tienen distintos ámbitos competenciales, por lo que afectan, así mismo, a intereses diferenciados. Por otra parte, el dato ponderado del resultado obtenido en las anteriores elecciones locales tiene una base normativa pero, ante todo, supone fijar un criterio objetivo que contribuye a expresar con absoluta claridad cuál es el criterio seguido, eliminando la inseguridad y la desigualdad, al tiempo de no frustrar la confianza depositada por aquellos otros grupos que se acogieron a él.

### ***5.3. Personal militar: retribuciones. Tratamiento diferenciado no razonable***

La STS, Sección 7.<sup>a</sup>, 26/09/2008, RC 440/2006, declara la nulidad del Anexo VI del Real Decreto 1314/2005, de 4 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de retribuciones del personal de las Fuerzas

Armadas, al considerar que el citado Anexo dispensa un trato desigual, sin justificación razonable, al personal de Tropa de la extinta Guardia Real frente a los Oficiales y Suboficiales de la misma antigua Escala a extinguir. Señala la Sentencia que si bien el Anexo VI contiene una referencia expresa al personal de esta antigua Escala que se justifica en la necesidad de disponer de una referencia retributiva respecto de aquéllos que, estando en la reserva, no pueden todavía percibir las retribuciones previstas para tal situación, al no haber alcanzado la edad necesaria al efecto, en realidad, sólo se incluye al personal de Tropa, puesto que los Oficiales y Suboficiales de la antigua Escala de la Guardia Real ya perciben, de forma automática, las retribuciones propias de los militares, que, estando en activo, tienen su mismo nivel de empleo en el Ejército. La Sentencia estima que la justificación de este tratamiento diferenciado no es razonable, toda vez que no se fundamenta en consideraciones objetivas relativas a las características de la función o de los puestos desempeñados por los miembros de la Tropa de la antigua Escala de la Guardia Real, sino, exclusivamente, en la existencia de determinadas singularidades en su antiguo régimen retributivo. Concluye la Sentencia que, sin poder efectuar pronunciamiento expreso sobre el personal de Tropa, en la medida en que carece de complemento de empleo, la reparación de la discriminación únicamente puede operar respecto del complemento específico que perciben los Cabos Primeros, Cabos y Guardias Reales, que deben experimentar el mismo porcentaje de incremento que el aplicado al componente general del complemento específico asignado a Cabos Primeros, Cabos y soldados/marineros del Ejército/Armada que han de constituir el referente a estos efectos de la Tropa de la Guardia Real.

#### ***5.4. Educación. Módulos de los ciclos formativos de formación profesional. Discriminación para los centros privados respecto de los públicos***

La STS, Sec. 4.<sup>a</sup>, 17/02/2009, RC 5346/2006, desestima el recurso de casación interpuesto por la Junta de Andalucía contra la sentencia de instancia que estimó el recurso contencioso-administrativo que la Federación Andaluza de Centros de Enseñanza Privada interpuso contra la Orden de la Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía, de 16 de Julio de 2003, «por la que se regulan aspectos de la organización modular de los ciclos formativos de Formación Profesional especí-

fica en los centros docentes de la Comunidad Autónoma de Andalucía». La Sala de instancia acogió la pretensión deducida en la demanda y declaró nulos el artículo 2.2 y la Disposición adicional primera de dicha Orden, por no encontrar razón jurídica alguna que justificase el distinto trato que en esos preceptos se da a los Centros privados. Y el Tribunal Supremo confirma esta conclusión.

### **5.5. Educación. Asignatura de «educación para la ciudadanía». Objeción de conciencia**

La STS, Pleno, 11/02/2009, RC 948/2008, en materia del derecho a la objeción de conciencia y el derecho a la educación y la libertad de enseñanza, partiendo del examen de los antecedentes inmediatos de la materia escolar Educación para la Ciudadanía contenidos en la Recomendación (2002) 12 del Comité de Ministros del Consejo de Europa y otros documentos posteriores, tanto del Consejo de Europa, como de la Unión Europea, y, en esencia, de la consideración conjunta del pluralismo político, proclamado por el artículo 1.1 de la Carta Magna, así como la dimensión de los derechos fundamentales, derivada del artículo 10 de la misma, y tras confrontarlos con los artículos 16.1 y 27 de la Constitución, a fin de determinar si se ha producido una vulneración de éstos últimos, por el Decreto 74/2007, de 14 de junio del Principado de Asturias, el RD 1631/2006, de 29 de diciembre, que regulan la materia Educación para la Ciudadanía, entiende que el Derecho a la Educación obliga al Estado a ofrecer una instrucción e información sobre los valores democráticos tanto en la enseñanza pública como privada; y que el derecho a la libertad religiosa no es necesariamente incompatible con una enseñanza del pluralismo que transmita la realidad social de la existencia de concepciones diferentes. Dicho esto, la Sala considera que los artículos 16.1 y 27.3 de la CE implican un límite a la actividad educativa del Estado. Así, éste en el ámbito correspondiente a los principios y la moral común subyacente en los derechos fundamentales, tiene la potestad y el deber de impartirlos.

Sin embargo, dentro del espacio propio de lo que sean planteamientos ideológicos, religiosos y morales individuales, en los que existan diferencias y debates sociales, la enseñanza se debe limitar a exponerlos e informar sobre ellos con neutralidad, sin ningún adoctrinamiento, para, de esta forma, respetar el espacio de libertad consustancial a la convivencia constitucional. La sentencia concluye que no existe, empero, un de-

recho a la objeción de conciencia con carácter general, habida cuenta que, por una parte, el artículo 16.1 CE no ofrece base para reconocer un derecho a la objeción de conciencia con dicho alcance y, por otra, los precedentes en la jurisprudencia constitucional (SSTC 53/1985, 154/2002 y 177/1996 y 101/2004) no impiden alterar dicha conclusión, atendido su alcance particular.

A continuación, se descarta que, en virtud del artículo 27.3 de la Constitución, exista un derecho a la objeción de conciencia constreñido al ámbito educativo y, en concreto, sobre materias como Educación para la Ciudadanía, añadiendo la sentencia, que el artículo 27.3 permite solicitar la anulación de las normas reguladoras de una asignatura obligatoria, en tanto invadan el derecho de los padres a decidir la enseñanza que debe recibir sus hijos en materia religiosa o moral pero no permiten pedir dispensas o exenciones.

Tras ello, la Sala se pronuncia sobre si la regulación que las disposiciones generales impugnadas realizan de las asignaturas objeto de controversia va más allá de lo que permite el citado artículo 27.2 de la Constitución a los poderes públicos competentes, al atribuir los recurrentes a sus contenidos un intento de adoctrinamiento ideológico en el «relativismo», el «positivismo» y la «ideología de género», propio de regímenes «fascistas» o «marxistas-leninistas».

La sentencia afirma al respecto, que la recepción por el constituyente de los derechos fundamentales, así como del concepto nuclear de la dignidad humana afirmado en el artículo 10.1 de la Constitución y de los valores superiores anunciados en su artículo 1.1, dota al ordenamiento jurídico de un profundo contenido ético opuesto al relativismo que se le imputa, sin que la dimensión moral del orden jurídico que preside la Constitución de 1978 pueda llevar a afirmar que las únicas exigencias morales admisibles sean las plasmadas en el citado texto fundamental, pues los propios valores de libertad y pluralismo que proclama y la libertad de conciencia que garantiza, aseguran y protegen la profesión de otras ideas o creencias y la asunción de pautas morales diferentes. Se descarta, así, la connotación invalidante que atribuyen los recurrentes al positivismo, puesto que el ordenamiento positivo que sustenta la Constitución no es indiferente al sentido de sus normas ni consiste en un precipitado arbitrario de ideas inventadas o ajenas a la sociedad: al emanar de ella, expresa sus valores o las denominadas condiciones indeclinables de la convivencia. Por todo ello, se priva de fuerza impugnatoria a la men-

ción que se realiza a la Declaración Universal de los Derechos Humanos como referente ético en el Anexo I del Decreto 74/2007 ya que no hay duda de la dimensión ética de esos derechos y puesto que lo que se pretende es que el alumno reconozca, comprenda y respete los valores y principios que la animan y sea capaz de razonar a partir de ellos a la hora de decidir libremente cómo ejerce su condición de ciudadano, no pudiéndose olvidar que el pleno desarrollo de la personalidad en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales es el objeto que asigna a la educación el artículo 27.2 de la Constitución.

Tras ello, la Sentencia realiza una serie de precisiones en relación con la denominada ideología de género; los objetivos asignados a la Educación para la Ciudadanía; las menciones a los afectos y a los sentimientos y los criterios que han de observarse para realizar la evaluación de la materia controvertida, para concluir afirmando que, por los motivos expuestos, las normas cuestionadas no pueden ser tachadas de inconstitucionales.

No obstante, se precisa que las ulteriores concreciones de los contenidos de la materia Educación para la Ciudadanía a través del proyecto educativo de cada centro, de los textos que se utilicen y de la manera en que se expongan, deberán moverse dentro de los límites sentados por el artículo 27.2 de la Constitución sin que, de ningún modo, se puedan deslizar en el adoctrinamiento por prescindir de la objetividad, exposición crítica y del respeto al pluralismo imprescindibles y que, cuando proyectos, textos o explicaciones incurran en tales propósitos desviados de los fines de la educación, ese derecho fundamental les hace acreedores de la tutela judicial efectiva, preferente y sumaria, que han de prestarles los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo.

***5.6. Libertad religiosa y protección de datos personales. Petición de cancelación de anotación de bautismo en el libro de bautismos de la parroquia. Los Libros de Bautismo no constituyen ficheros en los claros y específicos términos en que se consideran tales por la LO 15/99***

La STS, Sec. 6.<sup>a</sup>, 19/09/2008, RC 6031/2007, examina una solicitud de cancelación de anotación de bautismo en el Libro de Bautismos. Declara la Sala que los Libros de Bautismo no constituyen ficheros en los

claros y específicos términos en que se consideran tales por la LO 15/99 (art. 3.b.), recogiendo igualmente la definición de estos plasmada en el art. 2 de la Directiva 95/46 CE.

## 6. Expropiación forzosa

### **6.1. Proyecto de ramal ferroviario aprobado por RENFE para acceder a un polígono industrial en Zaragoza. No lleva aparejado la declaración de la utilidad pública ni la urgente ocupación**

La STS, Sec. 6.<sup>a</sup>, 20/10/2008, RC 1536/2005, se plantea si un proyecto de un ramal ferroviario, aprobado por RENFE (luego ADIF) para acceder a un polígono industrial puede beneficiarse de la norma contenida en el artículo 153, apartado 1, de la Ley 16/1987 y su aprobación llevar implícitas, a efectos expropiatorios, la declaración de utilidad pública o de interés social y la urgencia de la ocupación de los terrenos necesarios. Pues bien, la Sala puntualiza que tanto las declaraciones implícitas o tácitas de la utilidad pública o del interés social de un determinado proyecto, como la tramitación de la expropiación por el procedimiento de urgencia, constituyen singularidades de las reglas generales contempladas por el legislador, *«por lo que, necesariamente, han de ser objeto de una interpretación estricta, que no se compadece con exégesis tendentes a aplicar la dispensa, de forma extensiva y analógica, a supuestos distintos de los estrictamente contemplados por el legislador»* (FJ 3.º). Sobre esta base, realiza la Sala un cuidadoso análisis de los preceptos concernidos de la Ley 16/87, que le lleva a concluir que *«la tesis de ADIF carece del más mínimo apoyo, sin que de ninguna manera pueda prosperar. Su línea argumental pasa por equiparar, en virtud del artículo 240 del Reglamento, un ramal como el litigioso con la ampliación de una línea preexistente, atribuyendo al acto de aprobación, que realiza la entidad encargada de administrar las infraestructuras ferroviarias, a la sazón RENFE, los mismos efectos que el artículo 153 de la Ley 16/1987 anuda a los proyectos aprobados por el Ministerio o por el Gobierno. Esta forma de abordar la cuestión colisiona con dicha Ley, que, como indica la sentencia impugnada, no admite, teleológica, sistemática ni literalmente, la interpretación defendida en este motivo de casación»* (FJ 4.º). En definitiva, señala la sentencia del Tribunal Supremo que el pronunciamiento de la Sala de instancia, en cuanto anula el acto recurrido por traer causa de un proyecto aprobado por RENFE que no lleva apare-

jada la declaración de utilidad pública ni la urgente ocupación, aparece plenamente ajustado a derecho, por lo que este motivo, y con él el recurso de casación, ha de desestimarse.

**6.2. Expropiación del derecho a constituir una servidumbre de paso para Oleoducto. Instalación de cable de fibra óptica junto al oleoducto no prevista en el correspondiente proyecto: deber de reflejar en el proyecto de obras y servicios todos los aspectos para los que se requiere la expropiación, y necesidad de que el justiprecio comprenda también este segundo destino del derecho de servidumbre**

La STS, Sec. 6.<sup>a</sup>, 11/11/2008, RC 3190/2005, resuelve un recurso de casación referido a la expropiación del derecho a constituir una servidumbre de paso para el Oleoducto Cartagena-Puertollano sobre dos fincas propiedad de un particular. La sentencia combatida en casación condenó a la beneficiaria a retirar el cable de fibra óptica que había instalado junto al oleoducto. Y la beneficiaria y recurrente en casación, Repsol Petróleo S.A, alegó en su recurso de casación que la disposición adicional 19.<sup>a</sup> de la Ley de Hidrocarburos de 7 de octubre de 1998 da cobertura suficiente para, utilizando la servidumbre de paso a favor del oleoducto, instalar además líneas y equipos de telecomunicación. El Tribunal Supremo, sin embargo, desestima el recurso, señalando, ante todo, primero, que la sentencia impugnada tiene por probado que la instalación del cable de fibra óptica junto al oleoducto no estaba prevista en el correspondiente proyecto, el cual contemplaba un sistema de control por satélite que no necesita dicho cable; segundo, que las bandas de cuatro metros a ambos lados del oleoducto, también incluidas en la expropiación, cumplen una finalidad de seguridad, sin estar destinadas a la instalación de otros elementos; y tercero, que la autorización del Ministerio de Fomento para la instalación del cable de fibra óptica mencionada por la beneficiaria no estaba incluida en el proyecto. Sobre esta base, analiza la Sala la citada disposición adicional 19.<sup>a</sup>, y concluye que *«este precepto legal permite, aprovechando la servidumbre de paso a favor del oleoducto, instalar equipos de telecomunicaciones incluso cuando no estén relacionados con la seguridad y el mantenimiento del propio oleoducto. La disposición adicional 19.<sup>a</sup> de la Ley de Hidrocarburos permite, en otras palabras, considerar que la instalación de tales equipos de telecomunicaciones es de utilidad pública. Ahora bien, ello no exime del cumplimiento de lo previsto por el art. 17 LEF, es decir, del deber de reflejar en*

*el proyecto de obras y servicios todos los aspectos para los que se requiere la expropiación. Dado que en el presente caso consta que el correspondiente proyecto no mencionaba la instalación del cable de fibra óptica, es claro que ésta carecía de cobertura en el acuerdo expropiatorio y, por tanto, es ilegal» (FJ 5.º).* Más aún, añade el Tribunal Supremo, incluso si la instalación del cable de fibra óptica junto al oleoducto hubiese estado contemplada en el proyecto de obras y servicios, habría sido necesario que el justiprecio comprendiera también este segundo destino del derecho de servidumbre expropiado, pues no cabe sostener que, como el espacio ha sido expropiado y permite físicamente la presencia de otros elementos, la beneficiaria puede libremente proceder a su instalación, ya que ello significaría obtener una utilidad adicional del bien, por la que el expropiado no habría obtenido compensación alguna; es decir, supondría un enriquecimiento injustificado del beneficiario.

### ***6.3. Solicitud de retasación: naturaleza jurídica. Régimen del silencio administrativo***

La STS, Sec. 6.ª, 09/12/2008, RC 4454/2005, aborda dos cuestiones relevantes acerca de la retasación en las expropiaciones forzosas.

En primer lugar, la relativa a su naturaleza jurídica. Frente a lo sostenido en la sentencia de instancia, puntualiza el Tribunal Supremo que una solicitud de retasación no es ejercicio del derecho de petición, proclamado en el art. 29 CE y actualmente desarrollado en la Ley Orgánica de 12 de noviembre de 2001. pues según establece esta Ley en su art. 3, «no son objeto de este derecho aquellas solicitudes, quejas o sugerencias para cuya satisfacción el ordenamiento jurídico establezca un procedimiento específico distinto al regulado en la presente Ley»; y nadie puede dudar de que la solicitud de retasación tiene previsto un procedimiento específico en la LEF. Más aún, añade la Sala, no hay que olvidar que el derecho de petición se refiere siempre a solicitudes graciables, que quien las formula no tiene derecho alguno a ver satisfechas; y ello, como es obvio, no sucede en la retasación.

En segundo lugar, el régimen del silencio administrativo en las solicitudes de retasación. Sobre este particular, señala el Tribunal Supremo que la estimación de solicitudes por silencio administrativo queda exceptuada por el mencionado art. 43 LRJ-PAC en unos supuestos en los que no encaja a solicitud de retasación, por lo que debe entenderse que en esta materia

rige el silencio administrativo positivo. Ahora bien, matiza la Sala a continuación, «*cuestión distinta es la atinente al alcance de dicho silencio administrativo positivo, pues no puede acogerse la pretensión de los expropiados de que la valoración contenida en su hoja de aprecio se considere tácitamente estimada. Es doctrina de esta Sala que la omisión de formulación de hoja de aprecio por la Administración no supone aceptación tácita de la hoja de aprecio del expropiado. Véase, en este sentido, la reciente sentencia de 13 de octubre de 2006. No está de más añadir que la Ley de Expropiación Forzosa sólo contempla dos modos de fijación del justiprecio, al margen por supuesto de su fijación por el órgano jurisdiccional cuando el asunto llega a la vía contencioso-administrativa: el acuerdo entre las partes, o su determinación por el Jurado de Expropiación. Esto quiere decir que la Administración expropiante carece de la potestad de fijar por sí misma el justiprecio y, precisamente por ello, su silencio no puede traer como consecuencia la fijación del justiprecio: nadie puede otorgar tácitamente lo que no podría acordar de manera expresa. Dado que el alcance del silencio administrativo positivo no puede consistir en dar por tácitamente estimada la hoja de aprecio de los expropiados, su eficacia sólo puede estribar en el deber de la Administración de continuar el procedimiento de retasación, remitiendo inmediatamente el expediente –en el estado en que se halle– al Jurado de Expropiación a fin de que éste haga una nueva valoración de la finca expropiada» (FJ 8.º).*

**6.4. Expropiación de gasolinera ubicada en terrenos de dominio público. El derecho de ocupación del suelo público no ha sido puesto en cuestión, por las vías adecuadas para ello, antes de la iniciación del procedimiento expropiatorio, por lo que es preciso incluirlo entre los bienes y derechos expropiados y, por consiguiente, incluir su valor en el justiprecio**

La STS, Sec. 6.ª, 03/03/2009, RC 6242/2005, resuelve un litigio atinente a la expropiación de una gasolinera perteneciente a la recurrente, a fin de ejecutar un plan de reforma interior en la ciudad de Bilbao; gasolinera, esta, que se hallaba en unos jardines municipales, que son de dominio público. El acuerdo del Jurado Territorial de Expropiación no reconoció derecho a cantidad alguna por conceptos como el valor de la concesión administrativa de uso privativo del dominio público, al considerar que no existía una tal concesión sino que debía entenderse que la expropiada venía utilizando el suelo municipal en virtud de una mera autorización en

precario. Y la Sala de instancia rechaza asimismo que hubiera una concesión administrativa de uso privativo del dominio público, afirmando que no hay una concesión administrativa de uso privativo del dominio público, porque no ha quedado acreditado que aquella fuera otorgada en virtud de una licitación y con establecimiento de un plazo de duración; y así, concluye que debe calificarse como una simple autorización en precario y que no debe ser tenida en cuenta para la fijación del justiprecio.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación en lo concerniente a la cuestión relativa a la privación de la situación misma de ocupación del suelo público, que se había venido teniendo hasta el momento de la expropiación. El argumento de la sentencia recurrida es que dicha situación no puede calificarse de una concesión administrativa de uso privativo del dominio público porque su otorgamiento, al no haberse producido en virtud de licitación y al no haberse fijado un plazo de duración, habría sido ilegal. Pero el Tribunal Supremo manifiesta que ese argumento no es convincente, pues nadie duda que la concesión administrativa de uso privativo de dominio público exige licitación y fijación de plazo máximo, ahora bien, que un acto administrativo esté aquejado de ilegalidad no significa que sea un acto administrativo inexistente, ni que pueda ser calificado como un acto administrativo distinto del que es. En efecto, dice la Sala, tal vez el derecho de ocupación del suelo público fue otorgado de manera no ajustada a derecho; pero es lo cierto que ese derecho no había sido puesto en cuestión, por las vías adecuadas para ello, antes de la iniciación del procedimiento expropiatorio, por lo que es preciso incluirlo entre los bienes y derechos expropiados y, por consiguiente, incluir su valor en el justiprecio. A ello conviene añadir que estar aquejado de ilegalidad no transforma al acto administrativo en otro distinto del que realmente es. No es realista hablar de precariedad para describir una situación de tan larga duración, con edificación e instalaciones permanentes, y con pago anual de un canon: en estas circunstancias, no puede decirse que la Administración se limitó a tolerar una ocupación de la vía pública, sino que la expropiada tenía un derecho a hacerlo.

***6.5. Radial 2 Tramo Eje Norte-Sur. Clasificación de terrenos expropiados como suelo urbanizable programado. Consiguiente valoración según art. 27.2 de la Ley 6/98***

La STS, Sec. sexta, 12/09/2008, RC 5757/2007, reviste indudable interés por la consideración del tramo «Eje Norte-Sur del Aeropuerto de

Barajas M-50 (enlace del Jarama)», incluida en el Proyecto «Autopista de Peaje R-2 Madrid-Guadalajara» como sistema general «creador de ciudad», en la terminología acuñada por el Tribunal Supremo para valorar, como si de suelos urbanizables se tratara, aquellos suelos clasificados como no urbanizable o carentes de clasificación específica, que por su finalidad de implantar servicios que benefician al municipio —crear ciudad— «no puede hacerse a costa del sacrificio singularizado de unos propietarios», salvo que se impusiera, en función de las características de los terrenos, su clasificación como urbanos. Los antecedentes de esta sentencia, de forma resumida, fueron los siguientes:

El Jurado Provincial de Expropiación Forzosa de Madrid valoró una de las fincas afectadas por expropiación, ubicada en el término municipal de Alcobendas, a razón de 97,21 €/m<sup>2</sup>, considerando para ello que el suelo estaba clasificado en el PGOU de Alcobendas como suelo urbanizable y calificado como Sistema General Viario, e incluido en el Programa de Actuación de dicho PGOU, aplicando para ello el método previsto en el párrafo 2.º del artículo 27.1 de la Ley 6/1998.

Contra dicho acuerdo se interpuso recurso contencioso-administrativo por la propiedad de la finca, solicitando un justiprecio a razón de 266,59 €/m<sup>2</sup> y también por la beneficiaria de la expropiación, postulando que la clasificación del suelo era la de suelo urbanizable no programado y no sectorizado, y que la obra no tenía por finalidad crear ciudad, por lo que su valoración debía efectuarse como si de suelo no urbanizable se tratara, siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 26.2 de la citada Ley 6/1998, de lo que resultaba el precio de 3,01 €/m<sup>2</sup>.

El TSJ de Madrid dictó sentencia desestimando el recurso interpuesto por la propiedad y estimando parcialmente el interpuesto por la beneficiaria, fijando el precio a razón de 48,73 €/m<sup>2</sup>, resultante de aplicar el fijado por esa misma sala para el municipio de Alcalá de Henares, 32,49 y un incremento del 50% en razón de sus expectativas urbanísticas por su concreta ubicación (proximidad al núcleo urbano, a la ciudad aeroportuaria de Madrid-Barajas, a la ciudad de Madrid y a otras importantes vías de comunicación). Para ello la sentencia partió de dos presupuestos: A) que el suelo estaba clasificado como urbanizable no programado y no sectorizado y B) que el proyecto no era susceptible de crear ciudad.

Interpuesto recurso de casación por la propiedad de los terrenos y la beneficiaria, el TS estima el primero y desestima el segundo. Son aspectos importantes de esta sentencia: 1.º) que revisa la clasificación de suelo que

toma en consideración la sentencia de la Sala de instancia, al no estar apoyada en prueba alguna y resultar contraria a lo deducido de las certificaciones municipales que acreditaban: 1) la clasificación del suelo como urbanizable; y 2.º) su calificación como Sistema General Viario y 3) su inclusión el Programa de Actuación del PGOU, por todo lo cual resultaba procedente su clasificación, a efectos expropiatorios, como si de suelo urbanizable se tratara, según lo prevenido en el artículo 27.2 de la Ley 6/1998.

El tramo de la R-2 afectado sí tiene vocación de crear ciudad, entendiéndose el término ciudad no sólo el correspondiente a un municipio concreto, sino el más amplio de área metropolitana, siendo la finalidad de la infraestructura proyectada favorecer la conexión entre diferentes municipios integrados en el Área Metropolitana de Madrid y con ello facilitando el crecimiento demográfico y el desarrollo de estos núcleos de población.

## 7. Extranjería y asilo

### ***7.1. Reconocimiento del derecho de asilo por apreciarse indicios de que la recurrente sufre un temor fundado de persecución y extorsión por los grupos paramilitares en Colombia, y no se ha demostrado que pueda sustraerse a ello cambiando de residencia en su propio país. Doctrina sobre el llamado «desplazamiento interno»***

La STS, Sec. 5.ª, 02/02/2009, RC 4251/2005, en contra del criterio adoptado por la Sala de instancia, aprecia en este supuesto la existencia de los indicios suficientes, exigidos por el artículo 8 de la Ley 5/1984, al entender que: *«los documentos e informes aportados desde la vía previa por la peticionaria del asilo no constituyen una prueba plena de la persecución de que es objeto por los grupos paramilitares en Colombia, pero sí son indicio suficiente, atendido el caso concreto, de que sufre dicha persecución»* (FJ 3.º). Además, el Tribunal Supremo, igualmente sin compartir en este punto el parecer de la Sala de instancia, sienta una importante doctrina sobre el llamado «desplazamiento interno». Frente a la afirmación de la Sentencia de instancia en el sentido de que no constaba que la actora no pudiera obtener una protección eficaz en otra parte del territorio de su propio país al que pudiera haberse desplazado a fin de evitar los hechos denunciados, entiende el alto Tribunal que la Sala *a quo* *«invierte la carga de la prueba, pues debería, para así concluir, haber demostrado que la solicitante de asilo pudo obtener protección mediante el desplazamiento interno. (...)siguiendo el tan repetido informe del ACNUR de septiembre de*

2002 sobre la protección internacional de los solicitantes de asilo y refugiados colombianos, por un lado no son de apreciar actualmente áreas o zonas libres de riesgo en el país, y, por otro, la mención de esa posibilidad de huida interna exige que quien la realiza, en este caso el instructor del expediente administrativo, proporcione los datos necesarios que acrediten la existencia de la misma y, por tanto, que dicha alternativa sea susceptible de conferir una protección real y eficaz, lo que ni el instructor del expediente ni tampoco la Sala de instancia han hecho, por lo que no cabe que ésta base en tal razón la denegación del derecho de asilo reclamado por la demandante y ahora recurrente en casación» (FJ 7.º).

## **7.2. Reconocimiento del derecho de asilo a mujer procedente de Nigeria por apreciarse indicios suficientes de que la recurrente sufre una persecución por su pertenencia al género femenino que le impone un matrimonio no deseado y le ha mutilado un órgano genital**

Son diversas las sentencias que han resuelto litigios relativos a denegaciones de asilo a mujeres extranjeras que alegaban una persecución por razón de sexo; sentencias que, ha de anticiparse, llegan a resultados diversos en función de un examen singularizado y marcadamente casuístico de las circunstancias específicamente concurrentes en cada caso.

Ha de comenzarse recordando que la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha reconocido con carácter general en distintas ocasiones que «una situación de desprotección y marginación social, política y jurídica de las mujeres en su país de origen, que vulnere de forma evidente y grave sus derechos humanos, es causa de asilo» (SSTS de 7 de julio de 2005 —RC 2107/2002—, y 8 de julio de 2008 —RC 2316/2005); que «la persecución por razón de sexo resulta encuadrable sin duda entre las persecuciones sociales» (SSTS de 31 de mayo de 2005 —RC 1836/2002—, 9 de septiembre de 2005 —RC 3428/2002— y 10 de noviembre de 2005 —RC 3930/2002), y que «una situación de hostigamiento y amenazas contra una mujer para obligarla a casarse reviste carácter protegible por resultar encuadrable sin duda entre esas persecuciones sociales» (SSTS de 28 de febrero de 2006 —RC 735/2003—, 15 de febrero de 2007 —RC 9300/2003— y 31 de enero de 2008 —RC 4773/2004-).

Pues bien, la STS, **Sec. 5.ª, 11/05/2009, RC 3155/2006**, ha examinado uno de estos supuestos en los que se alega persecución por razón de sexo, concretamente referido al caso de una mujer nigeriana que «(...)expuso

*como causa de su salida de Nigeria la huida frente a un contexto familiar y social en el que se le había obligado a someterse a la bárbara práctica de la ablación genital como paso previo para un matrimonio no deseado» (FJ 5.º). En este caso, la Sala de instancia había desestimado la petición de reconocimiento de la condición de refugiada, y estimado sin embargo la petición de permanencia en España por razones humanitarias conforme a lo dispuesto en el artículo 17.2 de la Ley de Asilo, valorando que efectivamente se le había practicado la ablación y que cabía apreciar un justificable temor a volver a «su entorno social». No conforme con esta estimación parcial, la recurrente en casación pidió que se le concediera la condición de refugiada y el derecho de asilo, y el recurso de casación fue estimado por el Tribunal Supremo. La Sala realiza un detenido repaso por la situación social y política de Nigeria a tenor de la información suministrada por los informes obrantes en autos (singularmente los aportados por el ACNUR), lo que le lleva a concluir que el relato de la actora resulta creíble en sí mismo y puesto en relación con la situación sociopolítica de su país de procedencia. A continuación, el Tribunal Supremo entra a valorar, a tenor de las anteriores consideraciones, si ese relato inicialmente calificado de verosímil puede entenderse, además, indiciariamente acreditado por los datos obrantes en el expediente y en las actuaciones, razonando lo siguiente: «si, primero, se tiene en cuenta que, con carácter general, en Nigeria es habitual la práctica de la mutilación genital femenina incluso más allá de la infancia; que también es habitual la práctica de los matrimonios forzados, y que las mujeres no encuentran frente a estas prácticas inhumanas una protección eficaz en el sistema legal de aquel país; segundo, se añade que el relato de la interesada es suficientemente preciso y coherente con ese contexto social del país del que procede y no puede calificarse de inverosímil; y, tercero, se ponen en relación estos datos con el dato cierto e indubitado de que la actora ha sufrido efectivamente esa ablación genital, no puede sino concluirse que todos esos datos, conjuntamente analizados y sopesados con el enfoque casuístico que preside esta materia, 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 los “indicios suficientes”, según la naturaleza de cada caso, para deducir que aquella cumple los requisitos a que se refiere el artículo 3-1 de la misma, es decir, que sufre una persecución por su pertenencia al género femenino que la impone un matrimonio no deseado y le ha mutilado un órgano genital» (FJ 7.º), acordando, como consecuencia, estimar el recurso de casación formulado por la solicitante de asilo así como el recurso contencioso-administrativo por ella interpues-*

to, anular la resolución impugnada y, en definitiva, reconocer a la solicitante el derecho de asilo indebidamente denegado.

No obstante, el marcado carácter casuístico de esta materia, permite encontrar también el supuesto contrario, en el que el Tribunal Supremo entiende justificada la denegación de asilo a una mujer que decía proceder de Nigeria y que expuso como motivo de asilo la huida de aquel país ante la presión familiar para casarla a la fuerza, siendo paso previo para ello el tener que practicarle la ablación del clítoris. Este es el caso de la **STS, Sec. 5.ª, 04/07/2008, RC 2005/2005**, en la que, tras razonar que la recurrente *«nada útil dice para rebatir las apreciaciones coincidentes de la Administración y la Sala de instancia acerca de la inverosimilitud que se imputa a ese relato justamente por las dudas sobre su verdadera identidad»*, no habiendo hecho tampoco *«la recurrente en casación ningún esfuerzo por clarificar las incoherencias y contradicciones que fluyen de su relato, asimismo resaltadas de forma coincidente por la Administración y por el Tribunal a quo»*, se concluye lo siguiente: *«(...) En definitiva, la actora se limita a decir que procede de Nigeria y que la quisieron someter a una práctica, la de la ablación del clítoris, frente a la que las mujeres de Nigeria están desprotegidas, pero no estando acreditada esa nacionalidad, y siendo su relato impreciso y contradictorio, además de carente de la menor prueba (ni siquiera indiciaria) que lo respalde, es claro que el recurso no puede prosperar, pues aun cuando el “temor a ser perseguido” es, sí, un criterio básico para la concesión de asilo, no es menos cierto que ese elemento subjetivo no es suficiente si no va acompañado de datos objetivos que puedan explicar la existencia del temor. Siendo, pues, el temor una realidad puramente subjetiva, y, por lo tanto, de difícil demostración, el problema se traslada al ámbito objetivo de los hechos en que aquél tiene su origen, y esos hechos son los que no han quedado mínimamente acreditados en este caso»* (FJ 3.º).

### ***7.3. Reconocimiento del derecho de asilo por apreciarse indicios suficientes de persecución por parte de grupos no identificados pero con organización permanente y constante en el tiempo, cuyas acciones la Administración Pública de Colombia no puede prevenir Importancia capital concedida a un informe de la policía colombiana***

La **STS, Sec. 5.ª, 21/10/2008, RC 3384/2005**, estima el recurso de casación y declara el derecho de la recurrente a la concesión del asilo, al

concluir, en contra del criterio adoptado por la Sala de instancia, que existen en el expediente indicios suficientes para apreciar el reconocimiento de la condición de refugiado. En su argumentación, el Tribunal Supremo da una importancia capital a un informe de la policía colombiana, en el que la Sala de instancia no reparó suficientemente, y en el que se acredita que durante un tiempo se le brindó a la madre de la recurrente y a sus hijos protección policial temporal, motivada por las amenazas de muerte, pero que dicha protección le fue retirada ante la imposibilidad de mantenerla indefinidamente. Concluye el Tribunal Supremo que: «*valorando todos los elementos probatorios aportados por la interesada (en especial, el certificado expedido por un funcionario público, a que antes hemos hecho referencia, que no se limita a repetir lo denunciado por la Sr..., sino que contiene juicios de valor claros y contundentes), llega a la conclusión de que existen los suficientes indicios de persecución a que se refiere el artículo 8 de la Ley 5/1984 para la concesión del beneficio que se solicita. Ese certificado da cuenta de la lamentable situación por la que atraviesa toda la familia... a manos de grupos no identificados pero con organización permanente y constante en el tiempo, cuyas acciones la Administración Pública de Colombia no puede prevenir, tal como literalmente se dice en el certificado de referencia*» (FJ 9.º).

#### **7.4. Revocación del derecho de asilo. Revocación respecto de la concesión del derecho por los Tribunales. Causas de denegación y revocación. Prueba para revocación por razones de seguridad nacional**

La STS, Sec. 5.ª, 01/10/2008, Recurso Ordinario 66/2006, desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto por un ciudadano tunecino contra el Acuerdo del Consejo de Ministros, confirmado en reposición, que revocó la concesión del derecho de asilo por ser un peligro para la seguridad nacional. La parte recurrente sostiene que, una vez concedido el derecho de asilo mediante sentencia judicial firme, cual es su caso, no procede su revocación, porque supone desautorizar una resolución judicial, y porque los hechos ya fueron enjuiciados en los procedimientos judiciales que desembocaron en la concesión del mentado derecho de asilo, respecto de lo cual el Tribunal Supremo razona que la revocación del derecho por Consejo de Ministros no tiene por finalidad burlar dicha sentencia porque enjuicia unos hechos distintos y posteriores, argumentando lo siguiente: «*El reconocimiento de la condición de refugiado, mediante resolución administrativa o por Sentencia firme*

—como acontece en este caso— resulta intrascendente a los efectos ahora examinados, toda vez que, atendidas las circunstancias del caso examinado, no se advierte que el procedimiento administrativo sustanciado, que concluye en la revocación del derecho de asilo, tenga por finalidad burlar el cumplimiento de una Sentencia judicial. Por el contrario, debemos destacar, como ya hemos señalado y ahora insistimos, que se concede el derecho de asilo mediante Sentencia de la Sala de lo Contencioso administrativo de la Audiencia Nacional de 28 de octubre de 1991, enjuiciando unos hechos anteriores a 1988 —la solicitud de asilo se presentó el 3 de octubre de 1988—. Y los hechos, a los que se refiere la revocación que ahora se impugna, son posteriores a 1988, y vienen especificados en el informe del Centro Nacional de Inteligencia de 12 de abril de 2005, referido a las actividades desarrolladas por el recurrente desde 1996. Repárese que el hecho que se destaca en el informe de Centro Nacional de Inteligencia no es anterior a 1988, sino que se sitúa entre 1992 y 1997, en que el recurrente “coordinó el entrenamiento de elementos terroristas en campamentos de Al Qaeda”» (FJ 4.º). Alega asimismo la parte recurrente que constituir un «peligro para la seguridad nacional» —supuesto previsto en el artículo 33.2 de la Convención de Ginebra— puede operar como causa de denegación del asilo pero no para su revocación. Sin embargo, estima el Tribunal Supremo que el artículo 20 de la Ley de Asilo —que regula la revocación del asilo— al remitirse, en su apartado 1, letra b), a «los Convenios Internacionales ratificados por España», «no solo se refiere a los casos de exclusión de la aplicación de la citada Convención —artículo 1.F)—, sino también a los de privación del derecho —artículo 33.2—. Obsérvese que el mentado artículo 20.1.b) cita, como causas de revocación, aquellas previstas en la Convención de Ginebra para “la privación de la condición de refugiado o la no aplicación de los mismos”. De manera que son causas de revocación de la concesión del asilo tanto las previstas para la exclusión de la Convención en el artículo 1.F) como las de privación del derecho, entre las cuales se encuentra la del artículo 33.2 de la Convención» (FJ 5.º), señalando poco después que: «No está de más señalar que tanto los supuestos de exclusión, como las causas del artículo 33.2, de la Convención, constituyen causas de denegación del derecho de asilo, ex artículo 3.2 de la Ley de Asilo. Esta asimilación entre las causas de denegación y revocación resulta lógica y responde a la finalidad de la norma legal, pues no podría entenderse que determinadas circunstancias fueran impedimento para la concesión del derecho de asilo y, sin embargo, el derecho concedido fuera inmune a hechos posteriores de

*idéntica naturaleza. En otras palabras, el propósito del artículo 20.1.b), en relación con el 3.2, de la Ley de Asilo, en este punto, es impedir que sea titular del derecho de asilo, previsto en el artículo 13.4 de la Constitución, aquella persona que se encuentra en determinados supuestos previstos por la norma, ya sea denegando su concesión ya sea revocando el derecho que vinieren disfrutando, sin que haya situaciones exentas a tal consideración (...)*». (FJ 5.º). Por último, respecto de la prueba necesaria para apreciar la concurrencia de la causa de revocación aplicada, la Sentencia ahora examinada señala que: «*no es necesario probar o acreditar, mediante una prueba plena y acabada, que el recurrente pertenece a una organización terrorista, esto corresponde a otra jurisdicción, se trata de determinar si concurren “razones fundadas” de constituir un peligro para la seguridad nacional*», razones fundadas que estima que han de ser convincentes y provistas de un sustrato fáctico esencial, tal y como entiende que sucede en el caso examinado. (FJ 6.º).

## **8. Función pública**

### ***8.1. Falta de asistencia a la segunda prueba de un proceso selectivo para ingreso en el Cuerpo de Titulados Superiores de la Generalidad de Cataluña. Apreciación de fuerza mayor***

En STS, Sec. 7.ª, 27/04/2009, RC 4595/2005, la Sala confirma la sentencia de instancia estimatoria del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra las resoluciones que denegaron a una aspirante al Cuerpo de Titulados Superiores de la Generalidad de Cataluña el aplazamiento interesado de la segunda de las pruebas selectivas.

La Sala confirma así que en la recurrente en la instancia concurrió un supuesto de fuerza mayor habida cuenta que, en el período que medió entre la primera y la segunda prueba, fue sometida a una episiotomía que, conforme a los informes médicos que presentó al solicitar el aplazamiento, le prescribían reposo y le recomendaban no asistir a la segunda prueba en la fecha fijada para ello. Para ello, la Sala considera que para dirimir una controversia como la planteada —si se apreció correctamente o no la concurrencia de fuerza mayor— son decisivos los hechos y que, en este plano, se ha de estar a los apreciados por la Sala de instancia «*(...) no sólo porque es a ella a quien correspondía establecerlos, sino porque lo hizo de una forma razonable y razonada atendiendo al contenido de unos informes médicos que, en su momento, no fue discutido por*

*la Administración y a la falta de sustento pericial de la decisión administrativa» (FJ 5.º).*

## **8.2. Período de prácticas para acceso a la función pública. Necesidad de motivación tanto del informe desfavorable como de la resolución que declara la pérdida del derecho a ser nombrado funcionario de carrera**

En STS, Sec. 7.ª, 15/10/2008, RC 6593/2003, la Sala, tras estimar la concurrencia del vicio de incongruencia denunciado y anular la sentencia impugnada, entra a analizar la controversia planteada en el litigio de instancia en relación con la resolución de la Dirección General de Administración Penitenciaria por la que se declaraba no apto al recurrente en el período de prácticas del proceso selectivo para el ingreso en el Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias. La Sala, en primer lugar, se plantea cuáles son los extremos que habrán de ser valorados en un período de prácticas y qué exigencias deberá reunir tanto el informe desfavorable que, en su caso, sea emitido al finalizar ese período, como la resolución que, con base en ese informe, decida para el aspirante la pérdida del derecho a ser nombrado funcionario de carrera.

La finalidad principal del período de prácticas es, según refiere la Sala, demostrar, en el ejercicio profesional que representa dicho período, que se posee la destreza o idoneidad que resulta inexcusable para el desempeño de los cometidos propios del Cuerpo. En segundo lugar, la Sala señala que, habida cuenta de la enorme trascendencia que tiene el resultado final de pérdida de derechos para una persona que ha superado con éxito la fase del proceso selectivo encarnada por la oposición, los incumplimientos profesionales que sean considerados para declarar la falta de idoneidad de un aspirante han de ser de especial importancia, extremo que queda ratificado con la exigencia de motivación tanto en relación con el informe desfavorable como respecto de la resolución declarativa de la pérdida de derechos del aspirante. Por último, la Sala destaca que, tratándose de valorar comportamientos de indisciplina profesional (y no actos de incompetencia profesional) habrán de ser observadas las garantías del procedimiento disciplinario y los principios del derecho sancionador, sin que se pueda imponer por esta vía una consecuencia más negativa que la que habría correspondido de aplicar la correspondiente sanción disciplinaria.

Trasladando lo anterior al informe emitido por el Director del Centro Penitenciario donde el recurrente realizó su período de prácticas y a la resolución posterior que aceptó aquél, la Sala concluye afirmando que no se motivó con el suficiente detalle la grave decisión de privar al recurrente del derecho a ser nombrado funcionario, considerando que las imputaciones efectuadas, en algunos casos, se expresaron en términos genéricos, mediante abstractos juicios de valor que no ofrecían al recurrente los elementos que resultaban imprescindibles para poder rebatirlas adecuadamente y, en otros, no revelaron una impericia o desidia profesional de elevada gravedad circunstancia esta que, por aplicación del principio de proporcionalidad, resulta necesaria para anudar a ella la gravísima consecuencia de la pérdida de derechos del recurrente.

Por ello, la Sala anula la actuación administrativa impugnada y declara el derecho del recurrente a ser nombrado funcionario de carrera.

### ***8.3. Pruebas selectivas para ingreso en Cuerpo Superior de Funcionarios de Comunidad Autónoma. Exigencia de un idioma. No se trata de un requisito desproporcionado o irrazonable***

En la STS, Sec. 7.<sup>a</sup>, 02/03/2009, RC 7220/2004, la Sala resuelve desestimar los recursos de casación promovidos por la Comunidad Autónoma de Aragón y por el recurrente en la instancia contra sentencia adoptada en relación con la impugnación de las bases de las pruebas selectivas para el ingreso en el Cuerpo de Funcionarios Superiores de la Administración de la citada Comunidad Autónoma, así como contra diversas actuaciones del Tribunal Calificador y las resoluciones de nombramiento de funcionarios en práctica y funcionarios de carrera del referido Cuerpo.

De la sentencia merece destacarse la solución a la que llega la Sala en relación con la cuestión de si, admitiendo una libertad de configuración de las bases, desde el respeto a la legalidad vigente, la exigencia de una prueba de idiomas para el ejercicio de una función de Funcionarios del Cuerpo Superior resulta desproporcionada e inadecuada. Rechaza la Sala la desproporción alegada por el recurrente de instancia remitiéndose a la potestad autoorganizativa de la Administración y a la libre configuración de las pruebas selectivas y señalando que *«pues, siendo exigible, incluso a nivel de enseñanza media, el estudio de al menos un idioma con carácter obligatorio, no puede parecer desproporcionado que quienes han de cubrir los puestos correspondientes a dicho Cuerpo Superior hayan de*

*conocer al menos un idioma»* (FJ 3.º). A continuación, la Sala puntualiza que el hecho de que para que sean cubiertos algunos puestos de trabajo se requiera en las correspondientes Relaciones de Puestos de Trabajo del necesario conocimiento de un idioma por su especial idiosincrasia no hace irrazonable la exigencia de dichos conocimientos en general para un determinado cuerpo funcional, aún cuando no sean utilizados en el ejercicio profesional, pues es evidente que el nivel cultural que se exige para el ingreso en los mismos no tiene que ser el mínimo que cada puesto de trabajo exija en la práctica.

#### **8.4. Ingreso en el Cuerpo de Gestión de la Generalidad de Cataluña. Valoración como mérito de la experiencia profesional. Válida utilización de un concepto jurídico indeterminado si la convocatoria ofrece elementos para su individualización**

En STS, Sec. 7.º, 03/03/2009, RC 7527/2004, la Sala analiza la cuestión de si, en las pruebas selectivas para el acceso a la Escala de Gestión de Administración General del Cuerpo de Gestión de Administración General de la Generalidad de Cataluña, la aceptación de los servicios prestados en grupo funcional del Grupo B, como único mérito valorable en la fase de concurso, exigía que la convocatoria así lo hubiera recogido expresamente.

La Sala, en relación con el citado particular, señala que la utilización de un concepto jurídico indeterminado para delimitar la experiencia profesional a valorar como mérito en la fase de concurso de un proceso selectivo ha de estimarse válida siempre que, en el contexto en que figure dicho concepto indeterminado, ofrezca elementos bastantes para acotar los límites de su individualización considerando que, en el supuesto enjuiciado, sí había elementos suficientes para circunscribir la expresión «*funciones adecuadas*» empleada por la convocatoria a las experiencias profesionales como funcionario del Grupo B dado que «(1) se trataba del acceso a una escala funcional para el que se exigía la titulación correspondiente al Grupo B; (2) el sistema previsto para ese acceso era el de concurso-oposición; y (3) la experiencia profesional incluida como mérito valorable en la fase de concurso, en la interpretación más lógica, debe ser aquella que esté constituida por el desempeño de funciones que, en cuanto a su contenido y en cuanto al nivel académico que resulta necesario para ellas, sean sustancialmente coincidentes con las que correspondan al Cuerpo o Escala de cuyo acceso se trata» (FJ 4.º).

**8.5. Establecimiento de comisiones de seguimiento reservadas a los firmantes de un Acuerdo. Derecho a la libertad sindical de los sindicatos no firmantes. Vulneración si las comisiones tienen funciones normativas**

La STS, Sec. 7.<sup>a</sup>, 05/11/2008, RCA n.º 8795/2004 se ha pronunciado sobre el papel que pueden tener las comisiones de seguimiento de los Acuerdos colectivos cuando en ellas se incorporan exclusivamente los sindicatos firmantes.

La Sala reconoce que el derecho de libertad sindical y participación en la negociación colectiva se vulnera con el establecimiento de comisiones cerradas reservadas a los firmantes del Convenio que niegan la intervención de los sindicatos, que, aun siendo más representativos en el sector, se han negado a firmar el Acuerdo en cuya negociación habían participado, si la negativa de participación en la futura negociación se refiere a comisiones con funciones de regulación o modificación de condiciones de trabajo, no conectadas directamente con el contenido de lo pactado, resultando admisible, por el contrario, que se reserven a los firmantes del acuerdo los efectos de los derechos contractuales pactados, o el mero derecho a la información, consulta o participación en lo convenido.

Concluye la Sala señalando que las cláusulas que restringen la participación en los órganos de seguimiento del Acuerdo a sus sindicatos firmantes están justificadas siempre que las funciones atribuidas a estos órganos se limiten a la aplicación y ejecución del convenio, o a la llamada administración del convenio, pero no son aceptables cuando comprendan facultades de regulación, o negociación, porque en tales casos están limitando ilícitamente el derecho de otras organizaciones a la negociación colectiva futura.

Por ello, la Sala estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Madrid contra la sentencia de instancia que había declarado la nulidad de diversos preceptos del Acuerdo sobre condiciones de trabajo de los funcionarios de la Administración General de dicha Comunidad, a instancias del sindicato CCOO, que aunque había negociado el Acuerdo, se había negado finalmente a firmarlo, revocando la referida sentencia por haber declarado la nulidad de una Disposición Adicional del acuerdo impugnado, en la medida en que ésta se había limitado meramente a recoger el compromiso de las partes firmantes del Acuerdo de negociar sobre la materia declarada nula e incorporar al

Acuerdo el que se obtuviera en dicha materia. Para ello, la Sala aplica la línea jurisprudencial apuntada al respecto por la Sala de lo Social del TS, que distingue entre funciones que corresponden a la administración del convenio y aquéllas cuyo ejercicio implica una acción normativa típica, en la medida en que suponen una modificación de las condiciones de trabajo pactadas o el establecimiento de nuevas normas. De esta manera, aclara que una decisión tiene carácter normativo cuando introduce una ordenación general que, como tal, innova el conjunto de las reglas aplicables en el ámbito de la unidad negociadora, mientras que, por el contrario, es un mero acto de administración, cuando aplica una regla ya existente o simplemente prevé determinadas vías de negociación pero sin asunción de competencias normativas, tal como habría sucedido en el presente caso.

#### ***8.6. Acatamiento de la Constitución. Obligación de carácter individual por cada miembro de las fuerzas y cuerpos de seguridad. Aplicación a la ertzaintza. Deber del Gobierno vasco de exigir dicho cumplimiento***

La STS, Sec. 7.<sup>a</sup>, 30/09/2008, RC 5983/2004, señala que la obligación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de jurar o prometer acatamiento a la Constitución como norma fundamental del Estado se refiere de manera concreta a los miembros de tales cuerpos, como un acto individual y específico de acatamiento a la Constitución, que no puede entenderse sustituido por el deber de actuar en el ejercicio de sus funciones de acuerdo con la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, es decir, con el principio de legalidad que debe informar su actividad. Por eso, la Sala declara la obligación del Gobierno Vasco de exigir, individualmente, el cumplimiento del deber de juramento o promesa de acatar la Constitución a cada uno de los miembros de la Policía Autónoma Vasca.

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

#### ***9.1. Ingreso en la Carrera Judicial. Convocatoria Cuarto turno para plazas de lo Social. Cómputo de méritos***

En STS, Sec. 8.<sup>a</sup>, 31/01/2009, RC 6/2005, la Sala analiza la conformidad a derecho del Acuerdo del Pleno del CGPJ por el que se confirma-

ba en alzada la resolución del Tribunal Calificador de las pruebas selectivas para la provisión de plazas de Magistrado a cubrir por concurso de méritos entre juristas de reconocida competencia con más de diez años de ejercicio profesional en el orden jurisdiccional social. La cuestión objeto de debate se centra en la valoración de los méritos por el ejercicio de la Abogacía y, en relación con la misma, señala la sentencia que procede la desestimación del recurso interpuesto toda vez que resulta evidente, por su propia naturaleza, que los únicos méritos que pueden tenerse en cuenta son los que afectan al ejercicio de la Abogacía ante la jurisdicción social, puesto que se trata de plazas reservadas a dicha jurisdicción, sin que la recurrente, a diferencia de otros aspirantes, hubiera demostrado mediante las oportunas pruebas que el ejercicio de la Abogacía lo había ejercido ante la jurisdicción social, sin que sea obligación del Tribunal Calificador subsanar la acreditación de los méritos de los participantes en un proceso selectivo.

## ***9.2. Objeción de Conciencia del Juez Encargado del Registro Civil respecto de los expedientes matrimoniales de personas del mismo sexo***

En **STS, Sec. 7.<sup>a</sup>, 05/05/2009, RC 69/2007**, la Sala analiza la decisión de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, confirmada en alzada por el Pleno, por la que se denegaba al titular de un Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, con funciones de Registro Civil, el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia en relación con los expedientes matrimoniales entre personas del mismo sexo cuya tramitación hubiera de seguirse en el Registro Civil de su cargo. La Sala, tras matizar que ya no se discute por las partes la competencia del Consejo General del Poder Judicial para resolver sobre la solicitud en su día planteada por el titular del referido Juzgado o sobre la procedencia de que se pronunciara la Comisión Permanente, entra de lleno a analizar el objeto del litigio centrado en el derecho que reivindica el recurrente a ser eximido por razones de conciencia de carácter religioso de la tramitación de los expedientes de matrimonios entre personas del mismo sexo.

Para ello, en primer lugar, trae a colación las recientes sentencias del Pleno de la Sala Tercera, de 11 de febrero de 2009 (recursos de casación 905, 948, 949 y 1013/2008) que se ocupaban de la objeción de conciencia y del derecho a la libertad religiosa reconocida en el artículo 16 de la Constitución si bien, en estos casos, referidas a la obligación de cursar la

asignatura de Educación para la Ciudadanía y, tras hacer un resumen de su argumentación, la Sala concluye afirmando que la aplicación de las anteriores consideraciones es suficiente para rechazar los principales argumentos con los que sostiene sus pretensiones el recurrente.

Lo anterior, es completado por la Sala con unas consideraciones adicionales. La primera de ellas descarta la identidad que ve el recurrente entre sus circunstancias y las contempladas en las sentencias del Tribunal Constitucional 177/1996 y 101/2004, ya que al juez encargado del Registro Civil no se le exige el cumplimiento de deberes ajenos a su función registral ni, mucho menos, participar en actos de trascendencia religiosa, a diferencia de los supuestos enjuiciados por las sentencias aludidas, afirmando que la labor que debe realizar es de carácter técnico-jurídico y está prescrita en la Ley. También descarta la Sala que la sentencia de su Sección Séptima de 23 de abril de 2005 aporte elementos relevantes para resolver el litigio puesto que la misma se centraba sobre la jurisprudencia en materia de legitimación activa de la parte recurrente y que sólo en el contexto de una argumentación a mayor abundamiento y ajena a la *ratio decidendi* realizaba una mención a la objeción de conciencia que, en esencia, se limitaba a reiterar lo que sobre la misma dijo el Tribunal Constitucional en su Sentencia 53/1985 y a formular una afirmación abstracta en términos negativos limitada a no excluir el derecho que a la misma podría corresponder a los profesionales sanitarios afectados.

En tercer lugar, la Sala descarta que el artículo 9 del Convenio de Roma aporte argumentos que permitan sostener la pretensión del recurrente, sosteniendo que el citado precepto no reconoce un derecho a la objeción de conciencia, tal y como afirma éste, sino que habla de la libertad de pensamiento, conciencia y religión en unos términos que ha seguido el artículo 16 de la Constitución española. También rechaza la Sala que los referidos argumentos los proporcione la sentencia del Tribunal de Estrasburgo en el caso *Cosans y Campbell*, en la que se consideró lesionado el derecho de las recurrentes a la educación en su faceta de acceso a la misma, al ser sus convicciones filosóficas contrarias a la aplicación a los alumnos de castigos corporales como medio para salvaguardar la disciplina.

Por último, sobre la especial sumisión a la Ley que caracteriza la posición de los poderes públicos y, en particular, la de los jueces y magistrados, la Sala, tras señalar que la Constitución es particularmente rotunda sobre este particular, imponiéndola con carácter general en su

artículo 9.1 y muy señaladamente, para los jueces y magistrados, en el artículo 117.1 cuando establece que están sometidos «únicamente al imperio de la Ley», concluye afirmando que lo determinante del pleito que se somete a su enjuiciamiento es el *«principio que somete al juez a la Ley en cualquiera de los cometidos que tiene atribuidos y convierte su intervención, precisamente por esa sumisión y por los otros rasgos que le caracterizan —independencia, imparcialidad, responsabilidad— en garantía de los derechos e intereses legítimos de todos. Principio fundamental que se vería en cuestión desde el momento en que se subordinara a consideraciones de conciencia el cumplimiento de las funciones judiciales o, en este caso, registrales, previstas por normas legales válidas, especialmente, si como, en este caso, tienen un carácter técnico, absolutamente desvinculado de toda práctica religiosa»* (FJ 9.º).

Con base en las anteriores consideraciones, la Sala desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra las resoluciones del Consejo General del Poder Judicial.

### ***9.3. Medidas de refuerzo en la titularidad de los órganos judiciales. Potestad organizativa del CGPJ previa ponderación global de intereses y necesidades de la Administración de Justicia***

La Sala, en **STS, Sec. 7, 23/09/2008, RC 102/2005**, analiza el Acuerdo del Pleno del CGPJ por el que se confirmaba en alzada uno anterior que denegaba la concesión de comisión de servicio de una Magistrada, sin relevación de funciones, interesada por los titulares de dos Juzgados de Primera Instancia e Instrucción. Para la resolución de debate que se plantea, la Sala se centra en el análisis del artículo 216 bis 1 de la LOPJ y, más concretamente, en la cuestión de si las medidas de refuerzo contempladas en dicho precepto resultan obligadas cuando en un juzgado determinado se aprecien unas concretas circunstancias encuadrables dentro de la situación de excepcional retraso o acumulación de asuntos o déficit estructural que se enumeran genéricamente en el citado artículo, tal y como mantiene el recurrente.

Como respuesta, la Sala rechaza la tesis de la parte actora y sostiene que el referido precepto habilita al Consejo para adoptar las concretas medidas organizativas en él contempladas y fija los hechos habilitantes que permiten dicha adopción, pero sin imponerla en términos de absoluta necesidad. Continúa señalando que dichas medidas de refuerzo deben

ser enmarcadas en la potestad organizativa del Consejo y que, por tanto, «a) son una de las herramientas puestas a disposición del Consejo para llevar a cabo su función constitucional de gobierno del poder judicial (art. 122.3 de la Constitución); (b) esa función de gobierno lleva siempre inherente la facultad de ponderar la totalidad de los intereses y necesidades presentes en la situación global de la Administración de Justicia; (c) ese juicio de ponderación global sólo corresponde al Consejo y en él no puede ser sustituido por el diferente criterio que puedan mantener los titulares de los juzgados afectados; y (d) consiguientemente, la situación de uno o varios juzgados concretos no es bastante, por sí sola, para que sus titulares puedan exigir al Consejo el establecimiento de medidas de refuerzo» (FJ 4.º).

Finalmente, para argumentar un reproche de arbitrariedad frente a la decisión combatida, la Sala exige que, de manera inexcusable, se haya de tener en cuenta la situación global de la Administración de Justicia en España y acreditar que, ante situaciones idénticas, las medidas de gobierno del Consejo hayan sido injustificadamente diferentes, sin que baste tomar en consideración la situación de unos concretos juzgados, tal y como hace el recurrente, puntualizando, a continuación, que en los excepcionales casos de retrasos o acumulaciones de asuntos o de carencias estructurales de plantilla o planta, los titulares de los juzgados afectados cumplirán con desarrollar la dedicación que les sea razonablemente exigible, no resultando imputables a su responsabilidad las disfunciones derivadas del citado déficit estructural.

#### ***9.4. Acuerdo del Pleno del CGPJ por el que se aprueba el Protocolo de Funcionamiento y Actuación de las Oficinas de Señalamiento Inmediato. Inadmisión por no resultar actividad administrativa susceptible de recurso contencioso-administrativo. Distinción entre actuaciones propias de la Administración de la Administración de Justicia y de las propias del gobierno interno de Tribunales y Juzgados***

En STS, Sec. 7.ª, 22/07/2008, RC 199/2005, la Sala analiza el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Comunidad Autónoma del País Vasco contra el Acuerdo del Pleno del CGPJ por el que se aprobaba el Protocolo de Funcionamiento y Actuación de las Oficinas de Señalamiento Inmediato y acuerda su inadmisión al concluir que el citado Protocolo, al contener criterios generales a seguir en relación con

determinados aspectos materiales de la función jurisdiccional, no tiene encaje en la actuación administrativa contemplada en los artículos 1 y 25 de la Ley Jurisdiccional por no tratarse ni de una disposición general ni de un acto administrativo con efectos que trasciendan de esos órganos judiciales que ejercen el gobierno interno de juzgados y tribunales, confiriéndole la naturaleza de las Instrucciones y órdenes de servicio que el artículo 21 de la Ley 30/1992 autoriza a los órganos superiores sobre los órganos jerárquicamente dependientes para ejercitar el poder de dirección.

La anterior argumentación se completa, a continuación, por la Sala realizando unas consideraciones sobre la distinción existente entre las actuaciones que son propias de la Administración de la Administración de Justicia y las que corresponden al gobierno interno de Tribunales y Juzgados. Esta distinción la halla la Sala en la LOPJ a partir de una lectura conjunta de su artículo 37.1 y de la regulación que, en relación con el gobierno interno de Tribunales y Juzgados, se contiene en el Título III de su Libro II (artículos 149 y siguientes). Y así, afirma que la Administración de la Administración de Justicia comprende la provisión a los órganos jurisdiccionales de los medios precisos para el desarrollo de su función (crear y mantener la organización de elementos personales y materiales necesarios para el ejercicio de la función jurisdiccional) y que el gobierno interno de Tribunales y Juzgados engloba los aspectos externos o materiales de la función jurisdiccional que, no encarnando su núcleo básico, resultan necesarios para su debido ejercicio.

Con base en ello, la Sala sostiene que en el Protocolo impugnado el Consejo no ha adoptado decisiones que supongan el «diseño, creación y organización de concretas Oficinas de Señalamiento Inmediato» —competencias que corresponderían al Ministerio de Justicia y a las Comunidades Autónomas— sino que únicamente ha recogido pautas sobre los aspectos materiales de la actividad procesal que las citadas Oficinas han de llevar a cabo, moviéndose, conforme a lo señalado anteriormente, en el ámbito propio del gobierno interno de Tribunales y Juzgados.

#### ***9.5. Acuerdo de la Comisión de Selección de las pruebas de ingreso en las Carreras Judicial y Fiscal. Convocatoria de plazas para las Carreras Judicial y Fiscal. Reserva de plazas para personas con discapacidad***

En la STS, Sec. 7.<sup>a</sup>, 30/09/2008, RC 267/2005, la Sala precisa el alcance que se ha de dar al artículo 301.8 de la Ley Orgánica del Poder

Judicial. Para ello, comienza la Sala analizando la normativa que fija el régimen de las convocatorias ordinarias para el acceso a la Función Pública con reserva de plazas para personas con discapacidad sosteniendo que, con carácter general, en los citados procesos selectivos ha de existir dos turnos distintos, tanto en las relaciones de admitidos como en los llamamientos a los ejercicios y en la relación de aprobados, de tal forma que, efectivamente, aun cuando las pruebas tengan idéntico contenido para uno y otro turno, y en consecuencia se exija superarlas para acreditar el principio de capacidad, la medida positiva para el acceso de quienes se encuentran en esa situación de incapacidad afecta esencialmente al principio de mérito, pues cada grupo ha de competir con los aspirantes del grupo en el que figura inscrito para la obtención de las plazas a ellos reservada, y solo después de la adjudicación de las mismas, se unifican los dos grupos en una sola lista, a efectos de petición y adjudicación de destinos.

Dicho lo anterior, la Sala pasa a interpretar la normativa de selección de Jueces y Magistrados y rechaza la conclusión, por restrictiva, que alcanza el acuerdo de la Comisión de Selección impugnado de que lo decisivo es que el artículo 301.8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial sólo establece la reserva de plazas cuando se superen previamente las pruebas selectivas, considerando conforme con su contenido la realización de unas únicas pruebas para los dos grupos y que, sólo en el caso de que existan más aprobados que plazas, se adjudiquen las reservadas al turno de discapacitados a éstos, aunque otros aspirantes pertenecientes al turno general tengan superior calificación.

Por el contrario, la Sala afirma que *«el hecho de que se realice el proceso, teniendo en cuenta la existencia de dos turnos distintos, es compatible con la misma exigencia de capacidad a unos y a otros, pudiendo ser los mismos Tribunales calificadoros, sean varios o uno solo, los que realicen el control de la misma. Pero superado el nivel mínimo de capacidad, entramos en el principio de mérito, y es aquí, como ya hemos dicho, donde juega esencialmente la discriminación positiva que se establece a favor de los discapacitados, y que no trata sino de paliar la situación de desigualdad inicial de la que parten en el acceso a la función pública, de tal suerte que reservado un cupo de plazas para su adjudicación entre los aspirantes discapacitados, la competencia ha de verificarse entre los aspirantes de cada grupo, sea la de los discapacitados mayor o menor. La cuestión queda patente especialmente en el ejercicio primero, de test, que exigiría hacer una nota de*

*corte distinta para los dos turnos, y se proyecta también en los otros dos ejercicios, donde, con independencia de que el Tribunal Calificador sea o no el mismo para ambos turnos o cupos, cada alumno debería ser calificado y valorado en relación con el nivel de su propio grupo» (FJ 4.º).*

### **9.6. Sanción disciplinaria impuesta a Magistrado por manifiesta falta de motivación de las sentencias. Análisis del concepto**

La STS, Sec. 7.ª, 02/03/2009, RC 564/2007, examina una sanción de siete meses de suspensión impuesta a un Magistrado por considerarle responsable de una falta muy grave de las previstas en el artículo 417.15 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. La sentencia, tras apuntar que, señala que de los términos del precepto se desprende sin dificultad que la falta de motivación del artículo 417.15 no se corresponde con el vicio o defecto suficiente para fundar la anulación de una sentencia. No estamos, añade la Sala, *«ante un concepto de técnica procesal referible al silencio sobre alguna pretensión, es decir, a la mera incongruencia omisiva. Cuando se habla de “absoluta y manifiesta falta de motivación” se está contemplando otra cosa, algo cualitativamente distinto: la radical ausencia de toda fundamentación. Ausencia entendida, no sólo en sentido formal, sino sustancial. O sea, la que se produce cuando en el texto de una sentencia o de un auto, con independencia de su extensión, no se encuentra la ratio decidendi que conduce al fallo o que lleva a establecer los presupuestos de los que depende directamente. En otras palabras, la que se da cuando no cuenta con la motivación que debe contener, la que trae causa del debate procesal desarrollado ante el juez»*. Por tanto, concluye la sentencia, la conducta castigada por aquel precepto consiste en no ofrecer ninguna explicación de por qué se resuelve de un modo y no de otro a partir de los resultados del proceso. Además, *«para justificar la actuación sancionadora por esta infracción muy grave con que una resolución que la exija no es suficiente con que una resolución carezca absoluta y manifiestamente de motivación. Hace falta, si —como aquí— es recurrible, que en sentencia firme se aprecie tal defecto esencial. Y, si no lo es, que medie denuncia de las partes. Así, pues, el Consejo General del Poder Judicial nunca puede proceder de oficio ni, tampoco, a instancia de terceros en el primer caso y, en el segundo, únicamente podrá hacerlo si lo piden quienes tienen la condición procesal de parte»* (FJ 10.º).

## 10. Propiedades especiales

### *10.1. Propiedad industrial: patentes y marcas. Obligación de notificar el contenido íntegro del acto, incorporando al expediente la acreditación de la notificación efectuada en los procedimientos seguidos ante la Oficina Española de Patentes y Marcas*

La STS, Secc. 3.<sup>a</sup>, 19/12/2008, RC 5602/2006, ha declarado la obligatoriedad por parte de la Oficina Española de Patentes y Marcas, de notificar el contenido de sus actos de forma íntegra, y de dejar constancia en el expediente de haberse practicado debidamente la notificación, no siendo ajustado a Derecho, en relación con el artículo 58 y siguientes de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la simple nota que se publica en el Boletín Oficial de la Propiedad Industrial al efecto, —limitada a un simple enunciado de la decisión de la resolución— y que no es el contenido íntegro de la resolución con todos los razonamientos y motivaciones que son las que permiten al interesado conocer las razones en las que se fundamenta la decisión administrativa, y esta comunicación (notificación) ha de efectuarse incluso cuando el solicitante del trámite administrativo correspondiente esté representado por un Agente Oficial de la Propiedad Industrial —profesional especializado— acreditado ante la Oficina Española de Patentes y Marcas. En el presente caso, la sentencia se refiere a la modalidad de Patente regulada en la Ley 11/1986 de Patentes, y por ello la sentencia relaciona el artículo 31.5 del citado cuerpo legal con las pautas legales establecidas en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, pero el contenido de la sentencia destaca que la notificación que efectúe la citada Oficina, debe atenerse a las pautas generales previstas en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, a falta de una regulación más específica. Por ello, es de gran trascendencia esta sentencia, tanto para esa Oficina como para los solicitantes de títulos de propiedad industrial en relación con el régimen de notificaciones que efectúa el citado Organismo Autónomo en cada uno de los procedimientos administrativos seguidos, porque declara la obligatoriedad para la OEPM de notificar íntegramente sus actos, con arreglo a su regulación específica, y de dejar constancia de que así se ha efectuado, y, para los interesados, porque respecto de ellos no se habrá practicado debidamente una notificación a través del BOPI si no cumple

los requisitos señalados por la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en los artículos 58 y siguientes, si bien ello no impide que tal exigencia pueda no tener virtualidad anulatoria del acto cuando no haya habido indefensión.

La sentencia establece en el FJ Quinto: *«El debate jurídico se centra en la interpretación de los términos “hará saber al solicitante” que contiene el artículo 31.5 de la Ley 11/1986. A tenor de este último, según ya hemos expuesto, la Oficina Española de Patentes y Marcas, cuando considere que los defectos determinantes del suspenso hubieren sido debidamente subsanados, debe comunicar (“hacer saber”) al petitionerario de la patente tal decisión para que éste inste la realización del informe sobre el estado de la técnica.*

*La propia Ley 11/1986 identifica en su artículo 33 aquel deber de la Administración registral con el de hacer la “notificación” del acuerdo que hubiera adoptado en virtud del artículo 31.5. Notificación que, a falta de una regulación más específica, debe seguir el régimen general de este tipo de actos de comunicación mediante los cuales la Administración pone en conocimiento de los interesados el contenido de sus actos. En otras palabras, tal como acertadamente expuso el tribunal de instancia, la “notificación” debe atenerse a las pautas generales previstas en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.*

*Ello implica que, tratándose de un procedimiento iniciado a solicitud del interesado, la notificación se deba practicar con éste y en el lugar que él haya señalado a tal efecto en la solicitud. En todo caso, ha de hacerse de modo que se tenga constancia de la recepción por el interesado o su representante, así como de la fecha, la identidad y el contenido del acto notificado, incorporando al expediente la acreditación de la notificación efectuada. Y sólo cuando los interesados en un procedimiento sean desconocidos, se ignore el lugar de la notificación o, intentada ésta, no se hubiese podido practicar, cabe acudir a la publicidad edictal o a través del Boletín correspondiente.*

*No podía, pues, el organismo registral limitarse en este caso a la mera publicación de su acuerdo en el Boletín Oficial sino que debió notificárselo personalmente a la sociedad solicitante, a través de la agente que ésta había designado a tales efectos.»*

## 11. Responsabilidad patrimonial

### *11.1. Responsabilidad de la Administración por los perjuicios irrogados a un establecimiento hotelero durante la realización de obras de ampliación del metro de Madrid a las puertas del hotel*

La STS, Sec. 6.<sup>a</sup>, 23/3/2009, RC 10236/2004, analiza la reclamación de responsabilidad patrimonial suscitada por la empresa titular del «Hotel Miguel Ángel», en Madrid, en relación con los perjuicios sufridos como consecuencia de unas obras de ampliación del metro, realizadas en superficie con generación de molestias tales como ruidos, humos, vibraciones o depósito de escombros y vallas a las puertas del establecimiento, durante un año. La sentencia de instancia, del TSJ de Madrid, había desestimado la pretensión al considerar que se trataba de daños que el establecimiento estaba obligado jurídicamente a soportar, a resultas de una carga general ligada al estatus jurídico de ciudadano, que todos hemos de encarar fruto de la vida en una sociedad que demanda unos mejores servicios. Por el contrario, la Sala de casación considera concurrentes en el caso circunstancias particulares, que imponen dar una respuesta distinta a la facilitada en supuestos revisados anteriormente concernientes a los perjuicios generados por obras de carreteras, doctrina ésta que había seguido la Sala de instancia, y centra su atención en la posible concurrencia del requisito de antijuricidad del daño. Recuerda al respecto que *«el perjuicio jurídicamente no tolerable se independiza de la índole de la actividad administrativa, normal o anormal, correcta o incorrecta, para vincularlo con la posición que el administrado ocupa frente al ordenamiento jurídico»*, de modo que *«únicamente se encontraría jurídicamente obligado a arrostrar el daño si concurre algún título que se lo imponga»*, consistente en *«un contrato previo, la ejecución administrativa o judicial de una resolución firme o el cumplimiento de una obligación legal o reglamentaria que atribuya cargas a la generalidad de los ciudadanos»*. Y concluye inexistente esta última condición, por dos razones. La primera, de índole objetiva, en cuanto que las obras, comparando la afección a otros negocios o actividades, repercutieron singularmente sobre la mercantil recurrente, ya que *«se emplazaron a lo largo de toda la fachada del hotel»*. La segunda, de carácter subjetivo, atendiendo a que *«un hotel es un establecimiento destinado a proporcionar un cómodo alojamiento y alimentación adecuada a huéspedes y viajeros»*, actividad seriamente obstaculizada por la realización de unas obras públicas que *«supusieron el despliegue de maquinaria y trabajadores, polvo, rui-*

*dos y vibraciones durante muchas horas al día» (FJ 2.º). En definitiva, «ni por la ubicación y características de las obras ni por la naturaleza del negocio que explota dicha entidad estaba jurídicamente obligada a soportar el daño». La sentencia comentada incluye asimismo una clarificadora matización sobre dos aspectos, el de los daños a resarcir, que habrán de consistir en las ganancias dejadas de obtener durante el tiempo en que las obras tuvieron lugar, y el de la noción de órdenes de la Administración, cuya concurrencia determina la ruptura de la regla general de responsabilidad de la Administración por los daños y perjuicios causados a un tercero como consecuencia de la ejecución de un contrato de obras.*

### ***11.2. Reclamación de resarcimiento hecha valer por el gremio de productores de aceite de oliva, a raíz de la anulación judicial de la alerta alimentaria sobre los aceites de orujo de aceituna, declarada por el Ministerio de Sanidad y Consumo en julio de 2001***

A partir de sendas SSTS, Sec. 6.ª, 4/3/2009, RRC 9520 y 9528/2004, el Tribunal Supremo ha resuelto en casación los litigios nacidos de las reclamaciones formuladas a raíz de la resolución de la Dirección General de Salud Pública y Consumo del Ministerio de Sanidad y Consumo de 3 de julio de 2001, por la que se puso en marcha la Red de Alerta Alimentaria en relación a los aceites de orujo de aceituna, y, al amparo del art. 26 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, se aconsejó la inmovilización cautelar y transitoria de los productos que se comercializaban bajo las denominaciones *aceite de orujo refinado* y *de oliva* y *aceite de orujo de oliva*, quedando condicionado el levantamiento de dicha medida a la ausencia de hidrocarburos aromáticos policíclicos (HAP) en límite superior a 1 ppb. No hay que olvidar que dicha resolución fue declarada nula mediante Sentencia del TSJ, Sec. 8.ª, 20/10/2004, R 912/2002, confirmada por la STS, Sec. 4.ª, 27/6/2007, RC 10820/2004, por lo que, a la hora de resolver los recursos de casación relativos a las reclamaciones de responsabilidad patrimonial que traen causa de aquélla, la Sala recuerda que la anulación en vía judicial de un acto o disposición administrativa no presupone derecho a indemnización, aunque tampoco la excluye si concurren el resto de requisitos exigibles. En concreto, se centra en la posible concurrencia de la antijuridicidad del daño, a cuyo efecto valora dos especiales circunstancias: que con anterioridad a la declaración de la alerta se habían divulgado informes a nivel internacional que ponían de manifiesto posibles riesgos para la salud y que aquélla no

se produjo a raíz de una actuación de oficio de las autoridades sanitarias españolas, «*sino provocada por la difusión en medios de comunicación de la República Checa sobre el peligro del consumo de aceite procedente de España al ser susceptible a largo plazo de producir células carcinógenas, a la vista de lo cual se procedió la práctica de análisis aleatorios... que confirmaron la contaminación, habiéndose confirmado por los técnicos del Instituto de Salud Carlos III la validez de la metodología empleada y de los resultados obtenidos...*» (FJ 4.º). Asimismo, y a la hora de descartar la antijuridicidad del daño, la Sala considera relevante el dictado de la Orden del Ministerio de la Presidencia de 25/7/2001, que estableció los límites máximos tolerables de hidrocarburos aromáticos policíclicos en el aceite de orujo de oliva, así como los criterios aplicables al método analítico utilizable para el control de su cumplimiento. «*La inmediatez entre la alerta y la Orden Ministerial... demuestra la diligencia de la Administración y no la antijuridicidad del daño*» (FJ 4.º). Finalmente, la Sala toma en consideración la propia actuación de los reclamantes, habida cuenta de la obligación de productores y distribuidores de comercializar únicamente productos seguros y de los primeros de tomar medidas apropiadas para mantener informados a los consumidores de los riesgos que los productos comercializados pudieran presentar (art. 3 del RD 44/199, de 19 de enero). Al respecto, resulta significativo que «*la contaminación del aceite de orujo de oliva por benzopireno se produce en el proceso industrial de obtención del producto*» y sobre todo que «*existía, y existe, la posibilidad de reducir los niveles de contaminación mediante la aplicación de técnicas de filtrado de los aceites refinados con carbono activo*». De esta forma, «*constituía obligación de las propias empresas la aplicación de los medios tecnológicos que la situación de la técnica permitía... sin que por las mismas se haya puesto en práctica medida alguna tendente a la reducción, al menos, del benzopireno*» (FJ 5.º).

### ***11.3. Posición de la Comisión Nacional del Mercado de Valores frente a la gestión de los intereses patrimoniales de los inversores***

La STS, Sec. 6.ª, 27/1/2009, RC 5921/2004, examina la reclamación indemnizatoria presentada por diversos clientes de GESCARTERA por la actuación de la CNMV en relación con dicha entidad. El título de imputación de responsabilidad en la omisión de las funciones de vigilancia e intervención atribuidas a la CNMV. La sentencia diserta sobre el fundamento y finalidad del régimen jurídico aplicable a las empresas de

servicios de inversión, así como sobre la función de la CNMV *«de controlar que el funcionamiento del sistema se ajuste a las previsiones legales, atribuyéndole distintas facultades al efecto, cuyo ejercicio u omisión puede dar lugar a responsabilidad de la Administración en la medida que se acredite la existencia de una lesión o daño imputable a tal ejercicio u omisión»*. Sin embargo, *«tal actividad de control no convierte al órgano en operador del mercado ni traslada al mismo las obligaciones y subsiguientes responsabilidades exigibles a dichos operadores»*. De esta forma, *«La responsabilidad del órgano de control ha de ponerse en relación con un ejercicio ponderado y razonable de dichas facultades, para lo que ha de tenerse en cuenta, además de la actitud e intervención de los distintos operadores, la naturaleza de las mismas y su incidencia en el funcionamiento del mercado, así como los intereses de los inversores, que trata de proteger, y que pueden exigir y justificar una valoración del riesgo que el ejercicio de dichas facultades pueda representar para el mercado y los perjuicios desproporcionados que pueda representar para los intereses de los distintos afectados»* (FJ 3.º). Puesta esta doctrina en relación con las circunstancias del supuesto examinado, la Sala descarta la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado, ya que *«la actuación sobre Gescartera fue continua desde 1995, se efectuaron numerosas visitas de inspección, se recabó la documentación correspondiente no solo de la misma sino de otras entidades, se incorporaron auditorías, se efectuaron múltiples requerimientos no solo recabando justificaciones documentales sino instando la corrección de las irregularidades apreciadas o la abstención de determinadas operaciones y se ejercitó la potestad sancionadora frente a las conductas constitutivas de infracción según la ley»* (FJ 4.º). A la hora de examinar la corrección del actuar del órgano supervisor, apela al análisis de las circunstancias concurrentes en el momento en que aquél ejercitaba sus facultades, haciendo obvia la «obviedad del «conocimiento del resultado que finalmente tuvo todo el proceso» y considerando que la CNMV obtuvo información falsaria de la sociedad gestora de inversiones.

#### ***11.4. Indemnizabilidad de los honorarios satisfechos al Letrado que consigue, en nombre de su cliente, la revocación de liquidaciones, bien en la vía de gestión, bien en la económico-administrativa***

La STS, Sec. 6.ª, 14/7/2008, RC 289/2007, resuelve en vía de unificación de doctrina la discrepancia existente entre dos corrientes sucesiva

y excluyentemente aplicadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional. Así, mientras una primera doctrina había entendido resarcibles en todo caso los gastos de asesoramiento jurídico afrontados con vistas a la anulación de una liquidación tributaria, pues al contribuyente, si bien no está obligado a actuar bajo dirección letrada ante los órganos de la Administración tributaria, tampoco le son exigibles profundos conocimientos, máxime en una materia en que la técnica es especialmente compleja, de modo que no cabía imponerle soportar los gastos causados por tal asistencia cuando su pretensión fuera completamente estimada, la más moderna, representada, entre otras, por la sentencia recurrida en casación, niega la calificación de lesión antijurídica a los desembolsos efectuados para reaccionar frente a un acto que, pese a ser revocado, se mantiene dentro de unos márgenes razonables y razonados. Es precisamente en torno al requisito de antijuridicidad del daño sobre el que versa la reflexión del Tribunal de casación, que rechaza de inicio tesis maximalistas, ora defiendan que no cabe nunca derivar la responsabilidad patrimonial de la Administración autora de un acto anulado, ora sostengan su existencia en todo caso. Abundando en esta dirección, proclama, de un lado, que, *«pese a que en la vía económico-administrativa no sea obligada la comparecencia mediante un profesional del derecho...la complejidad de los procedimientos tributarios, la dificultad intrínseca de las disposiciones que regulan las distintas figuras impositivas y la especialización de los órganos y de los funcionarios que intervienen en las fases administrativas de gestión y de revisión no sólo aconsejan sino que, en la mayoría de los casos, hacen materialmente imprescindible que los contribuyentes comparezcan materialmente asesorados por expertos singularmente preparados para la tarea. En otras palabras...los ciudadanos... no siempre quedan constreñidos a soportar los gastos que comporta este asesoramiento»*. Pero, como contrapeso, matiza que *«desplazándonos al otro extremo del diagrama, tampoco es certera la afirmación de que, habida cuenta de aquella complejidad y siempre que la propia Administración estima sus pretensiones, debe resarcírseles por los emolumentos de abogados, puesto que la Administración tributaria se encuentra habilitada para comprobar e investigar los hechos imponderables y, si procede, integrar las bases tributarias y practicar las liquidaciones correspondientes»* (FJ 3.º). De esta forma, *«cuando un obligado tributario, valiéndose de un asesoramiento específico y retribuido, obtiene de la Administración, bien en la vía de gestión bien en la económico-administrativa, la anulación de un acto que le afecta, ha de soportar el detrimento patrimonial que la*

*retribución comporta si la actuación administrativa frente a la que ha reaccionado se produce dentro de los márgenes ordinarios o de los estándares esperables de una organización pública que debe servir los intereses generales, con objetividad, efectividad y sometimiento a la ley y al derecho». Esto es, habrá que cotejar si «pese a su anulación, la decisión administrativa refleja una interpretación razonable de las normas que aplica, enderezada a satisfacer los fines para los que se le ha atribuido la potestad que ejercita» (FJ 4.º). E incluso atender a matices personales, «pues ante una misma realidad no todos los sujetos se sitúan en igual posición», no pudiendo equipararse, a los efectos que se analizan, «un sujeto pasivo de un impuesto, persona física, que se relaciona esporádicamente con los órganos tributarios... con una sociedad...habituada, por su actividad, a entrar en conflicto con la hacienda pública y que, incluso, cuenta en plantilla con profesionales que, llegada la ocasión, intervienen en su defensa o que tiene contratado, en régimen de iguala, un asesoramiento externo» (FJ 5.º).*

#### ***11.5. Deber de la Administración contratista de manifestarse sobre la imputación de responsabilidad, en relación con los daños ocasionados a terceros en la ejecución del contrato de obra. Sentido del silencio administrativo frente a la reclamación del tercero perjudicado***

La STS, Sec. 6.<sup>a</sup>, 30/3/2009, RC 10680/2004, se pronuncia en torno al mecanismo para hacer efectiva la responsabilidad del contratista frente a terceros en la ejecución del contrato de obras (art. 98 TRLCAP, actual art. 198 LCSP). Al respecto, parte de la facultad del perjudicado de, bien «dirigirse al órgano de contratación para que se pronuncie sobre el sujeto responsable», bien reclamar directamente a la Administración contratante por la vía de la reclamación de responsabilidad patrimonial. En esta tesitura, dicha Administración puede optar entre dos alternativas: considerar que concurren los requisitos para declarar la existencia de responsabilidad —bien se declare responsable la propia Administración en virtud del art. 98.2, bien considere que la responsabilidad corresponde al contratista, en cuyo caso reconducirá a los interesados a la reclamación frente al adjudicatario responsable— o estimar que están ausentes y que, por lo tanto, no procede esa declaración. Lo que la Sala estima vedado a la Administración, atendiendo a los principios de buena fe, confianza legítima o impulsión de oficio de los procedimientos, es el limitar-

se a «*declarar su irresponsabilidad, cerrando a los perjudicados las puertas para actuar contra la empresa obligada a resarcirles*». Reafirmando que «*Estas exigencias resultan aún más intensas cuando, incumpliendo el deber de resolver, la Administración da la llamada por respuesta. Tal pasividad, que hurta al ciudadano la contestación a que tiene derecho, permite interpretar que la Administración ha considerado inexistente la responsabilidad del contratista...debiendo entenderse que, al propio tiempo, juzga inexistentes los requisitos exigidos por el legislador para que se haga efectiva la suya propia*» (FJ 2.º).

## 12. Tráfico y seguridad vial

### 12.1. *Real Decreto 62/2006, de 27 de enero por el que se modifica el Reglamento General de Conductores aprobado por Real Decreto 772/1997. «Pérdida de puntos»: naturaleza jurídica y régimen de su impugnación*

La STS, Sec. 5.<sup>a</sup>, 04/06/2009, RC 25/2006, desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el RD 772/1997, por el que se modifica el Reglamento General de Conductores aprobado por Real Decreto 772/1997, de 30 de mayo. De entre la amplia fundamentación jurídica de esta sentencia, interesa destacar las consideraciones referidas a la llamada «pérdida de puntos», su naturaleza jurídica y el régimen de su impugnación. Dice a este respecto la sentencia que resulta indudable que la pérdida de puntos es una medida que tiene carácter materialmente sancionador, y, sobre esta base, añade que «*para que la aplicación de esta medida quede revestida de las garantías exigibles, enervando todo riesgo indefensión, lo que llevamos razonado debe completarse señalando que, aunque la norma reglamentaria no lo establece de forma expresa, es exigible que durante la tramitación del procedimiento sancionador el interesado quede cumplidamente informado de los puntos que podrá perder en caso de resultar sancionado; y asimismo es exigible que al notificarse al interesado la resolución sancionadora se le indique de forma clara la pérdida de puntos que llevará aparejada la sanción una vez que sea firme. Por las mismas razones, y puesto que de otro modo podría producirse la indefensión a que alude la demandante, debe también afirmarse que en la impugnación que se dirija contra la resolución sancionadora podrán cuestionarse no sólo la conducta infractora y la cuantía de la sanción pecuniaria sino también la medida relativa a la*

*pérdida de puntos y la correcta aplicación del Anexo-II introducido por la Ley 17/2005 (baremo para cuantificar la pérdida de puntos que comporta cada infracción), siendo admisible que la impugnación se refiera sólo a ésta última cuestión. No ignoramos que, al afirmar que en la impugnación dirigida contra la resolución sancionadora puede combatirse la pérdida de puntos, se está contemplando la posibilidad de combatir una medida que todavía no se ha materializado, pues el descuento de los puntos sólo tiene lugar cuando la sanción es firme. Pero es indudable que la pérdida de puntos es una consecuencia directa y automática de la sanción, y participa de su misma naturaleza, por lo que debe quedar sujeta al mismo régimen de impugnación» (FJ 4.º).*

*Además, puntualiza la sentencia inmediatamente a continuación que «de conformidad con lo previsto en el apartado 1, párrafo tercero, del citado artículo 67 del Texto Articulado (redacción dada por la Ley 17/2005, de 19 de julio), y salvo en los supuestos de excepción que el propio precepto especifica, la impugnación de la resolución sancionadora podrá producirse, con la misma amplitud a que acabamos de referirnos, en los casos en que el interesado hubiese obtenido una reducción del 30% sobre la cuantía de la multa por haber realizado el pago de su importe durante los 30 días naturales siguientes al de la notificación del boletín de denuncia» (FJ 4.º)*

### **13. Urbanismo y medio ambiente**

#### **13.1. Medio ambiente**

##### *13.1.1. Aprobación de los Planes Directores de los Planes de Emergencia Nuclear Exteriores a las Centrales Nucleares. Omisión de trámite de audiencia a la asociación que agrupa a los municipios afectados*

La STS, Sec. 5.<sup>a</sup>, 17/12/2008, RC 289/2006, considera que los planes directores de emergencia nuclear son disposiciones de carácter general, por lo que durante su tramitación debió concederse trámite de audiencia a los municipios directamente afectados, integrados en la asociación demandante. *«El hecho de que en la Federación Española de Municipios y Provincias estén representados todos los municipios españoles y dicha Federación, a su vez, forme parte, a través de su representante, de la Comisión Nacional de Protección Civil, la que ha informado*

*favorablemente los Planes Directores aprobados por el Acuerdo ahora impugnado, no evita ni puede sustituir la audiencia de los municipios directamente afectados por los Planes de Emergencia Nuclear exteriores a las centrales nucleares, agrupados en la Asociación demandante, al igual que su presencia, a través de la Federación, no impidió que la Administración, según hemos indicado, diese audiencia a la referida Asociación demandante en el trámite de elaboración del Plan Básico de Emergencia Nuclear (PLABEN), razón por la que tal falta de audiencia en el trámite de elaboración de los Planes Directores correspondientes a los Planes de Emergencia Nuclear Exteriores a las centrales nucleares, dado su carácter normativo, constituye un defecto invalidante del acuerdo aprobatorio del Consejo de Ministros por contravenir lo establecido en los artículos 105. a) de la Constitución y 24.1c) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, al ser nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneran la Constitución y las leyes, según dispone el artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de 13 de enero, y así lo debemos declarar en aplicación de los preceptos contenidos en los artículos 70.2, 71.1 a) y b) y 72.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa» (FJ 3.º).*

*13.1.2. Acuerdo de asignación individual de derechos de emisión de gases de efecto invernadero para el trienio 2005-2007. Anulación por falta de motivación.*

La STS, Secc. 5.<sup>a</sup>, 01/10/2008, RC 264/2005 anula el acuerdo del Consejo de Ministros aprobatorio de la asignación individual de derechos de emisión de gases de efecto invernadero para el trienio 2005-2007, al no haberse justificado en el expediente administrativo el criterio utilizado para calcular el concreto volumen de gases asignado, omitiendo datos fundamentales y generándosele por ello indefensión a la entidad recurrente, así como un trato discriminatorio. Además, «No se ha tenido en cuenta, para evitar diferencias injustificadas, que unas instalaciones han incorporado técnicas de producción menos contaminantes que otras, por lo que, de hecho, emiten menos gases, a pesar de lo cual a las que no se han modernizado, como sus emisiones históricas son superiores, se les asignan mayores derechos, lo que propicia que éstas, si actualizan sus sistemas de producción, tengan la posibilidad de emitir más gases de efecto invernadero sin tener que, a diferencia de las que ya eran antes más eficientes energéticamente, adquirirlos en el mercado».

*13.1.3. Competencias de las Comunidades Autónomas para establecer medidas de protección ambiental en las aguas exteriores o mar territorial*

La STS, Sec. 5.<sup>a</sup>, 02/07/2008, RC 4583/2004, estima el recurso de casación y anula en parte los respectivos decretos autonómicos de declaración de un parque natural en las Islas Baleares y de aprobación de su correspondiente plan de ordenación de los recursos naturales, en la parte en la que establecen medidas de protección sobre las «aguas exteriores» o «mar territorial». Considera así que la competencia autonómica para la protección de espacios naturales sólo puede extenderse a dicho mar territorial cuando, excepcionalmente, así lo exijan las características del espacio terrestre protegido, sin que en este caso se haya justificado la concurrencia de dichas circunstancias extraordinarias.

*13.1.4. Declaración de Lugar de Importancia Comunitaria (LIC). La propuesta dirigida por una Comunidad Autónoma a la Comisión Europea es susceptible de impugnación autónoma y directa ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*

La STS, Secc. 5.<sup>a</sup>, 11/05/2009, RC 2965/2007 analiza las características del procedimiento bifásico en el que se tramita la «Declaración de Lugar de Importancia Comunitaria» (LIC) conforme a lo dispuesto en la Directiva europea 92/43/CE, de 21 de mayo, de Hábitats y en el Real Decreto 1997/1995, de 7 de diciembre que la traspuso al ordenamiento español, alcanzando dos conclusiones de gran trascendencia. La primera, que la decisión final de la Comisión Europea de declaración del LIC tiene contenido sustantivo propio y autonomía resolutoria, no pudiéndose calificar como «una mera validación de las propuestas aprobadas por la CCAA» como planteaba el recurrente. La segunda, que pese a lo anterior, la aprobación por una Comunidad Autónoma de su propuesta de LICs dirigida a la Comisión Europea constituye un acto de trámite cualificado, susceptible por tanto de impugnación directa y autónoma ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, porque: «no es una mera propuesta neutra, sino un acto administrativo que habilita y obliga a la propia Comunidad Autónoma a adoptar ‘medidas de protección adecuadas’ para los lugares incluidos; se trata de un acto que, siendo una propuesta, pone una condición necesaria y suficiente para crear en la Comunidad Autónoma la obligación de adoptar medidas de protección adecuadas, las cuales pueden qui-

*zá afectar a ciertos contenidos del derecho de los propietarios de los terrenos incluidos, razón por la cual la elaboración de las listas puede ser impugnada por los interesados al tener un contenido que excede de la pura ordenación o impulso del procedimiento» (FJ 11.º).*

## **13.2. Urbanismo**

### *13.2.1. Distinción entre el suelo urbano consolidado y el no consolidado*

La **STS, Sec. 5.ª, 23/09/2008, RC 4731/2004** aclara la controversia sobre la distinción de las categorías de suelo urbano consolidado y no consolidado, armonizando la legislación básica estatal (Ley 6/1998, de 13 de abril) con la autonómica en el sentido de dar preferencia a «*la realidad existente*», sobre las previsiones futuras de reurbanización o reforma interior proyectadas en el planeamiento urbanístico. No admite, por tanto, «*que unos terrenos que indubitadamente cuentan, no sólo con los servicios exigibles para su consideración como suelo urbano, sino también con los de pavimentación de calzada, encintado de aceras y alumbrado público, y que están plenamente consolidados por la edificación [pierdan] la consideración de suelo urbano consolidado, pasando a tener la de suelo urbano no consolidado, por la sola circunstancia de que el nuevo planeamiento contemple para ellos una determinada transformación urbanística. Tal degradación en la categorización del terreno por la sola alteración del planeamiento, además de resultar ajena a la realidad de las cosas, produciría consecuencias difícilmente compatibles con el principio de equidistribución de beneficios y cargas derivados del planeamiento*».

### *13.2.2. Régimen del silencio administrativo en las licencias urbanísticas*

La **STS, Sec. 5.ª, 28/01/2009, RC 39/2007** (BOE 77, de 30/03/2009) desarrolla la tesis ya avanzada en la anterior STS, Sec. 5.ª, 17/10/2007 (RC 9397/2003), consistente en que la Ley 4/1999, de 13 de enero, que modificó la regulación general del silencio administrativo, no alteró la prohibición establecida en la normativa urbanística básica estatal de obtener por silencio licencias ‘*contra legem*’. Llega así a declarar, como doctrina legal vinculante para los Jueces y Tribunales inferiores, que: «*el artículo 242.6 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, y el artículo 8.1 b), último párrafo, del Texto Refundido de*

*la Ley de suelo aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, son normas con rango de leyes básicas estatales, en cuya virtud y conforme a lo dispuesto en el precepto estatal, también básico, contenido en el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificado por Ley 4/1999, de 13 de enero, no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística».*

La más reciente **STS, Sec. 5.<sup>a</sup>, 28/04/2009, RC 3435/2005** ratifica y consolida esta doctrina.

### *13.2.3. Usos urbanísticos lucrativos permisibles en la zona de servicio de los puertos de interés autonómico*

La **STS, Sec. 3.<sup>a</sup>, 15/01/2009, RC 1875/2006**, confirma la anulación del Reglamento de la Ley de Puertos de Canarias, aprobado por Decreto 52/2005, en la parte en la que permite situar usos alojativos turísticos dentro de la zona de servicio de los puertos canarios. Considera que la posibilidad extraordinaria de implantación de dichos usos prevista en la Ley estatal 48/2003, de 26 de noviembre, de Régimen económico y de prestación de servicios de los Puertos de Interés General, que modificó la Ley 27/1992, de 24 de noviembre de Puertos del Estado, «*sólo afecta a los puertos competencia del Estado, que son los declarados de interés general. Y semejante posibilidad legal no es posible extenderla a los puertos de competencia autonómica, ya que se trata de una posibilidad excepcional abierta por el legislador estatal para sus propios puertos frente a la prohibición de alojamientos turísticos en la zona de servicios del puerto, que es la regla general tanto en su propia Ley (artículo 94) como en la Ley canaria (artículos 6 y 43)*».

### *13.2.4. Obligación de reiterar el trámite de información pública en la aprobación de los planes*

A fin de garantizar la efectividad de los principios de transparencia y participación ciudadana en los procedimientos de aprobación del planeamiento urbanístico, se ha acentuado el criterio jurisprudencial más exigente sobre la obligación de reiterar durante la tramitación de los planes la fase de información pública cuando entre la aprobación inicial y la definitiva se modifique su ordenación de manera sustancial.

Así, la **STS, Sec. 5.<sup>a</sup>, 09/12/2008, RC 7459/2004** estimó la casación y anuló el plan general de ordenación urbana de Castellón de la Plana al concluir, tras el examen de la prueba pericial practicada en la instancia, que se había modificado radicalmente su ordenación, con alteración del modelo de ciudad, sin que se hubiere abierto un nuevo trámite de exposición pública antes de la aprobación definitiva. Trámite que considera preceptivo al aplicar, con carácter prevalente sobre lo dispuesto en la legislación específica urbanística de la Comunidad Autónoma Valenciana, los principios de participación pública consagrados en el artículo 105.a) de la Constitución y artículo 6.1 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, de régimen del suelo y valoraciones.

La posterior **STS, Sec. 5.<sup>a</sup>, 23/04/2009, RC 10814/2004**, también estimó el recurso de casación interpuesto y anuló el acuerdo de aprobación definitiva del plan general recurrido, tras comprobar que *«se ha producido una variación en la estructura del planeamiento por la modificación de los criterios básicos sobre los que se asienta el modelo territorial establecido provisionalmente»*.

Y finalmente, las **SS TS, Sec. 5.<sup>a</sup>, 11/05/2009, RCC 4814/2006, 4816/2006 y 6341/2006** confirmaron la anulación de la revisión del plan general de la ciudad de Zamora porque *«las alteraciones del Plan constataadas en la sentencia recurrida son de carácter general, global y estructural; no puntual, ni aisladas, ni limitadas a un concreto sector. Así, por ejemplo, la rebaja de la edificabilidad como consecuencia de la aplicación de los nuevos límites legales de densidad de población y edificación afectó de manera indiscriminada a todos los ámbitos en los que se superaban, obligando a modificar su ordenación y con ella los beneficios y cargas de los propietarios. Otro tanto puede señalarse sobre el incremento global de la reserva de sistemas generales operado entre la aprobación inicial y la definitiva del Plan, que conllevó la creación de nuevos equipamientos públicos relevantes no incluidos en la ordenación primigenia»* (FJ 7.º).

#### 13.2.5. *Suspensión cautelar de instrumentos de planeamiento urbanístico impugnados ante la jurisdicción contencioso-administrativa.*

La jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo se ha mostrado favorable a la suspensión cautelar de los planes urbanísticos impugnados, a la vista de los efectos irreversibles que en general conlleva su inmediata ejecución frente a una posible sentencia posterior anulatoria.

La STS, Sec. 5.<sup>a</sup>, 29/12/2008, RC 2161/2007 confirma la suspensión cautelar del plan urbanístico recurrido, atendiendo a que: *«No cabe duda que existe una línea jurisprudencial reticente a la suspensión de los instrumentos de ordenación general, que requieren, a su vez, otros instrumentos de desarrollo y, para su efectiva y última ejecución, actos concretos de aprobación de proyectos o la concesión de licencias de obras, pero también existe una corriente jurisprudencial paralela que, en evitación de múltiples recursos o impugnaciones en vía administrativa y sede jurisdiccional, viene accediendo a suspender la ejecutividad de los instrumentos de planeamiento cuando hay riesgo, como en este caso, de que, de no suspenderse la aplicación o ejecución del ordenamiento urbanístico aprobado, pierda su legítima finalidad el recurso contencioso-administrativo»* (FJ 4.º).

En la misma línea, las SSTS, Sec. 5.<sup>a</sup>, 25/02/2009, RC 872/2008; 30/03/2009, RC 790/2008; y 18/12/2008, RC 3743/2007 consideran procedente la suspensión cautelar de los planes impugnados, al primar, en la ponderación de los intereses en conflicto, el público representado en la protección del medio ambiente y en la defensa de un desarrollo sostenible, sobre el económico de una nueva urbanización residencial o industrial de iniciativa privada. Y en las SSTS, Sec. 5.<sup>a</sup>, 23/12/2008, RC 3854/2007; y 03/02/2009, RC 5125/2007 se declaró prevalente el interés relativo a la protección del patrimonio histórico y del medio rural invocado por los recurrentes, sobre el representado en los nuevos usos dotaciones públicos que se pretendían crear con el planeamiento impugnado.

#### 13.2.6. *Derecho de la junta de compensación a exigir el reintegro por las empresas suministradoras de agua y energía eléctrica de los costes de ejecución de las redes de abastecimiento previstas en el proyecto de urbanización*

La STS, Sec. 5.<sup>a</sup>, 10/03/2009, RC 10541/2004, considera que la junta de compensación demandante ostenta el derecho a exigir a las entidades concesionarias del suministro de agua y de energía eléctrica el reintegro de los gastos de ejecución de las redes de abastecimiento previstas en el proyecto de urbanización del ámbito correspondiente. Los propietarios sólo deberán asumir el coste de sus respectivas acometidas individuales. Ello por aplicación de lo dispuesto, entre otros, en el artículo 59.2 del Reglamento de Gestión Urbanística, *«pues, si bien dichos preceptos incluyen*

*dichos gastos entre los de urbanización que han de satisfacer los propietarios, a continuación, también contemplan y establecen el derecho de los citados propietarios para reintegrarse de los mencionados gastos ‘con cargo a las empresas que presten los servicios’ (artículo 172 del Decreto Legislativo Catalán 1/1990, de 12 de julio), o bien ‘con cargo a las empresas concesionarias’ (artículo 59.2 RGU) de dichos servicios» (FJ 4.º).*

### *13.2.7. Extensión y transmisión de la acción pública urbanística en la impugnación de planes*

Las **SSTS, Sec. 5.ª, 17/03/2009, RC 11119/2004; y 29/05/2009, RC 1380/2005**, estiman los respectivos recursos de casación interpuestos contra sendas sentencias de inadmisión del recurso contencioso, al considerar que la acción pública urbanística legitima la impugnación de planes aún en el caso de que la pretensión del demandante se dirija a incrementar el aprovechamiento lucrativo de propietarios particulares no personados en el litigio, porque: *«(...) para accionar en la vía contencioso administrativa en esta materia no es preciso demostrar relación alguna con el objeto del pleito, que es en lo que consiste la legitimación. La regla de la acción pública sólo quiebra cuando lo que se ejercita es una acción de reconocimiento de una situación jurídica individualizada referida a intereses exclusivamente privados del interesado, cosa que aquí no ocurre, pues lo que se solicita es la clasificación del suelo como urbano, y esto, dada su naturaleza reglada, constituye principalmente una pretensión de cumplimiento de la legislación urbanística»* (FJ 10.º de la STS de 29/05/2009)

Por otra parte, la **STS, Sec. 5.ª, 30/06/2008, RC 4091/2004**, estima factible la sucesión hereditaria del demandante que ejercita la acción pública urbanística en un proceso contencioso, atendiendo a que: *«Es cierto que la acción pública no tiene en sí mismo un contenido patrimonializable, pues sólo supone el reconocimiento legal al ciudadano de la legitimación que le habilita para intervenir en determinados ámbitos de la acción administrativa, no sólo durante el procedimiento de preparación y elaboración de la decisión de la Administración sino mediante su impugnación en vía jurisdiccional una vez que la decisión haya sido adoptada; y ello aunque ésta no afecte a su esfera de derechos o intereses de contenido patrimonial. Y es cierto, también, que en nuestro ordenamiento no se contempla la transmisión de la acción pública así configurada, en abstracto, como reconocimiento legal legitimador. Pero aquí no se trata*

*de la acción pública en abstracto, sino de una acción ya ejercitada; y ese ejercicio dio origen a una relación jurídica procesal concreta, en cuyo seno surgieron derechos y obligaciones con contenido propio y con innegables consecuencias en la esfera patrimonial –piénsese en los gastos y costas procesales-. Por ello, si el recurrente que ejercitó en su día la acción pública fallece cuando ya se ha dictado sentencia favorable a sus pretensiones, debe reconocerse a sus herederos, si se personan en la causa, el derecho a instar la ejecución del fallo tanto en lo relativo a los pronunciamientos sustantivos como en cuanto al que pudiera haber recaído en materia de costas procesales. De igual modo, debe admitirse la sucesión procesal a favor de los herederos cuando el fallecimiento del recurrente originario se produce durante la tramitación del proceso y antes de que recaiga sentencia» (FJ 3.º).*

*13.2.8. Obligación de publicar las «fichas de características» de los distintos ámbitos de gestión del plan general de ordenación urbana como presupuesto necesario para su entrada en vigor*

La STS, Sec. 5.<sup>a</sup>, 09/12/2008, RC 7459/2004 confirma la anulación del plan especial de reforma interior impugnado al no haberse publicado previamente en el boletín oficial de la provincia la correspondiente ficha del plan general sobre el concreto ámbito al que se refiere. Considera que entre los documentos de los planes urbanísticos que se deben publicar como requisito necesario para su entrada en vigor y posterior ejecución, se incluyen, además de las «ordenanzas» y del «articulado de sus normas» (artículo 70.2 de la Ley de Bases del Régimen Local), las «fichas» de los correspondientes ámbitos de gestión (unidades de ejecución), porque contienen «*determinaciones con indudable valor normativo*» (superficie del ámbito, edificabilidad máxima, sistema de actuación, etc.), al margen y con independencia de que dichas determinaciones, como en el caso planteado, no se expresen en forma de ordenanza, ni de texto articulado, sino como meras «fichas de características».

*13.2.9. Alcance de la suspensión de licencias derivada de la aprobación inicial de la modificación del planeamiento. No comprende las de instalación de antenas de telefonía móvil*

La STS, Sec. 5.<sup>a</sup>, 06/11/2008, RC 7163/2004 afirma que la suspensión automática de licencias urbanísticas derivada de la aprobación inicial de una modificación del planeamiento sólo afecta a las de «*parcelación de*

*terrenos, edificación y demolición en áreas determinadas», no pudiendo equipararse a estos efectos la licencia de edificación con la de obras, «pues la realización de una pequeña obra, o la simple instalación, de antenas de la red de telecomunicaciones y telefonía no pone en peligro la finalidad de la reforma del planeamiento que se inicia». La suspensión sólo afecta por tanto a «aquellos supuestos de mayor entidad, más complejidad y que pueden ocasionar efectos irreversibles si se consumaran durante la tramitación de la modificación del plan. No puede en definitiva, equipararse, a estos efectos, la construcción o demolición de un edificio con la instalación de una antena de estas características».*

## II. TRIBUTARIO

### 1. IRPF. Venta de acciones de «La Cruz del Campo,SA». Interpretación de los negocios jurídicos conforme a la intención de las partes. Negocio indirecto, mandato y fiducia. Desestimación del recurso de casación

La STS, Sec. 2.<sup>a</sup>, 05/03/09, RC 887/2006, estudia el problema, estrictamente jurídico, que consiste en determinar la naturaleza del contrato celebrado entre el accionista y la entidad intermediaria, pero no solo en sí mismo considerando sino examinando en su conjunto el complejo negocio y la finalidad perseguida con los distintos negocios concluidos, valorados conjuntamente. Más especialmente, se trata de dilucidar si la compraventa a Corporación Financiera Hispamer S.A. de las acciones, con compromiso de esta entidad de venderlas a un tercero, en el plazo, con el precio y bajo las condiciones preestablecidas entre el recurrente y GUINNESS PLC es una verdadera y propia compraventa, con efecto traslativo del dominio y, en lo que aquí interesa, con la particularidad sustancial de que, habiéndose pactado el pago aplazado, se impute el incremento patrimonial a los diferentes ejercicios sucesivos en que el precio fuera percibido; o si, por el contrario, estamos ante un negocio fiduciario que no habría producido efectos traslativos de la propiedad a Corporación Financiera Hispamer, sino una encomienda de venta a GUINNESS PLC de las acciones sobre las que había un concierto previo, en cuyo caso habría de considerarse que estamos, como señala el TEAC, ante una única transmisión de acciones, la concertada entre el recurrente y la mercantil finalmente adquirente, en cuyo caso la liquidación procedente sería la que imputase al ejercicio 1991 la totalidad del incremento patrimonial experimentado,

tal como se hizo en la liquidación impugnada por el recurrente en la vía económico-administrativa.»

Para la resolución de la cuestión, la Sala parte de dos premisas: a) El tradicionalmente conocido como «principio de calificación» que impone que el aplicador de la ley haya de calificar en toda ocasión el acto o negocio, «de acuerdo con su verdadera naturaleza jurídica, atendiendo a su contenido y a sus prestaciones y efectos jurídicos, sin tener que atenerse a la forma o denominación dadas por las partes, con el fin de comprobar si se ha dado realmente la operación contemplada por la norma tributaria»; y b) La reiterada jurisprudencia de la Sala 1.<sup>a</sup> de lo Civil de este Tribunal Supremo, según la cual la interpretación dada por la Sala sentenciadora de instancia debe prevalecer sobre la particular e interesada del recurrente, a menos que se acredite ser ilógica, contradictoria o vulneradora de algún precepto legal, pues constituye facultad privativa de la misma.

La interpretación del supuesto negocial complejo realizado por la sentencia de instancia es compartido por esta Sala siendo el mismo criterio que se ha seguido en la Sentencia de 8 de octubre de 2008, resolutoria del recurso de casación 7979/04: No estamos ante una compraventa perfecta, sino mediatizada por los fines de fiducia.

## **2. Impuesto sobre sociedades. Extemporaneidad del recurso de alzada del Director del Departamento de Inspección de la AEAT**

La STS, Sec. 2.<sup>a</sup>, 18/12/2008, RC 921/2003 se centra en dilucidar cuál debe ser la fecha en que se ha de entender producida la comunicación de la Resolución del TEAR, a los organismos legitimados para interponer el Recurso de Alzada, cuya estimación por el TEAC ha dado lugar al recurso.

El recurrente solicita que se declare la extemporaneidad de dicho Recurso de Alzada ya que ha transcurrido el plazo de quince días que el artículo 121 del RPREA concede para su interposición, tanto porque no consta de forma fehaciente la fecha de la notificación de la resolución del TEAR, como por el hecho de que el escrito presentado como Recurso de Alzada es un mero anuncio, acompañando en un momento posterior un nuevo escrito en el que se desarrollan los motivos por los que recurre.

Sobre el punto controvertido la sentencia impugnada afirma, según se infiere de las actuaciones, que no se ha aportado documentación acreditativa de cuándo se recibió comunicación de la resolución recurrida, por lo

que hay que tomar por buena la fecha en que dice la Administración Tributaria que le fue notificada la resolución. Y en cuanto a la fundamentación del mismo, señala que éste se interpuso reuniendo los requisitos legales.

Esta sentencia aglutina la jurisprudencia consolidada de esta Sala en esta materia. El recurso de alzada es extemporáneo porque no acompaña documento acreditativo de la fecha de entrada de la comunicación del TEAR en el Registro General del Organismo recurrente (SSTS de 13 de febrero de 2007 (rec. cas. 8094/2002), 24 de octubre de 2007 (rec. cas. para la unificación de doctrina 304/2003), 26 de octubre de 2007 (rec. cas. para la unificación de doctrina 281/2003), 29 de enero de 2008 (rec. cas. para la unificación de doctrina 380/2003), 11 de marzo de 2008 (recurso de casación para la unificación de doctrina 62/2004) y 10 de noviembre de 2008, (rec. cas. 7949/2004), y porque la citada comunicación es un mero anuncio de interposición del recurso (SSTS de 30 de enero de 2008 (rec. de cas. para la unificación de doctrina 92/2003), 6 de marzo de 2008 (rec. cas. para la unificación de doctrina 316/2004) y 1 de diciembre de 2008, (rec. cas. 4869/2004).

En consecuencia, si la fecha de la notificación es cuestionada y no hay en el expediente ninguna otra constancia adicional sobre la auténtica fecha de comunicación o recepción de la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional, no resulta admisible que bastase con la mera indicación de una determinada fecha por la Administración interesada, sin ningún elemento de contraste adicional en el expediente, para señalar el dies a quo del cómputo del plazo para la interposición del Recurso de Alzada. De igual forma, resulta necesario que el escrito presentado contenga, ya, como algo insito y connatural al mismo, la exposición de los motivos en que se funde.

**3. Impuesto sobre sociedades. La remuneración de los miembros del Consejo de Administración sólo resulta deducible cuando los estatutos hayan establecido su cuantía de forma determinada o perfectamente determinable. Dicha regla resulta aplicable incluso respecto de los consejeros que, desarrollando únicamente las actividades propias de su cargo, hayan sido dados de alta por la sociedad en la Seguridad Social**

La STS, Sec. 2.<sup>a</sup>, 13/11/2008, RC 3991/2004 señala que a efectos fiscales, en virtud de las normas mercantiles y tributarias, la posibilidad

de retribuir a los administradores de sociedades anónimas y, como consecuencia, considerar el carácter obligatorio de dichos pagos, depende en todo caso de que estos últimos estén previstos en los estatutos sociales. Desde el punto de vista estrictamente fiscal, interesa únicamente observar que la previsión estatutaria es la que permite determinar que para la sociedad esa remuneración —y no otra— es obligatoria, o, dicho de manera más precisa, que el gasto, de conformidad con el art. 13 de la L.I.S., puede calificarse como necesario para el ejercicio de la actividad y no —total o parcialmente— como una liberalidad.

Pues bien, de acuerdo con la doctrina de la Sala, los requisitos que deben cumplirse necesariamente en la fijación en los estatutos de las sociedades anónimas de las remuneraciones de sus administradores para que éstas constituyan un gasto deducible en el Impuesto sobre Sociedades, son:

La necesidad de que la remuneración de los administradores venga determinada en los Estatutos de la sociedad para que puedan ser considerados fiscalmente deducibles.

Para considerar que la remuneración de los administradores es un gasto obligatorio a efectos de su deducibilidad en el Impuesto sobre Sociedades no basta con que los estatutos sociales hagan una mención a las mismas, sino que, además, la retribución de los administradores ha de constar en los estatutos *con certeza* y no ser contraria a lo dispuesto en el art. 130 de la L.S.A., no pudiendo modificarse por el Consejo de Administración, pues para hacerlo es necesario modificar los Estatutos en Junta General.

Para que pueda apreciarse que los estatutos establecen la retribución de los administradores «con certeza» es preciso que se cumplan, al menos, los requisitos que se especifican a continuación, algunos de los cuales ya han sido fijados por este Tribunal:

El primero de ellos es que, los estatutos «han de precisar el concreto sistema retributivo», de manera que no es suficiente que la norma social prevea varios sistemas retributivos para los administradores, dejando a la junta de accionistas la determinación de cuál de ellos ha de aplicarse en cada momento. Los Estatutos —en efecto— no pueden recoger los distintos sistemas legales de retribución y dejar a la junta la determinación de cuál de ellos ha de aplicarse en cada momento, sino que deben precisar el sistema retributivo a aplicar de modo que su alteración exigirá la previa

modificación estatutaria» En suma, en primer lugar, aunque las sociedades anónimas pueden optar por diferentes sistemas de de retribución, sea cual fuere la modalidad por la que se adopte —una remuneración fija, una cantidad variable, o un sistema mixto que combine los anteriores—, ésta debe quedar reflejada claramente en los estatutos de la entidad.

En segundo lugar, en el supuesto de que el sistema elegido sea el variable, y se concrete en una participación en los beneficios de la sociedad, no basta con la fijación de un límite máximo de esa participación, sino que el porcentaje debe estar perfectamente determinado en los estatutos.

En tercer lugar, para que pueda sostenerse que los estatutos sociales establecen la retribución de los administradores «con certeza», cuando, como sucede en el supuesto enjuiciado en este proceso, ésta consista en una asignación de carácter fijo, no basta con que se prevea la existencia y obligatoriedad de la misma, sino que, además, es preciso que en todo caso los estatutos prevean el *quantum* de la remuneración o, al menos, los criterios que permitan determinar perfectamente, sin ningún margen de discrecionalidad, su cuantía. Es evidente que sólo de este modo puede afirmarse que la retribución satisfecha a los administradores —y no otra de magnitud inferior o superior— viene *exigida* por los Estatutos y, por tanto, cumple con este requisito imprescindible para poder considerar que, tal y como exige el art. 13 de la LIS, el gasto es verdaderamente necesario para la obtención de los rendimientos de la sociedad.

En fin, para que la remuneración a los administradores pueda considerarse como gasto necesario para obtener los ingresos y, por tanto, deducible de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades en virtud del art. 13 de la LIS, no basta con que dicho gasto se haya efectivamente producido, sino que es *conditio sine qua non* que los estatutos de la sociedad hayan establecido su cuantía de forma determinada o perfectamente determinable.

Asimismo, ha sido tenido en cuenta que en la medida en que, el Presidente, el Vicepresidente y el Consejero Delegado en el ejercicio 1994 pertenecían al Consejo de Administración de dicha entidad y desempeñaban únicamente las «actividades de dirección, gestión, administración y representación de la sociedad» propias de dicho cargo debe entenderse que su vínculo con la entidad recurrente era exclusivamente de naturaleza mercantil y no laboral. Y ello con independencia de que realizaran un «plus» de dedicación, y de que Mahou, SA hubiera celebrado con dichas

personas un contrato de alta dirección, les hubiera dado de alta en la Seguridad Social, hubiera practicado sobre sus retribuciones la retención prevista para los rendimientos del trabajo y, en fin, hubiera contabilizado las mismas en la cuenta de «Sueldos y Salarios» y no en la específica del Consejo de Administración; porque la naturaleza jurídica de las relaciones se define por su propia esencia y contenido, no por el concepto que le haya sido atribuido por las partes, y porque *«ni el consejo de administración, ni el consejero delegado en su propio beneficio, pueden acudir al contrato de alta dirección, creando la figura de alto directivo en quien legalmente no puede ser definido como tal»*. En suma, la relación establecida carece de eficacia y no puede ser tenida en cuenta a los efectos tributarios, no existiendo, además, la relación de ajenidad propia de la relación laboral. Por ello, se rechaza la posibilidad de aplicar el art. 13.d) de la Ley 61/1978, o los arts. 100 ó 104 del RIS.

#### **4. Extensión de efectos de sentencias en materia tributaria.**

La STS, Sec. 2.<sup>a</sup>, 16/02/2009, RC 6022/2007 sienta la siguiente doctrina, que por su importancia, se reproduce textualmente:

«En el actual régimen de eficacia o alcance subjetivo de las sentencias, según la vigente LJCA, las sentencias que además de anular un acto reconocen una situación jurídica individualizada sólo producen efectos entre las partes. Así lo dispone expresamente el artículo 72.3 LJCA: “la estimación de pretensiones de reconocimiento o restablecimiento de una situación jurídica individualizada sólo producirá efectos entre las partes”. Y solo excepcionalmente —además de lo establecido en el artículo 111— pueden extenderse tales efectos en los términos previstos en el artículo 110, que exige para la sentencia unos determinados requisitos procesales y de fondo. Entre ellos, en lo que importa al recurso, es menester que, resolviendo una pretensión de plena jurisdicción, haya reconocido una situación jurídica individualizada a favor de una o varias personas.

Resulta así relevante recordar la distinción entre pretensiones de anulación y de plena jurisdicción, que con origen en la doctrina del Consejo de Estado francés, conserva en nuestro ordenamiento algunas consecuencias, aunque sean menores en la Ley de 1998 que en la Ley de 1956. Pues es cierto que se han equiparado en orden a la legitimación exigida, para el ejercicio de una y otra pretensión, pero se mantienen las consecuencias de la distinción con respecto al contenido y efectos de las sentencias.

Si se solicita del órgano jurisdiccional la declaración de no ser conforme a Derecho y, en su caso, la anulación de un acto o disposición art. 31.1 LJCA), el contenido de la sentencia estimatoria ha de adecuarse, por mor de la congruencia, a dicha solicitud, conforme al artículo 71.1.a) LJCA, con la eficacia erga omnes, para todos los afectados, establecida en el artículo 72.2 LJCA. Si se pide, además el reconocimiento de una situación jurídica individualizada (art. 31.2 LJCA), la misma congruencia exigida a la sentencia estimatoria comporta dicho reconocimiento, con la adopción de las medidas necesarias para su pleno restablecimiento, según dispone el artículo 71.1.b) LJCA, y con los efectos limitados a las partes que resulta del artículo 72.3 LJCA, aunque con la excepción, sólo para dichas sentencias, de la extensión a terceros en los términos de los artículos 110 y 111.

[...] Esta Sala se ha pronunciado ya en alguna ocasión sobre el alcance del art. 110 LJCA. Así, en sentencias de 11 de diciembre de 2006 (rec. cas. 6172/2003), 19 de julio de 2007 (rec. cas. 549/2003) y 20 de septiembre de 2007 (rec. cas. 3041/2005), entre otras, recuerda que el precepto se refiere únicamente a la extensión de efectos de sentencias firmes que reconocen situaciones jurídicas individualizadas en favor de una o varias personas; limitación que encuentra su justificación en que las sentencias que anulan una disposición o un acto (las anulatorias) producen directamente efectos para todas las personas afectadas (art. 72 LJCA), sin necesidad, por tanto, de ulterior extensión.

De esta forma, el Legislador trata de evitar la tramitación de múltiples recursos idénticos, con reiteración de inútiles trámites. En tal sentido se manifiesta la Exposición de Motivos de la Ley al indicar que se trata de una novedad importante que “puede ahorrar la reiteración de múltiples procesos innecesarios contra los llamados actos en masa”.

El apartado 1 del art. 110 no deja lugar a dudas de que el solicitante debe formular una pretensión de reconocimiento de una situación jurídica individualizada y pedir la extensión de los efectos de una sentencia firme que reconoce una situación jurídica individual “idéntica” a aquella en la que él afirma encontrarse, lo que nos lleva a analizar la diferencia entre pretensiones de mera anulación y de restablecimiento de situaciones, contempladas en el art. 31 que, al regular «las pretensiones de las partes», distingue, en su apartado 1, la pretensión simplemente anulatoria, consistente en la declaración de que el acto recurrido no es conforme a Derecho y, la consecuente anulación del acto o disposición impugnada, y en el apartado 2, las pretensiones de plena jurisdicción, consistentes en el reconocimiento

de una situación jurídica individualizada, y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma.

[...] Esta misma Sección ha reconocido las dificultades de proyectar la distinción de pretensiones, de anulación y de plena jurisdicción, al ámbito tributario, pudiendo argumentarse que «en principio, tanto el pago de una liquidación tributaria como la prestación de una garantía para la suspensión son opciones del contribuyente, y que normalmente las sentencias estimatorias en materia tributaria contra los actos de aplicación de los tributos vienen a reconocer una situación jurídica individualizada, esto es, el derecho del sujeto a no ser gravado por razón del acto que es anulado [...]» (SSTS citadas de 19 de julio y 18 de septiembre de 2007), e, incluso, no cabe excluir que en determinados supuestos el reconocimiento de una situación jurídica individualizada esté o aparezca implícito en sentencias que anulan un acto.

Ahora bien, la matización expuesta no supone que desaparezca la distinción legalmente impuesta de que se trata, pues, frente a la sentencia que se limita a la anulación de la liquidación tributaria impugnada, cabe identificar el reconocimiento, en sentencia, de un determinado beneficio fiscal o, incluso, el reconocimiento adicional del derecho a que se practique al recurrente una determinada liquidación tributaria con un concreto importe o sobre la base de unos parámetros precisados en el fallo.

Y, sobre la indicada base, ha de entenderse que la sentencia 1290/2001, de fecha 2 de noviembre de 2001, de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana era meramente anulatoria de una liquidación practicada, que no reconocía una situación jurídica individualizada; no podía servir, en consecuencia, para establecer comparativamente una eventual identidad con otras situaciones jurídicas, y era, por tanto, insusceptible de extender sus efectos a otros interesados. En efecto:

a) La pretensión ejercitada era solo que se declarase no ajustada a Derecho la resolución recurrida del Tribunal Económico Administrativo Regional de Valencia, de fecha 28 de octubre de 1999, siendo objeto de debate si la comprobación de valores efectuada cumplía con los requisitos formales y de contenido que eran exigibles o adolecía de algún defecto del que derivase su anulación.

b) La razón de la decisión estimatoria es que se considera contrario a Derecho el método de comprobación de valor utilizado, consistente en multiplicar la base imponible por un coeficiente 2,00, en base a una Resolución del Centro de Gestión Catastral y Cooperación Tributaria de 15 de enero de 1993.

c) El fallo literalmente se expresa en los siguientes términos “Que debemos estimar y estimamos el recurso contencioso-administrativo n.º 78/2000, interpuesto por DOÑA PETRONIA, en nombre y representación de Don Cayo Ticio, contra la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Valencia de fecha 28 de octubre de 1999, recaída en el expediente número 03/2264/98 por el concepto de Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, y lo declaramos contrario a Derecho y anulamos, sin expresa condena en costas procesales”.

Sobre la base del indicado pronunciamiento, meramente anulatorio de la liquidación practicada por Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, porque la comprobación de valores efectuada no era conforme a Derecho, la Sala de instancia ha extendido luego, sin atenderse siquiera al requisito temporal de que la solicitud se efectuara en el plazo de un año desde la última notificación de la sentencia, a todas las pretensiones de anulación de liquidaciones cuando se basaba la impugnación en el mismo fundamento.

*Dicho en otros términos se ha extendido una sentencia anulatoria a todas las pretensiones de anulación de liquidaciones con base en la apreciación de la identidad no de situaciones jurídicas sino de los fundamentos del proceso resuelto y los procesos posteriormente suscitados. Y si bien es cierto que, ante el criterio interpretativo del órgano jurisdiccional, una actuación responsable de la Administración hubiera conducido a respetar lo que ya era un precedente judicial reiterado, acomodando sus comprobaciones a la doctrina de la Sala del Tribunal Superior de Justicia, también lo es que dicha Sala no podía utilizar el específico cauce del artículo 110 LCJA para extender los efectos de una sentencia obviando y no considerando las exigencias del propio precepto que aplicaba.»*

## **5. Tasa a los operadores de telefonía móvil. Legalidad de la Ordenanza Fiscal del Ayuntamiento de Badalona que impone una tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local realizada por empresas operadores de telefonía móvil**

La STS, Sec. 2.<sup>a</sup>, 16/02/2009, RC 5082/2005 analiza un litigio atinente a la fijación del importe de las tasas previstas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local después de la reforma del apartado 1 del art. 24 de la LHL, 39/1998, por la Ley 51/2002, de 27 de diciembre, a cuyo tenor:

1.<sup>a</sup>) La primera regla, que es la general, viene contenida en su letra a): «Con carácter general, tomando como referencia el valor que tendría en el mercado la utilidad derivada de dicha utilización o aprovechamiento, si los bienes afectados no fuesen de dominio público. A tal fin, las ordenanzas fiscales podrán señalar en cada caso, atendiendo a la naturaleza específica de la utilización privativa o del aprovechamiento especial de que se trate, los criterios y parámetros que permitan definir el valor de mercado de la utilidad derivada».

2.<sup>a</sup>) La segunda regla, residual y específica, es la contenida en la letra b): «Cuando se utilicen procedimientos de licitación pública, el importe de la tasa vendrá determinado por el valor económico de la proposición sobre la que recaiga la concesión, autorización o adjudicación».

3.<sup>a</sup>) La tercera regla hace referencia a la denominada «tasa del 1,5%» de las empresas suministradoras y está contenida en la letra c), cuyo párrafo primero es del siguiente tenor: «Cuando se trate de tasas por utilización privativa o aprovechamientos especiales constituidos en el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales, a favor de empresas explotadoras de servicios de suministros que resulten de interés general o afecten a la generalidad o a una parte importante del vecindario, el importe de aquéllas consistirá, en todo caso y sin excepción alguna, en el 1,5 por ciento de los ingresos brutos procedentes de la facturación que obtengan anualmente en cada término municipal las referidas empresas».

Esta tercera regla contiene numerosas precisiones adicionales, de las que aquí interesa destacar las dos siguientes:

— «No se incluirán en este régimen especial de cuantificación de la tasa los servicios de telefonía móvil».

— «Las tasas reguladas en este párrafo c) son compatibles con otras tasas que puedan establecerse por la prestación de servicios o la realización de actividades de competencia local, de las que las empresas a que se refiere esta letra c) deban ser sujetos pasivos conforme a lo establecido en el art. 23.1.b) de esta ley, quedando excluida, por el pago de esta tasa, la exacción de otras tasas derivadas de la utilización privativa o el aprovechamiento especial constituido en el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales».

La reforma que de la Ley 39/1988, reguladora de las Haciendas Locales, hizo la Ley 51/2002, tenía un objetivo bien definido: afirmar que las

empresas que prestan servicios de telefonía móvil quedan sujetas a la tasa por utilización privativa o aprovechamientos especiales del dominio público local, aunque sea con sujeción al régimen general de determinación de su cuantía, previsto en el art. 24.1.a) de la Ley. Porque para la prestación de dichos servicios de telefonía móvil se utilizan las redes de telefonía tendidas en el dominio público local —tanto las tendidas por los operadores de servicios móviles, como las líneas de telefonía fija, a las que se accede en virtud de los correspondientes derechos de interconexión y acceso—, realizándose de ese modo el hecho imponible de la tasa que nos ocupa.

Precisamente por ello, atendiendo al sentido de la reforma introducida por la citada Ley 51/2002, que entró en vigor el 1 de enero de 2003, el Ayuntamiento de Badalona estimó oportuno la modificación de algunos extremos de la Ordenanza Fiscal num. 24, reguladora de la tasa por utilización privativa o aprovechamientos especiales constituidos en el suelo, subsuelo y vuelo de las vías públicas municipales a favor de empresas explotadoras de servicios de suministros, con el fin de establecer las reglas de determinación de la cuantía de la tasa legalmente exigible a las empresas prestadoras de servicios de telefonía móvil en el régimen general a que se les había sometido.

Para ello, se elaboró el preceptivo Informe económico, en que se acude a los diversos criterios y parámetros de valoración que han de tomarse como referencia para determinar la cuantía de la cuota a satisfacer por la tasa.

La cuantía de la tasa resulta de multiplicar tres parámetros diferentes: la tarifa básica por año, el tiempo de duración de la utilización privativa o aprovechamiento especial y el coeficiente específico atribuible a cada operador según su cuota de mercado en el municipio. El único requisito exigible legalmente es que se valore el aprovechamiento a valor de mercado, como si no se tratase de bienes de dominio público.

De los tres parámetros que se utilizan para el cálculo del importe de la tasa, dos de ellos son específicos de cada uno de los contribuyentes, como es el tiempo de duración de la utilización privativa o aprovechamiento especial y el coeficiente específico atribuible a cada operador según su cuota de mercado en el municipio. Es decir, el valor de mercado del aprovechamiento o utilización privativa se ha de multiplicar por el factor específico y concreto del tiempo de duración de dicho aprovechamiento o utilización privativa y por el coeficiente específico atribuible a cada operador, que pone de manifiesto la intensidad de uso de cada empresa que opera en el sector de la telefonía móvil.

El Informe técnico-económico ha de tener un contenido mínimo pero ni la LHL ni la LTPP establecen, en detalle, el contenido concreto que el estudio económico-financiero haya de tener. Cuando se trata de tasas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local, sólo cabe exigir que el estudio económico-financiero «ponga de manifiesto el valor de mercado o la previsible cobertura del coste de aquéllos», que es lo que quiere el art. 25 de la LHL.

### III. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

#### 1. Inadmisión del recurso contencioso-administrativo al amparo del artículo 51 LJCA. Su aplicación no se limita a un momento procesal concreto y tasado

La STS, Sec. 5.<sup>a</sup>, 24/03/2009, RC 5087/2007, señala que el art. 51 de la Ley Jurisdiccional, en el que se prevé la posibilidad de concluir el proceso contencioso-administrativo mediante auto de inadmisión, no limita su aplicación a un momento procesal concreto y tasado. Simplemente exige que por el correspondiente órgano jurisdiccional se haya reclamado y examinado previamente el expediente administrativo, y que constatada la concurrencia de alguna de las causas tasadas de inadmisión, se conceda un trámite específico de audiencia a las partes antes de su declaración. No cabe objetar frente a esta conclusión que a tenor de la ubicación sistemática de dicho precepto en el contexto de la Ley de la Jurisdicción sólo resulta viable su aplicación en el momento inicial de la tramitación del procedimiento (tras la recepción del expediente y antes de la demanda); pues semejante planteamiento resulta incompatible con elementales consideraciones de economía procesal, ya que carece de sentido obligar a tramitar el recurso hasta sentencia (incluyendo, eventualmente, una dilatada, compleja y costosa actividad probatoria) cuando el órgano juzgador, a la vista de los avances que va experimentando el proceso, llega a la conclusión de que concurre con evidencia una causa de inadmisión del recurso que impide resolver sobre el fondo del asunto. Cabalmente, concluye la Sala, *«si ya puede apreciarse la concurrencia manifiesta de una causa de inadmisión con la limitada información que suministran el escrito de interposición y el expediente administrativo, con mayor motivo deberá permitirse esta posibilidad en los trámites procesales posteriores, cuando en función de los avances del pleito ya se dispone de más datos sobre el objeto del litigio y esos datos suministran elementos de juicio suficientes para constatar la efectiva concurrencia de la causa de inadmisión»* (FJ 7.º).

## **2. Requerimiento del artículo 44 LJCA. Reglas para el cómputo del plazo de dos meses que en él se establece**

La STS, Sec. 4.<sup>a</sup>, 25/11/2008, RC 1256/2006, señala que como el artículo 44 de la Ley de la Jurisdicción está regulando el trámite que se puede seguir para los litigios entre las Administraciones Públicas, a salvo la materia de régimen local, cual expresamente establece, es claro, que si aquí se trataba de un litigio entre la Administración del Estado y la Generalidad de Cataluña, *«el trámite y plazo que al efecto refiere, dos meses, se ha de entender y estimar como un plazo procesal para una finalidad concreta de la misma Ley y por ello ha de estar y está sujeto a las previsiones del artículo 128 de la misma Ley, esto es, a que es un plazo improrrogable y que no corre durante el mes de agosto, cual precisa el artículo 128 apartado 2 al decir »durante el mes de agosto no correrá el plazo para interponer el recurso contencioso administrativo ni ningún otro plazo de los previstos en esta Ley, salvo para el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales en el que el mes de agosto tendrá carácter hábil»* (FJ 3.º). Sobre esta base, y descendiendo a la contemplación del caso examinado, concluye la Sala que si el requerimiento a que se refiere el artículo 44 lo hizo la Administración del Estado dentro del plazo de tres meses desde que conoció la actuación a que el requerimiento se refería y entre esos tres meses estaba incluido el mes de agosto, es claro que se ha de entender que el requerimiento se hizo dentro del plazo establecido por el artículo 44 en relación con el 128 de la Ley de la Jurisdicción, pues en esos supuestos no corría ni se podía computar el mes de agosto como la Ley expresamente dispone.

## **3. No aportación por la mercantil actora del documento que acredite que el órgano societario facultado para ello hubiera decidido ejercitar la acción. Interpretación de los artículos 45.2.d), 45.3 y 138 de la Ley de la Jurisdicción en lo relativo a si permiten que el Juez o Tribunal, sin hacer un previo requerimiento de subsanación, acoja en su sentencia una causa de inadmisibilidad como esa cuando la misma sí fue alegada en el escrito de contestación a la demanda**

La STS, Pleno, 05/11/2008, RC 4755/2005, partiendo lo dispuesto en el artículo 45.3 de la Ley de la Jurisdicción, puntualiza que la razón de ser del precepto es abrir lo antes posible un cauce que evite la inutilidad de un proceso iniciado sin los requisitos que son ya precisos en ese

mismo momento, y no otra. Fracasada por la razón que sea esa aspiración de la norma, queda abierto con toda amplitud el debate contradictorio que las partes deseen entablar, al que el Juez o Tribunal habrá de dar respuesta en los términos en que se entable, evitando, eso sí, toda situación de indefensión. Y es aquí, para un momento posterior de aquel inicial del proceso, donde entra en juego la norma del artículo 138 de la Ley Jurisdiccional, cuyo contenido plantea el problema de si la Sala de instancia podía, sin previo requerimiento de subsanación, apreciar la causa de inadmisibilidad concernida. Pues bien, el Tribunal Supremo, aun constatando que sobre este tema ha habida sentencias contradictorias, llega a la conclusión de que aquel artículo 138 diferencia con toda claridad dos situaciones:

Una, prevista en su número 2, consistente en que sea el propio órgano jurisdiccional el que de oficio aprecie la existencia de un defecto subsanable; en cuyo caso, necesariamente, ha de dictar providencia reseñándolo y otorgando plazo de diez días para la subsanación.

Y otra, prevista en su número 1, en la que el defecto se alega por alguna de las partes en el curso del proceso, en cuyo caso la que se halle en tal supuesto, es decir, la que incurrió en el defecto, podrá subsanarlo u oponer lo que estime pertinente dentro de los diez días siguientes al de la notificación del escrito que contenga la alegación.

Y termina con otra norma, la de su número 3, que es común a aquellas dos situaciones, aplicable a ambas, en la que permite sin más trámite que el recurso sea decidido con fundamento en el defecto si éste era insubsanable o no se subsanó en plazo.

Sobre esta base, apunta la Sala que *«no es sólo que la literalidad del precepto diferencie esas dos situaciones y que para ambas, para una y otra una vez agotada su respectiva descripción, prevea sin necesidad de más trámite el efecto común que dispone su número 3. Es también la regla lógica que rechaza toda interpretación que conduzca a hacer inútil o innecesaria la norma, la que abona nuestra respuesta de que en un caso como el de autos no era obligado que el órgano judicial hiciera un previo requerimiento de subsanación. Si éste hubiera de hacerse también en la situación descrita en el número 1 de aquel artículo, la norma en él contenida sobraría en realidad, pues sin necesidad de construir un precepto cuya estructura es la de separar en números sucesivos situaciones distintas, le habría bastado al legislador con disponer en uno solo que apreciada la existencia de algún defecto subsanable, bien de oficio,*

*bien tras la alegación de parte, se actuara en el modo que dice el número 2 del repetido artículo 138. Además y por último, una interpretación conforme con la Constitución de los números 1 y 3 de dicho artículo no impone que el órgano jurisdiccional, habiéndose alegado el defecto en el curso del proceso, requiera en todo caso de subsanación antes de dictar sentencia de inadmisión. Alegado el defecto, sólo será exigible el requerimiento previo del órgano jurisdiccional cuando, sin él, pueda generarse la situación de indefensión proscrita en el artículo 24.1 de la Constitución. Situación que debe ser descartada en un supuesto, como lo es el de autos, en el que la parte demandada invocó con claridad la causa de inadmisibilidad que alegaba y en el que la parte actora tuvo ocasión, por brindarla el curso sucesivo del proceso, de oponer lo que estimara pertinente. Tal es también la conclusión que cabe ver, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Constitucional 266/1994, de 3 de octubre» (FJ 7.º).*

#### **4. Vía de hecho: delimitación del concepto**

La STS, Sección 5.ª, 31/10/2008, RC 1007/2007, a propósito de un litigio relativo a una supuesta vía de hecho acaecida con ocasión de un deslinde, delimita el propio concepto de «vía de hecho», contemplado en el artículo 30 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa. Comienza la Sala recordando que tradicionalmente se ha venido entendiendo por vía de hecho cualquier actuación que carezca de cobertura jurídica. No obstante, añade la sentencia, *«también se ha incluido en esta categoría, en el ámbito expropiatorio en el que fundamentalmente se han delimitado sus contornos en la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, aquellas otras conductas administrativas que exceden del contenido permitido por el acto que le da cobertura, desbordando el contenido y los límites del acto que legitima su actuación, de manera que ello conduce a una actuación desproporcionada, en relación con el título habilitante. Siendo mas discutible, desde luego, la inclusión en esta categoría de actuaciones, que invoca la parte recurrente, realizadas en virtud de un acto que carece de los más elementales presupuestos por concurrir una causa de nulidad plena».*

Situada en esta perspectiva de análisis de la cuestión, la Sala apunta que la Ley Jurisdiccional no define, al regular este modo de actuación de la Administración, lo que ha de entenderse por vía de hecho, pero destaca que la Exposición de Motivos de la LJCA declara que la vía de hecho se integra por «aquellas actuaciones materiales de la Administración que

carecen de la necesaria cobertura jurídica y lesionan derechos e intereses legítimos de cualquier clase». Si a ello se une el contenido del artículo 71.1.a) de la LJCA cuando alude al cese o modificación de la actuación impugnada, como el contenido propio de una sentencia resolutoria de la vía de hecho, forzosamente ha de concluirse que *«la LJCA considera como vía de hecho únicamente las actuaciones materiales que carecen de cobertura jurídica, por no disponer de título habilitante. Supuesto en el que cabe integrar los casos en que se produce un exceso o desproporción en la actuación material, desbordando los límites que impone el acto de cobertura. De manera que el elemento definidor de la vía de hecho es la carencia de cobertura jurídica, bien sea porque no exista acto previo de habilitación, o bien porque la actuación material va mas allá de lo que dicha cobertura autoriza. La concurrencia de una causa de nulidad plena, por tanto, no constituye, a los efectos de la LJCA, un supuesto de vía de hecho, por lo que su invocación ha de realizarse con motivo de la impugnación del acto administrativo aprobatorio del deslinde»* (FJ 4.º).

