

Tribunal Supremo y Tribunal Superior de Justicia de Andalucía

SUMARIO: I. ACTO ADMINISTRATIVO. II. ADMINISTRACIÓN LOCAL. III. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. IV. BIENES PÚBLICOS. V. COMUNIDADES AUTÓNOMAS. VI. CONTRATOS. VII. CORPORACIONES DE DERECHO PÚBLICO. VIII. CULTURA, EDUCACIÓN, PATRIMONIO HISTÓRICO. IX. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO. X. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES. XII. EXPROPIACIÓN FORZOSA. XIII. FUENTES. XIV. HACIENDA PÚBLICA. XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA. XVI. MEDIO AMBIENTE. XVII. ORGANIZACIÓN. XVIII. PERSONAL. XIX. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. XX. RESPONSABILIDAD. XXI. SALUD Y SERVICIOS SOCIALES. XXII. URBANISMO Y VIVIENDA.

Tribunal Supremo (*)

III. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

LAS POTESTADES NO SON SUSCEPTIBLES DE TRANSACCIÓN

Se anula un Convenio urbanístico realizado a cambio del pago de una cantidad representativa del exceso de aprovechamiento no autorizado por el planeamiento, comprometiéndose el Ayuntamiento a modificar éste con el fin de legalizar la construcción llevada a cabo.

«La representación procesal de la entidad recurrente asegura que el Tribunal a quo, al anular el convenio celebrado por el Ayuntamiento y condenarle a la apertura de un expediente de restauración y legalización, así como a la apertura o continuación de otro expediente por apertura sin licencia, ha conculcado lo establecido en los artículos 49 y 50 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976, 58 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común y 4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, además de la doctrina ju-

(*) Subsección preparada por JOSÉ I. LÓPEZ GONZÁLEZ.

risprudencial recogida en las sentencias de esta Sala, de fechas 15 de marzo de 1997 y 15 de febrero de 1994, relativa al ius variandi de la Administración en materia de planeamiento y a la legitimidad de los convenios urbanísticos como instrumentos de acción concertada para asegurar una actuación urbanística eficaz, tendente a la consecución de objetivos concretos y beneficios para el interés general, por cuanto la Administración no ha pretendido soslayar con dicho convenio el ejercicio de sus potestades en materia de disciplina urbanística ni eximir a la entidad promotora de la eventual responsabilidad contraída como consecuencia de la ejecución de obras que exceden de la edificabilidad permitida, sino que se acuerda el pago de una suma por exceso de aprovechamiento sin perjuicio de las sanciones a que hubiese lugar por las eventuales infracciones cometidas, por las que se incoaron sendos procedimientos sancionadores por ejecución de obras sin licencia y por apertura sin licencia del centro construido.

El referido motivo de casación no puede prosperar porque el ejercicio del ius variandi de la Administración no legitima ni ampara a ésta para, una vez cometida y consumada una ilegalidad urbanística por la ejecución de una obra sin licencia y por la iniciación de la actividad sin la preceptiva autorización, convenir con el infractor que el pago al Ayuntamiento del exceso de aprovechamiento en la construcción llevada a cabo implica que éste tenga que modificar las ordenanzas urbanísticas para legalizar dicha construcción con independencia del curso de los procedimientos de disciplina urbanística incoados para restaurar la legalidad urbanística conculcada, dado que esta potestad, como inherente a una función pública, no es susceptible de transacción, y, por consiguiente, es correcta la decisión de la Sala sentenciadora al anular el convenio por el que el Ayuntamiento, a cambio del pago de una cantidad representativa de la demasía en el aprovechamiento no autorizado por las determinaciones urbanísticas del planeamiento, se compromete a modificar éste con el fin de legalizar la construcción levantada infringiendo tales determinaciones u ordenanzas.

No cabe duda de que éstas podrían ser alteradas en virtud del invocado ius variandi de la Administración urbanística, pero siempre que el ejercicio de tal potestad tenga una finalidad acorde con la función pública del planeamiento en atención al interés general y no con la espuria finalidad de legalizar una edificación levantada contraviniendo las determinaciones u ordenanzas urbanísticas a las que debería haberse ajustado, pues, como acertadamente lo ha entendido el Tribunal de instancia, el convenio celebrado con tal designio entre la Administración municipal y el titular de la edificación ilegal contradice abiertamente la licitud de las potestades de la Administración tanto para modificar el planeamiento como para celebrar convenios, al margen de si va a continuar o no la tramitación de los procedimientos incoados para el restablecimiento de la legalidad urbanística, que son la única vía para lograrla, razón por la que en la sentencia recurrida, a la vista de que si bien el Ayuntamiento al aprobar el convenio no

ha renunciado formalmente al ejercicio de sus potestades disciplinarias en la práctica no las ha ejercitado, se ordena incoar o continuar dichos procedimientos.»

(STS de 7 de octubre de 2008. Sala 3ª, Secc. 5ª F. D. 1º y 2º. Magistrado Ponente Sr. Peces Morate. Ar. 5995)

IV. BIENES PÚBLICOS

DESLINDE DE DOMINIO PÚBLICO MARÍTIMO-TERRESTRE

Las características naturales de los terrenos, más que la transformación por obras o instalaciones, son las que determinan su calificación jurídica.

«Todo el sistema transitorio de la Ley 22/88 demuestra lo dicho: la Ley impone su regulación también hacia el pasado, pues se sobrepone incluso a anteriores declaraciones de propiedad particular por sentencias firmes (Disposición Transitoria 1ª 1) y también a títulos anteriores amparados por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria (Disposición Transitoria 1ª 2).

Esta vocación de la Ley 22/88 se observa claramente en su Disposición Transitoria Primera núm. 3, que (aunque aquí no sea aplicable, por referirse a terrenos no deslindados o deslindados sólo parcialmente) dispone que el deslinde habrá de realizarse para todos los terrenos que resulten incluidos en el dominio público «aunque hayan sido ocupados por obras», caso en que la Disposición Transitoria Tercera, núm. 3, del Reglamento 1471/89 de 1 de diciembre, remite a la Disposición Transitoria Cuarta, núm. 1, que articula todo un sistema según se trate de obras previas autorizadas o no autorizadas. Es más, el núm. 4 de esta Disposición Transitoria Tercera del Reglamento es sumamente revelador, puesto que dispone que si las obras o instalaciones no hubieran sido objeto de concesión por emplazarse más allá de la línea de deslinde que debiera haberse fijado con arreglo a la Ley de Costas de 26 de abril de 1969, se otorgará dicha concesión conforme a lo establecido en la Disposición Transitoria Cuarta del Reglamento.

Este precepto demuestra que las nuevas categorías de bienes de dominio público marítimo-terrestre de la Ley 22/88 afectan sin duda a situaciones previamente consolidadas.

Esta regulación expresa para los casos de terrenos no deslindados es análogicamente aplicable a los casos de terrenos deslindados conforme a la Ley 28/69, de 26 de abril pero que han de serlo conforme a los criterios de la nueva Ley 22/88, aunque la Disposición Transitoria 1ª 4 no sea tan explícita.

Y la conclusión de todo ello es clara: lo que importa en la regulación legal no es el terreno tal como ha sido transformado por obras o instalaciones si-

no tal como es por naturaleza; las características naturales son las que determinan su calificación jurídica y son las que han de ser tenidas en cuenta al trazar el deslinde.

Esta tesis, por lo demás, es la mantenida por este mismo Tribunal en sentencia de 30 de diciembre de 2003 (casación núm. 2666/00), que se remite a la de 20 de octubre de 2000. En ella decíamos lo siguiente:

«La circunstancia de que un suelo haya sido incorporado a un proceso urbanizador no desnaturaliza su condición geomorfológica estando contemplada en las Disposiciones Transitorias de la propia Ley de Costas la compatibilidad del dominio público marítimo-terrestre con la clasificación como urbano del suelo por haber sido urbanizado en ejecución del planeamiento, de manera que la urbanización de un terreno no constituye un hecho excluyente de la definición legal contenida en los artículos 3.1 b de la Ley de Costas y 3.1 b de su Reglamento, por lo que si, como en este caso, se ha demostrado que constituye un importante depósito de arenas litorales, debe incluirse en el dominio público marítimo-terrestre».

Desde dicha perspectiva el Tribunal de instancia, después de valorar la prueba, llega a la necesaria conclusión de confirmar las afirmaciones de la decisión administrativa, en el sentido que ya hemos expuesto, debiendo reiterarse que las marismas objeto de autos «son terrenos bajos que se inundan por el flujo y reflujo de las mareas», considerándose acreditado que las mismas están por debajo de la cota de pleamar, siendo naturalmente inundables; y este, es un hecho que no puede ser discutido en casación, como no sea, que no lo es, que aquella valoración sea contradictoria, ilógica irracional, o que viole alguno de los preceptos que otorgan fuerza probatoria especial a ciertos medios de prueba.

De ese hecho (a saber, inundación de los terrenos por el flujo y reflujo de las mareas) se deduce su inequívoca naturaleza demanial (artículo 3.1.a) de la Ley 22/88 y de su Reglamento 1471/89, de 1 de diciembre.

Como dijimos en nuestra STS de 18 de noviembre de 2003... cuando un terreno, por cualquier causa resulta invadido o inundado por el mar se incorpora al dominio público marítimo terrestre, según lo establecido en el citado artículo 4.3 de la Ley de Costas, reiterado por el artículo 5.3 de su Reglamento y desarrollado por el artículo 43.6 de éste, aunque con anterioridad a las obras no perteneciese al dominio público marítimo-terrestre, como señala expresamente este último precepto en exacta correspondencia con la previsión legal anterior, que dispone la incorporación al dominio público marítimo terrestre de los terrenos, invadidos por el mar debido a cualquier causa, lo que se corrobora con lo establecido también por los artículos 6.2 de la propia Ley de Costas y 9.2 de su Reglamento.»

(STS de 30 de septiembre de 2008. Sala 3ª, Secc. 5ª. F. D. 4º. Magistrado Ponente, Sr. Fernández Valverde. Ar. 6883)

XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES

PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

No es posible reputar los libros de bautismo como ficheros de datos de carácter personal, en los términos de la Ley Orgánica 15/99, dado que poseen un soporte físico que no los hace susceptibles de tratamiento informático.

«Toda vez que la sentencia recurrida parte, como se ha dicho de la consideración de los Libros de Bautismo, como un fichero, en los términos recogidos en el art. 3 de la LO 15/99 norma que, por tanto estima de aplicación con base en su artículo 2, ha de examinarse en primer lugar, por razones metodológicas el tercero de los motivos de recurso, en el que se reputan vulnerados los arts: 2, 4, 5 y 11 de la LO 15/99.

Se han transcrito ya las razones que llevan al Tribunal “a quo” a reputar ficheros los Libros de Bautismo, frente a lo sostenido por la Administración, cuya resolución sin embargo confirma.

El art. 3.b) de la LO 15/99 señala que a los efectos de dicha Ley se reputa fichero “todo conjunto organizado de datos de carácter personal, cualquiera que fuera la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso”: Como decimos en nuestra Sentencia de 26 de junio de 2008 remitiéndonos al Auto del Tribunal Constitucional 197/2003 “la protección de datos se refiere según ese artículo 3 a todo dato personal registrado en soporte físico, cualquiera que sea la forma o modalidad de creación, almacenamiento, organización y acceso”.

Hemos expuesto también que tanto la Agencia de Protección de Datos, como la Dirección General de Asuntos Religiosos consideran, a diferencia de la Sentencia recurrida, que los Libros de Bautismo no tienen el carácter de ficheros, según la consideración y definición que de estos hace el art. 3.b) de la LO 15/99.

Los razonamientos que el Tribunal “a quo” hace en el quinto de los fundamentos jurídicos de la Sentencia para reputar los Libros de Bautismo, ficheros en los términos definidos en el precitado art. 3.b), no pueden ser aceptados. La Sala de instancia estima que los que ella reputa datos de carácter personal, refiriendo como tales, al menos, el nombre y apellidos del bautizado y el hecho asimismo de su bautismo, están recogidos en los Libros de Bautismo, con arreglo a criterios preestablecidos que permiten su tratamiento, considerando la expedición de una partida de bautismo, como una forma de tratamiento de datos personales.

Sin embargo, no cabe aceptar que esos datos personales, a que se refiere la Sala de instancia, estén recogidos en los Libros de Bautismo, como un conjunto organizado tal y como exige el art. 3.b) de la LO 15/99, sino que resultan son una pura acumulación de estos que comporta una difícil búsqueda, acceso e identificación en cuanto no están ordenados ni alfabética-

mente, ni por fecha de nacimiento, sino sólo por las fechas de bautismo, siendo absolutamente necesario el conocimiento previo de la Parroquia donde aquel tuvo lugar, no resultando además accesibles para terceros distintos del bautizado, que no podrían solicitar ajenas partidas de bautismo.

No cabe olvidar tampoco que salvo el Tribunal “a quo”, nadie, ni la propia Administración como recoge en su Resolución, ni siquiera el propio solicitante de la cancelación, que se aquieta con aquella, han considerado los Libros de Bautismo como ficheros, según la redacción dada por la LO 15/99 y a los efectos de la aplicación de esta Ley, según prescribe su art. 2.1. Pero es que a mayor abundamiento no cabría estimar tampoco aplicable el art. 4.3 de la citada Ley, en que se funda el acto administrativo impugnado y se confirma por la Sentencia.

Ese precepto señala que los datos de carácter personal serán exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado. Pues bien, en los Libros de Bautismo no cabe apreciar ninguna inexactitud de datos, en cuanto en los mismos se recoge un dato histórico cierto, salvo que se acredite la falsedad, cual es el referente al bautismo de una persona y cuando esta solicita la cancelación de ese hecho, no está pretendiendo que se corrija una inexactitud en cuanto al mismo, sino que en definitiva está intentando y solicitando un sistema nuevo y diferente de registro de nuevos datos personales.

Recapitulando lo hasta aquí expuesto, debemos concluir 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.

La citada Directiva, después de establecer en su art. 1º que “los Estados miembros garantizarán con arreglo a las disposiciones de la presente Directiva la protección de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas físicas, y en particular del derecho a la intimidad en lo que respecta al tratamiento de los datos personales”, en su art. 2, apartado c) define los “ficheros de datos personales como todo conjunto estructurado de datos personales accesibles con arreglo a criterios determinados, ya sea centralizado, descentralizado repartido de forma funcional o geográfica” y en su apartado b) hace referencia al tratamiento de datos personales como “cualquier operación o conjunto de operaciones efectuadas o no mediante procedimientos automatizados y aplicadas a datos personales como la recogida, registro, organización, conservación, elaboración o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma que facilite el acceso a los mismos, cotejo o interconexión, así como su bloqueo, supresión o destrucción”.

La redacción de esa Directiva, por lo que se refiere a la definición de ficheros en los términos expuestos, no presenta ninguna duda interpretativa, como tampoco lo hace el citado art. 3.b) de la LO 15/99. No está de más en todo caso destacar que en la redacción inicial de la LO 5/92 en concreto en su Exposición de Motivos, se establecía que “la Ley se nuclea en torno a lo

que convencionalmente se denominan ficheros de datos” y que es la existencia de unos ficheros, y la utilización que de ellos pudiera hacerse, la que justifica la necesidad de la nueva frontera de la intimidad y del honor, añadiendo que la Ley concibe los ficheros desde una perspectiva dinámica de tal forma que los concibe no sólo como un mero depósito de datos, sino también, y sobre todo, como una globalidad de procesos o aplicaciones informáticas que se llevan a cabo con los datos almacenados y que son susceptibles si llegasen a conectarse entre sí, de configurar el perfil personal a que antes se refiere dicha Exposición de Motivos: Todo ello nos lleva a concluir que los Libros de Bautismo, por las razones expuestas, no pueden, en ningún caso, ser considerados como ficheros de datos personales en los términos definidos tanto en el art. 2 de la Directiva Comunitaria mencionada, como de las Leyes Orgánicas 5/92 y su posterior modificación en la Ley 15/99.

Pero además, se ha rechazado ya la aplicación al caso que nos ocupa del art. 4.3 de la misma norma, en cuanto no cabe hablar de inexactitud en los concretos datos referidos al hecho del bautismo recogidos en los Libros de Bautismo. No procede por tanto aceptar la argumentación del Tribunal “a quo”, cuando considera aplicable la LO 15/99 con base en su art. 2.1 partiendo, como premisa para ello de reputar los Libros de Bautismo como ficheros de datos de carácter personal en los términos recogidos en dicha Ley. El ámbito de aplicación de la citada Ley Orgánica viene definido en su artículo 2.1 que establece que la misma será de aplicación a los datos de carácter personal registrados en soporte físico que los haga susceptible de tratamiento, lo que no ocurre por las razones expuestas con los Libros de Bautismo, en estricta aplicación del art. 2 de la Directiva 95/46 CE y del tantas veces citado art. 3.b de la LO 15/99.

No está de más, por último, hacer mención a la doctrina constitucional recogida en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de noviembre de 2000 y a la que se ha hecho mención por esta Sala en reiterados pronunciamientos (por todas SS. de 26 de junio de 2008) en relación al denominado derecho fundamental a la protección de datos personales consagrado en el art. 18.4 de la Constitución (RCL 1978, 2836), y a la encomienda que en el mismo se hace al legislador de lo que es expresión la LORTAD para garantizar aquellos derechos, consciente de los riesgos que podría entrañar el uso de la informática. Dice así:

“Pues bien, en estas decisiones el Tribunal ya ha declarada que el art. 18.4 CE contiene, en los términos de la STC 254/1993, un instituto de garantía de los derechos a la intimidad y al honor y del pleno disfrute de los restantes derechos de los ciudadanos que, además, es en sí mismo «un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos, lo que la Constitución llama “la informática”, lo que se ha dado en llamar «libertad informática» (F. 6, reiterado luego en las SSTC 143/1994, F. 7, 11/1998, F. 4, 94/1998 F. 6,

202/ 1999, F. 2). La garantía de la vida privada de la persona y de su reputación poseen hoy una dimensión positiva que excede el ámbito propio del derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1 CE), y que se traduce en un derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona. La llamada «libertad informática» es así derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático «habeas data» y comprende, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención (SSTC 11/1998, F. 5, 94/1998 F. 4)».

Resulta claro de estas Resoluciones que la voluntad de la Constitución, de la que es una expresión la LORTAD, tenía por objeto la protección de los datos personales frente a intromisiones de la informática y no para, como ocurre en el caso de autos, permitir dejar constancia de creencias convicciones de los ciudadanos.

Por todo lo expuesto debe estimarse el tercer motivo de recurso, al no ser procedente la aplicación del art. 4.3 de la LO 15/99, para con base en ese precepto acordar la práctica de la nota marginal que se ordena realizar al Arzobispado de Valencia en relación a la inscripción del bautismo del Sr. Víctor, cuestión a la que debe circunscribirse esta Sala en el marco de este recurso de casación».

(STS de 19 de septiembre de 2008. Sala 3ª, Secc. 6ª F. D. 4º. Magistrada Ponente Sra. Robles Fenández. Ar. 5475).

XIII. FUENTES

REGLAMENTO SOBRE RÉGIMEN LABORAL DE LOS ABOGADOS

Se declara la nulidad del párrafo tercero del artículo 14.1 del Real Decreto 1331/2006, de 17 de noviembre, que regula la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos.

«La nulidad del artículo 14 número 1 párrafo tercero del Real Decreto 1331/2006, la interesa la parte actora por estimar que esa regulación vulnera el artículo 40.2 de la Constitución Española y al tiempo el contenido de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de noviembre de 2003, en cuanto define el tiempo de trabajo: 1) todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales. 2) Período de descanso: todo período que no sea tiempo de trabajo».

Y en base a ello además interesa que se plantee cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Y procede acoger tal alegación y declarar la nulidad del párrafo tercero del número 1 del artículo 14 del Real Decreto 1331/2006, sin necesidad de plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea que el recurrente también interesa.

Pues si bien es cierto que el artículo 14.1 en su párrafos primero y segundo esta en plena conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.1 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento y del Consejo de 4 de noviembre de 2003 que codifica la anterior Directiva 93/104/CE, en cuanto la Directiva Comunitaria define como tiempo de trabajo “todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones” y el párrafo segundo del artículo 14.1 dispone “se considerará tiempo de trabajo el tiempo que los abogados permanezcan en el despacho realizando actividades propias de su profesión y el que dediquen fuera del despacho para la asistencia y defensa de los clientes”. Sin embargo la previsión de la norma en su párrafo tercero cuando dispone “que no se computará a efectos de duración máxima de la jornada de trabajo, sin perjuicio de la compensación económica, el tiempo que empleen los abogados en los desplazamientos o esperas, salvo que durante los mismos realicen actividades propias de la profesión”, ya no solo no aparece conforme con los términos de la Directiva Comunitaria citada, sino que introduce una confusión y hasta una alteración de lo dispuesto en el anterior párrafo segundo, que en parte lo deja sin efecto o cuando menos hace difícil el determinar la compatibilidad entre uno y otro párrafo, segundo y tercero y no obsta en nada a lo anterior el que la determinación de esos tiempos de espera o desplazamientos se difiera, como dice el Real Decreto al convenio colectivo, pues al margen de que en ningún caso el tiempo de trabajo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40 de la Constitución Española se pueda dejar de computar a los efectos de determinar la jornada máxima de trabajo, no hay que olvidar, que las normas en materia de jornada de trabajo lo que han de hacer es clarificar y dar las pautas exigidas y no introducir confusiones o dudas y esperar que las mismas sean resueltas por los convenios colectivos y siendo así que se advierte dificultad en compatibilizar lo dispuesto en el párrafo segundo con el párrafo tercero y dudas entre lo que se quiere expresar en el citado párrafo tercero en relación con lo dispuesto en el párrafo segundo y estando este párrafo segundo en plena conformidad con las exigencias de la Directiva Comunitaria, es procedente por ello declarar la nulidad del párrafo tercero, que además es el único que del artículo 14 se impugna.»

(STS de 16 de diciembre de 2008. Sala 3ª, Secc. 4ª. F. D. 5º. Magistrado Ponente Sr. Martí García. Ar. 5991)

XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

EXPROPIACIÓN DE DERECHOS RECONOCIDOS EN SENTENCIA FIRME

Vía singular y excepcional bien diferente, en su naturaleza y procedimiento a seguir, a la de imposibilidad legal de ejecución de la sentencia.

«Queda entonces por examinar la cuestión central planteada en el primer motivo de casación, en el que se alega la infracción del artículo 105 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción. Sostiene la recurrente que en este caso no hay razones para declarar la imposibilidad de ejecución de la sentencia y que tal declaración, al haber sido acordada por la Sala de instancia, constituye una vulneración de lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el que claramente se establece que las sentencias se ejecutarán en sus propios términos, y, en definitiva, una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución (se trata en realidad, del artículo 24. 1 del texto constitucional).

En torno a las cuestiones aquí suscitadas esta Sala ha recordado en repetidas ocasiones sirvan de muestra nuestras sentencias de 10 de marzo de 2008 y 23 de junio de 2008 el obligado respeto a las resoluciones judiciales, que incumbe a todos y muy especialmente a los poderes públicos (artículo 118 de la Constitución, y artículo 17, apartados 1 y 2, de la Ley Orgánica del Poder Judicial), así como el derecho del litigante que obtuvo una sentencia favorable a que lo resuelto en ella se cumpla, por ser este derecho a la ejecución parte integrante y esencial del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución. Por tanto, todos los argumentos y datos que se aduzcan para sustentar en ellos una posible declaración de imposibilidad de ejecutar la sentencia han de ser interpretados y valorados a la luz de aquellos postulados, lo que inevitablemente conduce a una concepción restrictiva de los supuestos de imposibilidad.

En atención a lo expuesto en los apartados anteriores, entendemos que no hay causa suficiente para declarar la imposibilidad legal de ejecutar la sentencia. Resulta por ello procedente casar los autos recurridos, debiendo acordarse en su lugar el cumplimiento de lo resuelto en la sentencia.

Si el Ayuntamiento entendiéndose que el cumplimiento del fallo, y consiguientemente otorgamiento de la licencia, puede resultar seriamente perturbador para los intereses generales o de terceros hasta el punto de comportar un peligro cierto de alteración grave del libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, existe en nuestro ordenamiento procesal un cauce excepcional que consiste en la expropiación de los derechos reconocidos en sentencia firme (artículo 105.3 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción. Esta vía singular y excepcional es muy diferente, tanto en su naturaleza y significado como en el procedimiento a seguir, a la de la imposibilidad legal de ejecución de la sentencia (artículo 105.2 de la misma Ley), que fue la inde-

bidamente elegida por el Ayuntamiento y acogida por la Sala de instancia en el caso presente. Desde luego, no estamos prejuzgando aquí la procedencia de esa vía expropiatoria; y si aludimos a ella es a los solos efectos de indicar que, si el Ayuntamiento decidiese promoverla, debe entenderse que el plazo de dos meses a que se refiere el párrafo segundo del mencionado artículo 105.3 ha de computarse a partir de la notificación de la presente sentencia.

(STS de 17 de noviembre de 2008. Sala 3ª, Secc. 5ª F. D. 4º y 6º. Magistrado Ponente Sr. Calvo Rojas. Ar. 5964).

XVI. MEDIO AMBIENTE

RUIDO

Elemento desencadenante de vulneraciones al derecho al libre desarrollo de la personalidad en el domicilio, siguiendo la doctrina del TEDH frente a posiciones indebidamente formalistas de nuestro Tribunal Constitucional.

«A conclusiones diferentes hay que llegar respecto a las alegadas infracciones de los derechos de los artículos 18.1 y 2. Es decir de la intimidad domiciliaria o del derecho al libre desarrollo de la personalidad en el domicilio. Aquí es el ruido el elemento desencadenante de las vulneraciones alegadas por los recurrentes. Sobre ello se extendió la Sentencia de la Sala de Madrid valorando minuciosamente las pruebas aportadas y, en especial, el informe pericial realizado en la fase probatoria. Como hemos dicho, a la hora de extraer las consecuencias jurídicas de los hechos que tuvo por probados siguió las pautas sentadas por la Sentencia del Tribunal Constitucional 119/2001. En ella se denegó el amparo solicitado por una vecina de la ciudad de Valencia por la lesión que en sus derechos a la integridad personal y a la intimidad causaban los ruidos de establecimientos de ocio que por las noches penetraban en su domicilio, situado en una zona acústicamente saturada en niveles que le impedían dormir. En esa Sentencia el Tribunal Constitucional precisa que para que los ruidos sean determinantes de la infracción del derecho fundamental reconocido en el artículo 18.1 deben ser prolongados, insoportables y evitables y consideró que, en ese caso, no llegó a acreditarse en el interior de la vivienda un nivel de ruido prolongado e insoportable.

Sucede, sin embargo, que, posteriormente, el TEDH (caso Moreno Gómez contra España), en su Sentencia de 16 de noviembre de 2004, ha considerado que, efectivamente, hubo una lesión del derecho a la vida privada reconocido en el artículo 8 del CEDH no corregida por el Tribunal Constitucional. Dice, en concreto, que es indebidamente formalista («unduly for-

malistic») exigir a la recurrente que pruebe los niveles alcanzados por el ruido dentro de su casa cuando las autoridades municipales, de conformidad con las ordenanzas, habían declarado acústicamente saturada la zona en la que se encuentra. Declaración que, recuerda la Sentencia, comporta el reconocimiento de que los residentes en ella están expuestos a altos niveles de ruido que les causan serias molestias. También observa el TEDH que por personal municipal se comprobó la superación de los límites máximos permitidos en varias ocasiones y, ante ello, afirma que no parece necesario requerir a una persona de un área acústicamente saturada aportar la evidencia de un hecho que la autoridad local conoce oficialmente. Por eso, a la vista del volumen del ruido –por la noche y más allá de los niveles permitidos– y del hecho de que se prolongara durante varios años, el Tribunal de Estrasburgo apreció la infracción de los derechos protegidos por el artículo 8 del CEDH.

No impidió este pronunciamiento la circunstancia de que el Ayuntamiento de Valencia hubiera adoptado medidas (como la ordenanza sobre el ruido y las vibraciones), en principio, adecuadas para asegurar el respeto a los derechos garantizados, porque toleró y, por tanto, contribuyó al repetido incumplimiento de las reglas que él mismo había establecido. Reglas para proteger los derechos garantizados que, continúa la Sentencia, de poco sirven «si no son debidamente hechas cumplir», porque, insiste el TEDH, el Convenio pretende proteger derechos efectivos, no ilusorios y los hechos muestran que la recurrente sufrió una seria infracción de su derecho al respeto de su domicilio como resultado del fracaso de las autoridades al enfrentarse a las molestias nocturnas. De ahí que, en esas circunstancias, el Tribunal aprecie el incumplimiento por el Estado de su obligación positiva de garantizar el derecho de la recurrente al respeto de su domicilio y de su vida privada en vulneración del artículo 8 del CEDH.

El artículo 10.2 de la Constitución nos obliga a tener presente este fallo del Tribunal de Estrasburgo a la hora de resolver este recurso.»

(STS de 13 de octubre de 2008. Sala 3ª, Secc. 7ª F. D. 9º. Magistrado Ponente Sr. Lucas Murillo de la Cueva. Ar. 7142).

XX. RESPONSABILIDAD

DAÑO MORAL

El concepto de daño evaluable incluye el daño moral. En el presente caso se lesiona el poder de la persona de autodeterminación: nacimiento de un hijo con síndrome de Down sin que se practicase en tiempo útil la prueba prenatal de detección de dicha patología.

«Esta Sala ha considerado que el concepto de daño evaluable a efectos de determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración incluye el daño moral. Sin embargo, por tal no podemos entender una mera situación de malestar o incertidumbre –ciertamente presumible cuando de una operación de vasectomía con resultado inesperado de embarazo se trata–, salvo cuando la misma ha tenido una repercusión psicofísica grave. Tampoco puede considerarse como daño moral el derivado del nacimiento inesperado de un hijo, pues nada más lejos del daño moral, en el sentido ordinario de las relaciones humanas, que las consecuencias derivadas de la paternidad o maternidad.

Sin embargo, sí podría existir un daño moral, si concurriesen los requisitos necesarios, en el caso de que se hubiese lesionado el poder de la persona de autodeterminarse, lo que a su vez podría constituir una lesión de la dignidad de la misma. Esta dignidad es un valor jurídicamente protegido, pues, como dice el Tribunal Constitucional en la sentencia 53/1985, 11 abr. F. 8, «nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (artículo 10) [...]». En efecto, como añade el Tribunal Constitucional, «la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida [...]».

No cabe duda de que el embarazo habido ha supuesto haberse sometido a una siempre delicada intervención quirúrgica que ha venido en definitiva a demostrarse como inútil y, por otra parte, la frustración de la decisión sobre la propia paternidad o maternidad y, con ello, ha comportado una restricción de la facultad de autodeterminación derivada del libre desarrollo de la personalidad, al que pertenecen también ciertas decisiones personalísimas en cuanto no afecten al *mínimum* ético constitucionalmente establecido, como no puede menos de ser en un ordenamiento inspirado en el principio de libertad ideológica (artículo 16 de la Constitución).

Junto a estos perjuicios, debe tenerse en cuenta la existencia de daño emergente, ligado a los gastos necesarios para la comprobación de la paternidad, que la intervención quirúrgica realizada convierte en incierta. También, sin duda, al lado del daño emergente, existen consecuencias dañosas que podrían encuadrarse en el lucro cesante. Sería, sin embargo, un grave error integrar este concepto resarcitorio con el importe de las cantidades destinadas a la manutención del hijo inesperado; pues ésta constituye para los padres una obligación en el orden de las relaciones familiares impuesta por el ordenamiento jurídico, de tal suerte que el daño padecido no sería antijurídico, por existir para ellos la obligación de soportarlo. Sólo podría existir lucro cesante en el caso de que se probara la existencia de un perjuicio efectivo como consecuencia de la necesidad de desatender ciertos fines ineludibles o muy relevantes mediante la desviación para la atención al embarazo

y al parto y a la manutención del hijo de recursos en principio no previstos para dichas finalidades, en tanto no sea previsible una reacomodación de la situación económica o social del interesado o de los interesados. En el caso examinado, la situación económica y familiar de los padres declarada probada en la sentencia permite admitir, en principio, la existencia de este tipo de perjuicio, atendiendo a las necesidades familiares presumibles y los medios económicos disponibles para ello”.

Esta doctrina jurisprudencial ha sido luego seguida también en casos, como el ahora examinado, de nacimiento de un hijo con síndrome de Down sin que se practicase en tiempo útil la prueba prenatal de detección de dicha patología. Véanse, en este sentido, las sentencias de esta Sala de 30 de junio de 2006,⁴ de noviembre de 2005 y 16 de octubre de 2007.

Aplicando cuanto se acaba de exponer al presente caso, resulta claramente que el hecho desdichado, de que un niño nazca con síndrome de Down no es, por sí solo, imputable a la Administración sanitaria que atendió a la madre durante la gestación y el parto. Ahora bien, el hecho de que no se practicara –habiendo debido hacerlo, según reconoció la propia Administración sanitaria– la prueba de detección precoz de la patología puede dar lugar a responsabilidad patrimonial por el daño moral consistente en no haber conocido la patología en un momento lo suficientemente temprano como para decidir poner fin legalmente al embarazo; es decir, cabe indemnizar la pérdida de oportunidad. Esto fue admitido por la propia resolución de la Consellería de Sanidad de la Generalitat Valenciana de 7 de febrero de 2002.»

(STS de 4 de noviembre de 2008. Sala 3ª, Secc. 6ª F. D. 3º y 4º. Magistrado Ponente Sr. Díez-Picazo Giménez. Ar. 5860).

XXII. URBANISMO Y VIVIENDA

PASEO MARÍTIMO y SERVIDUMBRE DE TRÁNSITO

No pueden invocarse determinaciones de un PGOU para el otorgamiento de autorizaciones contrarias a las limitaciones de la zona de servidumbre de paso.

«En relación con la previsión legal de que la zona de servidumbre de tránsito puede ser ocupada por la ejecución de un paseo marítimo, la recurrente formula varios motivos de casación en los que se alega la infracción de los artículos 27.3 de la Ley de Costas y 51.3 de su Reglamento (motivo segundo), así como, en relación con ellos, la infracción del artículo 27.1 de la Ley 22/1988, que fija en seis metros la anchura de la servidumbre de tránsito (motivo quinto); y la infracción del artículo 44.5 de la misma Ley, que determina que los paseos marítimos se localizarán fuera de la ribera del mar

(motivo sexto). Pues bien, ninguno de estos motivos puede ser acogido. La Sala de instancia en ningún momento cuestiona la posibilidad de que la zona de servidumbre de tránsito sea ocupada un paseo marítimo. Lo que sí declara la sentencia –y acierta al hacerlo– es que, habiendo quedado fijado el límite interior de la ribera del mar en el correspondiente expediente de deslinde, la ejecución de un paseo marítimo no altera esa delimitación de la ribera del mar ni modifica, por tanto, el ámbito espacial de la servidumbre de tránsito, pues esta sigue afectando a la franja de 6 metros medidos desde el límite interior de la ribera del mar (artículo 27.1 de la Ley 22/1988).

Por tanto, no cabe aceptar el razonamiento de la recurrente –que coincide con el que aparece plasmado en la resolución administrativa anulada por la sentencia– según el cual la ejecución del paseo marítimo habría convertido el límite interior de la ribera del mar en una línea puramente teórica y el mencionado paseo marítimo habría suplantado a la servidumbre de tránsito. Frente a ese planteamiento, lo cierto es que el ámbito espacial de la servidumbre de tránsito resultante del acto de aprobación del deslinde subsiste con plena virtualidad; y, por tanto, las limitaciones y prohibiciones que le son propias han de seguir operando en esa franja de seis metros medidos desde el límite interior de la ribera del mar fijado en el deslinde.

A lo anterior no cabe oponer, por más que así lo pretende la recurrente, la existencia de una Plan General de Ordenación Urbana que contempla la existencia del paseo marítimo y según se alega la recurrente, fija las alineaciones de la fachada de edificaciones que dan frente al mar. A esta cuestión aluden, desde diferentes perspectivas, los motivos de casación tercero, cuarto, décimo y decimocuarto. Los examinaremos de manera conjunta por estar todos ellos relacionados entre sí; y desde ahora anticipamos que ninguno de estos motivos puede ser acogido.

En ningún apartado de la sentencia, ni desde luego en su parte dispositiva, se cuestiona la competencia de la Comunidad Autónoma para la aprobación del Plan General de Ordenación Urbana de las Palmas, por lo no que no cabe considerar vulnerado el artículo 114 de la Ley 22/1998 SIC (motivo tercero). En cuanto el hecho de que el citado Plan General se hubiese aprobado con el informe favorable de la Demarcación de Costas, tampoco por esta circunstancia cabe reprochar a la Administración del Estado –demandante en el proceso de instancia– el haber ido contra sus propios actos al impugnar luego el concreto acto de autorización aquí controvertido (motivo decimocuarto).

Como se explica en la sentencia dictada con esta misma fecha en el recurso de casación 5196/04, sintetizando las alegaciones que había hecho la Abogacía del Estado en la demanda presentada en aquel proceso, la autorización otorgada por la Administración autonómica es contraria derecho porque la edificación autorizada invade el ámbito de las servidumbre de tránsito y de protección, sin que tal ilegalidad pueda considerarse enervada por el hecho de que el Plan General califique los terrenos como suelo residen-

cial y fije alineaciones y rasantes, pues tales determinaciones del planeamiento se hacen con relación a las edificaciones existentes con anterioridad a la Ley de Costas y con la mira puesta en las disposiciones transitorias tercera y cuarta de la Ley de Costas, que determinan el régimen jurídico de esas edificaciones anteriores situadas en el ámbito de las servidumbres de protección y de tránsito. El planteamiento es trasladable al caso que nos ocupa pues, en efecto, las determinaciones del Plan General no pueden habilitar el otorgamiento de autorización para la edificación de viviendas que ocupen el ámbito de la servidumbre de tránsito, por ser ello abiertamente contrario a lo dispuesto concordadamente en los artículos 23.1, 25.1.a y 27.1 y disposición transitoria cuarta 2 de la Ley 22/1988.

Por tales razones, no puede afirmarse que haya sido vulnerado en este caso el Plan General de Ordenación Urbana de Las Palmas (motivo de casación undécimo) Como tampoco cabe apreciar que la sentencia recurrida vulnere lo dispuesto, contrario sensu, en los artículos 112 y 117 de la Ley 22/1988, de Costas, referidos a los informes que de la Administración del Estado en la tramitación de los instrumentos de planeamiento, y cuyo significado y alcance han sido precisados por la STC 148/1991, de 4 de julio (motivo cuarto). Sobre esto último baste decir que la Sala de instancia deja claramente establecido en su resolución (fundamentos jurídicos primero y segundo de la sentencia recurrida), de un lado, que la Comunidad Autónoma es la competente para resolver sobre la autorización controvertida y, de otra parte, que el informe el informe previo de la Administración del Estado es preceptivo pero no vinculante, afirmaciones ambas sobre las que no se ha suscitado controversia en casación. Que la sentencia recurrida anule la autorización no significa que atribuya carácter vinculante al informe negativo emitido por la Demarcación de Costas; únicamente pone de manifiesto que la Sala de instancia ha considerado que la autorización es contraria a derecho, y ello por razones sustancialmente coincidentes con las señaladas en aquel informe contrario de la Demarcación de Costas, luego reiteradas en la demanda presentada por la Abogacía del Estado.

En relación con lo que llevamos expuesto en este apartado, es claro que tampoco puede ser acogido el motivo de casación decimosegundo, en el que se alega la infracción del principio de seguridad jurídica y confianza legítima de los administrados, pues como hemos explicado, las previsiones del Plan General de Ordenación Urbana no pueden invocarse como respaldo suficiente para el otorgamiento de una autorización que resulta contraria a las disposiciones de la Ley de Costas.»

(STS de 20 de octubre de 2008. Sala 3ª, Secc. 5ª F. D. 3º y 4º. Magistrado Ponente Sr. Calvo Rojas. Ar. 6889).