

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 (*)

IV. BIENES PÚBLICOS

TERRENOS GANADOS AL MAR

Las concesiones para la desecación de marismas, aunque hubiesen sido otorgadas a perpetuidad, no desafectan el demanio ni lo transforman en propiedad privada.

«En realidad, como la propia parte recurrente viene a reconocer (aunque críticamente), las cuestiones que se suscitan en estos motivos de casación han sido ya examinadas y resueltas en numerosas sentencias de esta Tercera del Tribunal Supremo, dictadas en casos semejantes a este que ahora nos ocupa en los que la razón jurídica de la decisión era sustancialmente la misma. La doctrina sentada en estas sentencias resulta plenamente extensible al caso que ahora nos ocupa, sin que las razones dadas por la parte recurrente en casación justifiquen su reconsideración.

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

Sobre la posible transmutación demanial de terrenos ganados al mar y los desecados en su ribera amparados por título de concesión, hemos declarado con reiteración que la desecación no es causa suficiente para provocar la transmutación demanial, pues además de seguir perteneciendo los terrenos desecados al dominio público marítimo terrestre por disponerlo así el artículo 4.2 de la actual Ley de Costas, que declara la pertenencia al dominio público marítimo terrestre de «los terrenos ganados al mar como consecuencia directa o indirecta de obras, y los desecados en su ribera», en las sentencias de 17 de enero de 2004, 3 de marzo de 2004, 5 de diciembre de 2007 y 30 de septiembre de 2008, entre otras, hemos recordado que las concesiones para desecación de marismas, aunque hubieran sido otorgadas «a perpetuidad», no conllevaban necesariamente, por tal razón (esto es, por ser otorgadas a perpetuidad), la desafectación al demanio y su transformación en propiedad privada, toda vez que dichas concesiones tenían su apoyo en una normativa muy variada, debiendo estar a las condiciones concretas del título concesional, otorgado a perpetuidad con anterioridad a la Ley de Costas 22/1988, para sanear y desecar marismas, a fin de discernir si se excluye expresa o implícitamente su desafectación o si su objeto no se limita a la desecación y saneamiento sino que contiene otra finalidad específica justificativa de la pervivencia de la concesión una vez efectuados los trabajos de desecación.

El examen del condicionado específico del título concesional aquí concernido, Reales Ordenes de 17 de marzo y 17 de julio de 1908, (la segunda elevando a definitiva la concesión provisional otorgada en la primera) pone de manifiesto que el objeto de la concesión no se reduce al saneamiento de la marisma, sino que configura como elemento esencial de su otorgamiento que el terreno desecado se destine al cultivo agrícola. Así se recoge en la condición 8ª, donde se indica que la finalidad de la concesión del saneamiento de la marisma tiene por fin el siguiente: «la concesión de la marisma se otorga con la condición de que esta habrá de dedicarse al cultivo tan pronto como queden terminadas las obras de saneamiento; quedando obligado el concesionario a hacer en ella los trabajos y labores necesarios para que la cuarta parte de los terrenos saneados queden cultivados o convertidos en prado en cada año, de modo que al cabo de cuatro años se haga en la superficie total la explotación agrícola para que ha sido concedida»; y en la condición 6ª, que obliga al concesionario a «conservar las obras en buen estado, de modo que satisfagan siempre cumplidamente el objeto para el que han sido construidas», así como en la condición 11ª, que sanciona con la caducidad de la concesión el incumplimiento por el concesionario de cualquiera de las condiciones; habiendo ya resuelto esta Sala tercera que en este tipo de concesiones, aunque el título no excluya expresamente la transformación del dominio público en privado ni el fin exija la persistencia de la naturaleza demanial, la relación concesional per-

vive, por lo que no se ha producido la transmutación demanial a la que los recurrentes se refieren reiteradamente.

En este sentido nos hemos pronunciado en SSTs de 3 de junio de 2003 y 2 de julio de 2003, en cuyo fundamento de derecho sexto indicamos:

«La concesión de que tratamos, de fecha 10 de Abril de 1954, tenía por objeto «el cierre y saneamiento, con destino a fines agrícolas y ganaderos» de la marisma de Pedrosa (cláusula 1ª), Después de recibidas las obras el concesionario tenía la obligación de tener en explotación la marisma solicitada (cláusula 4ª). El concesionario tendrá la obligación de conservar (las obras) en constante buen estado, y no podía destinar las mismas ni el terreno a que se refiere la concesión a usos distintos del que en las condiciones se determina (cláusula 9ª). La concesión se otorgaba a perpetuidad (cláusula 11ª). La falta de cumplimiento por parte del concesionario de cualquiera de estas condiciones sería causa de caducidad de la concesión (cláusula 14ª). De estas cláusulas (y del hecho de que ninguna de ellas se refiera a una supuesta transferencia de propiedad) deducimos llanamente que esta concesión es de las que antes enumeramos en el apartado 3º-c) del fundamento anterior: concesión hecha a perpetuidad pero imponiendo un destino específico a la marisma desecada, a saber, fines agrícolas y ganaderos, y cuyo incumplimiento provoca la caducidad de la concesión. Concesión, por lo tanto, que no suponía transferencia de propiedad. [...].

Y no está de más recordar lo indicado en la sentencia de 11 (sic) de febrero de 2009 en el sentido de que «tampoco es acertada la invocación del artículo 4.2 de la Ley, referido a los terrenos ganados al mar, ni la del número 2 de su Disposición transitoria segunda, para sostener, en suma, que los terrenos deslindados quedaron de propiedad particular de quien los ganó y de sus causahabientes. Ante todo, porque en ese número 2 de esa Disposición transitoria, al igual que antes en el artículo 5.3 de la Ley de Costas de 1969 se excluye a las playas y a la zona marítimo-terrestre de la situación jurídica de propiedad privada que se pregona para los terrenos ganados o a ganar en propiedad al mar y los desecados en su ribera, en virtud de cláusula concesional establecida con anterioridad, pues para aquéllas, esto es, para las playas y para la zona marítimo-terrestre, lo que se dispone es que continuarán siendo de dominio público en todo caso». (FJ 6º)

En fin, resaltemos que de la interpretación conjunta de las condiciones de la concesión de referencia, en especial de la 6ª y 8ª transcritas, se desprende la prohibición del cambio de destino, so pena de incurrir en causa de caducidad, como prevé la condición 11ª».

(STS de 29 de junio, de 2009. Sala 3ª, Secc. 5ª. F.D. 6º. Magistrado Ponente Sr. Yagüe Gil. Ar- 5798).

VI. CONTRATOS

INTERESES DE DEMORA

El dies a quo del plazo de prescripción para la reclamación de intereses de demora, comienza a los 9 meses de la liquidación provisional y no de la recepción provisional.

«Los datos relevantes con los que describe la Sala de instancia el supuesto que enjuicia son los siguientes: 1) La mercantil actora fue la adjudicataria de un contrato de obra suscrito el 18 de septiembre de 1995. 2) Las obras fueron ejecutadas y se produjo la recepción provisional de las mismas el día 20 de mayo de 1998. 3) La liquidación provisional se aprobó el 24 de septiembre de 2004, arrojando un saldo a favor de aquella de 1.574.496,64 euros, Que le fue abonado el 21 de octubre siguiente. Y 4) El 14 de enero de 2005 reclamó la contratista el abonó de los intereses de demora derivados del retraso en el pago de la liquidación provisional, cuantificados en la cifra de 392.815,34 euros.

Siendo una la cuestión jurídica que hemos de resolver y siendo los tres motivos de casación reflejo de argumentos conectados entre sí que se ofrecen como suma para demostrar el error de la sentencia de instancia al fijar el “dies a quo” del plazo de prescripción, procede su análisis conjunto. Análisis que arroja como resultado final que no compartamos el criterio de la Sala de instancia y lleguemos a la conclusión de que la acción para reclamar aquellos intereses de demora no estaba prescrita.

A) La sentencia de este Tribunal Supremo de fecha 22 de mayo de 2000 dictada en el recurso de casación número 4558/94, enjuició un supuesto en el que la cuestión central versaba sobre el concepto de “obligación vencida” y sobre la fijación del momento en que la obligación de pago en un contrato de obras había de entenderse vencida; todo ello a los efectos de aplicar el apartado G) del acuerdo de traspaso de servicios aprobado por Real Decreto 1517/1981. No enjuició una cuestión referida a la prescripción y su cómputo, ni una similar a la que es objeto de este recurso de casación; por lo que no cabe tomarla como expresiva del criterio que haya de seguirse en un caso como el que ahora nos ocupa.

Lo mismo cabe concluir respecto de nuestra sentencia de fecha 1 de junio de 2000, dictada en el recurso de casación 4557/94, en la que se enjuició un supuesto de hecho claramente distinto del aquí enjuiciado, tal y como resulta de los datos sobre fechas que se exponen en el primero de sus fundamentos de derecho, y en la que se abordaron dos cuestiones –la de la fecha de inicio del devengo de intereses de demora y la del inicio del devengo de

intereses legales de los intereses de demora— distintas de la que aquí hemos de resolver.

Y lo mismo respecto de la sentencia de 10 de julio de 2001, dictada en la casación 1818/96, en la que de nuevo la cuestión controvertida era si la intimación es, o no, la que marca o fija el día inicial del devengo de intereses de demora.

B) Sí aborda un tema de prescripción y de su cómputo la sentencia de 3 de octubre de 2006 (RJ 2006, 10061), dictada en el recurso de casación 1507/04. Y sí es cierto que expresa un criterio coincidente con el de la sentencia aquí recurrida. Pero también lo es que al hacerlo toma como sustento, y con reiteración, la doctrina que entiende reflejada en aquellas sentencias de 22 de mayo de 2000, 1 de junio de 2000 y 10 de julio de 2001.

C) En la sentencia de este Tribunal Supremo de fecha 26 de enero de 1998, dictada en el recurso de apelación 353/91, se afirmó “[...] *que la prescripción es una institución que, entre otras finalidades, pretende dar seguridad y firmeza a las relaciones jurídicas a causa del silencio de la relación jurídica que prescribe. De este planteamiento se sigue que no puede alegar la prescripción en su favor, quien con su conducta impide que la relación jurídica que une a los contratantes quede terminada. Así actúa, la Administración que no procede, como es su deber, a la liquidación definitiva y a la cancelación de las fianzas prestadas, a que viene obligada en virtud de lo dispuesto en los artículos 55 y 57 de la LCE. Aplicar, en esta situación, la prescripción comporta un trato profundamente discriminatorio para ambas partes contratantes, pues mientras los derechos del contratista están prescribiendo, los de la Administración, derivados del contrato, se encuentran intactos y son ejercitables en cualquier momento, sin que para ellos la prescripción haya comenzado*”, y se dijo incluso, en un supuesto en que se enjuiciaba si había o no prescrito el derecho al pago de certificaciones parciales expedidas en 1976 y reclamado en 1983, “[...] *que en la tesis peor para él [para el contratista] sólo había empezado a correr [el plazo de prescripción] el 17 de febrero de 1981 con el pago de la liquidación provisional*”.

Nuestra sentencia de 31 de enero de 2003 dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina 166/02, enjuició un supuesto de obras complementarias cuya recepción provisional se había producido en el año 1990; en que la reclamación de abono del principal y de los intereses de demora se produjo en el año 1997; y en el que la sentencia recurrida había apreciado la prescripción. En ella se casa ésta y se reputa como doctrina correcta la que había afirmado aquella de 26 de enero de 1998, diciendo en concreto que tal doctrina “[...] *consiste en definitiva en valorar, a los efectos del cómputo del plazo de prescripción, un ‘sólo contrato de obra, y en iniciar aquel cómputo, en todas las obligaciones parciales de ese único contrato, desde su liquidación definitiva*”; y que “[...] *debe declararse que, a tales efectos, la misma sustancia jurídica de obligación parcial corresponde a las certificaciones de obra que a la reclamación del importe de*

las que hayan sido encargadas al mismo contratista como complementarias de la obra inicialmente pactada como principal’.

La de fecha 3 de febrero de 2003, dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina 3801/01, sigue el criterio de que el plazo de prescripción ha de computarse desde la completa extinción de las relaciones jurídicas derivadas del contrato.

También la de 14 de julio de 2003, dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina 60/03, comparte los criterios de las sentencias antes citadas de 26 de enero de 1998 y 31 de enero de 2003. Además, la primera de éstas se trae a colación de modo expreso para compartir su doctrina en las de 8 de julio de 2004, dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina 185/03, y 27 de abril de 2005, dictada en el recurso de casación 930/03. Y la doctrina de todas ellas, en conjunto, se reitera en la de fecha 2 de abril de 2008, dictada en el recurso de casación 3406/05.

A su vez, y por último, la sentencia de 21 de junio de 2004, dictada en el recurso de casación 8897/99, afirmó *“que no es posible acoger la tesis de la Administración recurrente en casación, pues es ésta la que, con fecha 11 de diciembre de 1998, reconoce y aprueba la liquidación de las obras cuyo pago había sido reclamado el referido 2 de octubre de 1991. De tal manera que es dicho reconocimiento explícito de la deuda el que determina la ‘interrupción de la prescripción’ (art. 1973 Código Civil), excluyendo del (sic) tiempo anteriormente transcurrido y constituyendo, por el contrario, el dies a quo o inicial para la reclamación del pago del principal con sus intereses”*.

D) Fácilmente se comprende que no es el criterio establecido en aquella sentencia de 3 de octubre de 2006, sino el establecido en el conjunto de sentencias de las que hemos dado cuenta en el apartado precedente, el que constituye en sentido propio, por su reiteración, la jurisprudencia de este Tribunal Supremo sobre cuestiones similares a la que aquí hemos de resolver. Y fácilmente se desprende que en un supuesto como el que ahora enjuiciamos, definido por los hechos relevantes a los que nos referimos en el fundamento de derecho primero de esta sentencia, tampoco esa jurisprudencia avala, antes al contrario, la apreciación de prescripción a la que llegó la sentencia recurrida.

E) Tampoco la avala en realidad los dos preceptos que directamente habrían de tomarse en consideración en el caso que nos ocupa. Así, de un lado, el artículo 172 del Reglamento General de Contratación del Estado aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, lo que fijaba propiamente era el día inicial en que se producía el devengo de intereses por demora en el pago del saldo de la liquidación provisional. Y, de otro, era el artículo 46.1.b) del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 septiembre, el que fijaba el día inicial para el cómputo del plazo quinquenal de prescripción, es-

tableciendo que tal plazo se contará desde la fecha de notificación del reconocimiento o liquidación de la respectiva obligación.

En realidad, con la mera recepción provisional de las obras, o mejor dicho, con el sólo transcurso de los nueve meses siguientes a ella (que marca el día inicial del devengo de aquellos intereses de demora), no cabe hablar, propiamente al menos, de que se haya producido una notificación del reconocimiento de la obligación que pesa sobre la Administración contratante de abonar el saldo que resulte de la liquidación provisional. Atribuir un significado como ese a aquel mero transcurso de los citados nueve meses, implica dar una interpretación extensiva en perjuicio del acreedor a aquello que disponía aquel artículo 172, inapropiada para ser aplicada en un instituto como el de la prescripción de derechos, que requiere más bien de una interpretación estricta».

(STS de 23 de junio de 2009. Sala 3ª, Secc. 4ª. F.D. 1ª y 5ª. Magistrado Ponente Sr. Méndez Pérez. Ar. 4678).

XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES OBJECCIÓN DE CONCIENCIA Y FUNCIONES PÚBLICAS PREVISTAS POR LA LEY

A falta de previsión legal expresa que lo autorice, no es posible atender el derecho que reivindica el recurrente a ser eximido por razones de conciencia de carácter religioso, de las labores y deberes propios al ejercicio de sus funciones, establecidas por la Ley.

«Tal como se desprende del resumen que hemos hecho de las posiciones de las partes, no se discute ya la competencia del Consejo General del Poder Judicial para resolver sobre la solicitud del Sr. Estanislao, ni tampoco se debate sobre la procedencia de que se pronunciara la Comisión Permanente. El litigio se centra solamente sobre 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. De la objeción de conciencia y del derecho a la libertad religiosa reconocida en el artículo 16 de la Constitución se ha ocupado recientemente el Pleno de esta Sala Tercera en las sentencias de 11 de febrero de 2009 (recursos de casación 905, 948, 949 y 1013/2008. En ellas, como vamos a ver, se afrontan las cuestiones principales suscitadas en este proceso y se rechaza que tenga cabida en nuestro ordenamiento constitucional un derecho general a la objeción de conciencia susceptible de hacerse valer pese a no

contar con un reconocimiento formal en el texto fundamental o en la Ley y que pueda sustentarse en el citado artículo 16 de la Constitución.

Finalmente, sobre la sumisión a la Ley de los poderes públicos, importa recordar, como lo hace el acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, que la Constitución es particularmente rotunda. La impone con carácter general en su artículo 9.1 para, después, reiterarla a lo largo de su articulado respecto de los distintos órganos que establece. Reiteración señaladamente vigorosa para los jueces y magistrados, que dice el artículo 117.1, están sometidos «únicamente al imperio de la Ley». Antes, los artículos 97 y 103.1 la han impuesto, respectivamente, para el Gobierno y las Administraciones Públicas, también con especial fuerza para éstas pues su sujeción a la Ley y al Derecho ha de ser plena. Sabemos, asimismo, que, según ha explicado el Tribunal Constitucional, ese artículo 9.1 y, en general, los preceptos que sujetan a los poderes públicos a la legalidad, los vinculan no sólo negativamente sino, también, de forma positiva de manera que, además de prohibirles actuar contra las leyes, únicamente les permiten hacerlo cuando cuentan con habilitación del legislador (sentencias 119/199 y las que en ella se citan).

Por tanto, si uno de los rasgos distintivos de la posición de los miembros de la Carrera Judicial, en tanto ejercen la potestad jurisdiccional o aquellas otras funciones que el artículo 117.4 de la Constitución autoriza al legislador a encomendarles, es su sumisión única a la legalidad en el doble sentido que se ha dicho, está claro que no pueden dejar de cumplir los deberes que emanan de la misma a falta de previsión expresa que se lo autorice. En caso contrario, se resentiría esencialmente la configuración del Poder Judicial y la función de garantía del ordenamiento jurídico y de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos que el constituyente le ha confiado.

Aquí reside lo determinante de este pleito. Frente a ello, carecen de trascendencia otros aspectos que se han mencionado. En efecto, no se trata de que sea posible o no sustituir al encargado del Registro Civil en un caso concreto, ni de que haya formas de evitar perjuicios a terceros, sino del 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».

(STS de 11 de mayo de 2009. Sala 3ª, Secc. 8ª. F.D. 6º y 9º. Magistrado Ponente Sr. Lucas Murillo de la Cueva. Ar. 4279).

XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

NORMAS REGULADORAS DE LA SENTENCIA

La incongruencia consiste en la ausencia de respuesta a las pretensiones de las partes, es decir un desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formulan sus pretensiones.

«Procede, pues, lo primero, recordar su esencia constitucional partiendo de que el Tribunal Constitucional ha dicho que la incongruencia consiste en la ausencia de respuesta a las pretensiones de las partes, es decir un desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formulan sus pretensiones (STC 36/2006 de 13 de febrero).

La citada doctrina distingue entre lo que son meras alegaciones formuladas por las partes en defensa de sus pretensiones y las pretensiones en sí mismas consideradas (STC 189/2001 24 de septiembre). Son sólo estas últimas las que exigen una respuesta congruente ya que no es preciso una respuesta pormenorizada de todas las cuestiones planteadas (STC 36/09, de 9 de febrero), salvo que estemos ante una alegación fundamental planteada oportunamente por las partes (STC 4/2006, de 16 de enero). E insiste en que es una categoría legal y doctrinal cuyos contornos no corresponde determinar al citado máximo intérprete constitucional (STC 8/2004, de 9 febrero). Cabe, además, una respuesta de forma tácita o implícita obtenida del conjunto de razonamientos (STC 29/2008, de 20 de febrero. No cabe un desajuste entre el fallo y las pretensiones de las partes que contravenga los razonamientos expuestos para decidir (STC 114/2003 de 16 de junio).

Constatamos que no es necesaria una correlación literal entre el desarrollo argumentativo de los escritos de demanda y de contestación y el de los fundamentos jurídicos de la sentencia. Podemos, por ello, resumir la doctrina de esta Sala sobre la materia en:

- a) Se incurre en el vicio de incongruencia tanto cuando la sentencia omite resolver sobre alguna de las pretensiones y cuestiones planteadas en la demanda (STS de 8 de julio de 2008, STS 25 de febrero de 2008) es decir la incongruencia omisiva o por defecto; como cuando resuelve sobre pretensiones no formuladas, o sea incongruencia positiva o por exceso (sentencias de 20 de septiembre 2005 de 5 de diciembre de 2006 y 20 de junio de 2007).
- b) El principio de congruencia no se vulnera por el 4 hecho de que los Tribunales basen sus fallos en fundamentos jurídicos distintos de los aducidos por las partes (STS 17 de julio de 2003, rec. casación 7943/2000). En consecuencia el principio «*iuris novit curia*» faculta al órgano jurisdiccional a eludir los razonamientos jurídicos de las partes siempre que no altera la pretensión ni el objeto de discusión.

c) Es suficiente con que la sentencia se pronuncie categóricamente sobre las pretensiones formuladas (STS 3 de noviembre de 2003, rec. casación 5581/2000). Cabe, por ello, una respuesta global o genérica, en atención al supuesto preciso, sin atender a las alegaciones concretas no sustanciales.

d) No incurre en incongruencia la sentencia que otorga menos de lo pedido, razonando porqué no se concede el exceso (STS 3 de julio de 2007, rec. casación 3865/2003).

e) No cabe acoger un fundamento que no se refleje en la decisión ya que la conclusión debe ser el resultado de las premisas establecidas (Sentencias de 27 de enero de 1996, rec. de casación 1311/1993).

f) Es necesario que los argumentos empleados guarden coherencia lógica y razonable con la parte dispositiva o fallo, para no generar incoherencia interna, pues de no haberla se genera confusión (STS 23 de abril de 2003, rec. de casación 3505/1997). Contradicción entre fallo de la resolución y su fundamentación reputada por el Tribunal Constitucional defecto de motivación lesivo del derecho a la tutela judicial efectiva y no vicio de incongruencia (STC 127/2008, de 27 de octubre FJ2).

La importancia de juzgar dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de las alegaciones deducidas para fundamentar el recurso y la oposición ya era un requisito destacado por el art. 43 LJCA 1956. Precepto ahora reproducido en el art. 33 LJCA 1998 en relación con el art. 65.2 de la misma norma, con un tenor similar en el redactado, que obliga a someter a las partes los nuevos motivos susceptibles de fundar el recurso o la oposición en que pretenda fundar su resolución. Disposiciones una y otra encaminadas a preservar el principio de contradicción como eje esencial del proceso.

Si atendemos a la consolidada doctrina que acabamos relatar hemos de concluir que tampoco este motivo puede tomarse en consideración.

Así sin duda sucede en este supuesto en el que de 1 lectura de la extensa y detallada Sentencia se deduce que es la postura del Tribunal plasmada en el punto duodécimo de su fundamento de derecho SEGUNDO en que analiza la diferencia entre reserva de servicios e iniciativa pública.

Iniciativa pública a la que asimismo se refiere en el punto decimoquinto tras negar la constitución de monopolio alguno municipal y en el undécimo en que admite que I poderes públicos puedan favorecer el deporte en aras a I actividad de fomento consagrada en el art. 38 CE».

(STS de 29 de junio de 2009. Sala 3ª, Secc. 4ª. F.D. 3º. Magistrada Ponente Sra. Pico Lorenzo. Ar. 4424).

XVI. MEDIO AMBIENTE

RESERVA DE LEY

La creación de Zonas Periféricas de Protección en espacios naturales protegidos declarados por Ley, no puede llevarse a cabo mediante disposición reglamentaria.

«Para el estudio del primero de los motivos en el que, fundamentalmente, se considera infringido el artículo 18 de la LCEN, debemos comenzar dejando constancia del contenido de este precepto, el cual dispone que “*En los Espacios Naturales Protegidos declarados por ley, se podrán establecer Zonas Periféricas de Protección destinadas a evitar impacto ecológicos y paisajísticos procedentes del exterior. Cuando proceda, en la propia ley de creación, se establecerán las limitaciones necesarias*». Al mismo tiempo, debe subrayarse el carácter básico de dicho precepto, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Quinta de la misma Ley, consecuencia, a su vez, del carácter básico de la competencia estatal en materia de protección del medio ambiente (149.1.23 de la Constitución Española).

Recordemos, igualmente que en la STS de 16 de junio de 2003, señalamos, interpretado el mandato de dicho precepto que “*...Es evidente, por tanto, que el precepto permite que los Espacios Naturales Protegidos declarados por ley puedan incorporar unas zonas periféricas de protección, el alcance y especificación de la protección puede o no estar en la ley, pero es inexorable que la ley de creación misma proclame la existencia de la zona de protección (...). Lo que es evidente es que ni en la naturaleza del Plan Rector de Uso y Gestión ni entre las gestiones que le son atribuidas por la ley se comprende la posibilidad de crear zonas de protección*».

Esto es, el criterio establecido es que las denominadas zonas periféricas de protección de los Espacios Naturales Protegidos, solo y exclusivamente pueden ser declarados por ley; y, en consecuencia, en el supuesto, posible excepcionalmente, de que existiera algún Espacio Natural no creado por ley, obvio que el mismo no podrá establecer zonas de protección. En concreto, en el supuesto de autos, el Parque de Las Lagunas de la Mata y Torrevieja fue declarado por Decreto de la Consejería de Agricultura y Medio Ambiente de la Generalidad Valenciana 237/1996, de 10 de diciembre, Decreto que no contempla las denominadas zonas de protección, con lo que estamos, solo, ante una norma reglamentaria que se estaría desarrollando por otra del mismo rango, como es el Decreto impugnado.

En consecuencia, como en la STS de precedente cita, el Decreto impugnado pretende la ordenación de las zonas periféricas de protección del Parque Natural de las Lagunas de La Mata y Torrevieja (dentro del sistema de zo-

nas húmedas del sur de Alicante) sin que una norma con rango de ley declarara el mismo, y sin que —aquí lo significativo una norma de dicho rango creara las zonas periféricas de protección del citado Parque Natural. Esto es, como se expone en el desarrollo del motivo, del artículo 18 de la LCEN se deduce tanto una reserva formal de ley (que impone el precepto con rango de ley para las citadas zonas limitadoras) como una reserva material de ley (por cuanto se exige la regulación por ley en la norma de creación del Espacio Natural Protegido).

Pues, bien dicho rango no podemos encontrarlo:

a) En el Decreto 189/1988, de 12 de diciembre, por el que se declaraba Paraje Natural a las Lagunas de la Mata y Torrevieja, ya que —al margen de sus rango— el mismo Decreto fue anulado por la STSJ de la Comunidad Valenciana de 16 de mayo de 1995, antes, pues de la publicación del Decreto impugnado 60/2003.

b) En el Decreto de la Consejería de Agricultura y Medio Ambiente de la Generalidad Valenciana 237/1996, de 10 de diciembre, por el que se crea de nuevo el actual Parque Natural las Lagunas de la Mata y Torrevieja; Decreto que, si bien estaba en vigor en el momento de la publicación del Decreto impugnado, ni era norma con rango de ley ni contemplaba la existencia de zonas de protección.

c) Por lo que hace referencia al artículo 29 de la Ley valenciana 11/1994, de 27 de diciembre, de Espacios Naturales Protegidos de la Comunidad Valenciana, en relación con el 37.2 del mismo texto legal autonómico, en los que fundamentalmente insiste la sentencia de instancia de instancia, debemos señalar que el mandato en los mismos contenido tampoco puede ser considerado suficiente para superar la exigencia de reserva legal a la que venimos haciendo referencia, con respaldo en el artículo 18 de la LCEN; por cuanto la posibilidad de creación —que dichos preceptos autonómicos contemplan— no supone que —real y efectivamente— dicha creación legal se haya producido: es mas, la norma que posibilitaba dicha creación no era otra que el artículo 3º del Decreto 49/1995, de 22 de marzo, por el que se aprobaba el Plan Rector de Uso y Gestión del Paraje Natural de las Lagunas de la Mata y Torrevieja, que acabaría siendo anulado por la citada STSJ de la Comunidad Valenciana de 5 de junio de 1998 y confirmada, en este particular, por la STS de 16 de junio de 2003.

Pues bien, tras contemplarse en el artículo 29.1 de la citada Ley autonómica que “*la declaración de espacio natural protegido*” puede incluir la delimitación de “*áreas de amortiguación de impactos*», se añade en el apartado 2 del mismo artículo 29: “*El establecimiento o alteración de la delimitación de áreas de amortiguación de impactos y el régimen de protección aplicable a las mismas podrá asimismo llevarse a cabo por los instrumentos de ordenación el espacio protegido sin que tenga la consideración*

de modificación de la declaración de espacio natural protegido». Por su parte, en el artículo 37.2 de la misma norma autonómica valenciana se añade, al regular los Planes Rectores de Uso y Gestión que los mismos “En ausencia del Plan de Ordenación de los Recursos Naturales, establecen, además, el régimen de protección y ordenación de usos necesarios para garantizar la conservación, protección y mejora de los valores ambientales».

En principio la contradicción entre dichas normas autonómicas con la básica estatal (18 de la LCEN) parece evidente, ya que la posibilidad de establecimiento o alteración— de las zonas de protección a través de instrumentos de ordenación del espacio protegido, y no a través de la norma con rango de ley, se opone a lo establecido en la legislación estatal, sin que la normativa autonómica pueda dejar sin efecto la reserva legal estatal contendida, además, en una norma básica. Debe, pues, rechazarse el apoyo que la sentencia de instancia intenta encontrar en dichos preceptos para mantener la legalidad del Decreto 60/2003 impugnado, cuando se dice que «el Decreto 60/03 constituye un instrumento de ordenación de usos r actividades en el ámbito de la zona periférica de protección del Parque Natural de las Salinas de la Mata y Torreveija», o bien cuando añade que «el artículo 37.1 de la Ley valenciana 11/1994, otorga cobertura legal a la ordenación impugnada, sustitutiva del régimen previsto para los perímetros de protección por el anterior PRUG de 22 de marzo de 1995». Pero es más, el Decreto 60/2003 impugnado no puede ser considerado como un «instrumento de ordenación de usos y actividades en el ámbito de la zona periférica de protección», por cuanto tal misión —artículo 15 de la LCEN— está encomendada a los Planes de Ordenación de Recursos Naturales, que debe ser aprobado con anterioridad al PRUG, como dispone, además del precepto de citada Ley estatal, el mismo artículo 31.1 de la ley autonómica valenciana 11/1994. El supuesto excepcional de declaración de parques y reservas naturales —sin previa aprobación de un PORN—, que se contempla en el artículo 15.2 de la LCEN, tampoco resulta de recibo en el supuesto de autos por evidentes razones temporales (un año) y materiales, esto es, por que no es un PORN, sino un PRUG, y, todo ello, además, por no haberse justificado, de forma expresa, las razones que exigían su creación.

d) Por último, tampoco podemos encontrar el apoyo legal necesario en la Disposición “Adicional Primera de la citada Ley 11/1994, que dispuso “que los espacios naturales declarados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley quedan reclasificados con arreglo a lo previsto en la Disposición Adicional Segunda “Disposición en la que —apartado f)— se incluye al Parque Natural de las Lagunas de Mata y Torreveija; pero, como antes indicábamos, y aceptando a efectos meramente dialécticos tal mecanismo de declaración legal, lo cierto es que dicha norma no crea las zonas periféricas de protección (que el Decreto impugnado se proponía ordenar), pues, se insiste, el” artículo

29.2 de la citada Ley autonómica contempla una posibilidad que, ni la citada ley ni ningún otro precepto con dicho rango, han materializado en los términos exigidos».

(STS de 30 de junio de 2009. Sala 3ª. Secc. 5ª. F. D. 5º. Magistrado Ponente Sr. Fernández Valverde. Ar. 5808).

XIX. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

CADUCIDAD DE PROCEDIMIENTO

El instituto de la caducidad no es incompatible con la naturaleza jurídica del procedimiento de deslinde de vías pecuarias, no obstante el carácter de estas como bienes inalienables, imprescriptibles e inembargables.

«La cuestión examinada en este recurso es sustancialmente igual a la que hemos resuelto en reciente sentencia de 28 de enero de 2009 (RC 4043/2005). Al igual que en ese caso, también en este que ahora nos ocupa el motivo de casación debe ser rechazado.

La doctrina jurisprudencial referente a la no caducidad de los procedimientos de deslinde de bienes de dominio público marítimo terrestre, expresada en sentencias del Tribunal Supremo de 31 de Marzo de 2004 (casación 5371/01), de 19 de Mayo de 2004 (casación núm. 1957/02) y de 2 de Junio de 2004 (casación núm. 5086/02), se refieren a un caso en que la legislación aplicable (que era la Ley 30/92) en su redacción originaria, y la específica del dominio público marítimo terrestre) no establecía un plazo máximo para la resolución del expediente; todo el argumentario de la sentencia de 31 de Marzo de 2004 (casación 5371/01) arranca de esa premisa, que es rigurosamente inaplicable al caso de autos.

En efecto, en el caso que ahora nos ocupa hay una norma con rango de ley (la autonómica 17/1999, de 28 de Diciembre, de adecuación de los procedimientos administrativos a la Ley estatal 4/99, de 13 de Enero (RCL 1999, 114,329), de modificación de la Ley 30/92, de 26 de Noviembre, que específicamente prevé un plazo máximo para resolver y notificar la resolución de los procedimientos administrativos incluidos en el Anexo de la Ley (artículo 40), en concreto, el de 18 meses para el procedimiento ordinario de deslinde de vías pecuarias referido en el Decreto autonómico 155/98 (punto 9.4 del Anexo de la Ley 17/99).

Establecido ese plazo por norma con rango de Ley (rango necesario para fijar un plazo máximo superior al de seis meses, según el artículo 42.2 de la

Ley estatal 30/92), ninguna duda cabe de que su incumplimiento produce la caducidad del procedimiento, al establecerlo así su artículo 44.2.

Pues obsérvese que este precepto, después de la reforma operada por Ley 4/1999, de 13 de Enero en la Ley estatal 30/92, no habla, como el anterior artículo 43.4, de procedimientos iniciados de oficio «no susceptibles de producir efectos favorables para los ciudadanos», sino, pura y simplemente, de procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras «o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen», lo que permite referir la naturaleza y efectos del procedimiento no a la ciudadanía en general sino a la persona concreta afectada por la actuación administrativa; en el presente caso, a la mercantil demandante, que ve cómo el deslinde impugnado dibuja una vía pecuaria demanial en terrenos que ella cree de su propiedad.

Ninguna razón hay, por lo tanto, para dejar de aplicar a este procedimiento de deslinde, perjudicial para la mercantil actora, la caducidad que de forma tan clara proclama hoy el artículo 44.2 de la Ley 30/92, en la redacción operada por la Ley 4/99, que es aplicable al procedimiento de deslinde de referencia, iniciado en fecha 28 de julio de 2000.

(Por lo demás, la interposición y mantenimiento del presente recurso de casación no se compadece bien con el hecho, notorio por estar publicado en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, -v.g. BOJA núm. 111 de 2007- de que la Administración de esa Comunidad Autónoma viene declarando caducados con toda normalidad multitud de expedientes de deslindes de vías pecuarias).

STS de 11 de mayo de 2009. Sala 3ª, Secc. 5ª. F.D. 6º. Magistrado Ponente Sr. Yagüe Gil. Ar. 4273).

XXII. URBANISMO Y VIVIENDA

MODIFICACIÓN DE LA ORDENACIÓN DE MANERA SUSTANCIAL

Debe reiterarse la fase de información pública siempre que tras la aprobación inicial del Plan se modifique en sus aspectos esenciales, afectándose a sus elementos estructurales y en consecuencia el propio modelo de planeamiento.

«Centrados así los términos del debate, procede examinar conjuntamente los dos motivos de casación, dada su íntima conexión.

El recurso de casación no puede ser estimado, por las razones que apuntamos a continuación.

A).-Del examen de la sentencia impugnada se constata que el motivo principal por el que consideró obligada la reiteración del período de información pública en la tramitación del Plan General en cuestión radica en la entidad de los cambios efectuados en su ordenación después de su aprobación inicial.

En ella se consideró probado que en los más de dos años transcurridos entre la aprobación inicial y la definitiva de dicho Plan General se produjeron al menos las siguientes modificaciones en su ordenación:

- Incorporación de nuevos criterios de clasificación del suelo rústico, *«en el que se distinguen diferentes categorías, con distintos regímenes jurídicos»*.
- Establecimiento de nuevos límites máximos de densidad de población y de edificación, lo que conllevó la rebaja general de la edificabilidad de todos aquellos ámbitos que excedían de dichos límites.
- Incremento del suelo destinado al sistema general de equipamientos, hasta alcanzar la ratio mínima de 5 metros cuadrados por habitante.
- Incorporación de *«documentación precisa –escrita y gráfica– distinguiendo las determinaciones que se consideren de ordenación general y las que se consideran de ordenación detallada»*.
- Cambios en la ordenación derivados de la estimación total de 59 de las alegaciones presentadas y de la estimación parcial de otras 49.
- Modificaciones efectuadas en cumplimiento de los informes de la Unidad de Carreteras y de las Comisiones Territoriales de Patrimonio Cultural y de Urbanismo.

Este punto de partida fáctico de la controversia jurídica, determinado por el Juzgador de instancia conforme a las reglas de la sana crítica, no puede ser ahora cuestionado en casación, dada la naturaleza extraordinaria de este recurso, considerándose además que el Ayuntamiento recurrente no ha denunciado, ni acreditado la infracción de ningún precepto regulador de la prueba tasada, ni que la valoración de la prueba llevada a cabo haya resultado contraria a la razón y a la lógica, conduciendo a resultados inverosímiles, y, por consiguiente, a un ejercicio arbitrario del poder jurisdiccional, vulnerador del artículo 9. apartado 3. de la Constitución.

B).-Partiendo de lo anterior, la fundamentación jurídica de la sentencia impugnada no contradice la jurisprudencia de esta Sala interpretativa del artículo 130 RPU –de contenido análogo al artículo 52.5 Ley 5/ 1999, de 8 de abril de Urbanismo y de Castilla y León-. Así, hemos señalado, entre otras muchas, en nuestras sentencias de 9 de febrero de 2009 (casación 6714/2004). 9 de diciembre de 2008 (casación 7459/2004). 15 de diciembre de 2005 (casación 7376/2002) y 19 de abril de 2005. casación 7293/2001), que, conforme a lo dispuesto en dicho precepto, en la tramitación de los Planes urbanísticos debe reiterarse la fase de información públi-

ca siempre que tras su aprobación inicial se modifique su ordenación de una manera sustancial, entendiéndose por tal la alteración global del Plan, en sus aspectos esenciales, afectándose a sus elementos estructurales y, como consecuencia de ello, al propio modelo de Planeamiento elegido.

En este caso las alteraciones del Plan constatadas 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 modificación 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. Como reconoce el propio artículo 41.c) de la Ley 5/1999, de 8 de abril de urbanismo de Castilla y León, los sistemas generales son *«dotaciones urbanísticas públicas al servicio de toda la población»*. Tienen por tanto un carácter estructurante y configurador del propio modelo de ciudad. El incremento generalizado de dichas infraestructuras básicas o fundamentales, afectó por tanto de una manera sustancial a la esencia del propio Plan, y a los derechos y deberes de los ciudadanos en multitud de ámbitos, sin perjuicio y con independencia de que obedeciese a un imperativo legal.

A ello debe añadirse el resultado de la prueba pericial practicada en el proceso de instancia por el Arquitecto D. Celso, en cuyo Informe se concluyó, entre otros aspectos, que *«estamos ante un cambio de criterio entre la aprobación inicial y la definitiva que ha llevado a considerar la calificación de extensiones de suelo como suelo urbano no consolidado, muchos de ellos en unas extensiones considerables de terreno y que carecen de los elementos mínimos, según ley para ser considerados como suelos urbanos, aunque sean no consolidados»*.

Buena muestra de lo antedicho (aunque sólo sea un ejemplo) lo constituye lo acontecido en el concreto ámbito en el que radican los terrenos de la demandante. Como se acredita en el referido informe pericial entre la aprobación inicial y la definitiva se alteró de manera significativa dicha ordenación, variando los derechos y deberes de los propietarios afectados, que padecieron la consiguiente indefensión al no poder alegar nada al respecto. También se constata en él que se han incorporado al Plan, en fase posterior a la de información pública, nuevos convenios urbanísticos de gran trascendencia.

Queda claro por tanto que la Orden impugnada ha infringido lo dispuesto en el citado artículo 130 RPU aplicable al caso conforme a lo establecido en

la disposición final primera de la Ley 5/1999, de 8 de abril de Urbanismo de Castilla y León y en el Decreto 223/1999, de 5 de agosto aprobatorio de la «tabla de preceptos de los reglamentos urbanísticos que resulten aplicables» en relación con dicha Ley. Más aún si se considera que, como señalamos en nuestra sentencia de 9 de diciembre de 2008 (casación 7459/2004), la obligación de garantizar la participación de los ciudadanos en la tramitación de los planes urbanísticos, reiterando la fase de información pública si fuera necesario, se deriva no sólo de lo dispuesto al efecto en dicho precepto reglamentario, y en la formativa urbanística autonómica aplicable, sino también en otras normas de Derecho estatal como son el artículo 105.a) de la Constitución y el artículo 6.1 de la Ley 6/1998, de 13 de abril de régimen del suelo y valoraciones, en los que se consagra, respectivamente, el derecho de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos en general y en los procedimientos de planeamiento y gestión urbanística en particular. Dicho principio se reproduce actualmente en los artículos 11.1 y 4.e) del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, aprobatorio del Texto Refundido de la Ley del Suelo, en el último de los cuales se insiste en que todos los ciudadanos tiene derecho a: *«Participar efectivamente en los procedimientos de elaboración y aprobación de cualesquiera instrumentos de ordenación del territorio o de ordenación y ejecución urbanísticas y de su evaluación ambiental mediante la formulación de alegaciones, observaciones, propuestas, reclamaciones y quejas y a obtener de la Administración una respuesta motivada».*

(STS de 11 de mayo de 2009. Sala 3ª, Secc. 5ª. F.D. 5º. Magistrado Ponente Sr. Yagüe Gil. Ar. 4274).