

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 (*)

XII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

PRIVACIÓN DE DERECHOS ECONÓMICOS

La conexión entre el perjuicio causado por una disposición con valor de ley y el mecanismo indemnizatorio, da lugar a la aplicación del principio de responsabilidad de los poderes públicos.

«Esta Sala ha contemplado y resuelto recursos contencioso-administrativos similares, en los que los perjuicios reclamados se achacan también a normas de carácter legislativo –sentencias de diecisiete de febrero y seis de marzo de mil novecientos noventa y ocho, cuatro y veintitrés de febrero, tres, cuatro y veintisiete de septiembre de mil

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

novecientos noventa y ocho— y a esta doctrina debemos remitirnos en unidad a los principios de igualdad y seguridad jurídica.

Bajo la vigencia de la Ley del Suelo de 1976, de acuerdo con la concepción constitucional del derecho de propiedad consagrado en el artículo 33 de la Constitución, el contenido económico propio del derecho del propietario del suelo es el correspondiente al valor inicial del terreno, es decir, el adecuado al contenido del dominio en el suelo no urbanizable, en la perspectiva del aprovechamiento exclusivamente agrícola, ganadero o forestal propio de su naturaleza; por ello el artículo 87.1 de la citada Ley no establecía derecho a indemnización por el mero cambio de planeamiento, reconociendo así plenitud al *ius variandi* de la ordenación urbanística a la Administración. Mediante la clasificación del suelo como urbano y urbanizable se incorporan al derecho de propiedad contenidos urbanísticos artificiales que no son inherentes a su naturaleza y que son producto de la ordenación urbanística.

Pero esta adición de contenidos no se produce llana y simplemente —como dice la sentencia de esta Sala de doce de mayo de mil novecientos ochenta y siete, sino en consideración a la participación del propietario en el proceso urbanizador y como contrapartida a los importantes deberes que se le imponen— artículos 83.3 y 84.3 de la citada Ley—, cuyo cumplimiento exige un cierto lapso temporal, dada la complejidad de su ejecución; sólo cuando dichos deberes han sido cumplidos puede decirse que el propietario ha incorporado a su patrimonio los contenidos artificiales que se añaden a su derecho inicial, pues sólo entonces ha contribuido a hacer físicamente posible su ejercicio; por ello, sólo cuando el plan ha llegado a “la fase final de realización” o —al menos durante la vigencia de la Ley del Suelo de 1976— cuando la ejecución no ha sido posible por causa imputable a la Administración se adquiere el derecho a los aprovechamientos urbanísticos previstos en la ordenación v sólo, por tanto, entonces la modificación del planeamiento implicaría lesión de un derecho ya adquirido.

Desde esta perspectiva la indemnización por la privación legislativa de derechos de carácter urbanístico debe estar en congruencia con el grado del contenido patrimonial consolidado del que se priva a su propietario, como pusieron de manifiesto, casi con plasticidad, los artículos 23 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 junio por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, posteriormente sustituidos por los artículos 12 v siguientes de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, al describir la gradual incorporación de los derechos derivados de la ordenación urbanística al patrimonio del propietario. En la aplicación del artículo 41 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones —que concede una indemnización por cam-

bio de ordenación del suelo antes de transcurrir los plazos de ejecución del planeamiento o por limitaciones o vinculaciones singulares que no puedan ser objeto de distribución equitativa en dicha ejecución–, esta Sala ha venido insistiendo en la necesidad. para que pueda entenderse procedente el derecho a ser indemnizado por el cambio de planeamiento, de que existan derechos consolidados– sentencia del Tribunal Supremo de cuatro de marzo de mil novecientos noventa y dos, recurso número 4729/1990 lo cual ocurre:

- *cuando existe un plazo de ejecución del planeamiento modificado no precluido o se ha producido el transcurso de éste sin ejecución del planeamiento, por causas imputables a la Administración– sentencias de uno de febrero de mil novecientos ochenta y dos y dieciséis de diciembre de mil novecientos ochenta y cinco.*
- *cuando el plan parcial se encuentra en la fase final de realización y la modificación afecta a una parte de los propietarios que han cumplido los requisitos o cargas de la anterior ordenación, sin haber obtenido beneficio equivalente y resultar, por ello, discriminados con el resto de los propietarios del sector– sentencias de veintinueve de septiembre de mil novecientos ochenta, treinta de junio de mil novecientos ochenta, veinticuatro de noviembre de mil novecientos ochenta y uno y uno de febrero de mil novecientos ochenta y dos, seis de julio de mil novecientos ochenta y dos, veinte de septiembre de mil novecientos ochenta y dos, veintiocho de marzo de mil novecientos ochenta y tres, veinticinco de abril de mil novecientos ochenta y tres, catorce de junio de mil novecientos ochenta y tres, diez de abril de mil novecientos ochenta y cinco, doce de mayo de mil novecientos ochenta y siete, veinticuatro de abril de mil novecientos noventa y dos y veintiséis de enero de mil novecientos noventa y tres recurso número 4017/1990, y*
- *cuando el cambio de calificación del suelo respecto de una finca individualizada comporta que sólo sea factible. por la imposibilidad de integrarla en un polígono, en razón al desarrollo urbanístico derivado de la aplicación del plan precedente, realizar el pago de la indemnización pertinente en el momento de ejecución del nuevo planeamiento– sentencia de veinte de mayo de mil novecientos ochenta y seis.*

Esta conexión entre el perjuicio causado por una disposición de carácter general –en este caso con valor de ley– inherente a la privación singular de un derecho o interés económico consolidado o incorporado al patrimonio del afectado y el mecanismo indemnizatorio a que da lugar la aplicación del principio de responsabilidad patrimonial de los poderes públicos aparece proclamado sin ambages en la sentencia del Tribunal Constitucional de trece de febrero de mil

novcientos noventa y siete, número 28/1997 dictada en la cuestión de inconstitucionalidad número 278/1991, pues en dicha resolución se afirma, respecto de una ley similar a aquella a la que se imputa el perjuicio por el aquí recurrido, que el hecho de que en ella no se disponga expresamente un cauce reparador para compensar las prohibiciones y limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad que se derivan de la misma no puede ser considerado como una exclusión vulneradora de lo dispuesto en el artículo 33.3 de la Constitución, sino que ha de entenderse que ese extremo quedará sometido a la normativa general del ordenamiento jurídico sobre la responsabilidad patrimonial por actos de los poderes públicos que procede otorgar a quienes, por causa de interés general, resulten perjudicados en sus bienes y derechos.»

(STS de 22 de marzo de 2011. Sala 3ª, Secc. 4ª. F.D. 6º. Magistrado Ponente Sr. Martí García Ar. 2416)

XIII. FUENTES

REGLAMENTO DE DESARROLLO DE UNA LEY

No es un Reglamento autoorganizativo el que establece con carácter general un conjunto de derechos y deberes, teniendo por destinatarios un número indeterminado de sujetos. Por ello el Decreto requiere dictamen previo del Consejo Consultivo.

«Para determinar la verdadera naturaleza del Decreto impugnado, hay que atender a su exposición de motivos, objeto y contenido. En la exposición de motivos expresamente consigna que se dicta “En virtud de las competencias recogidas en el art. 15.1.1. del Estatuto de Autonomía (RCL 2007, 548) para Andalucía, y de la autorización y mandato previstos en los apartados 5 y 7 del art. 76 de la mencionada Ley 8/1997, a propuesta del Consejero de Salud, previos informes de la Consejería de Economía y Hacienda y de Justicia y Administración Pública, y previa deliberación del Consejo de Gobierno en su reunión de 26 de septiembre de 2000”. Su objeto, según la misma exposición de motivos y su art. 1 es la regulación de la plantilla orgánica, funciones y retribuciones de la especialidad de Farmacia creada dentro del Cuerpo Superior Facultativo de Instituciones Sanitarias de la Junta de Andalucía. En su contenido se observa que relaciona las funciones y retribuciones del nuevo Cuerpo Superior, en continuidad con la figura históricamente conocida como Inspector de Farmacias.

En atención a tales elementos, resulta evidente que el Decreto se ha dictado en ejecución del art. 76, de la Ley 8/1997, de 23 de diciembre, por el que se crea el Cuerpo Superior Facultativo de Instituciones Sanitarias de la Junta de Andalucía, disponiendo, entre otros extremos que “Se integran en este Cuerpo y en sus respectivas especialidades los funcionarios que, no estando integrados ya en otro Cuerpo o especialidad de la Junta de Andalucía ocupan plazas o desempeñan funciones relacionadas con la salud pública en el ámbito del Servicio andaluz de Salud, y pertenecen actualmente a los Cuerpos y Escalas transferidos a la Junta de Andalucía que a continuación se relacionan: a) En la especialidad de Farmacia: Cuerpo de Farmacéuticos Titulares. b) En la especialidad de Veterinaria: Cuerpo de Veterinarios Titulares. 5. La funciones que se encomiendan a este Cuerpo son las propias de sus respectivas especialidades en los distintos ámbitos de las instituciones sanitarias del Servicio andaluz de Salud, las que se desempeñarán de acuerdo con la normativa propia existente en dicho ámbito”.

De igual modo, resulta evidente que no se puede calificar de “reglamento puramente auto-organizativo” —que permitiera la exención del trámite del dictamen del Consejo Consultivo— pues, aparte de regular la plantilla orgánica de los Farmacéuticos pertenecientes al Cuerpo Superior Facultativo de Instituciones Sanitarias de la Junta de Andalucía, establece las funciones de estos funcionarios, les confiere la condición de agentes de la autoridad cuando ejercen sus funciones de inspección, establece el régimen retributivo e incide en el estatuto funcionarial de manera relevante al describir las funciones de estos funcionarios y dejar sin efecto la compatibilidad que tenían reconocida por Ley estatal núm. 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidad del Personal al servicio de las Administraciones Públicas. Desde luego éste Decreto es una disposición de carácter general que desarrolla una Ley, que establece a consecuencia de su regulación derechos y deberes, y que tiene como destinatario un número indeterminado de sujetos, a saber, todos aquellos que tengan la ocupación de farmacéuticos o veterinarias de la Administración.»

La Sala comparte el criterio de la sentencia recurrida y la conclusión de que el Decreto impugnado es un reglamento ejecutivo que requería dictamen previo del Consejo Consultivo de Andalucía y que su omisión determina la nulidad absoluta del Decreto impugnado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 62 2 de la ley 30/1992.»

(STS de 17 de marzo de 2011. Sala 3ª, Secc. 7ª. F.D. 1º y 2º. Magistrado Ponente Sr. Díaz Delgado. Ar. 2399)

XIV. HACIENDA PÚBLICA

HACIENDAS LOCALES

El Tribunal Supremo fija como doctrina legal que el titular del órgano recaudatorio de una Entidad Local es competente para dictar, en el seno del procedimiento ejecutivo de apremio, mandamiento de anotación preventiva de embargo de bien inmueble, respecto de inmuebles radicados fuera de su término municipal.

«Teniendo en cuenta la doctrina expuesta, en el presente caso, se dan los argumentos que justifican el grave daño que para el interés general alega el Ayuntamiento de Reus.

Resulta relevante, tal cual argüye la corporación recurrente, y por otro lado se dijo por esta Sala y Sección en la sentencia de 3 de junio de 2008, recurso de casación para la unificación de doctrina 35/2007, el hecho de que sobre la materia objeto de recurso tengan atribuida la competencia los Juzgados de lo Contencioso-administrativo, órgano jurisdiccional que dictó la resolución aquí impugnada. Significa que sus pronunciamientos no serán examinados en un recurso de casación ordinario por lo que difícilmente cabrá manifestarse acética de si siguen o no la doctrina apropiada en el ámbito del ejercicio de potestades locales.

A ello debe añadirse que se plantea el recurso alrededor de la interpretación del ejercicio de una potestad propia municipal por un ente territorial lo cual resulta relevante para el interés general cuando es negada, como aquí sucede, por un órgano jurisdiccional.

Pero además la conflictividad sobre la materia se muestra patente a la vista de las tres resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 3 de abril de 2009 (BOE de mayo) desestimando recursos de Recaudadores municipales contra negativas de registradores de la propiedad a practicar una anotación preventiva de embargo por falta de competencia del Ayuntamiento, al carecer de jurisdicción para trabar bienes en actuaciones de recaudación ejecutiva situados fuera del territorio de dicha entidad local, siguiendo un reiterado criterio del centro directivo al que hace mención el Ayuntamiento al mencionar Resoluciones de los años 2006, 2007 y 2008.

Por ello, si además la interpretación es gravemente dañosa por contravenir, como aquí acontece, las normas sobre la materia que rigen

el ejercicio de la potestad municipal tal cual han sido expuestas por la Corporación demandante resulta que debe evitarse su prolongación en el futuro.

Es cierto que la medida cautelar del embargo preventivo de bien inmueble está justificada para asegurar el cobro de una resolución administrativa futura como es la deuda tributaria u otro ingreso de derecho público. De no adoptarse tal medida el riesgo de pérdida de la garantía resultaría elevado y objetivo, al advertirse la existencia de un evidente «periculum in mora».

Ninguna duda ofrece que tales actuaciones cautelares todavía no ejecutivas se pueden ejercitar plenamente por los órganos de recaudación municipales a pesar de que el bien no se encuentre ubicado en su ámbito territorial (art. 8.3 del RDL 2/2004, de 5 de marzo).

Estamos frente a un ingreso de derecho público de naturaleza no tributaria ejercitando una potestad propia municipal respecto del que es factible practicar la medida cautelar del art. 81.3.b), establecida en la LGT 58/2003, de 17 de diciembre sin necesidad de colaboración administrativa que en su caso será exigible en la fase ejecutiva.

No se está materializando el cumplimiento por vía coactiva sino solo asegurando su eventual ejecución por lo que el límite territorial del término municipal, art. 12 Ley 7/ 85, de 2 de abril, entendido como el espacio en que el Ayuntamiento ejerce sus competencias no comporta que la organización municipal tenga prohibido adoptar decisiones cautelares en el seno de un procedimiento respecto del que goza de competencia, que se proyecten en otro término municipal.

Cuestión distinta sería el procedimiento de ejecución radicado fuera de la circunscripción forzosa de un bien municipal.

No exige la norma que la diligencia de embargo preventivo de un bien inmueble se realice en el lugar donde se ubica físicamente el mismo, por lo que no puede el Juzgado «a quo» no reconocer legitimidad al Recaudador Municipal, para despachar el mandamiento de anotación preventiva de embargo respecto de un bien radicado fuera del término municipal, mientras tal documento no sea expedido por el órgano supramunicipal competente por razón del territorio.

La exigencia en esta fase cautelar de la citada colaboración interadministrativa comporta una burocratización no querida ni buscada por nuestro ordenamiento en aras al principio de eficacia y economía procedimental que debe inspirar el funcionamiento de la Administración y el pleno desarrollo por las Corporaciones Locales de sus potestades propias.

Una vez determinado que en el caso de autos concurren los presupuestos exigidos por el artículo 100 de la Ley de la Jurisdicción para la estimación del recurso de casación en interés de la Ley, procede estimarlo y respetando la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida, corresponde señalar la doctrina legal que sea procedente.

Y a este respecto como la solicitada por la parte recurrente con carácter subsidiario está en conformidad con lo más atrás expuesto procede acogerla en los términos que han sido propuestos y anteriormente se ha recogido.

No se acepta la pretensión principal al exceder el pronunciamiento pretendido de lo que es competencia de este orden jurisdiccional al que no incumbe pronunciarse en el marco de este litigio acerca de si debe o no ser inscrito el mandamiento por el Registrador de la Propiedad, sino sólo acerca de que *«el titular del órgano recaudatorio de una Utilidad Local es competente para dictar, en el seno del procedimiento ejecutivo de apremio, mandamiento de anotación preventiva de embargo de bien inmueble, respecto de inmuebles radicados fuera de su término municipal»*.

Respecto a la pretensión principal que hace mención a la actuación a desarrollar por el Registrador de la Propiedad no es competencia de este orden jurisdiccional limitándonos a mencionar que sobre la cuestión existe pronunciamiento firme de la Audiencia Provincial de Alicante de 28 de diciembre de 2009, sentencia 421/2009 de la Secc. 6ª revocando una resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado confirmatoria de una calificación negativa de un Registrador en la que denegaba la anotación preventiva de embargo de un Ayuntamiento de bienes situados fuera de su ámbito territorial.»

(STS de 16 de marzo de 2011. Sala 3ª, Secc. 4ª. F.D. 5º y 6º. Magistrada Ponente Sra. Pico Lorenzo. Ar. 3373)

XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

CASACIÓN EN INTERÉS DE LEY

Se recoge en esta sentencia las circunstancias y características necesarias para que sea viable el recurso de casación en interés de ley.

«Sentado el marco del debate conviene insistir que la jurisprudencia de esta Sala recordada en la Sentencia de 24 de febrero de 2010, re-

curso 3/2009 ha declarado que el recurso extraordinario de casación en interés de la Ley, antes conforme al art. 102 LJCA 1956, actualmente de acuerdo con el art. 100 LJCA 1998, está dirigido exclusivamente a fijar doctrina legal o jurisprudencia cuando quien está legitimado para su interposición estime gravemente dañosa para el interés general y errónea la resolución dictada.

Nos hallamos frente a un remedio excepcional y subsidiario, esto es, solo factible cuando la sentencia impugnada tenga carácter de firme por no haber contra ella recurso de casación, tanto en su modalidad ordinaria, como en la de «para unificación de doctrina» que recoge el art. 100.1 LJCA, en el que no cabe otra cosa distinta que establecer la doctrina de esta Sala respecto al concreto pronunciamiento de la Sala de instancia.

En consecuencia, además de los requisitos formales y procesales (legitimación e interposición dentro de plazo acompañada de la certificación de la sentencia que se impugna) exigidos por el artículo 100.1 y 3 LJCA, el recurso de casación en interés de la Ley requiere ineludiblemente que la doctrina sentada por la sentencia de instancia sea gravemente dañosa para el interés general, en cuanto interpreta o aplica incorrectamente la normativa legal de carácter estatal, así como que se proponga con la necesaria claridad y exactitud la doctrina legal que se postule.

Otra característica esencial es que no afecta a la situación particular de la sentencia recurrida pues el fallo deviene inalterable.

De no concurrir todas las circunstancias que acabamos de mencionar no resulta viable el recurso de casación en interés de la ley.

Este Tribunal ha venido entendiendo (sentencia de 27: de marzo de 2006, rec. casación 3/2005, con cita de otras) que la finalidad del recurso ahora considerado no es otra que la de evitar la perpetuación de criterios interpretativos erróneos cuando resulten gravemente dañosos para los intereses generales. Daño que, por lo tanto, es preciso justificar pues si no se justifica que la sentencia es gravemente dañosa para el interés general no prospera (sentencias 9: diciembre de 2010) lo que puede acontecer cuando se trata de un supuesto aislado que no se evidencia pudiera repetirse (sentencia de 23 de noviembre de 2007).

Por ello ha de descartarse toda pretensión que propugne el obtener la declaración de una doctrina legal cuya procedencia hubiese sido anteriormente rechazada –o que, por el contrario, ya estuviese fijada por este Tribunal Supremo (Sentencias de 8 de octubre de 2003 y 18 de abril de 2005–. Es cierto que la desestimación de un recurso de

casación en interés de ley no crea propiamente doctrina legal pero el pronunciamiento desfavorable que incorpora dicha resolución marca un determinado criterio en relación con las doctrinas propuestas (sentencia de 4 de julio de 2005).

Tampoco cabe proponer aquella que resulte inútil por su obviedad de forzoso acatamiento (Sentencias de 19 de diciembre de 1998 y 19 de junio de 1999) al constituir reproducción prácticamente literal de lo dispuesto en la norma (sentencia de 16 de marzo de 2005). Otro tanto cuando se trata de resoluciones dictadas en supuestos de hecho infrecuentes y de difícil repetición (Sentencia de 27 de marzo de 2000, 21 de octubre de 2005), También cuando se aprecie una evidente desconexión con lo afirmado en la resolución impugnada pretendiéndose la decisión interpretativa de una norma cuya aplicación no se ha planteado ante el Tribunal de instancia (sentencia de 16 de marzo de 2005).

Y, como recuerda la sentencia de 4 de julio de 2005 ha de evitarse, en fin, que la irrecurribilidad de los pronunciamientos judiciales, en los casos en que así viene establecido, pretenda soslayarse a través de la interposición de un recurso como el presente concebido únicamente en interés de la Ley, y a través del cual se trate, en realidad, de obtener un nuevo examen del problema ya resuelto definitivamente en vía judicial.

No cabe pretender la transformación de un órgano decisorio como el Tribunal Supremo en órgano consultivo de las entidades legitimadas para interponerlo (Sentencias de 6 de abril y 11 de junio y 16 de diciembre de 1998, 9 de marzo de 2005), en aras a agenciarse una doctrina general de carácter preventivo, de escasa o nula conexión con el supuesto concreto debatido, pero que pueda funcionar como clave de la anulación o convalidación de otras actuaciones administrativas posteriores.»

(STS de 16 de marzo de 2011. Sala 3ª, Secc. 4ª FD. 4º. Magistrada Ponente Sra. Pico Lorenzo. Ar. 3373)

XVII. ORGANIZACIÓN

CRITERIO DE LA PROFESIONALIDAD

La excepción al principio de reserva a funcionarios de carrera del nombramiento como titulares de órganos directivos, debe motivarse en elementos ob-

jetivos vinculados a las funciones propias del órgano más que en lo méritos exclusivos de una determinada persona.

«La Unión de Sindicatos Independientes del Principado de Asturias (USIPA) impugnó el Decreto 231/2007, de 7 de agosto, de la Consejería de Economía y Asuntos Europeos del Principado de Asturias por el que se nombró Director General de Economía. USIPA alegó en su recurso que dicho nombramiento infringía los artículos 10.5 de la Ley 8/1991, de 30 de julio, de organización de la Administración del Principado de Asturias, y 6.10 y 18.2 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, ya que el nombrado carecía de la condición de funcionario.

El precepto invocado de la Ley asturiana, su artículo 10.5, dispone lo siguiente:

“Los titulares de los órganos a que se refieren los apartados precedentes serán nombrados libremente por Decreto del Consejo de Gobierno, a propuesta de los respectivos Consejeros. Los Secretarios Generales Técnicos y los Directores Regionales, salvo supuestos individualmente estimados por el Consejo de Gobierno, serán designados entre funcionarios de carrera de cualquier Administración, pertenecientes a cuerpos, grupos o escalas para cuyo ingreso se exija titulación superior”.

Es indiscutible que la Comunidad Autónoma posee capacidad para autoorganizarse y que, al ejercerla, no tiene por qué seguir las mismas pautas ni llegar a las mismas soluciones que la Administración General del Estado. Por otro lado, es también evidente que no dicen lo mismo el indicado precepto asturiano y el artículo 18.2 de la Ley 6/1997. Este último ha sentado el criterio de que los Directores Generales han de ser nombrados entre funcionarios de carrera salvo que, en atención a las características específicas de la Dilección General de que se trate, disponga lo contrario el Real Decreto que establezca la estructura del departamento ministerial. Salvedad cuya utilización ha sido controlada por esta Sala en las sentencias invocadas por USIPA y, también, en las posteriores de 11 de noviembre de 2010 (recurso 488/2009), 28 de septiembre de 2010 (recurso 49/2008), 3 de septiembre de 2010 (recurso 528/2008), las dos de 21 de enero de 2009 (recursos 237 y 238/2006), 12 de diciembre de 2008 (recurso 22/2006) y 2 de julio de 2008 (recurso 81/2005). Y cabe decir que ninguna duda hay de la naturaleza objetiva del criterio que ha fijado el legislador estatal para que pueda hacerse uso de esa excepción.

El texto asturiano, anterior a la Ley 6/1997, difiere de esta, además

de en el carácter libre del nombramiento, en que no relaciona expresamente la excepción con un presupuesto objetivo. Solamente habla de “supuestos individualmente considerados”. En esa diferencia ha visto la sentencia apoyo suficiente al proceder de la Administración asturiana y se trata de saber si es contrario a los criterios que han de guiar la interpretación de las normas en esta concreta materia la que ha dado al precepto la Sala de Oviedo. En otras palabras, si de los principios que sienta el artículo 103 de la Constitución y de los principios generales que enuncia el artículo 3.1 de la Ley 30/1992, en especial el de la objetividad en el servicio a los intereses generales, se deducen elementos en virtud de los cuales el texto asturiano debe entenderse en el sentido de que no han de ser las circunstancias concurrentes en una persona determinada las que justifiquen el nombramiento como Director General de quien no es funcionario sino que será la naturaleza de ese cargo, por el contenido que le es propio, el determinante para nombrar para el mismo a quien no es funcionario. En definitiva, si es de carácter objetivo, también, la causa que permite aplicar la excepción.

En este punto, han de tenerse en cuenta dos datos esenciales. El primero es el que refleja la línea seguida por nuestro Derecho Público bajo el imperio de la Constitución de 1978 dirigida a someter cada vez más intensamente a Derecho la actuación administrativa y a limitar y controlar con la mayor profundidad posible la que se sirve de potestades discrecionales. El segundo, ya en el plano de la organización, es el que muestra la evolución decidida hacia su profesionalización, entendiéndose por tal, entre otros extremos, el desempeño de los centros directivos y cargos similares por funcionarios de carrera. En tal contexto, definido normativamente por los preceptos invocados por USIPA y por las consecuencias derivadas de los artículos 9.3, 24.1 y 106.1 de la Constitución, así como por el contexto que ofrece la legislación estatal, no puede considerarse correcta la interpretación realizada por la sentencia desde un punto de vista sistemático, finalista e histórico. Y tampoco responde a la lógica porque no es concebible que se pretenda nombrar para ningún cargo público y menos para los de esta importancia a quienes no posean los méritos suficientes para desempeñarlos, sean funcionarios o no. De ahí que la tesis asumida por la sentencia, en realidad, vacíe de contenido la salvedad prevista en el artículo 10.5 de la Ley 8/1991, ya que admite para hacerla valer unas razones incoherentes –por ser comunes a todo nombramiento– con la excepcionalidad del supuesto.

Así, pues, han de ser elementos objetivos vinculados a los cometidos

propios de una determinada Dirección General o Regional los que debe estimar el Consejo de Gobierno en los casos concretos en que lo considere necesario, para desde ellos servirse de la excepción prevista por el legislador y no la contraria de apoyarse en los méritos de una determinada persona que no es funcionario para nombrarla. Esta es la solución coherente con los intereses públicos a los que con objetividad sirve la Administración y debe llevar, por tanto, a acoger el motivo de casación, anular la sentencia y, de acuerdo con el artículo 95.2 d) de la Ley de la Jurisdicción, estimar el recurso contencioso-administrativo y anular el Decreto impugnado.»

(STS de 28 de marzo, de 2011. Sala 3ª, Secc. 7ª. F.D. 1º y 5º. Magistrado Ponente Sr. Lucas Murillo de la Cueva. Ar. 2667).

XVIII. PERSONAL

LIBRE DESIGNACIÓN

Se reitera el carácter excepcional que la Ley asigna al sistema de libre designación y la necesidad de que, cuando se considere necesario acudir a él, se haga también excepcionalmente y justificando, caso por caso, por qué debe utilizarse.

«La Junta de Andalucía interpone el actual recurso de casación contra la Sentencia de 13 de abril de 2009 de la Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Granada que estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Central Sindical Independiente y de funcionarios (CSI-CSIF), y anuló el Decreto 7/07, de 9 de enero, de la Consejería de Justicia y administración Pública de la Junta de Andalucía –por el que se había modificado parcialmente la relación de puestos de trabajo correspondiente a la Consejería de Economía y Hacienda de la Junta de Andalucía– exclusivamente en lo relativo al de aquellos puestos de trabajo cuya forma de provisión se estableció por el procedimiento de libre designación sin justificación motivada de dicha elección y sin requisitos mínimos necesarios.

En el recurso interpuesto contra dicha sentencia la Junta de Andalucía se funda en un único motivo de casación, al amparo del apartado d) del artículo 88.1 de la Ley Jurisdiccional, en el que, se denuncia que, la sentencia recurrida infringe el artículo 20 de la Ley 30/

1984, de 2 de agosto de medidas para la reforma de la Función Pública, al privar a la Administración Pública Andaluza de la facultad que dicha norma le confiere de configurar como puestos de libre designación aquellos que por la naturaleza de sus funciones sean de carácter directivo o de especial responsabilidad Argumenta que los puestos cuestionados –9799310 (Servicio sector Asegurador), 9994110 (Oficina Control inspección EE.FF.), 9994310 (Sector Entidades de Crédito), 9994410 (Inspector Cajas de Ahorro), 9994610 (Inspector Cooperativas de Crédito), 9994910 (Sector Seguros), 9995110 (Inspector Entidades Aseguradoras), o 9995210 (Inspector Mediadores de seguras)–, se corresponden con los grupos A y B y con niveles funcionales iguales o superiores al 26, lo que implica que se trata de puestos de trabajo de especial responsabilidad. Razona que de acuerdo con el artículo 7 del Decreto 39011986 de 10 de diciembre, que no denuncia como infringido, por el que se regula la elaboración y aplicación de la Relación de puestos de Trabajo, “El procedimiento de concurso debe ser el sistema normal de provisión de puestos de trabajo, reservándose el de libre designación para puestos expresamente calificados de confianza o asesoramiento, con nivel de complemento de destino comprendidos entre 26 y 30 (ambos inclusive) y excepcionalmente, supuestos debidamente justificados para los puestos de nivel inferior al vértice”.

Razona la recurrente que la citada norma –que no denuncia como infringida, sino al parecer, como aclaratoria de la interpretación que defiende del artículo 20 de la Ley 30/1984 cuya supuesta infracción constituye el verdadero eje del motivo– solo impone la justificación complementaria para aquellos puestos de trabajo cuyo nivel sea inferior al 26, por lo que la mera configuración del puesto con nivel superior al 26 es justificativa por si misma del carácter directivo del puesto o de su especial responsabilidad.

Añade que además la sentencia recurrida tampoco resulta ajustada a derecho, por desconocer la motivación que se ofrece en el expediente sobre las funciones de los distintos Centros directivos, concretamente en la Memoria Funcional y Económica de la Consejería de Justicia y Administración pública, en la que se exponen las razones que impulsan la creación y modificación de los puestos de los distintos Centros Directivos, las siguientes: “Así, se prevé como hemos indicado, la creación de diversas plazas de Inspectores y otros funcionarios con nivel 28 y 27 en la Secretaria General de Economía”. Respecto de la misma, la memoria señala que se trata de un órgano de impulso y coordinación de la política económica general de la Junta

de Andalucía, por lo que es evidente que los puestos superiores en la escala de dicho órgano sean los que tienen atribuidas las funciones con mayor responsabilidad y de carácter directivo.

Por su parte, en su escrito de oposición, la representación procesal del Sindicato CSI-CSIF insiste en la necesidad de que la utilización del sistema de libre designación para proveer puestos de trabajo debe ser objeto de especial.

El motivo deducido no puede ser estimado, ya que la sentencia recurrida, no sólo no infringe el artículo 20 de la Ley 30/1984 –extremo sobre el que, ciertamente, el escrito de interposición no ofrece explicación, que podamos considerar aceptable, de cómo y en que forma se habría producido la infracción que se denuncia–, sino que lo interpreta de forma absolutamente coherente con la jurisprudencia de la Sala, que recuerda el carácter excepcional que la Ley asigna a este sistema de libre designación y la necesidad de que, cuando se considere necesario acudir a él, se haga también excepcionalmente, y justificando, caso por caso, por qué debe utilizarse (de 11 de marzo de 2009 (casación 2332/2005), 9 de febrero de 2009 (casación 7168/2004), 10 de diciembre de 2008 (casación 10351/2004), 24 de septiembre de 2008 (casación 5231/2004), 2 de julio de 2008) (casación 1573/2004), 7 de abril de 2008 (casación 7657/2003), 17 de diciembre de 2007 (casación 596/2005), 17 de septiembre de 2007 (casación 5466/2002), 16 de julio de 2007 (casación 1792/2004) y 30 de marzo de 2009 (casación 4188/ 2005) entre otras]. Es esa motivación la que la sentencia recurrida echa en falla. Y desde luego no es apreciable, como parece” sugerir la Junta de Andalucía, en la descripción de los rasgos de los puestos de trabajo controvertidos que puede obtenerse de las propias relaciones y en general del expediente administrativo.

La alegada facultad de autoorganización y la discrecionalidad técnica en el ejercicio de la misma no pueden considerarse como de sentido absoluto, sino que en todo caso tienen que acomodarse a unos límites legales y a la jurisprudencia de este Tribunal que los interpreta, plasmada en las sentencias que se acaban de indicar. En concreto, la opción por un sistema de libre designación para la provisión de puestos de trabajo está sujeta a unas condiciones legales que la Sentencia recurrida destaca como inobservadas, sin que su apreciación jurídica al respecto haya sido desvirtuada en el recurso.

Por lo demás, ni la circunstancia de que se trate de puestos con nivel 26, ni la posición que les corresponda en la organización administrativa son razones que, por sí mismas, sirvan para justificar la opción

seguida sobre su provisión por la Junta de Andalucía. La naturaleza de los cometidos a desempeñar y la especial responsabilidad que puedan implicar tales puestos son las razones que podrían, en su caso, hacerlo, pero se trata de extremos que no pueden presumirse, sino que su concurrencia debe ser explicada de manera suficientemente precisa y particularizada por la Administración, cosa que, insistimos, no se ha hecho.»

(STS de 25 de marzo de 2011. Sala 3ª, Secc. 7ª. F. D. 1º y 3º. Magistrado Ponente Sr. Conde Martín de Hijas. Ar. 2571)

XIX. PROCEDIMIENTO

INDEFENSIÓN

Es un trámite esencial el de audiencia de los interesados en el procedimiento de declaración e inscripción de Bienes de interés cultural.

«El motivo no puede estimarse. La Sentencia razona con toda claridad que la interpretación conjunta de los preceptos de las normas que en el supuesto concreto rigen la actuación de la Administración autora contra el Decreto 23672005, de 25 de octubre, que declaró Bien de Interés Cultural, con la categoría de Sitio Histórico, la Zona Minera de Río Tinto–Nerva, ubicada en los términos municipales de Minas de Río Tinto, Nerva y El Campillo (Huelva), imponía además del trámite de información pública y la audiencia a los Ayuntamientos la notificación personal a los interesados, por cuanto la declaración que se efectuó llevaba consigo determinados efectos que afectaban a los derechos de la titular de los bienes, que, en consecuencia, debía ser oída.

Sin perjuicio de que al exponer lo que sigue reiteremos los argumentos de la Sentencia de instancia que confirmamos, resulta evidente que lo por ella declarado era de obligada realización por la Administración demandada.

Así dando por supuesto que era de aplicación la Ley 16/ 1985 para la declaración como bien de interés cultural con la categoría de Sitio Histórico la Zona Minera de Río Tinto–Nerva, ubicada en los términos municipales de Minas de Río Tinto, Nerva y El Campillo (Huelva), y por tanto, que era obligado cumplir con lo dispuesto en el art. 9.2 de la Ley citada, también lo era que la Comunidad Autó-

noma recurrente aplicara su propia normativa, dado que según el art. 8 del Decreto 19/1995 “la declaración de un bien de interés cultural determinará su inclusión en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz. Asimismo la incoación del expediente de declaración determinará la anotación preventiva del bien de que se trate” y que según el art. 11.2 del propio Decreto “la incoación del procedimiento de inscripción será asimismo notificada a los propietarios de los bienes (...) que se pudieran ver afectados” es obvio que al no proceder de ese modo fue conforme a Derecho la declaración de nulidad acordada por la Sentencia de instancia del Decreto recurrido. Tampoco este motivo puede prosperar. Olvida la Administración recurrente la declaración que efectuó la Sala de instancia en el fundamento de derecho tercero de su sentencia cuando expresó que “al haberse omitido dicho trámite, (se refiere al de audiencia) que ha de entenderse esencial, para asegurar la adecuada defensa de los propietarios y cualquier otro posterior a partir de la constancia o comunicación del cambio de titularidad de los bienes ante una de las Consejerías de la Junta de Andalucía que permitiera atender al cumplimiento de la finalidad contemplada por aquella norma, esto es, la efectiva intervención de los interesados en el procedimiento de declaración e inscripción de Bienes de Interés Cultural, se ha generado una situación de efectiva indefensión en perjuicio del recurrente, que de este modo no ha podido combatir materialmente las previsiones técnicas o aspectos diversos tomados en consideración en orden a la delimitación y catalogación de los bienes y derechos de su titularidad afectados.

Dado que consta la omisión del indicado trámite en el presente supuesto, resulta procedente la estimación del recurso sin necesidad de entrar en el examen del resto de los argumentos expuestos en el escrito de demanda”.

Es decir, la Sala consideró que se había omitido ese trámite que califica de esencial, y que constituye un auténtico principio general de derecho en tanto que nadie puede ser privado del derecho que como interesado posee a ser oído en un procedimiento bien sea administrativo o en un proceso judicial. De modo que esa falta de audiencia, en este caso a sabiendas, puesto que la recurrente advirtió a la Administración de su condición de interesado, advertencia de la que la Administración hizo caso omiso, dio lugar a la nulidad de pleno derecho del acto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 62.1.a) de la Ley 30/1992. En este sentido se ha pronunciado esta Sala y Sección en Sentencias de 19 de enero de 2004 y 29 de junio de 2005,

recursos de casación 410/ 2001 y 5347/2003, respectivamente. Así en la primera de ellas sostuvimos que en todo caso, no puede acogerse la tesis del Abogado del Estado que viene a suponer que la plena oportunidad de defensa en el proceso da por buena cualquier indefensión producida en el expediente administrativo, incluida la falta de oportuna audiencia. De ser así, podría justificarse a posteriori cualquier infracción del procedimiento administrativo con tal de que el ulterior proceso judicial se siguiera por sus cauces y con oportunidad de defensa y prueba, ignorando el doble carácter que el procedimiento administrativo ostenta no sólo de acierto para la Administración sino también de auténtica y específica garantía para el administrado, de modo que si en su propio seno pueden subsanarse iniciales indefensiones, no pueden, sin embargo, entenderse superadas o convalidadas por las oportunidades que representan la demanda y la prueba en el ulterior proceso judicial”. Mientras que en la segunda se mantuvo esa necesidad disponiendo una retroacción de actuaciones por existir en el procedimiento especial de relaciones laborales en el que se produjo la omisión de la audiencia ese mandato expreso de retroacción para otorgar esa audiencia.»

(STS de 23 de marzo de 2011. Sala 3ª, Secc. 4ª. F.D. 3º y 4º. Magistrado Ponente Sr. Martínez-Vares García. Ar. 2517)

XX. RESPONSABILIDAD DAÑO EFECTIVO

La Jurisprudencia exige en relación con el lucro cesante, que el mismo quede acreditado con certeza, excluyéndose la eventualidad o la mera posibilidad o contingencia en su producción.

«La Sala de instancia desestima en su sentencia el recurso interpuesto contra ja resolución de 21 de mayo de 2004, dictada por el Conseller de Política Territorial i Obres Publiques de la Generalidad de Cataluña, que desestimó, a su vez, la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por la mercantil «Focio SL», sucesora de «Unidad Inmobiliaria SA», por el lucro cesante o ganancia dejada de obtener al informar desfavorablemente la Comisión de Urbanismo de Barcelona y denegar después y por ello el Alcalde de Cornellá de Llobregat, el 3 de junio de 1999, licencia provisional para poder ejercer en una finca de su propiedad, no por ella y sí por un arrendatario, la actividad de aparcamiento, exposición y venta de vehículos. Informe y denegación

que luego fueron anulados por sentencias de la Sala de este orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

El lucro cesante cuya indemnización se solicita lo es por la ganancia dejada de obtener en el período comprendido entre el 3 de junio de 1999, en que aquella licencia se denegó, y el 21 de mayo de 2003, en que después de la sentencia anulatoria de la denegación se concedió la misma. La razón de decidir la expresa la Sala finalmente en el fundamento de derecho sexto de su sentencia, cuyos dos primeros párrafos son del tenor literal siguiente:

“Lo anteriormente reseñado nos lleva a afirmar que nos encontramos ante meras expectativas de lucro cesante que impiden apreciar uno de los requisitos de la responsabilidad administrativa cual es la existencia del daño efectivo. Daño que no ha quedado probado por la adora, a quien compete, a tenor de todo lo expuesto anteriormente.

Y ello es así por cuanto para que pueda hablarse de *daño efectivo* éste ha de quedar acreditado y no ligado a una mera eventualidad o posibilidad o contingencia, dado que la prueba de las ganancias dejadas de percibir o lucro cesante que pretende la recurrente indemnifica la Administración requiere certidumbre, no pudiendo pues quedar acreditada la invocada disminución de patrimonio a supuestos meramente posibles, de resultados inseguros o desprovistos de certidumbre, ya que la efectividad del daño, como presupuesto de la responsabilidad patrimonial que requiere el artículo 139 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, excluye la eventualidad o la mera posibilidad o la contingencia en su producción».

El motivo ha de correr la misma suerte que el anterior. De un lado, porque el estudio de la sentencia recurrida no nos lleva a apreciar lo que dice la parte, esto es, que dicha sentencia exija para poder considerar cierto el lucro cesante la necesaria existencia de un contrato del que hubiera de derivarse la ganancia que se deja de obtener. Y, de otro, porque las sentencias de este Tribunal que invoca la parte tratan supuestos de hecho que, tal y como los describe ella misma, no guardan analogía ni similitud con el de autos.

A ello hemos de añadir, para dar respuesta completa al motivo, que las características y circunstancias concretas del caso de autos que se relacionan al concluir aquél en los citados folios 18, 19 y 20 del escrito de interposición, no conducen, en nuestro juicio, de modo necesario o sin duda a la conclusión de la certeza del repetido lucro cesante.»

(STS de 30 de noviembre de 2010. Sala 3ª, Secc. 4ª. F.D. 1º y 5º. Magistrado Ponente Sr. Menéndez Pérez. Ar. 3358).

XXII. URBANISMO Y VIVIENDA

ALTERACIÓN DE ZONAS VERDES

La exigencia de un trámite cualificado en la tramitación de un Plan Especial (informe preceptivo y vinculante de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalitat, alcanza también a los supuestos en los que ello suponga un incremento de la superficie de zonas verdes.

«Queda por examinar el análisis del tercer y último argumento de impugnación de la demanda, en el que se aduce la concurrencia de un defecto procedimental sustancial en la tramitación del Plan Especial consistente en la omisión del informe preceptivo y vinculante de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalitat, que viene exigido en el artículo 66.5 de la Ley 22/1998, de 29 de diciembre, de la Carta Municipal de Barcelona, para la aprobación de planes secundarios que modifiquen la delimitación de las zonas verdes configuradas en el planeamiento general. En este sentido señalan los demandantes que el PERI impugnado alteró de manera significativa la superficie y funcionalidad de la franja de zona verde prevista en el Plan General entre las calles Llacuna, Taulat, Carmen Amaya y Passatge d'Ayna, estableciendo en parte de ella un nuevo uso de equipamiento, de casi 1.000 m² de superficie total.

Frente a ello, el Ayuntamiento de Barcelona alegó, en su escrito de contestación a la demanda, que la referida Ley 22/1998 se dirige únicamente a evitar la reducción o el menoscabo de los espacios libres, no resultando de aplicación en aquellos supuestos en los que el planeamiento secundario mejora las previsiones del Plan General. Y en el presente caso —señala— el PERI recurrido incrementa las zonas verdes en una superficie de 5.071 m² sobre la prevista en el Plan General.

Así planteada la cuestión, hacemos nuestras las consideraciones que expuso la Sala de instancia en los tres últimos párrafos del fundamento segundo de su sentencia en relación con este concreto aspecto de la controversia. Allí queda señalado, según vimos, que, efectivamente, el PERI recalifica parte del suelo calificado como 6b (parques y jardines urbanos de carácter local) en 7b (equipamiento de nueva creación), sin haber seguido el trámite cualificado requerido para la modificación de zonas verdes en el artículo 66.5 de la Carta Municipal de Barcelona aprobada por Ley 22/98, de 29 de diciembre, esto es, la aprobación definitiva por la Subcomisión de Urbanismo de Barcelona, con el informe previo de la Comisión de Urbanis-

mo de Cataluña y de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalitat que, en este último caso, tiene carácter vinculante, y también deja señalado la Sala de instancia que el propio Ayuntamiento reconoce la modificación, si bien aduce que sólo afecta a unos 1.000m², que constituye un mero ajuste en la delimitación de la zona verde y que, en conjunto, el PERI aumenta 5.071 m² la zona verde prevista en el planeamiento general.

Pues bien, compartimos el parecer de la Sala de instancia cuando señala que la reconversión de 1.000/m² de zona verde, que pasan a ser de equipamiento, supone, desde luego, una alteración de la funcionalidad y localización de la zona verde; y que, por identidad de razón, el citado artículo 66.5 de la Carta Municipal de Barcelona debe ser interpretado con el mismo rigor con el que el Tribunal Supremo ha venido interpretando y aplicando el artículo 50 del Texto Refundido de la Ley del Suelo aprobado por Real Decreto 1346/76, de 9 de abril y el artículo 162 del Reglamento de Planeamiento Urbanístico aprobado por Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio en los que se contempla un trámite en todo equivalente. Y ello porque si la norma exige que en el procedimiento de aprobación de las modificaciones de planeamiento que alteren la delimitación o el uso urbanístico de zonas verdes se emita informe preceptivo y vinculante por un órgano específico de una Administración supramunicipal –en este caso la Comisión Jurídica Asesora de la Generalitat– es porque el legislador considera que se trata de una modificación cualificada que, por una parte, requiere de una especial justificación, y de otro lado, afecta a intereses supramunicipales y no estrictamente locales. De ahí que, como señala la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2000 (casación 3160/1994), la exigencia de ese trámite cualificado opera incluso cuando a la alteración de la delimitación de las zonas verdes suponga un incremento de la superficie de zonas verdes del ámbito en cuestión.

En definitiva, al albergar el PERI un cambio de zonificación de zonas verdes y no haberse seguido el procedimiento específicamente establecido en la norma para la aprobación de una determinación de esa índole, debemos concluir –como ya hizo la Sala de instancia en la sentencia que, por otras razones, ahora se anula– que el Plan Especial así aprobado incurre en el vicio de nulidad denunciado por los demandantes.»

(STS de 25 de marzo de 2011. Sala 3ª Secc. 5ª. F.D. 4º. Magistrado Ponente Sr. Calvo Rojas. Ar. 2557)