



# EL DERECHO

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

GRUPO EDITORIAL EL DERECHO Y QUANTOR, S.L., EDIFICIO EL DERECHO, Lagasca, 45. 28001 Madrid. Teléf.: 914 23 29 00

Director: EVARISTO MOLINE

Año XVII. Número 2804

Madrid, miércoles 10 de marzo de 2010



## TS PENAL

2009/265713

TS Sala 2ª, Sentencia 23 octubre 2009. Ponente: D. Julián Sánchez Melgar

Atenuante de dilaciones indebidas en grado de muy cualificada

### Rebaja de la pena en delito de incendio

*Se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó como autor de un delito de incendio. El TS dicta segunda sentencia por la que viene a rebajar en dos grados la pena aplicable, por cuanto la concurrencia de la atenuante de dilaciones indebidas en grado de muy cualificada que aplicó correctamente la sala sentenciadora merecía una explicación acerca del grado de imposición de la pena, rebajando ésta imperativamente en uno o facultativamente en dos, toda vez que el art. 72 CP 95 le exigía que razonase en la sentencia "el grado y extensión concreta de la pena impuesta".*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La Audiencia Provincial de Cádiz, Sección con sede en Algeciras, condenó a Remigio como autor criminalmente responsable de un delito de incendio provocado, del art. 351, párrafo primero e inciso segundo del Código penal, con la concurrencia de la atenuante analógica de dilaciones indebidas, conceptuada como muy cualificada, a las penas que dejamos expuestas en nuestros antecedentes, frente a cuya resolución judicial ha interpuesto este recurso de casación, el aludido acusado en la instancia, recurso que pasamos seguidamente a analizar y resolver.

**SEGUNDO.-** El primer motivo de su recurso se formaliza por vulneración de la presunción constitucional de inocencia, proclamada en el art. 24.2 de nuestra Carta Magna, reprochando que no ha existido prueba de cargo que enerve tal derecho fundamental.

Los hechos probados se refieren a un incendio provocado en la vivienda ocupada por Socorro, de la que el recurrente era copropietario, estando

ambos a la sazón separados, de modo que apiló unos papeles sobre el sofá ubicado en salón del inmueble, para a continuación prender fuego y abandonar el edificio. El fuego se extendió por tal dependencia, causando daños en distintas partes del piso, y tanto por la acción del fuego, como por el calor y el humo, el edificio tuvo que ser desalojado, al llegar los bomberos, estando sus habitantes durmiendo, dada la hora en que se produjo el incendio. El acusado conocía que el edificio estaba ocupado por múltiples vecinos.

El Tribunal sentenciador, con un riguroso análisis de las pruebas practicadas, llega a la conclusión de que el recurrente fue el autor del incendio.

Para ello acude a prueba de contenido circunstancial, indirecto o de presunciones, perfectamente constitucional en punto a la enervación del principio de presunción de inocencia.

1. Hemos declarado con reiteración que la relación entre los indicios probados y el hecho determinante de la responsabilidad criminal

del acusado permite, de acuerdo con las reglas de la experiencia y de la lógica, llegar a la conclusión de que, si son ciertos los indicios, ha de serlo también el hecho determinante de la culpabilidad de cuya fijación se trate. Requisitos que, en su conjunto, dotando de consistencia y verosimilitud a la prueba indiciaria, la viabilizan en orden al acreditamiento de una actuación criminal. Si sólo se asentase ésta sobre una prueba directa, serían múltiples los supuestos que se sustraerían a la acción de los Tribunales; nacen las presunciones e indicios del conocimiento de la naturaleza humana, del modo de comportarse habitual del hombre en sus relaciones con otros miembros de la sociedad, de la índole misma de las cosas. La importancia de la prueba indiciaria en el procedimiento penal radica en que, en muy varios supuestos, es el único medio de llegar al esclarecimiento de un hecho delictuoso y al descubrimiento de sus autores.

La función del Tribunal Casacional en los casos en que la condena se fundamente en prueba indiciaria, consiste, en consecuencia, en controlar el respeto del derecho constitucional a la presunción de inocencia sin invadir las facultades valorativas del Tribunal de Instancia. Para ello es necesario constatar que en la resolución impugnada se cumplen una serie de requisitos, formales y materiales, exigibles jurisprudencialmente como son:

1.º) Desde el punto de vista formal:

a) Que en la sentencia se expresen cuáles son los hechos base o indicios que se estiman plenamente acreditados y que van a servir de fundamento a la deducción o inferencia.

b) Que la sentencia haga explícito el razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios, se ha llegado a la convicción sobre el acaecimiento del hecho punible y la participación en el mismo del acusado, explicitación que aun cuando pueda ser sucinta o escueta se hace imprescindible en el caso de la prueba indiciaria, precisamente para posibilitar el control casacional de la racionalidad de la inferencia.

2.º) Desde el punto de vista material es necesario cumplir unos requi-

## SUMARIO

### TC

#### CONSTITUCIONAL

Amparo otorgado ante silencio administrativo negativo que impone un deber de diligencia **3**

### TS

#### CIVIL

Nulidad de la venta de finca efectuada por quebrada **4**

#### PENAL

Rebaja de la pena en delito de incendio **1**

#### ADMINISTRATIVO

Modificación de la ordenanza municipal de los usos del paisaje urbano de la ciudad de Barcelona **5**

Inexistencia de infracción del principio de inmediatez por no realizarse las pruebas ante el tribunal sentenciador **12**

#### SOCIAL

Declaración de improcedencia de segundo despido producido tras anulación de ERE **13**

### RS RESEÑA DE SENTENCIAS

**16**

**INTERNET**  
http://www.elderecho.com  
e-mail: clientes@elderecho.com

sitos que se refieren tanto a los indicios, en sí mismos, como a la deducción o inferencia. En cuanto a los indicios es necesario:

a) Que estén plenamente acreditados.

b) Que sean plurales, o excepcionalmente único pero de una singular potencia acreditativa.

c) Que sean concomitantes al hecho que se trata de probar.

d) Que estén interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuerzan entre sí. Y en cuanto a la inducción o inferencia es necesario que sea razonable, es decir que no solamente no sea arbitraria, absurda o infundada, sino que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de manera que de los hechos base acreditados fluya, como conclusión natural, el dato precisado de acreditar, existiendo entre ambos un "enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano". Ahora bien, esta labor de control casacional tiene también dos límites. El primero, se refiere a la acreditación de los indicios o hechos base, que la Sala ha declarado probados, pues si lo han sido mediante prueba directa no es posible su cuestionamiento, ya que tanto el principio de inmediación, como lo dispuesto en el art. 741 de la LECrim. y la propia naturaleza del recurso de casación, impiden que se pueda entrar en el ámbito valorativo propio del Tribunal de Instancia.

Puede criticarse que la Sala considere indicio al que no lo es, así como la racionalidad de la inferencia, pero no la valoración que de la prueba testifical, por ejemplo ha realizado el Tribunal sentenciador para declarar que un determinado hecho base se estima acreditado. En segundo lugar el control de la racionalidad de la inferencia no implica la sustitución del criterio valorativo del Tribunal sentenciador por el del Tribunal casacional y mucho menos por el del recurrente.

Es evidente que el juicio relativo a si los indicios deben pesar más en la convicción del Tribunal sentenciador que la prueba testifical (de descargo), o la propia declaración exculpativa del acusado, es una cuestión íntimamente vinculada a la inmediación que tuvo el Tribunal de los hechos, que no puede ser objeto de revisión por otro que no gozó de aquella inmediación y, por tanto, ni oyó ni vio la prueba practicada en su

presencia. Este juicio podría únicamente ser impugnado si fuese contrario a las reglas de la lógica o a las máximas de la experiencia.

Es decir, que queda fuera del ámbito del recurso casacional la valoración por el Tribunal sentenciador del peso de los indicios incriminatorios en relación con las pruebas de descargo practicadas que el Tribunal valora con inmediación, otorgándoles o no credibilidad o con las manifestaciones exculpativas del acusado, quien proporciona una versión fáctica alternativa que el Tribunal puede estimar convincente o bien inverosímil por su incoherencia interna, falta de consistencia, contradicción con datos objetivos debidamente acreditados, etc.; ponderación de elementos incriminatorios y de descargo que debe ser respetada, pues constituye el núcleo de la función enjuiciadora del Tribunal "a quo", siempre que responda a las reglas de la lógica y del criterio humano.

En definitiva, una vez constatado el cumplimiento de los requisitos formales anteriormente indicados, así como la concurrencia de indicios incriminatorios que cumplan las condiciones ya expresadas, no se trata de sustituir la ponderación efectuada por el Tribunal sentenciador de los indicios y contraindicios, sino únicamente de comprobar su racionalidad, así como la racionalidad del proceso deductivo que, desde dicha valoración, conduce a considerar acreditado el hecho consecuencia.

2. Desde esta perspectiva, el Tribunal sentenciador, en el segundo de sus fundamentos jurídicos, nos expresa cuáles son esos indicios, y los analiza, ciertamente, en condiciones de racionalidad. Maneja en su explicación para alcanzar su convicción judicial, hasta siete elementos indiciarios o marcadores circunstanciales de probabilidad, todos ellos interrelacionados y de suficiente fuerza convictiva, que no pueden arrojar otro resultado que precisamente al que llegan los jueces "a quibus", esto es, que el acusado fue el autor material del incendio.

Así, valora sus manifestaciones previas, tanto a Socorro, como a otras mujeres, Edurne o Inmaculada, acerca de que iba a quemar el edificio. "Tengo que echar casa por casa a arder, cuando estéis todos durmiendo", o "este edificio lo tengo que quemar, cuando estéis todos dormidos", frases que fueron aportadas por tales testigos y valoradas por la Sala sentenciadora de instancia. El

incendio en efecto se produce, intencionalmente provocado, y no existe sospechoso alguno, en forma de tercero, pues los indicios apuntan precisamente al acusado, el que tiene los contornos mentales ligeramente perturbados. Tiene llaves de la casa, que comparte con Socorro, y nadie más posee otro juego, siendo así que la cerradura no se encuentra forzada. Reconoce ante la policía de forma espontánea su participación en los hechos, admitiendo su autoría, lo que niega tras su declaración formal con presencia de letrado (este aspecto es introducido en el plenario a través de la declaración de los funcionarios policiales). Ningún elemento existe acerca de que fuera presionado para ello.

El Tribunal igualmente valora indiciariamente la inverosímil explicación acerca de cómo se enteró del incendio, pues acude al lugar de los hechos cuando se encuentran ya los bomberos y la policía, y dice que le ha avisado un amigo, del que no ofrece más datos; su esposa señaló que le había avisado un amigo llamado Miguel, policía local, pero éste lo desmintió, y además, el acusado no tenía teléfono móvil cuando dijo recibir el aviso, y se encontraba en un bar. El acusado negó igualmente haber estado en el piso ese día, y una testigo lo vio allí, sobre las 19:00 horas, sin verle salir. Finalmente, los actos posteriores del acusado, que - con una botella de whisky en la mano- manifiesta que "tenían que salir todos del bloque ardiendo puerta por puerta", es otro elemento indiciario más.

En suma los indicios que tiene en consideración el Tribunal sentenciador cumplen los requisitos de racionalidad de la inferencia, y se encuentran suficientemente explicados en la resolución judicial recurrida, razones que aconsejan la desestimación de este motivo.

TERCERO.- El segundo motivo, formalizado por vulneración constitucional, censura la falta de motivación de la sentencia recurrida en orden a la individualización penológica, con anclaje en los arts. 24.1 y 120.3 de la Constitución española.

Ciertamente, la sentencia recurrida, a pesar de la grandísima calidad en su trama expositiva, con riguroso análisis jurídico de todas las cuestiones planteadas en la instancia, sin embargo, los jueces "a quibus", en el 14º de sus fundamentos jurídicos, no son lo explícitos que debieran, pues

al concurrir la atenuante de dilaciones indebidas, como muy cualificada, de conformidad con lo dispuesto en el art. 66.1.2 del Código penal, debían aplicar "la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la ley, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes", y que en todo caso, por mandato del art. 72, debían razonar la concreta dosimetría penal impuesta. En efecto, este precepto dispone que "los jueces o tribunales, en la aplicación de la pena, con arreglo a las normas contenidas en este capítulo, razonarán en la sentencia el grado y extensión concreta de la impuesta".

El Ministerio Fiscal echa en falta también "cualquier referencia a este extremo", en orden a la debida motivación de la no reducción de la pena en dos grados, o bien solamente en uno.

Como dice la STS 1387/2004, de 27 diciembre, en caso idéntico al ahora enjuiciado, "el Tribunal sentenciador ha omitido toda motivación relativa a la concreta extensión de la rebaja penal. En este control casacional, estimamos que existen datos objetivos en la causa (...) que imponen la rebaja en dos grados, de la pena correspondiente, desde las exigencias del principio de proporcionalidad, que, como dice la STS de 18 de junio de 1998, debe ser el eje definidor de cualquier decisión judicial, lo que en el presente caso aparece más ajustado a la vista de las reflexiones que efectuó la sentencia de instancia", que se enlazan con el que tal Sentencia citada denomina "principio de esperanza", es decir, "toda pena de prisión debe permitir la esperanza en un cambio de actividades al penado a quien se le impone, esencial para conseguir un derecho penal más humanizado".

En suma, la concurrencia de la atenuante de dilaciones indebidas en grado de muy cualificada que aplicó correctamente el Tribunal sentenciador merecía una explicación acerca del grado de imposición de la pena, rebajando ésta imperativamente en uno o facultativamente en dos, por parte de tal Tribunal, toda vez que el art. 72 del Código penal, como ya lo hemos dejado apuntado, le exige que razone en la sentencia "el grado y extensión concreta de la impuesta". No lo han hecho así los juzgadores de instancia, quienes, sin embargo, indican el convencimiento de que "en casos como el presente, en el que el plazo transcurrido entre la comisión del delito y su enjuiciamiento es tan ele-

vado, y no se aprecia una conducta dilatoria en el imputado”, se debe “tener en cuenta ello, y de forma muy decisiva, a la hora de fijar una pena”, ya que la dilación ha sido “particularmente grave”. En consecuencia, el acusado tiene derecho a que se razone por qué no se le impone la pena en su mínima extensión de su duración, rebajando un solo grado, que alcanzaría el periodo de dos años y seis meses de duración de la pena de prisión, o bien una disminución mayor, rebajando otro grado más y entrando en franjas punitivas que permitieran la suspensión de la pena. La falta de explicación de estas circunstancias, nos han de llevar a la estimación de esta censura casacional.

Además, en este caso se configuran otros elementos a valorar, como el estado del acusado, que padece contornos de patología psiquiátrica, se ha intentado suicidar en varias ocasiones, es alcohólico y consumidor de sustancias estupefacientes, aunque tales circunstancias solamente se apunten en los autos como rasgos de su personalidad, sin la existencia de una verdadera probanza, pero que han de ser valorados para la rebaja en dos grados de la penalidad imponible, en función de las posibilidades individualizadoras que ofrece el art. 66.1.2 del Código penal.

En segunda sentencia individualizaremos la respuesta penológica.

Procede, pues, la estimación del motivo.

CUARTO.- En el tercer motivo, y al amparo de lo autorizado en el art. 849-2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y tras una extensa designación de documentos en la preparación del recurso, que es la documental completa del proceso, pretende una distinta valoración probatoria que la tenida por tal en la convicción de los jueces “a quibus”.

La jurisprudencia de esta Sala exige para que pueda estimarse este motivo, que concurran los siguientes requisitos:

a) Que se invoque tal error de hecho en la apreciación de las pruebas, de modo que tenga significación suficiente para modificar el sentido del fallo, pues en caso contrario estaríamos en presencia de una simple corrección de elementos periféricos o complementarios.

b) Que se citen con toda precisión los documentos en que se base la queja casacional, incorporados a la causa, con designación expresa de aquellos particulares de donde se deduzca inequívocamente el error padecido.

c) Que tales documentos sean literosuficientes, es decir, que basten por sí mismos para llegar a la conclusión acreditativa que se pretende, evidenciando el objeto de prueba sin necesidad de acudir a otras fuentes

probatorias o a complejos desarrollos argumentales.

d) Que su eficacia probatoria no haya sido desvirtuada o contradicha merced a otras pruebas que obren igualmente en la causa.

e) Que el recurrente lleve a cabo, al menos, una mínima justificación argumental como causa de la impugnación.

f) Que el recurrente proponga una nueva redacción del “factum” derivada del error de hecho denunciado en el motivo.

g) Que tal rectificación del “factum” no es un fin en sí mismo, sino un medio para crear una premisa distinta a la establecida y, consiguientemente, para posibilitar una subsumición jurídica diferente de la que se impugna.

Esta amplísima cita de documentos, que no ostentan el carácter de literosuficientes, no permite una nueva valoración probatoria que es lo que interesa el recurrente. El motivo esgrimido solamente ha de referirse a documentos concretos, en apartados específicos de la redacción del “factum”, y desde luego que no es posible la operación jurídica propuesta por el autor del recurso.

El motivo no puede prosperar.

QUINTO.- Al proceder la estimación parcial del recurso, se está en el caso de declarar de oficio las costas procesales de esta instancia casacional (art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

#### FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar, por estimación parcial, al recurso de casación interpuesto por la representación legal del acusado Remigio contra Sentencia 417/2008, de 17 de noviembre de 2008, de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Cádiz. Declaramos de oficio las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por su recurso.

En consecuencia casamos y anulamos, en la parte que le afecta, la referida Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, que será sustituida por otra más conforme a Derecho.

Comuníquese la presente resolución y la que seguidamente se dicta, a la Audiencia de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquín Giménez García.- Julián Sánchez Melgar.- Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar.- Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.- Joaquín Delgado García.



2009/275643

TC, Sección 1, Sentencia 25 noviembre 2009. Ponente: D. Francisco Javier Delgado Barrio

Acceso a la jurisdicción

## Amparo otorgado ante silencio administrativo negativo que impone un deber de diligencia

*El TC otorga el en amparo solicitado por el recurrente declarando que la interpretación que defiende la resolución impugnada, imponiendo al demandante la obligación de reaccionar en vía judicial contra la desestimación presunta por silencio administrativo negativo de su solicitud, so pena de convertir esa inactividad en un consentimiento del acto presunto, supone una interpretación irrazonable que choca frontalmente, conforme acabamos de recordar, con la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del art. 24.1 CE, en su vertiente de acceso a la jurisdicción.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de amparo determinar si la resolución judicial que se ha señalado en el encabezamiento y antecedentes de esta Sentencia, que inadmitió por extemporáneo el recurso interpuesto por el demandante frente a un acto administrativo presunto, ha lesionado su derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción.

SEGUNDO.- Como ha quedado expuesto en los antecedentes, el demandante interpuso recurso contencioso-administrativo frente a la desestimación presunta de su solicitud de responsabilidad patrimonial planteada ante el Ayuntamiento de Huércal de Almería; dicho recurso fue inadmitido por extemporáneo mediante la Sentencia impugnada, a la que el demandante atribuye la lesión de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), en su vertiente de acceso a la jurisdicción, en lo que coincide el Ministerio Fiscal en sus alegaciones.

TERCERO.- En relación con el control constitucional de las resoluciones judiciales que declaran la extemporaneidad de recursos contencioso-administrativos interpuestos contra la desestimación por silencio administrativo de solicitudes o reclamaciones de los interesados, existe ya una consolidada doctrina de este Tribunal, que arranca de la STC 6/1986, de 21 de enero, y que confirman y resumen, entre otras, las SSTC 188/2003, de 27 de octubre, y 220/2003, de 15 de diciembre y, recientemente, la STC 149/2009, de 17 de junio.

Más concretamente, la STC 72/2008, de 23 de junio, FJ 3, subraya que “conforme a esta jurisprudencia constitucional, el silencio administrativo negativo es simplemente una ficción legal que responde a la finalidad de que el administrado pueda acceder a la vía judicial superando los efectos de inactividad de la Administración; se ha declarado que, frente a las desestimaciones por silencio, el ciudadano no puede estar obligado a recurrir siempre y en todo caso, so pretexto de convertir su inactividad en consentimiento del acto presunto, imponiéndole un deber de diligencia que, sin embargo, no le es exigible a la Administración en el cumplimiento de su deber legal de dictar resolución expresa en todos los procedimientos.

Bajo estas premisas, este Tribunal ha concluido que deducir de ese comportamiento pasivo del interesado su consentimiento con el contenido de un acto administrativo presunto, en realidad nunca producido, supone una interpretación que no puede calificarse de razonable -y menos aún, con arreglo al principio pro actione, de más favorable a la efectividad del derecho fundamental del art. 24.1 CE-, al primar injustificadamente la inactividad de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido con su deber de dictar y notificar la correspondiente resolución expresa”.

CUARTO.- La aplicación de esta doctrina constitucional al presente caso conduce derechamente al otorgamiento del amparo interesado.

Sin perjuicio de las vicisitudes procedimentales en la tramitación

del expediente de responsabilidad patrimonial instado por el demandante, lo cierto es que la interpretación que defiende la resolución impugnada, imponiendo al demandante la obligación de reaccionar en vía judicial contra la desestimación presunta por silencio administrativo negativo de su solicitud, so pena de convertir esa inactividad en un consentimiento del acto presunto, supone una interpretación irrazonable que choca frontalmente, conforme acabamos de recordar, con la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del art. 24.1 CE, en su vertiente de acceso a la jurisdicción.

#### FALLO

Otorgar el amparo solicitado por D. Rafael y, en su virtud:

1º Reconocer su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en

su vertiente de acceso a la jurisdicción.

2º Declarar la nulidad de la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, de 6 de febrero de 2006, dictada en el recurso núm. 1120-2000.

3º Retrotraer las actuaciones judiciales al momento anterior al de dictarse la Sentencia citada, para que se pronuncie nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental reconocido.

Publíquese esta Sentencia en el "Boletín Oficial del Estado".

Dada en Madrid, a veinticinco de noviembre de dos mil nueve. María Emilia Casas Baamonde, Presidenta.- Javier Delgado Barrio.- Manuel Aragón Reyes, Magistrados.

de septiembre de 1986, y otros actos posteriores de agrupación y disposición realizados por esta última entidad, con cancelación de las inscripciones registrales.

La Sentencia dictada por la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona el 13 de octubre de 2004, en el Rollo núm. 439 de 2000, acordó, entre otros pronunciamientos, mantener la nulidad radical e insubsanable de la escritura de venta antes expresada, y condenar a MASSELVA, S.A., a D. FÉLIX IBÁÑEZ MARZO y a INMOBILIARIA NUEVA BOLUETA BILBAO S.A. (hoy DIÁLISIS GIRONA S.A.), en solidaridad impropia, a restituir a la masa de acreedores de la compañía MATEU & MATEU S.A. el valor que tenía la finca registral núm. 631 al tiempo de ser vendida a la primera, a determinar en ejecución de sentencia, con más los intereses legales desde aquella fecha, con reserva de su derecho a percibir, y en su caso, las cantidades que acrediten haber pagado, dentro de la liquidación de la quiebra y a prorrata con los demás acreedores.

Por la Compañía Mercantil MASSELVA, S.A. se interpuso recurso de casación articulado en tres motivos, de los que fueron admitidos el primero y el tercero e inadmitido el segundo, por Auto de esta Sala de 3 de marzo de 2009.

SEGUNDO.- En el segundo motivo del recurso (el primero fue inadmitido) se denuncia infracción del art. 34 en relación con el 33, ambos de la Ley Hipotecaria, toda vez que el art. 33 se refiere a la validación de los actos o contratos nulos respecto a quienes los hayan otorgado, pero en cambio el artículo 34 establece la protección respecto al tercer adquirente de buena fe que adquiere a título oneroso de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitir el bien. En el cuerpo del motivo se añade la infracción del art. 37 de la LH en el sentido de que no puede resultar perjudicado el tercero que haya inscrito su título conforme a lo prevenido en dicha ley.

Se argumenta por la parte recurrente que la infracción consiste en no haberse concedido a Masselva la condición de subadquirente de buena fe, y dado la protección registral; y no haber respetado que la nulidad no abarca los actos de disposición realizados no por la quebrada sino por el que adquiere de la misma. Se indica que Masselva, S.A. adquirió el bien en 1987, tratándose de una finca inscrita, sin ninguna mención que permitiera sospechar del dominio del titular que lo era desde 1987 y que había sido transformado por un proceso de reparcelación tramitado por una comunidad de entidades municipales. Y añade que la declaración de nulidad no deriva de ningún hecho que pudiera colegirse de las inscripciones registrales previas a la compra efectuada por Masselva, sino que

la entidad actuó en base a buena fe entendida como la creencia por parte de quien pretende ampararse en la protección registral de que la persona de quien adquirió la finca de que se trate era dueña y podía transmitirle su dominio, siendo evidente que nada indicaba que pudiera haber ningún vicio en el negocio jurídico, sin que nada tuviera que ver Masselva con Nueva Bolueta, ni con Mateu y Mateu.

La Sentencia recurrida resuelve la controversia jurídica relativa a la recurrente en el fundamento de derecho NOVENO diciendo que se plantea si cabe otorgar protección (del tercero hipotecario) al primer adquirente, MASSELVA, S.A. y dice "Ciertamente que la misma no adquiere formalmente del quebrado, debido a la interposición ficticia de NUEVA BOLUETA, pero, como declaró esta Sala en caso análogo (Sentencia de 10 de enero de 2000, en relación con la venta de la finca de Nueva Bolueta sita en Oviedo), la nulidad de su adquisición proviene de haber adquirido de quien no podía disponer por más que tuviera su titularidad inscrita en el Registro, resultando de aplicación no el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, sino el artículo 33, a cuyo tenor la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes".

La argumentación expresada de la resolución recurrida no se comparte porque no es conforme a la jurisprudencia de esta Sala de la que son manifestaciones recientes las S.S. de 22 de junio de 2001; 5, 16 y 20 de marzo y 7 de septiembre de 2007, 5 de mayo, 8 de octubre y 20 de noviembre de 2008 y 6 de marzo de 2009, con arreglo a la que, en síntesis, el art. 34 L.H. salva el defecto de titularidad o de poder de disposición del transmitente que, según el Registro, aparezca con facultades para transmitir la finca, -lo que el precepto purifica o subsana es esa falta de poder de disposición-, sin que el art. 33 L.H. tenga que ver con el poder de disposición del transmitente. De entenderlo de otro modo se diluiría la fe pública registral, pues precisamente el fundamento del art. 34 L.H. es la protección de la apariencia jurídica que comporta la inscripción registral, como señalan las Sentencias de 15 de febrero de 1995 y 30 de mayo de 2008, entre otras.

Por lo expuesto se estima el motivo exclusivamente desde dicha perspectiva, pero sin que ello suponga, por lo que se dirá, que deba otorgarse a MASSELVA, S.A. la condición de tercero protegido por la fe pública registral.

TERCERO.- En el tercer motivo del recurso de casación se alega infracción del art. 1299 del Código Civil (y del art. 37 de la L.H.), en cuanto existiría caducidad de la acción porque el plazo de los cuatro años (igual que en el supuesto de 1301) no debería contarse a partir de la ins-



2009/299930

TS Sala 1ª, Sentencia 15 diciembre 2009. Ponente: D. Jesús Corbal Fernández

Inexistente condición de tercero protegido por la fe pública

## Nulidad de la venta de finca efectuada por quebrada

*El TS declara haber lugar al recurso de casación, si bien mantiene el fallo de la sentencia recurrida por diferente razonamiento jurídico. La AP declaró la nulidad de la venta de una de las fincas propiedad de la quebrada al haber sido realizada durante el periodo de retroacción de la quiebra, y por tanto también la nulidad de la posterior transmisión a favor de la hoy recurrente, ya que ésta había adquirido de quien no podía disponer por más que tuviera su derecho inscrito en el Registro. El TS declara que dicha argumentación no se comparte al no ser conforme a la jurisprudencia de la Sala, pero mantiene la nulidad de la adquisición de la recurrente en base a que era conocedora de las circunstancias jurídicas de la finca y de la transmitente por lo que no cabe otorgarle la condición de tercero protegido por la fe pública registral.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto del proceso versó sobre las consecuencias de una quiebra, quedando reducida la controversia en el recurso de casación a la validez de una de las enajenaciones efectuadas durante el período de retroacción y si el adquirente está o no protegido por la normativa del tercero hipotecario.

Por la Comisión Liquidadora de Mateu & Mateu, S.A. y de la Compañía Mercantil Mateu & Mateu, S.A. se dedujo demanda contra diversas personas físicas y jurídicas y entre éstas contra la entidad MASSELVA, S.A., formulándose entre

otras peticiones la de declaración de nulidad de las operaciones jurídicas que afectaban a dicha demandada y sus respectivas consecuencias sustantivas y registrales.

La Sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 7 de Barcelona el 11 de noviembre de 1999, en los autos del juicio declarativo de mayor cuantía número 1370 de 1990, acordó entre otros pronunciamientos, y en el particular que aquí interesa, la declaración de nulidad de la escritura de venta efectuada por D. Félix Ibáñez Marzo, en representación de NUEVA BOLUETA, S.A. de su finca número 631 a la compañía MASSELVA, S.A. en fecha 25

cripción (de la titularidad) de Mas-selva, S.A. sino de la anterior inscripción practicada por la entidad codemandada Nueva Bolueta Bilbao, S.A., y según se establece en la sentencia recurrida la finca 558 fue adquirida por Nueva Bolueta el día 3 de marzo de 1978.

El motivo se desestima porque, con independencia de que no se ejerció ni estimó ninguna acción rescisoria, que es la que se refiere el plazo del art. 1299 CC, en todo caso la argumentación de la Audiencia a que alude el motivo es la recogida en el fundamento de derecho séptimo, III), que claramente tiene carácter subsidiario, o de a mayor abundamiento, como lo revela la frase "aun si se aplicara el plazo de cuatro años del art. 1299 CC....", y por consiguiente excluida de la impugnación casacional, que únicamente es factible contra los razonamientos decisivos o determinantes del fallo -"ratio decidendi"-.

CUARTO.- Habida cuenta la situación del caso objeto del recurso en virtud de lo razonado en el fundamento segundo se plantea la necesidad de examinar si la entidad MASSELVA S.A. tiene la condición de tercero protegido por la fe pública registral por concurrir, según pretende la parte recurrente en el motivo segundo, todos los requisitos del art. 34 L.H. Y ello, aunque podría efectuarse en la perspectiva de la posibilidad (hipotética) de aplicación de la doctrina casacional de la equivalencia de resultados o resultado útil, que conllevaría la desestimación del recurso de casación, sin embargo, dadas las circunstancias concurrentes, singularmente que en la sentencia de apelación no hay una asunción genérica, o específica respecto del particular de que se trata, de lo razonado en la sentencia de primera instancia resulta más correcta la solución de que la estimación del motivo tercero, en los estrictos términos en que lo fue, acarree la casación de la resolución recurrida, y consiguiente asunción de la instancia.

QUINTO.- Es tribunal, en función de instancia -apelación-, y sólo en el concreto tema de si Mas-selva S.A. tiene o no la condición de tercero hipotecario, resuelve que no cabe atribuirle tal cualidad por las acertadas razones expuestas al respecto en la resolución de primera instancia en el fundamento de derecho décimo, que se dan por reproducidas, en las que claramente se expone la falta del requisito de la buena fe por parte de Mas-selva S.A.

Sostiene Mas-selva S.A. en el motivo segundo del recurso de casación (párrafo tercero) que debe tener el mismo tratamiento recibido por los adquirentes posteriores -que es la de tercero de buena fe que adquiere el titular inscrito en el Registro-, con lo que alude al hecho de que a los subadquirentes de ella misma se les reconoce por la Sentencia de la Au-

diencia una buena fe que había sido negada en la resolución de primera instancia. Sin embargo, basta examinar el razonamiento al respecto de la sentencia de apelación -fundamento décimo, párrafo segundo- para advertir las notables diferencias entre las circunstancias fácticas concurrentes en la adquisición de la finca por MASSELVA S.A., y las de los que adquirieron de ella.

Sucede que en Mas-selva S.A. confluyen unas circunstancias específicas que no concurren en los subadquirentes posteriores (fto. de derecho décimo de la Sentencia del Juzgado), y que en estos coinciden unas circunstancias que no se dan en Mas-selva S.A. Es singularmente significativo el razonamiento de la Sentencia de la Audiencia en cuanto alude a que "tales terceros adquieren porciones (las ulteriores, edificaciones) de una finca distinta de la originaria (la núm. 558) y de la permutada al causante de su transmitente (la núm. 631), resultante de una previa agrupación (es la núm. 670) que a su vez es objeto de segregaciones (lo que, en efecto, dificulta en extremo la originaria identificación de la finca de Mateu & Mateu)..." y resalta que "los argumentos manejados por el Sr. Magistrado de primera instancia (fundamentalmente que todos o casi todos subadquirentes eran de Gerona y, por ello, debían conocer los antecedentes de la finca que adquirirían en cuanto propiedad de Mateu & Mateu) nos parecen insuficientes para dejar constancia de la ausencia de este requisito" (buena fe).

En resumen, de lo expuesto resulta: 1. Que no cabe la equiparación de la entidad Mas-selva, S.A. con los restantes subadquirentes; 2. Que Mas-selva S.A. no era adquirente de buena fe porque era conocedora de las circunstancias jurídicas de la finca adquirida y de la transmitente por lo que no cabe otorgarle la condición de tercero protegido por la fe pública registral; y, 3. Que no se produce alteración en el contenido del fallo de la resolución recurrida que permanece inalterable y, por ello, debe mantenerse, aunque por razonamiento jurídico diferente.

Finalmente, en cuanto a las costas, se acuerda: a) imponer las de primera instancia a Mas-selva S.A. de conformidad con el art. 523, párrafo primero, LEC 1881; b) Imponer asimismo a dicha entidad las correspondientes a su apelación de acuerdo con el art. 873, párrafo segundo, LEC 1881; y c) No hacer especial imposición respecto de las del recurso de casación (art. 398.2 LEC 2000).

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

#### FALLO

Que declaramos haber lugar al re-

curso de casación interpuesto por la representación de MASSELVA, S.A. contra la Sentencia dictada por la Sección 15ª de Barcelona el 13 de octubre de 2.004, en el Rollo número 439 de 2.000, si bien mantenemos los pronunciamientos del fallo de esta resolución relativos a dicha entidad por diferente fundamentación jurídica. Se condena a la entidad recurrente al pago de las costas de las instancias y no se hace especial pronunciamiento respecto de las de la casación. Publíquese esta resolución con arreglo a derecho, y devuélvanse a la Audiencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Juan Antonio Xiol Rios.- Xavier O'Callaghan Muñoz.- Jesus Corbal Fernandez.- José Ramon Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.- Rubricados. Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jesus Corbal Fernandez, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.



2009/307372

TS Sala 3ª, Sección: 4, Sentencia 17 noviembre 2009. Ponente: D. Enrique Lecumberri Martí

Proporcionalidad de intereses públicos

## Modificación de la ordenanza municipal de los usos del paisaje urbano de la ciudad de Barcelona

*El TS desestima el recurso de casación interpuesto por la operadora de telecomunicaciones contra la STSJ de Cataluña, que confirmó el acuerdo del Ayuntamiento de Barcelona que aprobó la modificación parcial de la Ordenanza de los usos del paisaje urbano de la ciudad de Barcelona.*

*La Sala examina la resolución impugnada de manera que puedan armonizarse los intereses públicos a proteger por la entidad local en sus competencia y el interés público del servicio de telefonía móvil, y desde esta perspectiva, rechaza que la modificación de la Ordenanza sea contraria al alcance de la potestad normativa municipal sobre las instalaciones de telecomunicaciones en relación con la competencia estatal exclusiva sobre esta materia, concluyendo que no resultan desproporcionadas las limitaciones o condiciones impuestas al derecho de los operadores a la ocupación de los bienes que necesita para establecer sus redes. Asimismo, considera que el uso compartido de instalaciones de telefonía puede imponerse siempre que lo requieran los intereses medioambientales o urbanísticos que las corporaciones locales deben proteger, sin que aquí se haya acreditado medidas alternativas a ese uso compartido. También se considera justificado que por el riesgo de los campos electromagnéticos procedentes de emisiones radioeléctricas, los Ayuntamientos impongan medidas adicionales de protección, bien exigiendo límites o condiciones complementarios a los establecidos en el RD 1066/2001, bien, estableciendo distancias de protección frente a determinadas zonas sensibles. Por último, no se pronuncia sobre la fianza exigida a las operadoras, al tratarse de una cuestión de derecho autonómico, no obstante recuerda que esta Sala ya ha declarado la nulidad de exigir a los operadores la suscripción de un seguro de responsabilidad civil que cubra los posibles daños que en el ejercicio de su actividad se ocasionen a los particulares.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el recurso de casación que enjuiciamos se impugna por la representación procesal de la entidad mercantil "France Telecom

España, S.A." la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha veintiuno de septiembre de dos mil siete, que le de-



sestímó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el acuerdo del pleno del Ayuntamiento de Barcelona de diecisiete de octubre de dos mil siete, que aprobó "la modificación parcial de la Ordenanza de los usos del paisaje urbano de la ciudad de Barcelona", publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de seis de noviembre de dos mil tres -número 266-.

Dos fueron las pretensiones que se alegaron en la instancia:

- Una principal: la nulidad de la modificación parcial de la Ordenanza, y

- Otra subsidiaria, la nulidad de los apartados 1 a 7 del artículo 91, y de sus artículos 93, 94.2, 96.4 y 5, de su Disposición Adicional y de sus Disposiciones Transitorias Primera, Segunda y Tercera, de la Ordenanza recurrida.

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia se invocan siete motivos de casación; en el primero, se denuncia la infracción de los artículos 149.1.21 de la Constitución, 43, 44 y 50 de la vigente Ley General de Telecomunicaciones, 32/2003, de 3 de noviembre, -artículos 43.4, 45, 61 y 62 de la parcialmente derogada Ley General de Telecomunicaciones 11/1998, de 24 de abril-, y 9.3 de la Constitución en relación con el artículo 51 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Con carácter general sostiene la recurrente que la Sala de instancia no tuvo en cuenta el hecho de que si bien durante la tramitación del instrumento normativo impugnado regía la Ley 11/1998, unos días antes de su entrada en vigor se publicó la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, que aunque mantiene en su articulado parte de los contenidos de la anterior ley, introduce especificaciones esenciales que justifican la ilegalidad de algunos de los preceptos impugnados, que no concreta.

Esta alegación es jurídicamente intranscendente para la resolución del recurso, pues el acuerdo plenario del Consell Municipal fue adoptado en sesión celebrada el diecisiete de octubre de dos mil siete, y según la Disposición final cuarta de la Ley 32/2003, su entrada en vigor tuvo lugar el día siguiente a su publicación en el Boletín Oficial del Estado -de cuatro de noviembre de dos mil tres, número 264/2003-, por lo que no podemos examinar la legalidad de la modificación de la Ordenanza en base a una ley aprobada con posterioridad a su aprobación definitiva.

En este motivo de casación la recurrente denuncia con carácter prioritario la falta de competencia municipal para regular, en virtud de lo establecido en el artículo 149.1.22 de

la Constitución y de su desarrollo a través de la Ley General de Telecomunicaciones, la instalación, funcionamiento y elección de la tecnología a usar en las instalaciones de telefonía móvil, y medidas de seguridad preventivas, pues, en su opinión, dicho extremos escapan de las competencias locales, y, desde luego, de la protección del paisaje urbano.

Esta alegación que fue aducida en el escrito fundamental de demanda, en donde también afirmaba, en base los artículos 39, 40 y 46 de la Ley 32/2003, que la tecnología es competencia exclusiva del Estado, y que con esta regulación municipal se vulneraba el principio de neutralidad tecnológica y la libertad de empresa contemplada en los artículos 38, 9, 128 y 131 de la Constitución, fue desestimada sustancialmente por la Sala de instancia en base al criterio sustentado por el propio Tribunal en sus sentencias de dieciocho de mayo y diecisiete de noviembre de dos mil cinco que parcialmente transcribe.

TERCERO.- En dos preceptos se establece por la Constitución el marco en que han de desenvolverse las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en este campo de medios audiovisuales: los artículos 149.1.21 y 149.1.27; cierto es, que tales preceptos como en los demás que regulan el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas no aparecen mencionados los entes locales, pero ello no significa que tales Corporaciones no tengan en esta materia competencia alguna, pues el artículo 137 de la Constitución afirma que los municipios gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses y el artículo 141 reitera que "la Constitución garantiza la autonomía de los municipios".

Nuestra Sala, como lo adveran entre otras, nuestra sentencia de dieciocho de junio de dos mil uno -recurso de casación número 8603/1994-, en diversas ocasiones ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este tema, en donde diseñamos el marco general en que deben desenvolverse las relaciones del Estado y las Comunidades Autónomas, por un lado, y los Ayuntamientos por otro; y hemos llegado a las siguientes conclusiones:

-La competencia estatal en relación con las telecomunicaciones no excluye la del correspondiente municipio respecto a la utilización del manio municipal o atender a los intereses derivados de su competencia urbanística.

-Tanto el planeamiento urbanístico como en las ordenanzas relativas a obras e instalaciones en la vía pública los Ayuntamientos pueden establecer condiciones para la instalación de las nuevas redes de telecomunicaciones.

-El ejercicio de dicha competencia no puede traducirse en restricciones

absolutas al derecho de los operadores a establecer sus instalaciones, ni en limitaciones que resulten desproporcionadas.

De acuerdo con esta doctrina, procede desestimar este motivo de casación, así como la causa de inadmisibilidad alegada por el Ayuntamiento de Barcelona; y ello, sin perjuicio de que analicemos los preceptos impugnados desde el principio de proporcionalidad al que nos hemos referido; esto es, para determinar la idoneidad, utilidad y correspondencia intrínseca de la entidad de la limitación resultante para el derecho de los operadores y el interés público que se trata de preservar, pues, en la articulación de este primer motivo casacional, a modo de introducción se contienen una serie de alegaciones o reflexiones más propias de un recurso de apelación, en donde se cuestiona por la recurrente que "no niega, en absoluto, las competencias municipales en materia urbanística, de salubridad o medioambiente ni, por tanto, la concurrencia de distintas competencias en la materia que ahora nos ocupa".

Así, con expresa cita de los artículos 91.1; 93; 91.2; 91.3.g; 93 y 93.5 de la Ordenanza impugnada, sostiene de forma genérica que la modificación de la Ordenanza es contraria al alcance de la potestad normativa municipal sobre las instalaciones de telecomunicaciones al vulnerar la competencia estatal exclusiva sobre esta materia, y en concreto, denuncia en base a los artículos 26 y 44.3 de la Ley General de Telecomunicaciones, la falta del informe previo del Ministerio de Ciencia y Tecnología a fin de contemplar las necesidades de las redes; el carácter excesivo de las limitaciones establecidas por la modificación de la Ordenanza que imposibilitan el despliegue de redes de telefonía móvil que no se justifican de ninguna manera; la intromisión en competencias que no son propias de la Corporación local, quedando mal parados el principio de neutralidad tecnológica y la libertad de empresa contemplados en los artículos 38 y 9 de la Constitución; la falta de libertad de elección de los operadores sobre la tecnología a aplicar en sus instalaciones y a la operatividad del principio de neutralidad tecnológica, al pretender que a medida que se desarrolla la red de cable en Barcelona se sustituyan los enlaces vía radio por enlaces por cable; la exigencia de presentar un plan de implantación del conjunto de toda la red prevista en el término municipal, con la consiguiente imposibilidad de llevar a cabo un plan de implantación como el que se sostiene en la Ordenanza, y por otro, la ausencia de competencia local para exigirlo; y finalmente, la prohibición de instalar nuevas instalaciones base en un radio de trescientos metros al punto previsto en los correspondientes planes de implantación.

La mayoría de estas alegaciones, más bien reflexiones, se reiteran y

complementan en la formulación específica de los demás motivos de casación; frente a tales alegaciones, debemos hacer unas observaciones previas, en cuanto a la vulneración de los artículos 38, 9, 128 y 131 de la Constitución y 40 y 46 de la Ley General de Telecomunicaciones, ya que no fueron invocados en el escrito de preparación del recurso de casación y por tanto, no pueden ser consideradas en nuestra sentencia, y respecto a la imposibilidad de llevar a cabo un plan de implantación y la prohibición de instalar nuevas instalaciones base en un radio determinado, debemos señalar que con la finalidad de racionalizar el uso del dominio público y reducir el impacto negativo que sobre el medio ambiente producen con frecuencia las instalaciones de radiocomunicación, numerosas ordenanzas exigen a las distintas operadoras la presentación ante el Ayuntamiento de un plan técnico de implantación, cuya aprobación por la Corporación local es un presupuesto para que las distintas empresas puedan obtener licencias de obras o de funcionamiento.

En este aspecto, es expresiva nuestra sentencia de veinticuatro de mayo de dos mil cinco -recurso de casación número 2603/2006-.

En referidas sentencias, esta Sala ha señalado al respecto que: "La exigencia de un plan técnico previo para la autorización de las antenas de telefonía móvil se presenta con la finalidad de garantizar una buena cobertura territorial mediante la disposición geográfica de la red y la adecuada ubicación de las antenas y la pertinente protección de los edificios o conjuntos catalogados, vías públicas y paisaje urbano. Estas materias están estrechamente relacionadas con la protección de los intereses municipales que antes se han relacionado. Con este objetivo no parece desproporcionada la exigencia de una planificación de las empresas operadoras que examine, coordine e, incluso, apruebe el Ayuntamiento.

Por otra parte, la observancia de la normativa estatal en la materia y de las directrices emanadas de la Administración estatal en el marco de sus competencias queda garantizada mediante la exigencia de que el plan técnico se ajuste a los correspondientes proyectos técnicos aprobados por el Ministerio competente.

El hecho de que la instalación de antenas para telefonía móvil esté vinculada a la aprobación del plan técnico constituye una medida razonablemente proporcionada para asegurar su eficacia y no puede considerarse ilegal en cuanto establece la indicada exigencia y señala un contenido del plan tendente a garantizar una buena cobertura territorial mediante la disposición geográfica de la red y la adecuada ubicación de las antenas para la protección de los edificios, conjuntos catalogados, vías públicas y paisajes urbanísticos. Se

trata de materias estrechamente relacionadas con la protección de intereses municipales respecto de los que no sólo tiene competencia el Ayuntamiento sino que éste tiene encomendada la función de proteger” -sentencia de quince de diciembre de dos mil tres-.

Tampoco pueden considerarse excesivas las limitaciones establecidas por los artículos 91.1, 91.2 y 93.5 de la Ordenanza impugnada, pues, ni se acreditó ni justificó por la recurrente otra técnica mejor y más idónea que la impuesta por la Administración municipal, ni la imposibilidad de realizar un plan de implantación distinto al exigido por la Ordenanza.

CUARTO.- El segundo motivo de casación se sustenta en la infracción de los artículos 149.1.21 de la Constitución, 43 y 44 de la Ley General de Telecomunicaciones 32/2003, de 3 de noviembre, en relación con el principio de proporcionalidad acuñado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en las sentencias de veinticuatro de enero de dos mil y dieciocho de junio de dos mil uno y el artículo 84.2 de la Ley de Bases de Régimen Local.

En síntesis, entiende la sociedad recurrente que las limitaciones constructivas impuestas por el artículo 91.3.a), en relación con la prohibición de nuevas instalaciones de telefonía móvil que establece este precepto de la Ordenanza en su apartado 3 letras e) y h) harán extremadamente difícil el despliegue de la red de infraestructuras de tecnología móvil necesaria para la correcta prestación del servicio, pues, del análisis conjunto de todas las limitaciones tanto de ubicación de antenas como de criterios constructivos establecidos en los citados preceptos “no puede dar como resultado que dichas limitaciones y prohibiciones se admitan como proporcionadas a los efectos de la protección del paisaje urbano y medioambiental”, ya que según el informe del perito procesal “una vez reconocidas las zonas solicitadas se puede certificar que no es posible encontrar edificios que cumplan las características mencionadas”. Y, en base a este informe pericial considera que de admitirse las rigurosas limitaciones a la ubicación de estas instalaciones contenidas en la vigente normativa de la ciudad de Barcelona, se llegaría a una situación de imposibilidad de desplegar la red de telecomunicaciones de forma técnicamente correcta en el territorio urbano, situación que, a su juicio, vacía la calidad técnica del servicio que puede ofrecer la recurrente de acuerdo con los títulos que le habilitan para su prestación, así como las competencias que sobre la gestión del dominio público radioeléctrico se atribuyen al Estado.

En definitiva, con este planteamiento crítica la sentencia impugnada por remitirse a la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados,

limitándose a examinarlos desde un punto de vista competencial local para la protección del paisaje y el medio ambiente, y obviando, en su caso, el necesario juicio de proporcionalidad de las medidas establecidas con esta finalidad de manera que puedan armonizarse los intereses públicos a proteger por la entidad local en sus competencia y el interés público del servicio de telefonía móvil.

QUINTO.- Como ya hemos indicado los preceptos impugnados son los apartados 3.a), 3.e) y 3.h) del artículo 91.

Estos preceptos traducidos al castellano dicen lo siguiente:

Artículo 91: Instalaciones para telefonía móvil, telefonía vía radio y otros usos de radiocomunicación “tipo E”.

1. La instalación de equipos, antenas, estaciones bases, enlaces vía radio y cualquier otro tipo de instalación destinada a prestar el servicio de telefonía móvil, servicio de telefonía vía radio (bucle de acceso vía radio) u otras redes de servicios móviles y terrestres en edificios y espacios públicos o privados, estará sujeta a la presentación de un plan de implantación del conjunto de toda la red prevista en el término municipal, en donde habrá de justificarse la solución propuesta con criterios técnicos de cobertura geográfica y en relación con otras alternativas posibles. Por lo que hace referencia a las características del plan de implantación habrá de estar a lo que dispone el artículo 93 de esta Ordenanza. La red de microcelas y/o picocelas para la prestación del servicio de telefonía móvil, así como las antenas de usuarios de telefonía fija vía radio (bucle de acceso al local) no requieren definir su ubicación en el plan de implantación atendido su carácter complementario respecto de la red principal.

2.- Las características de los equipos, antenas, estaciones base y en general cualquiera de los elementos de radiocomunicación previstos en este artículo así como su instalación o establecimiento concreto habrán de corresponder con las mejoras técnicas disponibles en cada momento en caso en cuanto a la minimización del impacto visual, ambiental y de posibles efectos sobre la salud de las personas. El uso de la mejor técnica disponible será exigible en el marco de los instrumentos establecidos por la Unión Europea y el Ministerio correspondiente y para aquellas situaciones que permitan reducir significativamente las emisiones y el impacto visual y ambiental sin imponer costos excesivos.

3.- Limitaciones de las instalaciones:

A: Criterios relativos al impacto visual de las instalaciones:

1.- No se autorizará la instalación de equipos, antenas, estaciones base

y cualquier otro elemento de los previstos en este precepto en edificios protegidos con niveles A y B. En caso de edificios protegidos con el nivel C y conjuntos protegidos, no será autorizada la instalación de los elementos citados salvo en los supuestos concretos y excepcionales basados en el presupuesto de ausencia total y absoluta del impacto paisajístico de la estación y la falta de alternativas posibles que garanticen la prestación del servicio en su área de influencia.

2.- La estaciones bases de las estaciones de telefonía móvil y telefonía fija en un radio habrán de ajustarse a las condiciones de minimizar el impacto visual que se relacionan en el Anexo I de esta Ordenanza, en función de la naturaleza urbanística del espacio sobre el que se insertan estas instalaciones. El Ayuntamiento aprobará a través del órgano competente para la instalación de elementos de telefonía por radiocomunicación, un catálogo descriptivo de la tipología de las instalaciones admitidas en la ciudad de Barcelona relacionadas y definidas en el citado Anexo I.

Como excepción de la prohibición genérica de disponer instalaciones a fachadas que prevé esta Ordenanza, se autoriza la instalación de elementos relacionados con la prestación con el servicio de telefonía por radiocomunicación cuando estas se ajusten a las condiciones señaladas en el mencionado Anexo. En todo caso, en el supuesto de antenas adosadas a la fachada se exigirán distancias mínimas de separación en parámetros verticales y la verticalidad del elemento controlándose el tilt únicamente de forma electrónica.

3.- Las casetas de tipos auxiliares comportan un impacto negativo sobre la integración arquitectónica de aquellas instalaciones sobre edificios. En consecuencia, las soluciones a adoptar seguirán el siguiente orden de prelación debiéndose de justificar debidamente la imposibilidad de atender sucesivamente cada una de las actividades preferentes:

1.- La utilización de espacios interiores de edificios convenientemente adaptados a estos usos. No obstante en ningún caso se autorizará el uso de este espacio cuando den acceso directo a espacios con el uso de una vivienda.

2.- La utilización de armarios exteriores que presenten volúmenes reducidos en relación al entorno donde se asientan.

3.- El uso de casetas exteriores auxiliares, en las condiciones de forma, color y materiales más favorables a la integración paisajística con el entorno. Al mismo tiempo, la operadora se comprometerá a adoptar las soluciones de los puntos anteriores cuando la variación de las circunstancias del edificio sobre el que se asienta la instalación lo posibiliten.

El uso de los aparcamientos para la equipación de los equipos auxiliares estará permitida y se valorará positivamente a los efectos de la viabilidad técnico-jurídica de un proyecto, siempre y cuando no se utilicen para esta finalidad plazas necesarias para el cumplimiento de la previsión de aparcamientos en edificios que obligue a las Normas Urbanísticas de PGM.

4.- En caso de casetas de equipos auxiliares sobre cubiertas de edificios, éstas habrán de estar retranqueadas cinco metros respecto de las fachadas y no sobrepasando un plano de pendiente 30% desde la línea superior del plano de fachada. En el caso de incumplimiento de este parámetro, y atendiendo a las necesidades justificadas del servicio, se podrá considerar una solución consistente en la integración arquitectónica de las casetas con los volúmenes existentes en cubierta. De la misma manera, en espacios y conjuntos catalogados o calificados de especial interés arquitectónico, histórico-artístico y/o cultural se podrán adoptar medidas adicionales más restrictivas que las establecidas en este precepto al objeto de reducir al máximo posible el impacto visual de las instalaciones.

5.- Los materiales a utilizar en todos los elementos constitutivos de la instalación habrán de ser de características favorables a su duración y fácil conservación. Se prohíben los materiales de poca calidad funcional y aquellos que presente dificultades de mantenimiento. En todo caso los materiales se ajustarán a las prescripciones de la normativa específica de seguridad que sean de aplicación.

6.- Sólo se admite la instalación de estaciones base de telefonía móvil y fija vía radio en cubiertas en donde sólo exista una sola antena.

7.- La colocación o el paso de instalaciones y línea o cables sobre las fachadas paredes y/o cubiertas de los edificios solamente se podrá realizar cuando ésta se haga de forma oculta, integrada en la composición arquitectónica del edificio o de forma adosada por este orden de preferencia. En cualquier caso, la solución final habrá de estar debidamente justificada.

91.3.e): Por razones de saturación del espacio urbano de Barcelona no se admitirán nuevas estaciones base de telefonía móvil y telefonía fija vía radio (bucle de acceso al local) en edificios destinados a vivienda, en centros docentes y en centros asistenciales y hospitalarios con la excepción de que se trate de instalaciones en emplazamientos ya existentes siempre que cumplan los límites y garantías previstos en este artículo. En todo caso las nuevas instalaciones en emplazamientos existentes quedarán condicionadas a que el proyecto de regularización o coparticipación que presente la operadora so-

licite eliminar cualquier impacto visual en las instalaciones existentes y que toda instalación cumpla las normativas actualizadas.

91.3.h): En la demarcación no urbana las nuevas instalaciones sólo serán admisibles en infraestructuras ya existentes. En el supuesto que no sea técnicamente viable utilizar infraestructuras existentes habrá de formularse el correspondiente plan especial para el establecimiento de la nueva infraestructura, en todo caso el diseño de la nueva infraestructura considerará las posibles previsiones de otros operadores.

De la lectura de estos precepto, no podemos afirmar, -como tampoco concreta la recurrente en su escrito de interposición del recurso de casación que más bien se asemeja a un recurso de apelación-, que sean desproporcionadas las limitaciones o condiciones impuestas al derecho de los operadores a la ocupación de los bienes que necesita para establecer sus redes, pues el principio de proporcionalidad no es apto "per se" como para determinar "a priori" el contenido de una Ordenanza ya que han de confrontarse cada una de las restricciones que se impongan por los Ayuntamientos con ese principio general para alcanzar un juicio favorable o desfavorable de los preceptos impugnados; y aquí, en el supuesto que analizamos, ni se justifica por la recurrente, ni existe una restricción absoluta al derecho de ocupación, ni, desde luego, se extralimitó la Corporación municipal al establecer limitaciones que, en todo caso, se justifican por la competencia municipal para regular esta materia de la que es titular en gran parte de los bienes sobre los que van a instalarse las redes de telecomunicación, de conformidad con la Ley 11/1998, de 24 de abril, vigente al momento de la aprobación municipal de la modificación de la Ordenanza.

Por otra parte, tampoco podemos considerar las valoraciones que en torno a la prueba pericial practicada realiza la recurrente por no haber articulado al respecto un idóneo motivo de casación, por entender que la apreciación del Juzgador fue ilógica, irracional o arbitraria acerca de la imposibilidad de desplegar la red de telecomunicaciones de forma técnicamente correcta y el uso compartido de infraestructuras.

Por ello, este motivo de casación debe ser desestimado al igual que las causas de inadmisibilidad que alega la representación y defensa del Ayuntamiento de Barcelona que en su escrito de oposición al recurso de casación, en donde reiteradamente y de forma errónea invoca sistemáticamente tal excepción procesal como si nos hallásemos ante un recurso de apelación.

SEXTO.- El tercer motivo de casación se fundamenta en la infracción de los artículos 149.1.21 de la

Constitución, 30 de la Ley 32/2003 de 3 de noviembre, en relación con la Directiva 2002/21 CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas -que sustituye a la anterior Directiva 97/33 CE de 30 de junio de 1997, de interconexión en las telecomunicaciones en lo que respecta a garantizar el Servicio Universal y la Interoperabilidad mediante la aplicación de los principios de la Oferta de Red Ambiental- y Directiva 2002/97 de la Comisión, de 16 de septiembre de 2002, relativa a la competencia de los mercados de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, así como la infracción de competencias atribuidas a la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones y la infracción del principio de legalidad establecido en el artículo 103 de la Constitución respecto de la falta de competencia de las entidades locales para mediar en los conflictos entre operadores, y del principio de seguridad jurídica establecido en el artículo 9.3 de la citada Norma Fundamental en relación con el artículo 51 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Según la sociedad recurrente se ha lesionado la libertad de competencia y el derecho al establecimiento de redes propias, reconocida por las Directivas europeas y acogida por la normativa estatal, ya que, en su opinión, la imposición de la compartición de instalaciones de telefonía móvil o de sus ubicaciones de forma genérica, que efectúa el artículo 91.3.b) de la Ordenanza vulnera las competencias atribuidas a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a la hora de resolver conflictos entre operadores.

A este respecto señala la Sala de instancia que:

Y "el establecimiento de la obligación de compartición, según el tenor literal de la Ordenanza impugnada, se realiza en un procedimiento que garantiza la audiencia de los interesados incluidos desde luego los operadores en los que se tienen presentes las informaciones de las instalaciones existentes y de los programas de desarrollo y el impacto ambiental y visual, la afectación a las personas y las prescripciones del planeamiento y ordenanzas urbanísticas, lo que se ajusta a la finalidad fundamental de este establecimiento de la obligación de compartición, esto es, la producción del menor impacto ambiental y visual". 3 "El régimen establecido debe estimarse suficientemente ponderado, matizado y ajustado a los dictados por la Directiva 2002 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco) sobre todo en el halo de

las competencias urbanísticas y medioambientales que corresponde conocer a la Administración municipal".

Participamos del criterio del Juzgador de instancia, pues el uso compartido puede imponerse, según declaramos en nuestra sentencia de veinticuatro de octubre y veintitrés de noviembre de dos mil seis -recursos de casación números 2103/2004 y 3783/2003- siempre que lo requieran los intereses medioambientales o urbanísticos que las Corporaciones locales deben proteger, y aquí, en el supuesto que enjuiciamos, no se acredita por la recurrente que existieran otras medidas alternativas o complementarias que condicionaran al Ayuntamiento de Barcelona para imponer ese uso compartido.

Por tanto, este motivo debe ser rechazado así como la causa de inadmisibilidad, reiteradamente invocada por el Ayuntamiento de Barcelona al recurso de casación que califica o denomina de "apelación".

SÉPTIMO.- El cuarto motivo de casación se denuncia la infracción de los artículos 149.1.21 y 149.1.16 de la Constitución en relación con los artículos 18, 19, 24 y 40 de la Ley General de Sanidad y Orden Ministerial de 11 de enero de 2002, 43 y 44 de la Ley General de Telecomunicaciones así como el Real Decreto 1066/2001 y la doctrina jurisprudencial sustentada en la sentencia de once de octubre de dos mil seis.

En la formulación de este motivo, una vez más, reitera la recurrente que la Ordenanza impugnada no puede exceder de los aspectos meramente paisajísticos y urbanísticos, dado que la entidad local no tiene competencia sobre las comunicaciones y telecomunicaciones, al estar su control y administración reservada por el artículo 149.1.21 de la Constitución al Estado; y, en base a este planteamiento reproduce las alegaciones aducidas en el escrito fundamental de demanda acerca de la ilegalidad de los artículos 91.3.c) y d), 96.4, 91.7 y Disposición Adicional Única, que a su juicio, introducen nuevos controles o exigencias de los niveles de emisión en las instalaciones sin sujetarse a las obligaciones establecidas por la normativa estatal y autonómica.

Debidamente traducidos al castellano disponen estos preceptos:

91.3.d): En el desplazamiento urbano de las instalaciones de radiocomunicación se aplicará adicionalmente el "principio de evitación prudente", que consiste en tomar medidas simples, fáciles y de bajo coste a fin de evitar la exposición innecesaria y siempre en ausencia de un riesgo demostrable. Por tanto, además de cumplir las directrices y estándares establecidos se elegirán las acciones que suponen menor exposición en radiofrecuencias.

96.4): Los titulares de las licencias procederán periódicamente a la medición del campo electromagnético en el entorno de las instalaciones. El Ayuntamiento podrá requerir la realización de las mediciones citadas y subsidiariamente realizarlas a través de sus servicios técnicos.

91.7): El Ayuntamiento promoverá y gestionará un sistema de control remoto de los niveles de emisión de las antenas sectoriales de telefonía móvil instaladas en la ciudad de Barcelona que garantice la comprobación continua e ininterrumpida por la Administración municipal del funcionamiento de los elementos radiantes de estas instalaciones bajo los parámetros ambientales y prevención del riesgo para la salud de las personas previstos en la normativa de aplicación. Los costos de diseño, mantenimiento e instalación de este sistema repercutirá sobre los operadores en proporción al número de estaciones base que se disponen en la ciudad de Barcelona. Una vez haya sido aprobado por el órgano competente el modelo técnico de implantación del sistema de control remoto de este sistema y se haya formulado el correspondiente proyecto de desarrollo, la asunción de los gastos mencionados por cada operadora será condición "sine qua non" para el otorgamiento de las licencias municipales para el establecimiento de elementos de telefonía móvil por radiocomunicación

Disposición Adicional Única: Prueba piloto para el establecimiento de un sistema de control remoto de las instalaciones de telefonía móvil por radiocomunicación.

A) Con anterioridad al desplazamiento general de un sistema de control remoto de las instalaciones de telefonía por radiocomunicación a que hace referencia el artículo 91.7 el órgano competente para la concesión de las licencias municipales correspondientes aprobará la ejecución de una primera fase piloto, obligando el cumplimiento a los operadores implicados que permita un estudio de las mejores alternativas técnicas en aquel sentido.

B) Hasta que los operadores no acrediten individualmente la oportuna colaboración en las medidas previstas por la prueba piloto que resulte aprobada no podrán obtener nuevas licencias por el establecimiento de telefonía por radiocomunicación en el conjunto de la ciudad.

C) Una vez que la realización de la prueba piloto permita llegar a conclusiones técnicas suficientes, el órgano competente para la concesión de licencias para el establecimiento de instalaciones de telefonía móvil por radiocomunicación aprobará un modelo técnico de medición remoto, continuo e interrumpido de las instalaciones de telefonía móvil por radiocomunicación. El sistema de medición podrá ser implantado y



gestionado directamente por el Ayuntamiento o bien a través de la empresa especializada que resulte de la adjudicación del proyecto y su gestión de acuerdo con el procedimiento establecido en la vigente legislación de Contratos de las Administraciones Públicas. La puesta en funcionamiento de este sistema será progresiva de acuerdo con el calendario que resolverá el órgano competente para la concesión de licencias para el establecimiento de infraestructuras de radiocomunicación.

Ya hemos indicado que la competencia estatal en materia de telecomunicaciones no excluye ni inhabilita al correspondiente municipio, por tanto, los Ayuntamientos pueden establecer condiciones en esta materia de "telecomunicaciones" y "radiocomunicación" con el fin de salvaguardar el orden urbanístico, incluyendo la estética y la seguridad de las edificaciones y sus repercusiones medioambientales, derivadas de los riesgos de deterioro del medio urbano que las mismas pueden originar -sentencia de dieciocho de junio de dos mil uno, recaída en el recurso de casación número 8603/1994-.

OCTAVO.- En este motivo, también sostiene la recurrente que las competencias municipales recogidas en el artículo 25.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local y la Ley General de Sanidad 14/1986, no puede aplicarse a la materia misma de la sanidad, ya que, una vez más, entiende que el artículo 149.1.21 de la Constitución, establece una reserva exclusiva a favor del Estado en materia de telecomunicaciones, y que la propia exposición de motivos del Real Decreto 1066/2001 y el artículo 61 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, establece para la gestión del dominio público radioeléctrico condiciones de protección, restricciones y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas y que dicha gestión se ejercerá atendiendo a la normativa aplicable en la Unión Europea y a las resoluciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones y otros organismos internacionales, y el Real Decreto 1451/2000, de 28 de julio por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Ciencia y Tecnología, atribuye a la Dirección General de Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información, la competencia para la propuesta de planificación, gestión y administración del dominio público radioeléctrico para la comprobación técnica de emisiones radioeléctricas y para el control y la inspección de telecomunicaciones, así como el régimen sancionador en la misma.

El riesgo que la exposición prolongada a radiaciones electromagnéticas, en especial las procedentes de las estaciones base de telefonía móvil, pueda ocasionar a la salud ha producido una honda preocupación a la sociedad; por ello, el Gobierno

aprobó el Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre por el que se aprueba el Reglamento que establece las condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas.

Esta disposición general establece unos límites máximos de emisión que dependen de las frecuencias utilizadas y recoge los criterios de protección sanitaria frente a campos electromagnéticos procedentes de emisiones radioeléctricas establecidos en la Recomendación del Consejo de Europa de doce de julio de mil novecientos noventa y nueve, relativa a la exposición al público en general a los campos electromagnéticos.

El hecho que este riesgo por los campos electromagnéticos procedentes de emisiones radioeléctricas no puede ser considerado cerrado desde una perspectiva estrictamente científica, es lógico que los Ayuntamientos en el ámbito de su propia competencia se sientan tentados a imponer medidas adicionales de protección en esta materia, bien exigiendo, como acontece en el caso que enjuicamos, límites o condiciones complementarios a los establecidos en el citado Real Decreto 1066/2001, bien, estableciendo distancias de protección frente a determinadas zonas sensibles -colegios, hospitales, parques y jardines públicos- estableciendo unas áreas de seguridad alrededor de esas zonas sensibles en las que no se permita la instalación de estaciones emisoras de radiaciones electromagnéticas.

De ahí, estas normas dentro del marco de la Ley 3/1998, de 27 de febrero, tienen una finalidad preventiva y pretenden la adaptación de las licencias y mejoras técnicas disponibles, adecuándose como afirma la Administración demandada a la doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que corresponde a la doctrina reiteradamente mantenida por esta Sala.

NOVENO.- En el quinto motivo, se aduce la infracción del artículo 9.3 de la Constitución en relación con el 51 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y los artículos 1.2 y 3.1 del Código Civil, pues, según la recurrente la sentencia impugnada desestimó las alegaciones efectuadas en los fundamentos de derecho noveno, décimo y undécimo de su escrito fundamental de demanda, al entender el Tribunal "a quo" que no se aprecia vulneración alguna de lo establecido por la Ley 3/1998, ni por el Decreto 148/2001, por lo que, entiende, que la Ordenanza impugnada debe respetar la referida normativa autonómica, vulnerados por los artículos 91.3.f), 91.5, 91.6, 94.1, 95.1 y 94.2.c) y el principio de jerarquía normativa plasmado por el

artículo 9 de la Constitución.

Estos preceptos establecen:

91.3.f): "Trámite específico de información vecinal del proyecto de instalación de los elementos de telefonía por radiocomunicación en edificios con uso de vivienda con infraestructuras preexistentes:

- En el supuesto de nuevas instalaciones, ampliaciones o modificaciones de la orientación de antenas o de la potencia máxima de las instalaciones de telefonía móvil y telefonía fija vía radio (bucle de acceso al local) en edificios de uso de vivienda con instalaciones ya existentes, el solicitante de la licencia habrá de notificar fehacientemente la existencia del proyecto a todos los ocupantes. La notificación expresará el lugar u

■

*"El hecho de que este riesgo por los campos electromagnéticos procedentes de emisiones radioeléctricas no puede ser considerado cerrado desde una perspectiva estrictamente científica, es lógico que los Ayuntamientos en el ámbito de su propia competencia se sientan tentados a imponer medidas adicionales de protección en esta materia,"*

■

oficina correspondiente, por el término mínimo de quince días, exponiendo el proyecto con la misma documentación necesaria para la obtención de la licencia, así como la indicación de la persona identificada con el nombre, apellidos, autorizada para la exhibición de la documentación y la de su sustituto.

- Los ocupantes podrán examinar en nombre propio, o a través de la persona que hayan delegado, el proyecto y documentación referida y formular, dentro del término indicado en la exposición del proyecto, ampliado en diez días más, las observaciones, sugerimientos y/o alegaciones de carácter técnico y jurídico que estimen convincentes. Las citadas observaciones habrán de presentarse por escrito y duplicado a la persona autorizada en la exposición del

proyecto el cual lo devolverá firmando uno de los ejemplares al interesado como justificante de la presentación.

- El solicitante de la licencia habrá de acreditar en su solicitud haber practicado de forma fehaciente la notificación del proyecto a los ocupantes y manifestar, bajo su responsabilidad, si se han presentado escritos por parte de los vecinos. En caso afirmativo habrá de acompañarse el escrito o escritos en donde se hayan formulado, así como la valoración técnica y jurídica de las mismas que proponga la operadora interesada en el proyecto.

- Si las observaciones, sugerencias y/o alegaciones presentadas por los vecinos hubieran sido aceptadas íntegramente se hará constar expresamente en la solicitud de la licencia. El servicio técnico municipal correspondiente comprobará la adecuación del proyecto a las citadas observaciones.

- En el supuesto que no se acepten totalmente las observaciones, sugerencias y/o alegaciones presentadas por los vecinos, el Ayuntamiento designará un técnico competente para que emita dictamen a cargo del solicitante tanto sobre el proyecto como las observaciones formuladas.

- Al mismo tiempo, el solicitante de la licencia habrá de aportar juntamente con la documentación requerida, el contrato de alquiler entre la propietaria del inmueble y la compañía operadora a los efectos que conste en el expediente administrativo.

91.4): Las licencias sometidas a las previsiones de la presente normativa habrán de indicar expresamente que el término de revisión periódica será de cuatro años desde su otorgamiento o desde su última revisión, tal como posibilita al efecto el artículo 90 del Decreto 136/99, de Desarrollo de la Ley 3/98, de 27 de febrero, de la Intervención Integral de la Administración Ambiental. Sin perjuicio de lo anterior, el Ayuntamiento podrá anticipar la revisión siempre que concurren las circunstancias previstas en el artículo 91 de OMAIIAA. Los procedimientos de revisión periódica y anticipada de la licencia se ajustarán a la regulación establecida al efecto por las actividades incluidas en el Anexo II de la legislación ambiental de aplicación, atendiendo las siguientes especificaciones, derivadas de las particularidades de la actividad objeto de la presente regulación:

a) En el supuesto que la propuesta de revisión de la licencia introduzca modificaciones sustanciales respecto a la licencia concedida se dará audiencia a los vecinos del inmueble en donde se ubica la instalación, así como a los vecinos de las fincas colindantes para que en el término de quince días, a contar desde el día siguiente a la notificación de la resolu-

ción que inicia el procedimiento de revisión puedan consultar el expediente y formular las sugerencias al proyecto que estimen convenientes.

b) Transcurrido el término de consulta al titular de las licencias y, en su caso el término de información vecinal, el órgano competente para la concesión de las licencias adoptará la resolución de revisión correspondiente de forma motivada.

c) El titular de la licencia revisada dispondrá de un término máximo de tres meses a contar desde la fecha de la notificación de la resolución de revisión de las instalaciones para dar cumplimiento a todos y cada uno de los extremos de la misma.

d) El incumplimiento del término de ejecución o de alguna de las determinaciones contenidas en la resolución de la revisión, supondrá la ilegalidad de la instalación, atendido que la misma no se ajustará a las determinaciones de la nueva licencia. Este incumplimiento de las determinaciones contenidas en la nueva licencia implicará la adopción inmediata de la correspondiente orden de suspensión de la actividad y desmantelamiento de la instalación, sin perjuicio que el titular de la licencia caducada pueda obtener nueva licencia ajustada a los parámetros de la resolución de la revisión.

e) A efectos de comprobar que la ejecución de las determinaciones de la revisión se ajusta a los extremos de la resolución, el titular de la licencia habrá de presentar en el mes siguiente a la finalización del citado plazo, un certificado emitido por la entidad colaboradora acreditada conforme la remodelación se ajusta a los parámetros contenidos en la resolución administrativa de revisión.

91.5): El proyecto se redactará en base a los principios de la buena fe, equidad y proporcionalidad en las medidas utilizadas. En el supuesto de que haya un desacuerdo debidamente fundamentado por razones técnicas, el Ayuntamiento podrá decidir mediante Órgano competente para la concesión de la licencia respecto a la solución final en base a las alternativas aportadas o bien encargar, a cargo de las operadoras implicadas, la formulación de un nuevo proyecto a terceras empresas especializadas en la materia que no sean operadores de los servicios finales de telefonía. No obstante, si la oposición a un proyecto de compartición no se fundamenta de forma técnicamente razonable y, al contrario, se aprecia mala fe en la misma, la solicitud de licencia se tramitará tomando en consideración el proyecto aportado por la operadora entrante, sin perjuicio de las consecuencias jurídicas previstas en el apartado 9 y 10 del párrafo I (del presente artículo).

91.6): El Ayuntamiento, una vez valorado el proyecto y emplazamiento

concreto podrá requerir, en función de la capacidad del emplazamiento se entenderá como cambio sustancial que comportará la obligación de solicitar una nueva licencia, de acuerdo con la definición del artículo 2 de la OMAIIAA la modificación y/o ampliación de las instalaciones en los siguientes casos:

a) Ampliaciones de las instalaciones exteriores, casetas y/o armarios

b) Las modificaciones de orientación de antenas o de la potencia máxima radiada (con excepción del supuesto de modificaciones en la orientación de los radioenlaces en estaciones base de telefonía móvil)

c) La instalación de nuevos elementos radiantes o sustitución de los mismos a no ser que el elemento sustituido siga con otro de las mismas características radioeléctricas. No se considera cambio sustancial la instalación de nuevos radioenlaces de instalaciones base de telefonía móvil siempre y cuando la instalación de estas no suponga un empeoramiento significativo del impacto ambiental.

94.1): Requisitos para la petición y tramitación de las solicitudes de licencias para la instalación de equipos de radiocomunicación susceptibles de generar campos electromagnéticos en un intervalo de frecuencias de 10KHZ (kilo hertz) a trescientos GHZ (giga hertz).

1.- El peticionario de la licencia habrá de acreditar estar en posesión de las autorizaciones administrativas o títulos pertinentes para la utilización del espacio radioeléctrico otorgado por las administraciones competentes en materia de telecomunicaciones. Cuando una misma persona haya de solicitar diferentes licencias o autorizaciones, será suficiente que se haga referencia al expediente en el que hayan quedado acreditados los anteriores extremos, siempre y cuando estos continúen vigentes y amparen la nueva instalación solicitada.

94.2.c): En la solicitud de certificación de compatibilidad del proyecto con planeamiento urbanístico, además de la documentación indicada en el artículo 33.d) de la OMAIIA deberá adjuntarse \*memoria\* con los siguientes capítulos y documentos anexos:

- Datos de la empresa
- Referencia al expediente de aprobación previa del plan de implantación tipo D y subtipos D1
- Datos del emplazamiento: dirección y clasificación y calificación del suelo que ocupa la instalación según el planeamiento urbanístico vigente.
- Las características técnicas de las instalaciones, haciendo constar, en todo caso, los siguientes datos: alzada del emplazamiento; áreas de

cobertura; frecuencias de emisión, potencias de emisión y polarización; PIRE máxima en la dirección de máxima radiación en cada uno de los elementos radiantes y del conjunto de las instalaciones en el emplazamiento; modulación; tipos de antenas a instalar; beneficios respecto de una antena isotrópica; ángulo de elevación del sistema radiante; alzada de las antenas del sistema radiante; diagrama de la radiación, número de sectores, canales, intensidad del campo y densidad de la potencia.

- Cálculos justificativos del cumplimiento del régimen de distancias en lo que se refiere a la exposición en los campos electromagnéticos previstos en la normativa vigente de acuerdo con el artículo 94.1.d) de esta Ordenanza.

- Justificación técnica de la posibilidad o imposibilidad de la impartición de la infraestructura por otros operadores

- Planos e información gráfica \*- plano de emplazamiento de la antena expresado en coordenadas UTM sobre cartografía de máximo 1:2000 con cuadrícula incorporada con indicación expresa de la cota altimétrica en donde se han de graficar las infraestructuras que tengan incidencia sobre su evaluación ambiental (tanto las propias como las ajenas existentes).

- Plano a escala 1:500 que refleje la situación relativa a los edificios confrontados y que expresen gráficamente la potencia isotrópica radiada equivalente (PIRE) máximo en W en todas las direcciones del diseño.

- Documentación gráfica (incluido fotomontajes), gráfica y escrita que permita evaluar el impacto paisajístico previsible (instalaciones existentes propias y/o ajenas incorporándose a la instalación solicitada), y que expresen claramente el emplazamiento y el lugar de colocación de la instalación en relación con la finca y la situación de esta; descripción del entorno dentro del que se implanta tamaño, forma, materiales y otras características.

Para la recurrente el específico trámite de información vecinal que prevé el artículo 9.3.f) no está previsto ni para la tramitación de licencias ambientales para actividades clasificadas en el Anexo II de la Ley -artículos 26 a 34- ni por su desarrollo reglamentario mediante el Decreto 136/1999, modificado por Decreto 143/2003 -artículos 40 a 50-, y, señala que si bien, el artículo 94.1 de la Ordenanza modificada remite la tramitación de las licencias para instalaciones de telefonía móvil a las disposiciones de la Ordenanza Municipal de Actividades y de Intervención Integral de la Administración Ambiental de Barcelona tampoco se encuentra en esta Ordenanza previsión alguna de un trámite como el

que establece el artículo 91.3.f); por lo que, a su juicio, la introducción de nuevos trámites resulta desproporcionado al introducir nuevas obligaciones a los operadores de telefonía móvil, ya que la participación municipal en este trámite se reduce a la eventual evacuación de un dictamen técnico para el supuesto de que no se acepten plenamente las alegaciones de los vecinos que se costeará a cargo del solicitante.

La sentencia impugnada no aprecia infracción alguna por la exigencia de este trámite de información vecinal, pues, la obligación de pasar por este trámite que para la recurrente ocasiona graves dificultades en las tramitaciones, carece de virtualidad como causa de anulación de este precepto, ya que, según el Tribunal "a quo", podría decirse "de la impugnación del apartado 6 y concordantes del artículo 91, en cuanto que a los cambios sustanciales que allí se determinan, activan el procedimiento de información vecinal.

Al respecto no se aprecia vulneración del principio de proporcionalidad. Ni el hecho de que el régimen que se establece excepcione el previsto en la Ordenanza municipal de actividades y de integración de la administración ambiental de Barcelona (29.3.2001) y otras disposiciones generales, constituye defecto alguno ni infracción del indicado principio", y, esto es así, pues, se trata de un trámite de participación pública con carácter previo a la solicitud de la licencia que tiene por finalidad dar audiencia e información a los municipios perfectamente identificados que podrían verse afectados de forma más o menos intensa por la concesión de la licencia.

La legalidad de los apartados 4 y 5 del artículo 91, que respectivamente reglamentan la revisión cada cuatro años de las licencias otorgadas por la instalación de antenas y el control periódico de las mismas se cuestionan desde una perspectiva meramente teórica, pues, las primeras tienen cobertura en una norma autonómica el Decreto 16/1999 que en su artículo 67 permite que la licencia establezca plazos de revisión inferiores al previsto de ocho años y las segundas se ajustan a lo dispuesto en el Decreto 136/1999; en definitiva, no consideramos desproporcionadas tales medidas en cuanto los Ayuntamientos puedan imponer condiciones a la actividad de los operadores, siempre que aquellas limitaciones no supongan una restricción absoluta al derecho de aquellos.

De la misma forma, tampoco apreciamos que los supuestos sobre los cambios sustanciales que contempla el artículo 91.6, vulneren los artículos 9.3 de la Constitución, 1.2 del Código Civil y 51 de la Ley 30/1992, pues nos encontramos ante una norma típica, que en todo caso, sería objeto de una impugnación autónoma e independiente, cuando se produzcan

alguno de los supuestos que contempla el precepto.

Dentro de este motivo, sostiene la recurrente que el artículo 94.2.c) infringe lo dispuesto por el Decreto 143/2003, de 10 de julio, que modificó el Decreto 136/1999, en el sentido de incluir las instalaciones de radiocomunicación ubicadas en demarcación urbana en el Anexo II.2 apartado 12.44.a), mientras que los ubicados en demarcación no urbana se incluyen en el Anexo III, apartado 12.44.b), por lo que quedan sometidos al régimen de comunicación y no al de licencia ambiental.

Para la Sala de instancia “la exigencia de licencia municipal tiene cobertura en el artículo 41.3 de la Ley 3/1998 de Intervención Integral de la Administración Ambiental, y en cuanto al artículo 94.2.e) que establece el régimen de comunicación del Anexo III.2 de la Ordenanza municipal de actividades de la Administración ambiental de Barcelona (29.3.2001)” y “la actora no acredita que la exigencia de dicho régimen de comunicación no infrinja normativa alguna, ni tampoco el principio de la proporcionalidad” y en cuanto a la documentación a adjuntar a la solicitud de la licencia ambiental, en virtud de los apartados c’ y c’’ del artículo 94.2, afirma el Tribunal que “tiene cobertura en el ejercicio de facultades municipales dada la concurrencia de los bienes jurídicos a proteger”.

Compartimos este criterio, dado que el artículo 41.3 de la Ley 3/1998, es claro y preciso al disponer que “los Ayuntamientos en el ámbito de sus competencias pueden sustituir mediante ordenanza el régimen de comunicación que afecta a todas o alguna de las actividades del Anexo III, por el régimen de licencia” que es, precisamente lo que contempla la Ordenanza al remitirse al procedimiento de otorgamiento de licencias previsto en la OMAIA.

DÉCIMO.- En el sexto motivo de casación se denuncia la infracción del principio de legalidad plasmado por el artículo 103 de la Constitución, así como el de seguridad jurídica establecido en el artículo 9.3 de la citada Norma Constitucional.

En concreto, impugna el artículo 96.5 de la Ordenanza, que traducido como los anteriores al castellano dispone: “De acuerdo con el artículo 13 del Decreto 148/2001, de 29 de mayo, y los conceptos que allí se expresan, los operadores habrán de constituir una fianza de 30.000€ por cada solicitud de instalación de estación base de telefonía móvil y fija (bucle de acceso al local, con un máximo global del importe total de la fianza de 600.000€

El solicitante habrá de acreditar la constitución de la fianza en el momento de la entrega de la licencia.”

Este precepto en cuanto tiene cobertura jurídica en el artículo 13 del Decreto autonómico que dispone que:

“El ayuntamiento podrá reclamar una fianza en concepto de garantía para la asunción por parte de los operadores de los riesgos correspondientes. A estos efectos, la garantía a prestar por el titular de la instalación tendrá que ser suficiente, según la magnitud de la instalación, para responder de las obligaciones derivadas de la actividad autorizada, de la ejecución de todas las medidas de protección del medio ambiente, de la realización de los controles y mediciones adecuados, del desmantelamiento de la instalación y de los trabajos de recuperación del medio ambiente.”; la cuestión que se suscita en este motivo versa sobre una materia de la estricta y exclusiva competencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en cuanto se trata de interpretar una norma autonómica, que constituye la base y fundamento del precepto impugnado, por lo que de acuerdo con el criterio sustentado por el Pleno de nuestra Sala, en la sentencia de treinta de noviembre de dos mil siete, -recaída en el recurso de casación número 4638/202- no podemos enjuiciar la legalidad o ilegalidad de este precepto, si bien, hemos de señalar que, nuestra Sala, entre otras, en las sentencias de once de octubre de dos mil seis y diez de enero de dos mil siete -recursos de casación números 2082/2004 y 4051/2004- ha declarado la nulidad de exigir a los operadores la suscripción de un seguro de responsabilidad civil que cubra los posibles daños que en el ejercicio de su actividad se ocasionen a los particulares.

También considera la recurrente que la sentencia impugnada conculca en sus Disposiciones Transitorias Primera, Segunda y Tercera, el artículo 9.3 de la Constitución al no respetar los derechos adquiridos, y consiguientemente no prever ningún plazo de adaptación, pues, en su opinión, en el fundamento de derecho decimocuarto de su escrito de demanda, ya puso de manifiesto que había que tener en cuenta, la cantidad de medidas lesivas, restrictivas y vulneradoras del régimen establecido para el servicio de la telefonía móvil de acuerdo con la legislación que, a su juicio, necesariamente debía ser tenido en cuenta por cualquier regulación local que se tramitara, y sin embargo, la magnitud de tales vulneraciones normativas alcanza mayor trascendencia al considerar que dicha regulación se aplicará a todas las instalaciones no sólo de futuro -Disposición Transitoria Tercera- sino también a las existentes y legalizadas -Disposición Transitoria Primera-.

Disponen estas Disposiciones Transitorias:

Primera: “Las instalaciones de radiocomunicación con licencia pre-

ceptiva en el momento de la entrada en vigor de la presente Modificación de los artículos 88 a 97, ambos inclusive, de la Ordenanza de Usos de los Usos del Paisaje Urbano en la Ciudad de Barcelona habrán de adaptarse a la regulación de la presente normativa en el término de dos años a partir de su entrada en vigor, excepto en lo referente a los valores máximos de densidad de potencia permitidos, cuyo cumplimiento será exigible desde el mismo momento que entre en vigor.”

Segunda: “Las instalaciones sin licencia preceptiva en el momento de la entrada en vigor de la presente Modificación de los artículos 88 a 97 ambos inclusive, de la Ordenanza de los Usos del Paisaje Urbano serán consideradas clandestinas de acuerdo con el régimen establecido por la normativa sectorial y municipal en materia de intervención ambiental. En este sentido, el Ayuntamiento de Barcelona emprenderá las medidas de disciplina urbanística y de restauración de la legalidad infringida que resulten pertinentes con carácter inmediato a la entrada en vigor de esta modificación de la Ordenanza.”

Tercera: “La solicitud de concesión de licencias sobre las que no se haya formulado ninguna propuesta de resolución se tramitará de acuerdo con el régimen jurídico vigente en la entrada en vigor de la presente Ordenanza.”

Nuestra Sala, desde una primera sentencia de dieciocho de junio de dos mil uno -recurso de casación número 8603/1994- ha declarado la legalidad de las disposiciones transitorias que contemplan un plazo de adecuación de las instalaciones legalizadas a las prescripciones de la nueva ordenación, pues, no existe una prohibición general de retroactividad de las normas sino, más bien, según el artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común, una prohibición de retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

De ahí, frente los tres grados de retroactividad de una norma, nos encontramos ante una retroactividad de grado mínimo, ya que tales transitorias sólo tienen efecto para el futuro, respecto de relaciones o situaciones nacidas bajo la vigencia de la normativa anterior, y su razón de ser dimana del interés público que tratan de salvaguardar, garantizando, a su vez, los derechos de los operadores, al concederles un plazo prudencial para que puedan adecuar sus instalaciones al nuevo régimen legal.

UNDÉCIMO.- El séptimo y último motivo de casación se sustenta en la vulneración del artículo 120.3 de la Constitución en relación con el artículo 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues, según la

sociedad recurrente, la sentencia impugnada omite cualquier tipo de valoración sobre las pruebas documental y pericial practicadas en autos.

Aunque es cierto que la Sala de instancia sólo tangencialmente se remite implícitamente en sus razonamientos jurídicos a las pruebas documental y pericial, como apreciamos de la lectura de su fundamento jurídico tercero, en donde el Tribunal “a quo” afirma que “el resultado del dictamen forense practicado no es suficiente para acreditar...” y al subrayar “el carácter no concluyente del dictamen forense cuando sienta que los parámetros exigidos están condicionando la idoneidad de los desplazamientos disponibles conforme a los mismos, conclusión que por su carácter genérico carece de virtualidad para probar la falta de proporcionalidad alegada”; tampoco podemos examinar este motivo de casación que se fundamenta al igual que los seis restantes en el artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, cuando debió sustentarse en el apartado c) del citado precepto, como “error in procedendo” por lo que debemos desestimar el citado recurso de casación, ya que si la recurrente entendía que la valoración de estas pruebas había sido realizada de forma errónea o equivocada, que no es el caso, tuvo que fundar su recurso de casación en el apartado d) -error de derecho o error en la valoración de la prueba- lo que le exigiría mencionar una norma legal de prueba. Circunstancia que en ningún momento hace en su escrito de interposición de su recurso de casación al referirse reiteradamente al informe pericial, sin fundamentar y concretar específicamente este motivo casacional el precepto o preceptos infringidos.

DUODÉCIMO.- De conformidad con lo establecido en el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional procede imponer las costas de este recurso de casación a la parte recurrente, si bien la Sala, haciendo uso de la facultad que le confiere el apartado tercero del citado precepto, limita el importe máximo a percibir por los honorarios del letrado del Ayuntamiento de Barcelona en la cantidad máxima de tres mil euros (3000€).

Por lo expuesto, en nombre de Su Majestad el Rey, y en ejercicio de la potestad de juzgar que emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución,

#### FALLO

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil “France Telecom España, S.A.” contra la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha veintinueve de septiembre de dos mil siete -recaída en los autos número 1236/2003-; con expresa condena

a la parte recurrente de las costas de este recurso de casación dentro de los límites que hemos señalado en el fundamento jurídico duodécimo de ésta, nuestra sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Ricardo Enríquez Sancho.- Segundo Menéndez Pérez.- Enrique Lecumberri Martí.- Santiago Martínez-Vares García.- Antonio Martí García.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. D. Enrique Lecumberri Martí, en audiencia pública celebrada en el día de la fecha, de lo que yo, la Secretaria, doy fe.

2009/307393

TS Sala 3ª, Sección: 4, Sentencia 23 diciembre 2009. Ponente: D. Segundo Menéndez Pérez

## Inexistencia de infracción del principio de inmediación por no realizarse las pruebas ante el tribunal sentenciador

*El TS estima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana y en su lugar dicta otra por la que anula la resolución de la Consejería de Agricultura, Pesca y Alimentación, ordenando retrotraer el procedimiento administrativo, para que éste finalice con nueva resolución del órgano con competencia sustantiva que esté debidamente motivada. La Sala desestima el primero motivo, pues no se infringe el principio de inmediación por el solo hecho de que las pruebas no se hayan practicado en presencia del tribunal sentenciador, y se estima el segundo sobre la falta de motivación de la sentencia impugnada. Ante el prevalente interés general de protección del medio ambiente, la Sala ordena retrotraer el expediente para que se motive suficientemente la aplicación del índice del año 2000 en la declaración de impacto ambiental.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El primer apartado del primer motivo de casación denuncia al amparo del segundo inciso de la letra c) del art. 88.1 de la Ley de la Jurisdicción (infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales) lo que la parte denomina falta de inmediación en la prác-

tica de la prueba, citando como infringido el art. 60 de esa Ley, en relación con los artículos 4 y 289 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El argumento es, o así parece, que los autos, tramitados ante el Juzgado de lo Contencioso-administrativo en el que se interpuso el recurso, se remitieron a la Sala de instancia en virtud de la declaración de incompetencia de aquél cuando ya estaban concluidos, de suerte que ésta, sin más trámites, dictó sentencia sin haber estado presente en la práctica de la prueba y sin que de la dictada se pueda concluir que revisó el soporte informático en que se gravó.

Del motivo que nos ocupa debe apartarse ahora esta última afirmación, pues la falta de valoración de la prueba en la sentencia no da lugar a una infracción como la denunciada en aquel apartado y sí, en su caso, a vicios de la propia sentencia, cuyo cauce en casación es el del primer inciso de aquella letra c).

Apartado ese aspecto, el motivo ha de ser desestimado. De un lado, porque no se infringe aquel principio de inmediación por el solo hecho de que las pruebas no se hayan practicado en presencia del tribunal sentenciador, tal y como resulta, por ejemplo, de lo que dispone aquel art. 60 en su núm. 5. Y de otro y ante todo, porque si la parte entendía lo contrario debió reaccionar en ese sentido cuando la Sala de instancia, al recibir las actuaciones del Juzgado y declararse competente, acordó en providencia de 15 de junio de 2007, notificada el siguiente día 21, que los autos quedaran pendientes de señalamiento para votación y fallo; y también cuando en la providencia de 19 de julio de aquel año, notificada el siguiente día 26, señaló para esos actos el día 4 de octubre de 2007. El art. 88.2 de la Ley de la Jurisdicción impide traer a casación la infracción de las normas relativas a los actos y garantía procesales si en la instancia hubo momento procesal oportuno para pedir la subsanación de la falta o transgresión y no se hizo.

SEGUNDO.- Distinta suerte ha de correr la denuncia de falta de motivación de la sentencia que, ligándola con la de incongruencia, se hace, respectivamente, en los apartados segundo y primero del motivo de casación segundo.

En efecto, el estudio del escrito de demanda muestra que la actora combate la Declaración de Impacto Ambiental desfavorable y, con ello, la resolución basada o fundada en ella, por dos causas principales aunque no únicas: Una, porque el índice o factor de conversión aplicable para calcular los residuos orgánicos que generaría la autorización pretendida de incremento en la producción de la granja marina, sería el de 2 y no el de 3, con la consecuencia, a su juicio, de que los aportes de pienso serían de 1.600 toneladas al año y no de 2.100, y de que la producción de

heces y pienso no digerido sería de 720 toneladas anuales y no de 1.400. Y otra, en la que no insiste con tanta intensidad como en la primera, porque la instalación se encuentra enclavada en una zona profunda en aguas abiertas, donde las corrientes existentes favorecen la rápida dispersión del efluente particulado sin causar efectos remarcables sobre el medio.

Y muestra, asimismo, un motivo de impugnación principal, tampoco único, en el que se denuncia la falta de motivación de la resolución administrativa al no haberse pronunciado, entre otros extremos, sobre esas dos causas, y en el que se citan como infringidos los artículos 89 y 113 de la Ley 30/1992.

Pese a ello, y pese a lo que resulta de lo que luego expondremos, la sentencia de instancia se limita a decir, sin más análisis, que las resoluciones cuestionadas están suficientemente motivadas, con exposición clara y ordenada de sus argumentos y referencia a informes y dictámenes. Que la D.I.A. está razonada y constituye la causa determinante de la desestimación, siendo a ella a la que debe serle reconocido mayor peso. Y que debe concluirse que los extremos en que se basa la D.I.A. no han sido desvirtuados.

En otras palabras: La sentencia de instancia parte de lo que no era discutido: el carácter desfavorable de la Declaración de Impacto Ambiental. Deja de referirse al devenir del procedimiento administrativo expuesto en la demanda y de razonar si, por ello, era o no obligado que las resoluciones administrativas expusieran algo más sobre aquellas dos concretas cuestiones. Afirma, sin detenerse en el examen de su contenido real, necesario como luego veremos, que dichas resoluciones están motivadas. Y no analiza en lo mínimo imprescindible la prueba traída al proceso, dejando de expresar las razones por las que la misma no es capaz de desvirtuar las conclusiones de aquella Declaración.

En suma, no hay en ella argumentos que de forma suficiente contesten a las cuestiones que la actora planteó en su demanda.

TERCERO.- La Declaración de Impacto Ambiental, de fecha 9 de febrero de 2004, detectó, en efecto, una discrepancia entre dos documentos presentados por la solicitante de la autorización para el incremento productivo de la granja marina ya instalada: el Proyecto y el Estudio de Impacto Ambiental, referida al factor de conversión antes citado, que el primero cifra en 3 y el segundo en 2. Y la resolvió aplicando el índice o factor, el 3, considerado en el año 2000, en el que recayó la D.I.A. favorable a la instalación de la granja.

Y consideró, también, que la ubicación proyectada no cumple objetivamente los criterios de emplaza-

miento establecidos en el Protocolo de la Junta Nacional Asesora de Cultivos Marinos (JACUMAR).

En el trámite de audiencia abierto tras la D.I.A., mostró la solicitante su disconformidad con ésta, alegando -dicho aquí en apretada síntesis- que el factor de conversión 3, considerado en los proyectos de acuicultura "hasta hace poco tiempo", se basaba fundamentalmente en el tipo de pienso que se utilizaba, en sus propiedades nutritivas y en el aprovechamiento que los peces hacían de él al alimentarse. Que con los últimos descubrimientos en materia de formulación de piensos y gracias a la implantación de mejoras en los sistemas de cálculo y suministro en las granjas, aquel índice o factor ha descendido en poco tiempo a 2 y continúa descendiendo. Que por ello, el Estudio de Impacto Ambiental, elaborado en el año 2003, tuvo en cuenta un factor de conversión 2, mientras que el Proyecto, elaborado un año antes, incluyó el que se estaba obteniendo antiguamente. Y que la empresa solicitante sí cumple aquel Protocolo por las razones que detallaba, entre ellas la referida a que la zona donde se ubica la instalación ha sido descrita como una "zona abierta e hidrodinámicamente muy expuesta". Alegaciones en las que incluía numerosos datos de detalle y a las que acompañaba para su sustento diversa documentación.

Sin más referencia a todo ello que la contenida en la expresión "vistas las alegaciones del interesado a dicho trámite de audiencia", recayó propuesta de no autorizar la modificación solicitada. Y después la resolución denegatoria originaria, en la que sólo se lee con referencia a ellas "que las mismas no acreditan que el entorno marino donde va a realizarse la actividad, permita un aumento de producción (cuatro veces a la autorizada inicialmente y con un aumento de superficie real de cultivo superior al doble existente) sin afección al medio marino y su entorno".

Dicha resolución fue recurrida en alzada, reiterando aquellas alegaciones, recordando que la modificación pretendida no afecta al emplazamiento ni al tamaño de la superficie de la concesión inicial y aportando un nuevo documento, elaborado, según afirmaba la solicitante, por el Consejo Superior de Investigaciones Científicas, del que deducía la confirmación de sus planteamientos sobre el índice de conversión y sobre el cumplimiento de aquel Protocolo.

El informe al recurso de alzada, emitido el 4 de noviembre de 2004, no hace consideración alguna específicamente referida al acierto o desacierto de lo alegado en él. Y la resolución que lo desestima, pese al informe del Área Jurídica en el que se indica que aquella resolución originaria "no se ha pronunciado en relación con las razones, y su justificación, por las que la mercantil

recurrente discrepa de la denegación de la autorización por motivos medioambientales”, omite también toda consideración sobre ellas. Así, cita aquel informe de 4 de noviembre y guarda total silencio sobre las alegaciones, y su hipotética justificación, referidas al repetido índice de conversión y a las características de la zona marina en que se ubica la instalación.

CUARTO.- Lo expuesto confirma la conclusión antes alcanzada de falta de motivación de la sentencia de instancia. Y conduce, además, a tener por cierto que la resolución administrativa originaria incumplió el mandato expresado en el art. 89.1 de la Ley 30/1992 de decidir “todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del mismo” (del procedimiento); incumpliendo por su parte la desestimatoria de la alzada el que expresa el art. 113.3 de la misma Ley de decidir “cuantas cuestiones, tanto de forma como de fondo, plantee el procedimiento, hayan sido o no alegadas por los interesados”.

Si la Declaración de Impacto Ambiental resolvió la cuestión referida al índice o factor de conversión aplicando consideraciones del año 2000 y si la parte reaccionó exponiendo e intentando justificar que las mismas no eran ya aplicables en el año 2004, las resoluciones administrativas del órgano con competencia sustantiva no podían descansar sólo en aquella, como en realidad hacen. Del mismo modo, la amplia alegación y su intento de justificación sobre el cumplimiento del Protocolo antes citado, exigía alguna consideración, por mínima que fuera, sobre esa otra cuestión. Todo ello, como ponía de relieve aquel informe del Área Jurídica, tras los informes complementarios que pudieran estimarse necesarios y bien para confirmar técnicamente las razones medioambientales en que se sustenta la D.I.A., o bien para mostrar una eventual discrepancia, a resolver en el modo establecido en el art. 5.2 de la Ley de las Cortes Valencianas 2/1989, de 3 de marzo, de Estudios de Impacto Ambiental de la Comunidad Valenciana.

QUINTO.- El prevalente interés general de protección del medio ambiente, constituye una razón añadida para justificar el único pronunciamiento que ahora nos parece posible, cual es ordenar la retroacción del procedimiento administrativo para que éste finalice con nueva resolución del órgano con competencia sustantiva que esté debidamente motivada.

SEXTO.- No procede, por tanto, imponer las costas causadas, ni en la instancia, ni en este recurso de casación.

Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey, y en ejercicio de la potestad de juzgar que emana del pueblo español, nos confiere la Constitución,

#### FALLO

Ha lugar al recurso de casación que la representación procesal de la mercantil “Industrias Pesqueras Balmar, S.A.” interpone contra la sentencia de fecha 12 de noviembre de 2007, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en el recurso núm. 130/2007. Sentencia que casamos, dejándola sin efecto.

En su lugar:

1) Estimamos en parte dicho recurso contencioso-administrativo, anulando por no ser conforme a Derecho la resolución del Secretario Autonómico de Agricultura y Relaciones Agrarias con la Unión Europea, de la Consejería de Agricultura, Pesca y Alimentación de la Generalidad Valenciana, de fecha 9 de mayo de 2005, impugnada en el proceso.

2) Ordenamos retrotraer el procedimiento administrativo, para que

éste finalice con nueva resolución del órgano con competencia sustantiva que esté debidamente motivada.

3) Desestimamos aquel recurso en todo lo restante. Y

4) No imponemos las costas causadas, ni en la instancia, ni en este recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Ricardo Enríquez Sancho.- Segundo Menéndez Pérez.- Enrique Lecumberri Martí.- Santiago Martínez-Vares García.- Celsa Pico Lorenzo.- Antonio Martí García.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente de esta Sala Excmo. Sr. D. Segundo Menéndez Pérez, todo lo cual yo el Secretario, certifico.



TS Sala 4ª, Sentencia 9 octubre 2009. Ponente: D. Aurelio Desdentado Bonete

Por negativa a readmitir al trabajador

## Declaración de improcedencia de segundo despido producido tras anulación de ERE

*Estima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el trabajador despedido contra sentencia que declaró procedente su segundo despido.*

*La Sala rechaza la argumentación empresarial según la cual, la mera anulación del ERE por el que se permitió el despido del actor, basado en un caso de fuerza mayor, no determina la obligación de readmitirlo. Entiende el Alto Tribunal que la negativa en casos como el de autos, a la reincorporación del despedido, constituye un despido tácito, pues la empresa estaba obligada a readmitirlo, de forma que al no hacerlo debe ser declarado improcedente.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Para una adecuada comprensión del problema que se debate en el presente recurso hay que comenzar exponiendo con algún detalle las complejas actuaciones que han dado lugar al mismo. El actor fue despedido el 31 de enero de 1998 como consecuencia de expediente de regulación de empleo (ERE), fundado en fuerza mayor y que fue autorizado por resolución de 26 de diciembre de 1997.

Esta autorización fue anulada por sentencia del orden contencioso-administrativo de 17 de noviembre de 2003, cuya firmeza se declaró por providencia de 6 de marzo de 2006. Esa sentencia excluyó la fuerza mayor como causa de la extinción del contrato de trabajo del actor, que era el único afectado por el expediente. Razonaba la sentencia que la decisión administrativa de rescate no fue ajena a las iniciativas y propuestas de los comerciantes concesionarios, lo que eli-

mina la imprevisibilidad y la inevitabilidad.

La empresa, que cesó en su actividad en enero de 1998 como consecuencia del rescate por el Ayuntamiento de Getafe de la concesión del mercado municipal, abonó en febrero de 1998 la liquidación por el cese autorizado por un importe de 938.705 ptas.

Como tras la anulación de la autorización de los despidos la empresa no procedió a la readmisión, se formuló una primera demanda por despido que fue rechazada por sentencia del Juzgado de lo Social núm. 15 de Madrid de 9 de julio de 2004 por no ser firme la sentencia del orden contencioso-administrativo de Madrid de 17 de noviembre de 2002 (hecho probado sexto con la corrección que deriva del fundamento jurídico segundo de la sentencia recurrida). Por ello, declarada la firmeza, se planteó nueva demanda el 11 de abril de 2006, que ha dado lugar a las presentes actuaciones. En esta demanda se pide que se declare el despido improcedente o nulo con condena a la readmisión o al abono de una indemnización cifrada en 45 días por año de servicio, y en todo caso, al abono del salario dejado de percibir desde la fecha de despido hasta el día de la sentencia. En las actuaciones se dictó una primera sentencia del Juzgado de lo Social de 30 de julio de 2006, que fue anulada por la sentencia de 21 de marzo de 2007 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

La nueva sentencia de instancia declaró improcedente el despido de la parte actora de fecha de 31.1.1998, condenando a la empresa demandada, Dª Tania, a que abone al actor una indemnización de 22.066,60 euros incluidos los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la de la sentencia. Esta indemnización parte de una antigüedad a la fecha del despido -31.1.1998- de 19 años y 8 meses y de un salario mensual de 640,72 euros y comprende los siguientes conceptos:

1º) Una indemnización por extinción de la relación laboral de 18.830,7 euros.

2º) Salarios de tramitación desde la fecha del primer despido hasta la fecha de la sentencia (9 años, 7 meses y 18 días), por importe de 8.887,33 euros (sic). El total es de 27.708,03 euros, cantidad de la que se resta lo percibido como consecuencia del primer despido, 5.641,73 euros (938.705 Ptas.), con un abono de 22.066,6 euros. La sentencia declara también “la extinción de la relación laboral con efectos desde la fecha de esta resolución”.

Este pronunciamiento fue recurrido en suplicación por las dos partes. La sentencia impugnada examinó, en primer lugar, el recurso de la empresa; aceptó un motivo de error de he-



cho para dejar constancia en el hecho probado 12º que “el demandante tras la extinción de su contrato de trabajo el 31.01.1998, percibió prestación de desempleo contributivo desde el 1.02.1998 hasta el 30.01.2000, ambos inclusive. Y posteriormente con fecha 7.03.2000 inició relación laboral por cuenta ajena en la que ha permanecido hasta la actualidad de manera ininterrumpida”.

Se rechazó el motivo relativo a la caducidad de la acción. En cuanto al fondo, lo que la empresaria demandada sostiene es que ha existido un despido objetivo en 1998 con el cese de la actividad de la empresa. La respuesta a este motivo por parte de la sentencia recurrida no es muy clara. Por una parte, considera que la fuerza mayor ha sido ya desestimada por el orden contencioso-administrativo, pero luego en la contestación al recurso del actor parece admitir un despido objetivo por “conversión” del inicial autorizado por fuerza mayor.

Lo cierto es que en los fundamentos jurídicos tercero, cuarto y quinto la sentencia aborda el problema de la indemnización adicional por la revocación de la autorización administrativa del despido colectivo y, aplicando nuestra doctrina (sentencias de 31 de mayo de 2006), llega a la conclusión de que tal indemnización no procede en el presente caso porque el actor percibió la correspondiente indemnización en el momento del despido. También considera que no procede el pago de salarios de tramitación dado que éstos deberían computarse desde 6.3.2006 y la fecha de la sentencia, periodo en el que el actor ha estado trabajando.

Por otra parte, la sentencia recurrida rechaza los dos motivos del recurso del actor que pedía en uno la revisión de los hechos probados y en otro la incongruencia de la sentencia, aunque planteando también el tema de fondo. Al responder a este segundo motivo la resolución recurrida señala que en enero de 1998 se cerró el mercado municipal con clausura de los centros en él instalados -entre ellos el de la empresaria demandada- por lo que aunque no existiera fuerza mayor sí hay un cese de la actividad y, al no existir posibilidad de opción entre la indemnización y la readmisión, la relación laboral ha quedado definitivamente extinguida.

SEGUNDO.- En el recurso de casación que interpone el demandante se denuncia, en primer lugar, lo que la parte considera cuatro errores de la sentencia que deben ser corregidos de oficio por la Sala dada su gravedad y su proyección sobre “los derechos constitucionales de los ciudadanos”. Tales errores se refieren al abono incompleto de la indemnización por despido al no poder hacerse efectivo el 40% correspondiente al FOGASA, la falta de indicaciones sobre la extinción del contrato decla-

rada en la instancia con la consiguiente incongruencia y, por último, la falta de congruencia en cuanto a los criterios temporales del cálculo de la indemnización y la estimación del recurso basada en un motivo no planteado. Pero sobre ninguno de estos puntos se aporta sentencia contradictoria, por lo que deben rechazarse, de acuerdo con una reiterada doctrina de la Sala, contenida entre otras en las sentencias de 21 de noviembre de 2000, 24 de junio de 2002 y en los autos de 5 de octubre de 2000 (recurso 2423/1999) y de 13 de enero de 2005 (recurso 540/2004), que reiteran la exigencia de la contradicción en el presente recurso y añaden que la dispensa de este requisito sólo se produce en los supuestos de que afecta a la competencia funcional o a infracciones manifiestas en materia de jurisdicción y falta de competencia funcional de la Sala, que, como es obvio, no figuran entre los errores denunciados por la parte.

TERCERO.- En lo que el recurrente denomina segundo motivo se aporta como sentencia contradictoria la sentencia de la misma Sala de Madrid de 20 de diciembre de 2005. Se trata de una autorización de regulación de empleo que fue anulada en alzada para impugnar el acuerdo ante la jurisdicción social. Una de las trabajadoras afectadas requirió a las empresa para que procedieran a su reincorporación; solicitud que no tuvo respuesta costando el cierre del centro de trabajo, por lo que la trabajadora reclamó por despido. La sentencia de contraste en lo que aquí interesa rechaza la argumentación de la parte empresarial, según la cual la mera anulación de una autorización administrativa no determina la obligación de readmitir a los trabajadores despedidos en virtud de la misma. Para la sentencia, ante la anulación de la autorización para extinguir los contratos vuelve a tener vigencia la relación laboral existente entre las partes y la negativa a readmitir se configura como un despido tácito que “ha ser declarado improcedente, puesto que el centro de trabajo en el que la parte actora presta sus servicios se encuentra cerrado”.

Hay que aceptar la contradicción entre las sentencias, porque en los dos casos se produce un cese autorizado por una resolución administrativa que resulta anulada y ante la negativa de las empresas a readmitir y el cierre del centro de trabajo, se demanda por despido. Para la sentencia recurrida la negativa a readmitir después de la anulación de la autorización no constituye un nuevo despido que deba ser indemnizado, deduciendo en su caso la indemnización percibida por el cese anterior, sino que basta el cierre del centro de trabajo para que el cese se considere indemnizado por la cantidad percibida conforme a lo dispuesto en el artículo 51.8 del Estatuto de los Trabajadores. Por el contrario, para la senten-

cia de contraste existe un nuevo despido que ha de indemnizarse en la forma prevista en el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores, sin perjuicio de compensar lo percibido en su día por el despido anterior.

Las objeciones que oponen a la existencia de la contradicción la parte recurrida y el Ministerio Fiscal no pueden acogerse. No es relevante el que las causas del despido -en especial, la incidencia de la fuerza mayor en la sentencia recurrida- fueran distintas, pues lo que aquí se examina no es la legalidad del cese que tuvo lugar con la autorización administrativa, sino la del que se produjo con la no readmisión y respecto a ésta las posibles causas son irrelevantes dada la forma en que se produjo - despido tácito-.

Lo mismo sucede con el hecho de que una sentencia entre en los efectos ex tunc o “ex nunc” de la anulación, porque, aparte de que eso pertenece al plano de la fundamentación jurídica, los efectos temporales son secundarios en orden al enjuiciamiento del problema principal que nos ocupa: si la empresa, tras la anulación, estaba obligada a readmitir y, al no hacerlo, se produjo un segundo despido, con independencia de los efectos temporales que pueda tener éste o de la indemnización por la pérdida del empleo que proceda como consecuencia del primer despido.

Este puede ser un problema posterior, pero no excusa de la decisión previa del problema principal. Tampoco es trascendente que en un caso la revocación se produzca en un recurso administrativo y en el otro por una decisión judicial del orden contencioso-administrativo, porque lo que aquí interesa en el orden decisorio es la calificación del acto empresarial de no reincorporación después de la anulación de la autorización; tema para el que lo único que importa es el efecto de la revocación sobre el vínculo laboral extinguido por el primer despido y ese efecto no está en función del carácter administrativo o judicial del acto de anulación. En cuanto a las circunstancias del cierre, es claro que no afectan a la calificación del despido entre otras razones porque estamos ante una simple negativa a la reincorporación y no ante un nuevo despido expreso en el que la empresaria haya invocado esta circunstancia como causa extintiva al amparo del artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores.

CUARTO.- 1.- Debe, por tanto, examinarse la infracción que se denuncia del artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores en relación con la doctrina de nuestras sentencias de 30 de noviembre de 1998, 21 de diciembre de 2001, 17 de enero de 2002, 10 de octubre, 15 y 29 de noviembre de 2006. Lo que sostiene la parte es la misma tesis que mantiene la sentencia de contraste en orden a la existencia de un segundo despido que

debe ser calificado como tal con las consecuencias previstas en nuestro ordenamiento jurídico. La sentencia recurrida ha llegado a su decisión mediante dos razonamientos. El primero, al estimar el recurso de la empresa, sostiene que no cabe una indemnización adicional porque, de acuerdo con nuestra doctrina, los daños producidos por el cese autorizado en un expediente de regulación de empleo no han de ser objeto de reparación específica y ese cese ya fue indemnizado en 1998, aparte de que no hay salarios de tramitación por haber estado trabajando el actor en otra empresa desde marzo de 2006. El segundo razonamiento añade, al desestimar el recurso del trabajador, que el cierre del establecimiento como consecuencia del rescate, si bien no es calificable como fuerza mayor, según el orden contencioso-administrativo, sí es una causa objetiva suficiente para el despido en la medida en que hace inviable la continuidad de la empresa.

2.- Hay que comenzar precisando que la doctrina de la sentencia recurrida sólo tiene un apoyo parcial en nuestras sentencias de 31 de mayo de 2006, dictadas en los casos del Hospital Clínico de Barcelona y de Control System 2000. En estas sentencias no se decidía sobre los despidos, sino sobre reclamaciones de indemnización de los daños producidos como consecuencia de la pérdida del empleo derivada de los despidos colectivos autorizados administrativamente en su día. No abordan estas sentencias el tema de la calificación de los posibles despidos producidos por las decisiones de las empresas de no readmitir y ello por la razón de que esos ceses por no reincorporación no se habían producido. En aquellas actuaciones los trabajadores habían sido readmitidos tras la revocación de las autorizaciones administrativas. Por ello, la doctrina de estas sentencias sólo es aplicable respecto a la condena por la sentencia de instancia al abono de una parte de los salarios de tramitación que se dicen devengados desde el 1.2.1998 hasta la fecha de la propia sentencia y que, como hemos visto, se cifran en 8.877,33 euros (sic). De esta cantidad hay que excluir los llamados impropriadamente salarios de tramitación devengados desde 1.2.1998 hasta el segundo despido el 14.3.2006. Por su parte, los salarios comprendidos entre esa fecha y la de la sentencia se excluyen en atención al ejercicio de otra actividad, como razona el fundamento jurídico quinto in fine de la sentencia impugnada. En este punto la sentencia recurrida debe ser confirmada.

3.- Sin embargo, no están justificadas por nuestra doctrina las posiciones que la sentencia impugnada mantiene sobre la exclusión de la indemnización del segundo despido por el pago de la indemnización que correspondió por el primero y sobre la calificación del segundo cese como un despido objetivo procedente.

En efecto, el despido acordado por el empresario, como consecuencia de la autorización administrativa del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, extingue el contrato de trabajo, pero esa extinción está condicionada por la eventual impugnación del acto administrativo de autorización. Si ese acto administrativo, que es ejecutivo desde que se dicta, adquiere firmeza la decisión extintiva empresarial se consolida. Pero si el acto es impugnado y se revoca -sea en vía administrativa o judicial-, los efectos de esa anulación, -con el alcance que ha precisado esta Sala en relación con el artículo 72 LJCA (sentencias de 10 de octubre de 2006 y 19 de noviembre de 2007, entre otras), que aquí no se cuestiona- se proyectan de forma automática sobre el contrato de trabajo extinguido, de forma que los efectos del cese autorizado desaparecen y, como dicen nuestras sentencias del caso Ferroatlántica, el trabajador debe ser readmitido y, si no lo es, está legitimado "para pedir el reintegro en la empresa y para demandar por despido al empleador ante la falta de readmisión". Así lo han declarado también las sentencias de 21 de diciembre de 2001 y 17 de enero de 2002, para las que la relación laboral afectada por el ERE queda extinguida como consecuencia de la ejecutividad del acto administrativo, pero, anulado este acto, "no nace un nuevo vínculo laboral, sino que se restablece el inicial y, por tanto, la vigencia del contrato".

De ahí que la empresa estaba obligada en el presente caso a readmitir al trabajador y, al no hacerlo, se produjo un despido tácito que ha de enjuiciarse como tal. Frente a ello no cabe razonar que se ha producido un despido objetivo económico como consecuencia del cierre de la empresa y ello porque la empresaria demandada no ha manifestado ninguna voluntad extintiva en este sentido antes de iniciarse el proceso, ni, por supuesto, ha cumplido los requisitos del artículo 53 del Estatuto de los Trabajadores. Esto podría haber dado lugar a la declaración de nulidad del despido, si se hubiera manifestado de alguna forma esa decisión, pero lo que no cabe es apreciar una causa económica de despido cuando esa causa no ha sido comunicada por la empresa al trabajador. En cualquier caso el problema de la forma del despido es ajeno al planteamiento del recurso.

QUINTO.- Las consideraciones anteriores llevan a la estimación del recurso y a la casación de la sentencia recurrida. Lo razonado en el fundamento anterior determina que la estimación del recurso de suplicación de la empresaria haya de ser sólo parcial en el sentido de que debe eliminarse la condena al abono de lo que la sentencia de instancia denomina salarios de tramitación y que sólo en parte lo son. En cuanto al recurso de suplicación del trabajador, contiene dos motivos un por

error de hecho para modificar el cálculo de la indemnización, introduciendo datos sobre el salario y la fecha del segundo despido, y otro alegando defectos formales y procesales de la sentencia de instancia -con denuncia de la infracción de los artículos 208.2 y 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral -, pero planteando en realidad el mismo problema sustantivo en orden al cálculo de la indemnización. El primer motivo por error de hecho es ajeno a este recurso y además no podría ser estimado, porque no se citó ningún documento o pericia que fundase el error denunciado sobre el salario, basando la rectificación en un documento inhábil -la demanda- y en una pretendida conformidad de la que no hay constancia.

El segundo motivo de suplicación es ciertamente defectuoso en su planteamiento formal, pero, si se examina el desarrollo del mismo, queda claro que, aparte de las denuncias de orden procesal, lo que sostiene, con apoyo en nuestras sentencias de 21 de diciembre de 2001 y 17 de enero de 2002, es que, tras la anulación de la resolución administrativa y de la falta de readmisión, "se produce un nuevo despido", en el que "el tiempo transcurrido desde que se hizo efectivo el despido en el expediente de regulación de empleo hasta la fecha de la posible o imposible reincorporación se computa como tiempo de servicios a efectos de la indemnización que pueda proceder"; indemnización que también ha de calcularse con los salarios que "regirían en el momento del nuevo despido". Este motivo de suplicación ha de estimarse por lo ya razonado. Por ello, aunque no pueda acogerse el motivo por error de hecho, el salario computable en el momento del despido puede ser determinado de acuerdo con los datos que se han acreditado y aplicando el convenio colectivo mencionado en el hecho probado noveno y obrante en las actuaciones.

De todo ello se derivan las siguientes consecuencias:

1ª) El primer despido quedó sin efecto como consecuencia de anulación de la autorización administrativa por el orden contencioso-administrativo. De esta anulación surge una obligación de readmitir, cuyo incumplimiento dio lugar al segundo despido.

2ª) El segundo despido que se produce el 14 de marzo de 2006, al no proceder la empresa a la readmisión, es el que ha de tenerse en cuenta a la hora de pronunciarse sobre la pretensión del actor.

3ª) Ese despido no puede calificarse como un despido procedente por la causa c) del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores, porque consistió en una conducta de hecho, de resistencia a la readmisión, que debe calificarse como despido improcedente, en virtud del artículo 55.5 del

Estatuto de los Trabajadores. Por ello, es correcta la calificación realizada en la instancia.

4ª) Pero el despido que se califica como improcedente es el segundo despido, lo que determina que:

a) La indemnización debe calcularse conforme al tiempo de servicios acreditado a 14 de marzo de 2006 y al salario procedente en esa fecha. Por otra parte, conforme a la doctrina de nuestras sentencias de 21 de diciembre de 2001 y 17 de enero de 2002 el tiempo de servicios computable para el cálculo de la indemnización comprende el periodo en el que el trabajador no pudo prestar servicios para la empresa como consecuencia del cese autorizado. La aplicación de esta doctrina determina que haya de añadirse al tiempo de servicios reconocido por la sentencia de instancia -19 años y 8 meses- un total del 6 años, 1 mes y 14 días, correspondientes al periodo comprendido entre el 1.2.1998 y el 14.3.2006, lo que da un total de un total de 25 años, 9 meses y 14 días.

b) En cuanto al salario ha de tomarse el vigente a 14.3.2006, que, conforme al Convenio Colectivo para el Comercio de Alimentación de la Comunidad de Madrid (BOCAM 24.4.2006), comprende los siguientes importes mensuales:

1º) Salario base, 601,18 euros (art. 20 y Anexo I).

2º) Antigüedad consolidada, 112,12 euros (disposición final 1ª).

3º) Prorrata de pagas extraordinarias, 178,3 euros, lo que da un salario mensual de 891,16 euros y diario de 29,72 euros.

5ª) Los salarios de tramitación que pueden reconocerse son sólo los devengados desde el 14 de marzo de 2006 a la fecha de la sentencia de instancia; salarios que hay que excluir por las razones que tuvo en cuenta la sentencia recurrida, que no se han combatido en el recurso.

6ª) La calificación de improcedencia lleva aparejada la opción del empresario entre la readmisión y la indemnización. No puede eliminarse esa opción en virtud del cierre porque esa limitación no está prevista por la ley y porque además priva a la empleadora de poder efectuar un nuevo despido en virtud del cierre, ya que éste no ha podido enjuiciarse en estas actuaciones. La opción es obligada además en virtud del art. 111.1.b) de la Ley de Procedimiento Laboral.

Debe, por tanto, casarse la sentencia recurrida para resolver el debate planteado en suplicación estimando con el alcance que se ha precisado los dos recursos de suplicación: el de la empresa para reducir la condena a los salarios de tramitación y el del trabajador para fijar una nueva indemnización incluyendo la concesión

de opción legal a la empresa. La indemnización debe fijarse, s.e.u.o., en 34.489,34 euros, de acuerdo con los cálculos realizados. Hay que deducir los 5.641,73 euros (938.705 ptas.) que por este concepto se abonaron en febrero de 1998. El fallo de instancia debe revocarse para introducir estas modificaciones. Todo ello sin imposición de costas en este recurso, ni en el de suplicación. Debe acordarse también la devolución a la empresaria recurrente del depósito realizado para recurrir en suplicación, manteniéndose la consignación en garantía del cumplimiento de la condena.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

#### FALLO

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Ambrosio, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 24 de junio de 2008, en el recurso de suplicación núm. 1054/08, interpuesto frente a la sentencia dictada el 18 de septiembre de 2007 por el Juzgado de lo Social núm. 19 de Madrid, en los autos núm. 319/06, seguidos a instancia de dicho recurrente contra Dª Tania, sobre despido. Casamos la sentencia recurrida de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, con el alcance que se precisará a continuación, y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estimamos los recursos de suplicación interpuestos por Dª Tania y por D. Ambrosio contra la sentencia de instancia y, con revocación parcial de esta resolución, mantenemos el pronunciamiento que declara el despido improcedente y condenamos, a Dª Tania a que, a su elección, readmita al actor en las mismas condiciones que regían antes del despido o le abone una indemnización de 28.847,61 euros (s. e. u. o.). La opción indicada deberá ejercitarse mediante escrito o comparecencia ante la Secretaría del Juzgado de lo Social dentro del plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia.

Devuélvase las actuaciones y el rollo de suplicación a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Aurelio Desdentado Bonete.- Luis Fernando de Castro Fernández.- Jesús Souto Prieto.- María Luisa Segoviano Astaburuaga.- María Lourdes Arastey Sahun.

Publicación.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Aurelio Desdentado Bonete hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.



## RESEÑA

Si desea recibir por fax el texto completo de las sentencias de las que se informa en la sección "Reseña", puede solicitarlo por teléfono (91) 423 29 00 o por fax (91) 578 16 17, indicando siempre el número de referencia de la sentencia.



2009/275996

TS Sala 1ª, Sentencia 17 noviembre 2009.  
Ponente: D. Antonio Salas Carceller

### Obligación de comunidades de propietarios de complejo de soportar gastos de zona ajardinada

El TS declara no haber lugar a los recursos de casación interpuestos por ambos litigantes confirmando la sentencia de la AP que, con parcial estimación de la demanda, declaró que la zona de jardín del complejo urbanístico era de libre circulación y utilización gratuita para los propietarios y residentes actuales y futuros del complejo urbanístico, estando obligadas las comunidades de propietarios del complejo a soportar los gastos de cuidado y mantenimiento. Declara la Sala que no puede admitirse una interpretación, como la interesada por la recurrente, que favorece sus intereses por razón de modificaciones urbanísticas posteriores a la celebración de los contratos, cuando el eventual perjuicio que actualmente se le derive de lo entonces pactado resulta imputable exclusivamente a su propia actuación al no llevar a cabo en su momento la edificación con cumplimiento de las obligaciones contractualmente asumidas.

2009/299929

TS Sala 1ª, Sentencia 17 diciembre 2009.  
Ponente: D. Jesús Corbal Fernández

### Uso o conocimiento notorio en España para la protección del nombre comercial extranjero

El TS desestima el rec. de casación confirmando la sentencia de la AP que rechazó la acción de protección de nombre comercial extranjero y de nulidad de la marca registrada en España por parte de la demandada, al considerar que no sólo no se acredita que la actora haya usado en España el nombre comercial que invoca, sino que ni tan siquiera probó su uso en el extranjero en el momento preciso, todo ello de acuerdo con la doctrina jurisprudencial

cial actual de la Sala que sostiene que se debe exigir el uso o conocimiento notorio en al menos una parte sustancial del territorio español.



2009/259070

TS Sala 2ª, Sentencia 22 octubre 2009.  
Ponente: D. Joaquín Giménez García

### Atenuante analógica de dilaciones indebidas en estafa y falsedad documental

Se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por delitos de estafa y falsedad en documento mercantil. El TS dicta segunda sentencia por la que aprecia en el recurrente la atenuante analógica de dilaciones indebidas, pues la ralentización de la tramitación es relevante desde la perspectiva del derecho a un proceso sin dilaciones, y por tanto con la relevancia penológica correspondiente; en este sentido no se puede compartir la fundamentación de la sentencia de instancia, porque reconociendo la complejidad de la causa, no se ha acreditado que el acusado haya obstaculizado la instrucción, y por otro la demora en la emisión del dictamen pericial fue ajeno a toda táctica dilatoria imputable al recurrente.

2009/259071

TS Sala 2ª, Sentencia 23 octubre 2009.  
Ponente: D. Manuel Marchena Gómez

### Valoración probatoria en delitos de estafa y falsedad

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por los acusados contra sentencia que les condenó por delitos de falsedad y estafa. Subraya el TS que no se trata de optar entre la valoración probatoria que proclama la sala de instancia y la que, con carácter alternativo, formula el recurrente, pues no incumbe al TS decidir, mediante un juicio electivo, con cuál de las versiones se siente más identificada. El papel del TS, por el contrario, se limita a un examen de la existencia, la li-

cidad y la suficiencia de las pruebas valoradas por la sala "a quo", fiscalizando, además, la racionalidad del discurso argumental mediante el que el órgano decisorio proclama el juicio de autoría.



2009/288573

TS Sala 3ª, Sección 2ª, Sentencia 5 octubre 2009.  
Ponente: D. Juan Gonzalo Martínez Micó

### Suspensión de la tramitación del expediente de incapacidad durante la tramitación de los procesos penal y disciplinario

El TS desestima el recurso de revisión interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Nacional que confirmaba la resolución del Subsecretario de Defensa, que acordó la interrupción de la tramitación del expediente de incapacidad por insuficiencia de condiciones psicofísicas relativo al Teniente Coronel de la Guardia Civil y se acordaba continuar con la tramitación del expediente de incapacidad iniciado en el caso de que en el procedimiento penal que se le seguía recayere pena principal o accesoria que no implicase la pérdida de la condición de militar y de miembro de la Guardia Civil, o en el caso de que en el expediente disciplinario que se le había abierto, recayere resolución imponiéndole una sanción disciplinaria que no resultase incompatible con el pase a retiro del expedientado por inutilidad permanente para el servicio.

2009/300094

TS Sala 3ª, Sección 3ª, Sentencia 9 diciembre 2009.  
Ponente: Dª Mª Isabel Perelló Domenech

### Denegación de inscripción de la marca solicitada por su similitud con la oponente

El TS desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia

dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución de la Oficina Española de Patentes y Marcas, que denegó la inscripción de la marca nacional "Victory nutrition", para "productos dietéticos" de la Clase 5 del Nomenclátor. La Sala no considera ilógica la valoración efectuada por el Tribunal de instancia al apreciar una evidente similitud fonética entre los términos que identifican al conjunto denominativo de la marca aspirante y los de la marca prioritaria "Victory profesional protein", cuya relevancia es tal que las diferencias que puedan existir entre una y otra no excluyen el riesgo de confusión, ni pueden alterar la impresión sustancialmente idéntica que ante el "público específico" de consumidores produce.



2009/234804

TS Sala 4ª, Sentencia 6 octubre 2009.  
Ponente: D. Luis Ramón Martínez Garrido

### Reconocimiento del derecho a gratificación por antigüedad

El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el trabajador demandante frente a sentencia que rechazó su reclamación de cantidad, por el concepto de gratificación, de una mensualidad por antigüedad establecida en el art. 77 del Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Diputación Provincial de Jaén y sus Organismos Autónomos.

La Sala señala que el problema litigioso se plantea en computar todo el tiempo servido en el mismo organismo o únicamente el tiempo en el que la diputación viene siendo titular de la relación y, en este caso, fue la propia demandada la que reconoció premiar a aquellos trabajadores que hubieran estado a su servicio, sin computar a ese efecto el tiempo que un trabajador hubiera estado en la misma oficina de recaudación, -como era el caso del actor- cuando era explotada por otra persona en régimen de concesión, sin perjuicio de que se le reconociese la antigüedad por el total del tiempo servido pues la antigüedad viene a compensar la mayor experiencia adquirida en el desempeño de un trabajo y los trabajadores que prestaron servicios en la recaudación adquirieron esa experiencia cualquiera que fuese el titular de la labor de recaudación encomendada, por ello se ha de condenar a la diputación a abonar al actor la cantidad reclamada.