

# **Tribunal Superior de Justicia de Andalucía<sup>1</sup>**

## **IX. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO**

Subvenciones : ayudas a la formación profesional para el empleo: reclamación de cantidades pendientes de pago; el acto del beneficiario de una subvención otorgada por acto firme de la Administración, por el que se justifica el cumplimiento de la actividad a que se obligó con el otorgamiento de la subvención, constituye una actuación a la que aquel viene obligado, que no inicia un procedimiento administrativo sujeto a un plazo máximo de resolución conforme al art. 43.2 de la LPAC. La Administración viene obligada al abono de la subvención concedida o la cantidad parcial pendiente una vez verificada la completitud de la justificación presentada: abono procedente. Doctrina casacional al respecto del Tribunal Supremo.

Tiene por objeto el presente recurso jurisdiccional analizar y decidir sobre la conformidad a Derecho de la inactividad por parte de la Consejería de Empleo, Empresa y Comercio de la Junta de Andalucía ante la solicitud del recurrente de fecha 4 de mayo de 2016 de liquidación total y pago de la ayuda otorgada y no abonada, en el expediente 41/2010/J/461 (y 41/2011/J/1130, por parte de la Consejería de Empleo, Empresa y Comercio de la Junta de Andalucía, por importe final de 79.390,90 euros del total concedido

Por la parte recurrente, se alega que ha acreditado convenientemente haber requerido a la Administración para realizar la actuación a la que venía obligada consistente en el pago del resto de la subvención pendiente.

Por su parte, la Administración demandada opone, en cuanto al fondo, que es ajustada a derecho la resolución recurrida interesando la desestimación del recurso.

Sostiene la recurrente que le fueron otorgadas dos subvenciones las cuales fueron realizadas satisfactoriamente y, dentro del plazo de los tres meses siguientes a su finalización, presentó el 25 de julio de 2012 las correspondientes cuentas justificativas de cada uno de los cursos para su debida comprobación y liquidación, en unión de informes de la auditoría y de la restante documentación prevista en el artículo 102 de la orden de 23 de octubre de 2009 (LAN 2009, 454).

---

<sup>1</sup> Subsección preparada por JOSÉ LUIS RIVERO YSERN. Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.

Conforme a dicha documentación acreditó las cantidades que relata en su escrito rector.

En el expediente 41/2010/J/461, una vez deducidas las sumas justificadas como gastos subvencionables por la impartición de los cinco cursos comprometidos, resulto una cantidad a su favor de 53.004.50 euros, saldo que debería haber liquidado a la actora en el plazo máximo de tres meses siguientes a la presentación de las cuentas justificativas, es decir, antes del mes de noviembre de 2012.

Transcurridos cuatro años desde aquella fecha sin resolver expresamente nada acerca de la liquidación final del expediente, en fecha 8 de julio de 2016 presentó escrito reclamando el pago de la cantidad adeudada.

En el expediente de subvenciones 41/2011/J/1130, igualmente, tras presentar la documentación justificativa con fecha 8 de julio de 2016 interpuso solicitud de pago del saldo que le correspondía.

Siendo numerosos los recursos impugnados y admitidos en casación, la STS de 6 de marzo de 2018 (RJ 2018, 1367) , Rec. 557/2017 , resolviendo los mismos, añade una nueva doctrina para la solución de este asunto, pues en líneas generales establece que el acto del beneficiario de una subvención otorgada por acto firme de la Administración por el que se justifica el cumplimiento de la actividad a que se obligó con el otorgamiento de la subvención, constituye una actuación a la que aquel viene obligado, que no inicia un procedimiento administrativo sujeto a un plazo máximo de resolución conforme al art. 43.2 de la LPAC (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246) (actual art. 21.3 de la Ley 39/2015 (RCL 2015, 1477), de Procedimiento Administrativo Común ) y que la Administración viene obligada al abono de la subvención concedida o la cantidad parcial pendiente, una vez verificada la completitud de la justificación presentada, comprobación para lo que dispone del plazo fijado en las bases reguladoras de la subvención, que en este caso es de tres meses, sin que puede resultar de aplicación, para esta limitada actuación de comprobación de la justificación, el plazo de prescripción de la acción de reintegro o declaración de la pérdida del derecho a la subvención que regula el art. 39 de la Ley General de Subvenciones (RCL 2003, 2684)

Esta misma Sala, Sección Primera, en sentencia de fecha 18 de mayo de 2018 , recaída en el recurso ordinario 348/2015, reflejando la doctrina de la casación señalada, expone que: “ Alega la entidad actora que una vez finalizadas estas acciones formativas y habiendo cumplido diligentemente en plazo con las obligaciones de justificación y liquidación de la ayuda, la

Administración no cumplió con la obligación de pago de las cantidades restantes. Habiendo reclamado en reiteradas ocasiones a la Administración demandada el abono de estas cantidades, no ha obtenido su pago, por lo que dirige su pretensión frente a la desestimación por silencio de su petición de pago; y, reclama de este modo el pago de la cantidad restante de la ayuda con número de expediente 41/2010/J/60, que asciende a la suma de 64.389,73 euros y, respecto de la ayuda con número de expediente 41/2011/J/1026, el pago de la cantidad de 67.064,34 euros, debiendo ambas incrementarse con los intereses legales que se devenguen.

(...) Como se expone por la demandada en su escrito de conclusión, debe estar en la resolución de la presente controversia a la doctrina casacional sentada recientemente por el tribunal Supremo, entre otras, en su STS, Contencioso sección 4 del 6 de marzo de 2018 (ROJ: STS 1066/2018-ECLI:ES:TS:2018:1066 ). No procede por lo tanto acceder a la petición de suspensión del procedimiento que interesaba inicialmente a la demandada en su contestación. Por otra parte, ha venido a señalar el Tribunal Supremo en esta sentencia que “(...) el acto del beneficiario de una subvención otorgada por acto firme de la Administración por el que se justifica el cumplimiento de la actividad a que se obligó con el otorgamiento de la subvención, constituye una actuación a la que aquel viene obligado, que no inicia un procedimiento administrativo sujeto a un plazo máximo de resolución conforme al art. 43.2 de la LPAC (actual art. 21.3 de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común). (...)”. Y, por otra parte, que “(...) La Administración viene obligada al abono de la subvención concedida o la cantidad parcial pendiente, una vez verificada la completitud de la justificación presentada, comprobación para lo que dispone del plazo fijado en las bases reguladoras de la subvención, que en este caso es de dos meses, sin que puede resultar de aplicación, para esta limitada actuación de comprobación de la justificación, el plazo de prescripción de la acción de reintegro o declaración de la pérdida del derecho a la subvención que regula el art. 39 de la LGS . (...)”.

De este modo, justificada y verificada la documentación justificativa presentada, la Administración debió haber procedido al pago de las resoluciones firmes de otorgamiento de la ayuda. Señala empero la demandada la presencia de sendos requerimientos de documentación justificativa no atendidos: EXP 41/2010/J/0060: Requerimiento de 28 de junio de 2016; y, EXP 41/2011/1026: Requerimiento de 28 de junio de 2016. De esta última circunstancia extraería esta parte la procedencia del impago hasta que la justificación documental presentada (cuenta justificativa y

demás documentos complementarios) no hubieran sido objeto de ningún reparo y una vez solventados los distintos requerimientos.

Este óbice sin embargo no puede ser compartido en el presente supuesto. En este sentido, no es posible desconocer que ambos requerimientos fueron realizados por la demandada en el mes de junio de 2016, esto es, más de tres años después de la presentación de la última justificación por parte de la beneficiaria. Distingue el Tribunal Supremo en aquella sentencia entre la verificación de la justificación presentada por el beneficiario, actividad que es la que viene a desarrollar la Administración a partir de aquellos requerimientos de documentación, y, por otra, la comprobación de la actuación comprometida. “(...) Son dos actuaciones distintas no sólo porque así las enuncia el art. 32 de la LGS, sino porque tienen finalidades y ámbitos de actuación diversos. La primera, la verificación o comprobación de la justificación, es de naturaleza formal y está destinada a contrastar la completitud de la justificación presentada, como paso previo a autorizar el pago. Por ello debe desarrollarse en un plazo breve, atendido su limitado ámbito de comprobación. La segunda, de comprobación de la actividad o adopción del comportamiento para el que se otorgó la subvención puede tener un alcance mucho más amplio y por ello perdura en tanto no prescriba la acción de reintegro ( art. 39.1 de la LGS ). Por tanto, la verificación o, como dice el art. 32.1 LGS, la comprobación de la justificación, por una parte, y la comprobación de la realización de la actividad y cumplimiento de la finalidad que determinó la concesión o disfrute de la subvención, por otra, son actividades administrativas distintas, que no están sujetas a un régimen temporal común, como pretende la recurrente. Para la comprobación de la idoneidad y completitud de la justificación el plazo ha de ser necesariamente breve, pues se trata de contrastar que la documentación está completa a tenor de lo exigido en las bases de la convocatoria, y justifica la realización de la actividad que se había comprometido el beneficiario. (...)”.

Es cierto que, como asimismo se razona, nada impide que en el marco que ofrece la primera fase de verificación se considere insuficiente la documentación justificativa presentada por el beneficiario y se le requiera para que la complemente, “(...) Pero lo que no cabe es dilatar esa fase de verificación documental, necesariamente breve por su finalidad limitada, so pretexto de que la facultad de comprobación queda abierta en tanto no prescriba la acción de reintegro. (...)”.

Con arreglo a la anterior doctrina casacional, no es posible estimar la tesis de la recurrente que en su demanda lleva a considerar, ante la falta de previsión

normativa en la resolución de concesión o en la Orden de aplicación acerca del plazo máximo para la realización de esta actividad de verificación, a la aplicación subsidiaria la Ley 39/15, de 1 de octubre, que en su art. 21.3 previene que, cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen un plazo máximo para resolver, éste será de tres meses. Sin embargo, tampoco puede llevar la anterior circunstancia a desconocer, como toma efectivamente en cuenta el Tribunal Supremo, que las resoluciones de concesión también tenía en consideración lo dispuesto en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, su Reglamento de desarrollo aprobado por Real Decreto 887/2006, de 21 de julio (RCL 2006, 1471, 2038), y el Decreto autonómico 254/2001, de 20 de noviembre (LAN 2001, 427). Y, como ha dicho esta misma Sección, en sentencia de 27 de abril de 2018 (JUR 2018, 176219), recurso número 75/2015, siguiendo precisamente la anterior jurisprudencia, el superior rango de esta normativa obliga a la Administración a abonar la cantidad parcial pendiente, una vez verificada la completitud de la justificación presentada, debiendo efectuarse la comprobación dentro del plazo que fijen las bases reguladoras de la subvención y sin que resulte de aplicación, para esta limitada actuación de comprobación de la justificación, el plazo de prescripción de la acción de reintegro o declaración de la pérdida del derecho a la subvención que regula el art. 39 de la LGS. Y, que para revisar la justificación presentada y tramitar el pago la Administración también estaba constreñida a un plazo, cuya realidad, pese a no aparecer explícitamente establecida, puede inferirse por vía interpretativa a la vista de los términos en que la ayuda fue concedida y que desde luego no puede llevar, como en este caso, a prolongar dicha posibilidad durante más de dos y tres años respectivamente desde que se presentó la documentación justificativa, para librar una vez interpuesto además el recurso contencioso-administrativo sendos requerimientos de documentación.

Más aún, el tenor y propio discurso de estos dos requerimientos impiden considerar que se hallen encuadrados dentro de la citada posibilidad de verificación y hayan logrado articularse por otra parte de un modo eficaz, pues de la documentación que se incorpora al expediente no consta su efectiva notificación. La propia recurrente ya señaló en su demanda sobre este extremo que los requerimientos obtuvieron el resultado de devuelto y fue realizado, en relación con el expediente 41/2010/J/60 cuatro años después de la presentación de la justificación económica de la ayuda que se presentó en el año 2012; y, que la notificación de dicho requerimiento de subsanación no surtió efecto, no resultando eficaz por lo que se está aun a pendiente

de su publicación edictal. Y esta última circunstancia es la que se deduce necesariamente del confuso expediente remitido por la Administración y de su complemento, en el que además aparece dicho requerimiento seguido de documentación justificativa de la realización de los cursos sin mayor valoración al respecto. Por otra parte, el documento firmado el 21 de junio de 2017 por el Jefe de Servicio de Formación para el Empleo en respuesta a la nota interior número 432/2017 ofrece una información que precisamente ilustra en el anterior sentido; así, respecto al expediente 41/2011/J/1026 CEFASA señala que queda pendiente el 50% a expensas del análisis de la documentación presentada por la entidad de liquidación de gastos; y, en cuanto al expediente 41/2010/J/60 CEFASA, queda pendiente el 25% que no se ha liquidado pues no contesta al requerimiento realizado, que fue remitido el 28 de junio de 2016, pero que fue devuelto el 12 de julio siguiente por desconocido, siendo devuelto y quedando pendiente de publicar el requerimiento en BOJA y BOE.

No consta por lo tanto reparo debida y eficazmente articulado con el fin de verificar al menos en un tiempo razonable la debida justificación de las acciones formativa. Debe en consecuencia estarse a lo dispuesto por el Tribunal Supremo en aquella sentencia, “(...) Por consiguiente, la Administración demandada venía obligada a la ejecución del acto firme de concesión de la subvención, una vez acreditado el cumplimiento de la condición a que estaba subordinado el derecho ya declarado en la resolución de concesión. La justificación documental presentada (cuenta justificativa y demás documentos complementarios) no ha sido objeto de ningún reparo una vez solventados los distintos requerimientos.

(...)

Es por ello que se ha acreditado tanto el derecho de la beneficiaria como la pasividad de Administración en el cumplimiento y ejecución de un acto administrativo firme, como es el de concesión de la subvención, del que se derivan, no ya meras expectativas, sino auténticos derechos, que se han consolidado desde el punto y hora que el beneficiario ha cumplido con las obligaciones de justificación a que venía subordinada la efectiva percepción de la subvención”.

La estimación por lo demás del recurso contencioso-administrativo debe ser íntegra, pues al margen de la calificación que hace la recurrente de la actividad impugnada, ha tomado en cuenta también el Tribunal Supremo en aquella sentencia, valorando los diversos fundamentos de la pretensión deducida, en los que se refiere tanto a la inejecución o inactividad respecto a

al acto firme de concesión, como a desestimación presunta por silencio, que “(...§) Ahora bien, ante una situación en que la Administración ha dejado pasar, no ya meses, sino años, en una situación de inactividad, resulta secundario si la demanda ha orientado la pretensión como impugnación de un acto presunto, o como una inactividad de la Administración en el cumplimiento de la actuación a que venía obligada, o finalmente como la inejecución de un acto firme cuyo cumplimiento se reclame. Todas estas formas de actuación administrativa son impugnables, a tenor del art. 25 de la LJCA (RCL 1998, 1741) . La Administración no puede obtener ventaja de su falta de respuesta e inactividad cuando no ofrece una mínima justificación de su proceder, dejando transcurrir mucho más de los dos meses que prevé el art. 36.5 de la Orden de 31 de octubre de 2008 (LAN 2008, 516) para expedir el documento contable a partir del momento de la justificación. (...)”.

Idénticas consideraciones resultan por lo tanto ahora aplicables, pues al margen de aquella consideración de la actividad impugnada, la jurisprudencia aplicada en el marco de los hechos y características propias que ofrece este supuesto debe llevar a reconocer el derecho de la recurrente a obtener en su integridad el importe de las cantidades pendientes de pago a tenor de sendas resolución de concesión. Por ello, el recurso debe ser estimado.”.

En el presente caso no consta que la justificación fuera insuficiente. Aduce de contrario la Administración demandada que, aportando documentación la recurrente y no constando dictado de la liquidación a la que se refiere el artículo 99.5 de la Orden reguladora, lleva a determinar qué esa documentación aportada siguió estando incompleta, resultando injustificadas las subvenciones objeto del recurso, no pudiendo ejecutarse, por tanto, el acto firme de concesión de la subvención.

Este argumento debe rechazarse pues del examen del voluminoso expediente no resulta tal cosa, antes al contrario, que no fue opuesto reparo alguno a las cuentas aportadas por la actora en el desarrollo y ejecución de las respectivas subvenciones. Así se desprende del índice del complemento de expediente, páginas 1590 y 1596, en las que consta acuse de recibo con fecha de notificación 1 de julio de 2016 del requerimiento de documentación efectuado por el Servicio de Formación de Empleo. En las páginas 1597 a 1758, consta la contestación y copias de la documentación aportada con fecha 8 de julio de 2016 para la justificación de los cursos con motivo del requerimiento efectuado por el Servicio de Formación de Empleo notificado con fecha también 1 de julio de 2016. En las páginas 1759 a 1884, consta la contestación y copias de la documentación aportada con fecha 1 de julio

de 2016. En todos estos casos se aporta la Memoria Económica Abreviada, documentos contables certificación de alumnos que han acabado las prácticas y aportado los documentos de seguimiento de los respectivos cursos, sin que en ninguno de ellos conste que a dicha documentación haya opuesto reparo alguno la Administración.

En el expediente igualmente no consta que se haya puesto reparo alguno a los documentos contables, de seguimiento y a la documentación relativa a la justificación económica.

Por todo ello corresponde la estimación del recurso.

De conformidad con el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción (RCL 1998, 1741) procede la condena de la Administración al pago de las costas; si bien la Sala, haciendo uso de la facultad que le otorga el apartado 3 del mismo precepto, y dada la cuantía, complejidad del pleito y actividad procesal desarrollada señala que la cifra máxima que en concepto de honorarios de abogado podrá incluirse en la tasación de costas alcanza, por todos los conceptos, la suma de mil euros (1000 euros).

( St de trece de junio de dos mil dieciocho. Sala de Sevilla. Ponente Pablo Vargas Cabrera)

### XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES. EXTRANJERIA. NO ES POSIBLE SOLICITAR EN EL PROCESO CONTRA LA EXPULSIÓN UNA AUTORIZACIÓN DE ESTANCIA NO SOLICITADA EN VÍA ADMINISTRATIVA

La sentencia impugnada desestima el recurso interpuesto contra la resolución del Delegado del Gobierno de Ceuta por la que se decreta la expulsión del territorio nacional.

Se mantiene como motivo de la apelación la concurrencia de motivos humanitarios por la situación de su país de origen, y falta de proporcionalidad de la resolución en cuanto a la sanción impuesta.

La posibilidad de la obtención de asilo o de autorización para residir por motivos humanitarios, ha sido acertadamente resuelta por la sentencia impugnada, indicando que dicha autorización de residencia por motivos humanitarios, correspondía efectuarla y resolverla en el correspondiente procedimiento administrativo y no en el de expulsión, no pudiendo pretenderse dicho reconocimiento en vía judicial frente a la impugnación de

la expulsión acordada. No es posible en el recurso respecto de una resolución de expulsión, solicitar y obtener judicialmente una autorización de estancia que no ha sido previamente instada en vía administrativa.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencia de 23 de abril de 2015 respecto de la interpretación de la Directiva 2008/11, ha estableciendo la obligación de acordar la expulsión sin que sea posible la sustitución de dicha sanción por la de multa, prevista en la legislación española, por lo que no es posible apreciar la falta de proporcionalidad denunciada por no imposición de sanción de multa.

(St. de 17 de abril de 2018. Sala de Sevilla. Ponente Frías Martínez)

## XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES. LICENCIA DE ARMAS; RÉGIMEN DE REVOCACIÓN EN EL MARCO DE LAS SUCESIVAS LEYES DE PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD CIUDADANA

Es objeto de la presente revisión judicial promovida por D<sup>o</sup>. Sixto la Resolución n<sup>o</sup> 3/16 de fecha 5 de enero de 2016 del Excmo. General jefe de la IV<sup>a</sup> Zona de la Guardia Civil, P.D. del Director General de la Guardia civil, que con sostén en el artículo 97.5 del Real Decreto 137/1993, de 29 de enero , por el que se aprueba el Reglamento de Armas, a cuyo tenor: *“La vigencia de las autorizaciones concedidas y de los reconocimientos de coleccionistas efectuados estará condicionada al mantenimiento de los requisitos exigibles con arreglo a lo dispuesto en este Reglamento para su otorgamiento, pudiendo los órganos competentes para su expedición comprobar en cualquier momento tal mantenimiento y procediendo a revocarlas en caso contrario”*, revocó la licencia de armas tipo “D” número NUM000 concedida al Sr. Sixto , debiendo depositar la misma y las armas que ampare acompañadas de sus guías de pertenencia en la intervención de Armas y Explosivos de la Guardia Civil, pues constaba a D<sup>o</sup>. Sixto los siguientes antecedentes:

“El día 02/01/2014 fuerzas del SEPRONA de la Guardia Civil de Peñarroya-Pueblo.nuevo (Córdoba) le identifica junto con otros cazadores, algunos de los cuales portaban rifles, practicando la actividad cinegética en el coto de caza “Los Bonales”, matrícula NUM001 , del término municipal de los Blázquez (Córdoba), sin ajustarse a las condiciones especificadas en la normativa vigente para las distintas modalidades de caza mayor, teniendo en cuenta el número de participantes (7) y el número de perros (7).

Por dicho hecho fue denunciado la Delegación Territorial de Agricultura, Pesca y Medio Ambiente en Córdoba que, tras la instrucción del expediente

sancionador NUM002 le sanciona como autor de una infracción grave del art. 77.15 de la Ley 8/2003 de la Flora y Fauna Silvestres.”,

El recurrente aduce los siguientes motivos de impugnación:

I.- Vulneración del derecho de defensa.

Habiendo propuesto la práctica de pruebas, que consistían en la petición de sendos informes de conducta pública del interesado a emitir por el Sr. Comandante del Puesto de la Guardia Civil de Pozoblanco y por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Pozoblanco, su denegación no le fue notificada, ni tuvo ocasión de alegar sobre la misma.

II.- Indebida aplicación del artículo 98.1 del Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Armas.

Este precepto en ningún caso hace mención a ninguna actitud, respetuosa o no, del derecho de caza.

III.- La Administración se aparta de la reciente doctrina jurisprudencial.

Las sentencias de la Sala de lo Contencioso administrativo, Sección 3ª, del Tribunal Supremo de 15/02/2012 y 24/02/2012, consideraron que una única infracción a la normativa de caza, en ausencia de otros antecedentes desfavorables o pérdida de las condiciones psicofísicas del interesado, no es demostrativa de riesgo potencial para la integridad física o la seguridad de terceros que justifique la prohibición de la tenencia de armas.

IV.- La resolución recurrida cita una sentencia del Tribunal Supremo, la de 10 de octubre de 2003, recurso 1096/1999, que menciona la Ley Orgánica 1 /1992, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana, que estaba derogada antes de iniciarse el procedimiento revocatorio de la licencia de armas.

V.- A diferencia del régimen previsto en el art. 7.1 de la LO. 1/1992 , que declaraba: “Se faculta al Gobierno para reglamentar las materias y actividades a que se refiere el artículo anterior, en atención a las circunstancias que puedan concurrir en los distintos supuestos:...b) Mediante la obligatoriedad de licencias o permisos para la tenencia y uso de armas de fuego cuya expedición tendrá carácter restrictivo , especialmente cuando se trate de armas de defensa personal, en relación con las cuales la concesión de las licencias o permisos se limitará a supuestos de estricta necesidad” , la vigente Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, cuya entrada en vigor se produjo a partir del día 01/07/2015, limita en su art. 29.1 el carácter restrictivo

de la expedición y mantenimiento de licencia de armas, exclusivamente, a los supuestos de armas de defensa personal, cuando dice: “El Gobierno regulará las medidas de control necesarias sobre las materias relacionadas en el artículo anterior...b) Estableciendo la obligatoria titularidad de licencias, permisos o autorizaciones para la adquisición, tenencia y utilización de armas de fuego, cuya expedición tendrá carácter restrictivo cuando se trate de armas de defensa personal, en relación con las cuales la concesión de las licencias, permisos o autorizaciones se limitará a supuestos de estricta necesidad. Para la concesión de licencias, permisos y autorizaciones se tendrán en cuenta la conducta y antecedentes del interesado. En todo caso, el solicitante prestará su consentimiento expreso a favor del órgano de la Administración General del Estado que tramita su solicitud para que se recaben sus antecedentes penales”, y que, en opinión del apelante, no es el caso de la licencia de arma de caza tipo “D” que le ha sido revocada.

En cuanto al alegato de indefensión que se vincula a la denegación de las pruebas solicitadas, la resolución impugnada explicó su innecesariedad, que cimentaba en no existir ningún dato objetivo del que aflorase un carácter violento o agresivo en la personalidad del Sr. Sixto .

El órgano instructor del procedimiento, por imperativo del art. 80.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJAPPAC), aplicable *ratione temporis*, debería haberse pronunciado motivadamente sobre la admisión o rechazo de las pruebas solicitadas por el interesado, lo que no hizo.

Ahora bien, no todas las irregularidades procedimentales comportan necesariamente la anulación del acto defectuoso, al decir el apartado 2 del art. 63 LRJAPPAC que *“No obstante, el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados”* .

Consolidada doctrina jurisprudencial interpreta el precepto que acabamos de transcribir en el sentido que la indefensión no puede predicarse en abstracto sino que debe ser evaluada en cada caso concreto, contemplando el procedimiento en su conjunto y el impacto que cause sobre la decisión final.

Bajo esta óptica, que atribuye al vicio de indefensión un carácter instrumental, la anulación del actuar administrativo precisa inexcusablemente que la

irregularidad denunciada haya supuesto una disminución efectiva, real y trascendente de garantías, incidiendo en el pronunciamiento de fondo.

Así las cosas, el recurrente no especifica el género de lesión que a su derecho de defensa produjo la falta de práctica de las diligencias probatorias que había solicitado a la instrucción; las que, al parecer, escasa importancia revestían pues el actor no propuso en su escrito de demanda, como exige el art. 60.1 LJCA, los concretos medios de prueba a practicar, lo que llevó a que el auto firme de 27 de febrero de 2018 declarase no haber lugar a recibir a prueba el recurso.

En definitiva, no cabe hablar en el presente caso de una real y efectiva situación de indefensión

A propósito del reproche consistente en apartarse la Administración de la reciente doctrina jurisprudencial, traemos a colación los últimos pronunciamientos del Alto Tribunal referentes a revocaciones de licencias de armas, de los que son exponentes:

\* La STS, Sección 3ª, de 25/04/2014, Recurso: 3058/2010 , F.J. 4º:

“Sobre el tercer motivo de casación: la alegación de infracción de los artículos 97.2 y 98 del Reglamento de Armas, aprobado por Real Decreto 137/1993, de 29 de enero.

El tercer motivo de casación, sustentado en la infracción de los artículos 97.2 y 98 del Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Armas, no puede prosperar, pues no estimamos que la decisión de la Sala de instancia, de confirmar la resolución gubernativa revocatoria de la licencia de armas tipo “D”, debido a que ha quedado acreditado que el titular de la licencia de armas no posee un temperamento sereno ni ha observado una adecuada conducta ciudadana, según se desprende del Informe de aptitud redactado por el Guardia Civil Interventor de Armas y Explosivos de Béjar, obrante en el expediente administrativo, contravenga dichas disposiciones reglamentarias, pues se corresponde con una valoración razonable del riesgo potencial que puede originar para terceros la tenencia de armas.

En efecto, cabe consignar que, conforme una reiterada jurisprudencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, expuesta en las sentencias de 28 de enero de 2008 ( RC 1059/2004), de 21 de mayo de 2009 ( RC 500/2005 ), y de 27 de noviembre de 2009 ( RC 6374/2005 ), el artículo 98.1 del Reglamento de Armas , que

dispone que «En ningún caso podrán tener ni usar armas, ni ser titulares de las licencias o autorizaciones correspondientes, las personas cuyas condiciones psíquicas o físicas les impidan su utilización, y especialmente aquellas personas para las que la posesión y el uso de armas representen un riesgo propio o ajeno», determina que el control administrativo que se describe en este precepto no sólo se extiende al momento de la concesión de la licencia o autorización, sino que también se proyecta sobre el mantenimiento de las mismas aptitudes o condiciones y obligaciones exigidas para ser titular de la licencia concedida, de manera que cuando una vez concedida la autorización, la Administración tiene conocimiento de nuevas circunstancias, que han alterado las condiciones originarias concurrentes al tiempo del otorgamiento, o han determinado su desaparición, debe valorar este nuevo estado de cosas y motivar sobre la necesidad de su revocación.

Por tanto, un correcto entendimiento del precepto reglamentario lleva a considerar que procederá la revocación de la autorización previamente concedida cuando se constate que no se cumplen ya las condiciones exigibles, sea porque se advierten en el titular de la licencia condiciones psíquicas o físicas que no se consideran compatibles con la utilización de armas de fuego, sea por la concurrencia de circunstancias de las que se derive que la posesión y uso de armas comporta un riesgo propio o de terceros, como acontece en el caso enjuiciado en este recurso de casación, en que la Sala de instancia ha valorado adecuadamente las circunstancias concurrentes al concluir que el titular de la licencia de armas tipo “D” tuvo un comportamiento inadecuado, contrario a las reglas de la convivencia, que le hace inidóneo para mantener el mencionado permiso de armas.’

En este sentido, resulta obligado recordar el carácter restrictivo de la concesión de permisos o licencias para la tenencia de armas de fuego. En nuestras sentencias de 8 de abril de 2008 (RC 1564/2004) y de 22 de enero de 2010 (RC 7652/2005), con cita de sentencias anteriores, hemos destacado el carácter restrictivo que rige esta materia debido al cambio normativo operado por la promulgación del nuevo Reglamento de Armas, aprobado por el Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, en comparación con el antiguo Reglamento, aprobado por Real Decreto 2179/1981.

En la sentencia de esta Sala jurisdiccional de 8 de abril de 2008, dijimos:

«[...] una cosa es que el procedimiento no haya cambiado y otra cosa es que haya identidad en los preceptos citados. No la hay. Porque claramente se

advierte la introducción de un punto de rigor en la nueva reglamentación que no se limita a hablar de discrecionalidades sino que se añade ... que la expedición de la licencia tendrá carácter restrictivo limitándose a supuestos de existencia de riesgo especial o de necesidad”. Añadiéndose que “es claro, pues, que bajo la normativa anterior la libertad estimativa que contiene toda potestad discrecional ha sido reducida, pues el otorgamiento queda sujeto a un mandato imperativo muy preciso: la citada potestad de otorgamiento ha de ejercerse de manera restrictiva».

Y en la sentencia de esta Sala jurisdiccional de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2012 (RC 604/2012), recordamos que «el análisis de las concretas circunstancias existentes en cada caso es, sin duda, imprescindible al aplicar los preceptos que en desarrollo del artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1992 han sido aprobados para reglamentar la expedición de licencias o permisos para la tenencia y uso de armas de fuego», subrayando que «el Reglamento, aprobado por el Real Decreto 137/1993, mantiene como es bien sabido, un carácter restrictivo para la expedición de dichas autorizaciones», manteniendo con reiteración «que el hecho de que unas determinadas actuaciones policiales no hayan sido seguidas de condenas penales no obsta a la posibilidad de que los hechos objeto de los atestados policiales, aun no revistiendo caracteres delictivos, revelen una conducta incompatible con la posesión y el uso de armas», por cuanto «el artículo 98.1 del Reglamento antes referido dispone que en ningún caso podrán tener ni usar armas, ni ser titulares de las licencias o autorizaciones correspondientes, las personas cuyas condiciones psíquicas o físicas les impidan su utilización, y especialmente aquellas personas para las que la posesión y el uso de armas representen un riesgo propio o ajeno», y, subrayando, en último término, que «dichas circunstancias pueden darse tanto en quien haya sido absuelto de una causa penal como en quien ni siquiera haya tenido la cualidad de imputado, tras el envío de unas diligencias policiales al juzgado correspondiente».

Por ello, asimismo rechazamos que la Sala de instancia haya infringido la doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, expuesta en las invocadas sentencias de 28 de enero de 2008 (RC 1059/2044 ) y de 27 de enero de 2012 (RC 871/2009 ), pues en los supuestos enjuiciados en dichos recursos las decisiones de anular las resoluciones revocatorias de la licencia de armas se fundamentaron en el sobreseimiento de las diligencias previas incoadas por no tener participación en hechos de los que se podría inferir racionalmente una conducta incompatible con el mantenimiento de la licencia de armas, o en error

de apreciación en la valoración de la relevancia de las circunstancias que motivaron la revocación de la licencia, que evidenciaría que la tenencia de armas por su titular no comportaba un riesgo propio o ajeno, lo que no guarda relación analógica con los antecedentes fácticos y jurídicos contemplados en la sentencia impugnada en este recurso de casación...”.

\* La STS, Sección 3ª, de 16/11 /2015, recurso 3640/2014, F.J. 3º:

“Revocación de la licencia de armas.

En el análisis de este motivo de impugnación ha de partirse, tal y como afirmábamos en nuestra sentencia de 2 de marzo de 2012 (Recurso: 3324/2011), de que “...las actividades relacionadas con las armas de fuego, en general, requieren de habilitación previa, en los términos que establece la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de Seguridad Ciudadana. La intervención del Estado, por tanto, es necesaria para habilitar cualquier actividad relacionada con el proceso de producción y venta, así como en la tenencia y uso de cualquier arma de fuego.

Se articula dicha intervención mediante un sistema de autorizaciones administrativas que tienen un marcado carácter restrictivo, por expresa disposición legal, requiriéndose el cumplimiento de los requisitos exigibles con arreglo al Reglamento de Armas para su conservación pudiendo ser revocadas, las licencias, si se apreciare que las circunstancias del titular de la licencia han variado y aconsejan su revocación”.

Es por ello que la vigencia de las autorizaciones para el uso de armas está condicionada al mantenimiento de los requisitos exigibles para su otorgamiento ( artículo 97.2 del Reglamento de Armas ), previsión que ha de ponerse en relación con el artículo 98.1 del mencionado Reglamento en el que se establece que “en ningún caso podrán tener armas, ni ser titulares de las licencias o autorizaciones correspondientes las personas cuyas condiciones psíquicas o físicas les impidan su utilización, y especialmente aquellas personas para las que la posesión y uso de armas representen un riesgo propio o ajeno”, y los apartados 2y3del mismo artículo 98 vuelven a referirse a la necesidad de acreditación de las aptitudes psíquicas y físicas adecuadas. Por tanto, un correcto entendimiento de los preceptos citados permite concluir que procederá la revocación de la autorización previamente concedida cuando se constate que no se cumplen ya las condiciones exigíóles, sea porque se advierten en el titular de la licencia condiciones psíquicas o físicas que no se consideran compatibles con la utilización de armas de fuego, sea por la concurrencia de circunstancias de

las que se derive que la posesión y uso de armas comporta un riesgo para sí o para terceros.

La valoración de la aptitud para el uso de las armas, tanto para su concesión como para la revocación de la licencia previamente obtenida, debe basarse en una apreciación global de todos los datos disponibles de la conducta del solicitante y referirla a cada caso concreto.

Esas aptitudes o condiciones pueden deducirse de los antecedentes del solicitante o titular de la licencia, pero dicho término no cabe entenderlo en el sentido de antecedentes penales, sino de antecedentes de conducta que muestren la falta de idoneidad para hallarse en posesión de un arma ante la previsión de que se haga un posible uso inadecuado de ella. Se trata de valorar una conducta social que no resulte acorde con el uso de las armas. En tal sentido hemos afirmado que «La mera carencia de antecedentes penales, o la cancelación de los existentes, no constituyen por sí sólo razones suficientes para la concesión o el mantenimiento de la licencia de armas» (en este sentido, y respecto de la cancelación de antecedentes penales, STS de 14 de noviembre de 2000, (rec.7494/1996 ). Y en la sentencia de 18 de diciembre de 2012 (rec. 604/2012 ), afirmábamos “que el hecho de que unas determinadas actuaciones policiales no hayan sido seguidas de condenas penales no obsta a la posibilidad de que los hechos objeto de los atestados policiales, aun no revistiendo caracteres delictivos, revelen una conducta incompatible con la posesión y el uso de armas», por cuanto «el artículo 98.1 del Reglamento antes referido dispone que en ningún caso podrán tener ni usar armas, ni ser titulares de las licencias o autorizaciones correspondientes, las personas cuyas condiciones psíquicas o físicas les impidan su utilización, y especialmente aquellas personas para las que la posesión y el uso de armas representen un riesgo propio o ajeno», y, subrayando, en último término, que «dichas circunstancias pueden darse tanto en quien haya sido absuelto de una causa penal como en quien ni siquiera haya tenido la cualidad de imputado, tras el envío de unas diligencias policiales al juzgado correspondiente».

Ahora bien, la decisión de revocar una licencia previamente concedida ha de basarse en hechos o datos que acrediten esta pérdida sobrevenida de las condiciones o la peligrosidad tomadas en consideración al tiempo de concederse la licencia, y aun siendo cierto que no es necesario que exista una condena penal, tampoco es posible fundar esta decisión en una mera denuncia si los hechos en ella descritos no se consideran acreditados por un tribunal penal y no existen otros elementos, datos o pruebas (psicotécnicas

o de otra naturaleza) que revelen este cambio de circunstancias. Así, en nuestra sentencia de 21 de febrero de 2012 (rec. 5920/2009) ya sostuvimos que "... El desarrollo de lo ocurrido en este caso permite concluir que si la inicial intervención policial, visto el contenido de la denuncia, daba pie en un primer momento a albergar ciertas reservas sobre su aptitud para la caza, la ulterior decisión jurisdiccional penal las resolvió en sentido favorable al recurrente a quien, por ello mismo, no se puede seguir considerando en sede administrativa como una persona inhábil para continuar en posesión de la licencia de armas que ya tenía, siempre que subsistan el resto de condiciones exigibles a este fin..."

De la lectura de ambas sentencias extraemos que la reciente jurisprudencia no rompe la doctrina anterior sino que en línea de evolución, al seguir en lo sustancial sus pautas, refuerza el control jurisdiccional sobre las licencias de armas donde la Administración goza de amplias potestades discrecionales, recalando la imperiosa necesidad de tener que probarse en el expediente de revocación los nuevos hechos o datos que manifiesten la pérdida sobrevenida de las condiciones o la peligrosidad tomadas en consideración al tiempo de concederse la licencia de armas.

En consecuencia, la Administración al asumir la carga de demostrar el cambio sobrevenido de circunstancias debe objetivar un comportamiento actual del titular de la licencia contrario a las reglas de la convivencia que resulte de sólidos antecedentes, revelando su falta de idoneidad para poseer y usar un arma ante la previsión racional de que haga un posible uso inadecuado de ella.

Dicho de otro modo, se trata de determinar si la conducta social del interesado es acorde o no con el uso de las armas. Por ello, resulta indiferente el número de antecedentes a contemplar, bastando la valoración de un único antecedente siempre que del mismo se infiera con rotundidad el inadecuado comportamiento del titular de la licencia de armas.

En correspondencia a lo expuesto, nula utilidad revestía que el art. 98.1 del Reglamento de Armas tuviese forzosamente que mencionar la caza con armas, atendido el riesgo potencial o abstracto que trata de conjurar el precepto mediante la expresión: *la posesión y el uso de armas representen un riesgo propio o ajeno*, y la inevitable amplitud y generalidad que formula sus previsiones legales.

La caza envuelve, como actividad deportiva, un alto riesgo para la integridad física cuando se emplean armas de fuego. Pues bien, este elevado riesgo puede agravarse hasta extremos intolerables, injustificados, si el titular de la

licencia, denotando un mal comportamiento social, no respeta la normativa de obligada observancia.

Y este riesgo injustificado concurrió precisamente en el supuesto que revisamos, al punto que el hoy recurrente fue sancionado en firme como responsable de una infracción administrativa a la flora y fauna silvestres.

El cambio normativo operado en materia de concesión de licencias, permisos y autorizaciones, que, por cierto, recogió la Resolución impugnada citando en su F.J. 4º el art. 29.1 b) la LO 4/2015, no empeece lo anterior razonado al precisar este último precepto que se *tendrán en cuenta la conducta y antecedentes del interesado*, de modo que mantiene las potestades especiales de la policía administrativa de seguridad en orden al control de las armas de caza.

Por lo expuesto, el Recurso Contencioso administrativo debe desestimarse.

(St. de 26 de abril de 2018. Ponente Roberto Iriarte Miguel)

#### XIV. HACIENDA PÚBLICA. CRITERIOS PARA DECIDIR SI UN IMPUESTO INDIRECTO SOBRE EL CONSUMO ES O NO COMPATIBLE CON EL IVA

Es objeto de la presente revisión judicial promovida por la entidad mercantil R. T. S.L., las Resoluciones de fechas 6 y 26 de junio de 2014 que dictó el Tribunal Económico Administrativo Regional de Andalucía (TEARA), desestimando las reclamaciones económico-administrativas números 21-00255/2014 y 21/02156/2013 formuladas frente a la desestimación de sendos recursos de reposición deducidos contra las liquidaciones y tasa fiscal sobre el juego que había practicado la Gerencia Provincial de Huelva de la Agencia Tributaria de Andalucía, correspondientes al tercer trimestre de 2013, en cuantía de 1.387 €, así como cuarto trimestre de 2012 y segundo trimestre de 2013, por importe de 25.900 €.

La recurrente, sin controvertir que los actos aplicativos que respaldan las liquidaciones impugnadas infrinjan la normativa sectorial interna que disciplina la tasa fiscal sobre el juego, entiende que la regulación de esta materia se opone tanto a la normativa Comunitaria como a la Constitución Española (CE).

En tal sentido, propone en primer término, al amparo de lo previsto en el art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), en relación con el 19.3 del Tratado de Maastricht de la Unión Europea (TUE),

el Planteamiento de Cuestión Prejudicial sobre aplicación del Derecho Comunitario acerca de la contradicción, interpretación y validez del Real Decreto-ley 16/1977, de 25 de febrero, por el que se regulan los aspectos penales, administrativos y fiscales de los juegos de suerte, envite o azar y apuestas, en relación con la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del Impuesto sobre el Valor Añadido, suscitando al efecto las siguientes cuestiones:

1ª.- Si el impuesto sobre el juego de las máquinas recreativas y de azar (denominada Tasa Fiscal sobre el Juego) es verdaderamente un impuesto sobre el volumen de negocios.

Conforme al art. 3 del R.D.L 16/1977, de 25 de febrero, la base imponible del tributo está constituida por las cantidades que los jugadores dediquen a la participación en el juego, o sea, sobre el volumen de negocios que representan las cantidades jugadas. Sin embargo, el art. 30 a) del Decreto Legislativo 1/2009, de 1 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones dictadas por la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de tributos cedidos, referente a la explotación de Máquinas Tipo “B” o recreativas con premio establece en su ordinal 1º que “Con carácter general, se aplicará una cuota semestral de 1.850 €”. Se trata pues de un cálculo apriorístico, a tanto alzado, y carente de fundamento o razón económica alguna.

2ª.- Si se puede establecer un impuesto que grava el volumen de negocios y que prescinda de la auténtica capacidad que valora la cifra real de negocios.

3ª.- Si es posible establecer una tasa que prescinda del cálculo del coste real del servicio generado como consecuencia de la autorización otorgada por la Administración para la explotación del negocio propio de la máquina recreativa.

Si puede el legislador español, basándose en una base imponible apriorística, hipotética y presuntiva (calculada con anterioridad a la propia explotación de la máquina), establecer como cuota del tributo una cantidad que supera, con creces, el 50% de lo que realmente podría constituir la cantidad jugada por el jugador, prescindiendo con ello de la auténtica capacidad económica del sujeto pasivo.

Si es posible que, en atención al principio de neutralidad fiscal, y dentro de un marco similar de entrega de bienes y prestaciones de servicio se aplique un marco normativo y jurídico diferente por el que se establecen sujeciones o

exenciones al IVA (las máquinas de tipo A se encuentran exentas del pago de la tasa fiscal sobre el juego, tributan por la cifra de negocios y se sujetan al IVA).

4ª.-"Si de conformidad con el art. 20.UNO.19º de la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido , estando la actividad del juego sujeta al IVA, pero exenta del mismo, al igual que lo está el Impuesto sobre Transmisiones Onerosas (que está exento de IVA para aplicar una tributación diferente pero proporcional al volumen de la operación), y si la base imponible del tributo sobre el juego es el volumen de negocios o, en términos de la normativa que desarrolla el tributo las cantidades que los jugadores dediquen a su participación en el juego ( art. 3 R.D.L. 16/1977 ), es posible que, de conformidad con lo establecido en el art. 4 de la Ley del IVA ( *Estarán sujetas al impuesto las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas en el ámbito espacial del impuesto por empresarios o profesionales a título oneroso, con carácter habitual u ocasional, en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional, incluso si se efectúan en favor de los propios socios, asociados, miembros o partícipes de las entidades que las realicen*"), en relación con el art. 83.1 que determina la regla general en cuanto a la base imponible, se pueda establecer una tributación proporcional sobre la base imponible del Impuesto sobre el Valor Añadido y no a tanto alzado como ocurre en la tasa fiscal sobre el juego.

5ª. Si es posible que el sujeto pasivo, dentro de la libertad empresarial y del principio de igualdad y no discriminación, pueda optar por el régimen del IVA en condiciones idénticas a las que tienen otros empresarios.

Subsidiariamente, solicita el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional por infracción de preceptos ( arts. 14 y 31 CE ) y principios constitucionales (capacidad económica, no confiscatoriedad, no discriminación, igualdad y generalidad tributaria), concretamente por inconstitucionalidad del art. 3.4.Dos del Real Decreto-legislativo 16/1977, de 25 de febrero, con sus posteriores adaptaciones en las diferentes leyes que en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía se han ido estableciendo en virtud de las competencias implantadas por la Ley de Financiación de las Comunidades Autónomas y de Cesión de Tributos.

Idénticos planteamientos a los aquí formulados fueron examinados y resueltos por nuestra sentencia de fecha 7 de julio de 2016, recurso 738/2014, a cuyos argumentos estamos en méritos de unificación de criterios de Sala, que parcialmente transcribimos:

**PRIMERO** .- Se interpone el recurso contra resolución de 26 de junio de 2014 del TEARA, por las que se desestimaba la reclamación 21-02149-

2013, formulada contra la desestimación de recurso de reposición contra liquidaciones sobre tasa fiscal sobre el juego, correspondientes al 4º trimestre de 2012 y 1º trimestre de 2013.

**SEGUNDO** .- Se fundamenta la demanda en la existencia de una contradicción entre el Real Decreto-ley 16/1977 y la Directiva 2006/112/CE relativa al sistema común del IVA, al tener la consideración del impuesto sobre el juego de impuesto sobre el volumen de negocio; y su inconstitucionalidad, por vulneración de los principios de capacidad económica, progresividad, no confiscatoriedad e igualdad.

**TERCERO** .- El Tribunal Supremo en Sentencia dictada en recurso de casación en interés de ley, de fecha 25 de noviembre de 2000, ha señalado que la tasa sobre el juego no es un impuesto sobre el volumen de negocios, y en consecuencia, no contraviene el artículo 33 de la Sexta Directiva del IVA-Directiva 77/388/CEE, señalando:

*“Queda muy lejos, la posible consideración de la Tasa Fiscal sobre el juego, como un impuesto análogo al IVA, lo cual no quiere decir, distinción que debe hacerse a efectos dialécticos, que el juego no pueda incluirse como hecho imponible del IVA, que, por cierto, la Sexta Directiva (77/388/CEE) del Consejo, de 17 de mayo de 1977, eximió al disponer en su artículo 13.B7) lo siguiente: «Otras exoneraciones. Sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones comunitarias los Estados miembros exonerarán en las condiciones por ellos fijadas y a fin de asegurar la aplicación correcta y simple de las exoneraciones previstas a continuación y de evitar todo fraude, evasión y abusos eventuales: (...) f) Las apuestas, loterías y otros juegos de azar de dinero, a reserva de las condiciones y límites determinados por cada Estado miembro»...*

La Ley 37/1992, de 28 de diciembre ( RCL 1992, 2786 y RCL 1993, 401), del Impuesto sobre el Valor Añadido, ha mantenido la exención en este Impuesto en su artículo 20, apartado uno, ordinal 19, incorporando incluso al texto legal el párrafo añadido por el Reglamento de 1985, si bien exceptuó el gravamen de los servicios de gestión, a los propios del bingo.

La conclusión es que los juegos de suerte, envite o azar, gravados por nuestra Tasa Fiscal, han estado y están a extramuros del Impuesto sobre el Valor Añadido, razón por la cual la cuestión relativa a si dicha Tasa Fiscal vulnera o no el artículo 33 de la Sexta Directiva es casi irrelevante.

El citado artículo 33 preceptúa: «Sin perjuicio de lo que se establezca en otras disposiciones comunitarias, las disposiciones de la presente Directiva no se oponen al mantenimiento o al establecimiento por un Estado miembro de impuestos sobre los contratos de seguros, sobre juegos y apuestas, sobre consumos

específicos, de derechos de registro y, en términos generales, de cualquier impuesto, derecho o tasa que no tenga el carácter de impuesto sobre el volumen de negocios».

La «ratio legis» de este artículo 33 es prohibir la existencia de impuestos indirectos sobre el consumo que puedan interferir, menoscabar o distorsionar el buen funcionamiento del Impuesto sobre el Valor Añadido, de manera que dicho precepto no impide la existencia de todo impuesto indirecto que grave el consumo, sino sólo de aquellos que interfieran la correcta aplicación del IVA, considerado éste como un impuesto general sobre el volumen de negocios, según la terminología adoptada por las directivas comunitarias.

El Tribunal de Justicia de la CEE mantiene una doctrina reiterada y constante sobre la interpretación y alcance del artículo 33 de la Sexta Directiva (SS. de 27 de noviembre de 1985, asunto Rousseau Wilmont, 295/1984, 3 de marzo de 1988 [ TJCE 7 988, 118], asunto Bergandi 252/1986, de 8 de julio de 1986 [ TJCE 1986,112], asunto Kerrut, 73/1985, 13 de julio de 1988, asunto Wisselink, 93 y 94/1988, entre otras), pero en especial ha definido y recogido toda su doctrina en la Sentencia de 19 de marzo de 1991 ( TJCE 1991, 161), asunto N V Giant 109/1990, que glosamos a continuación.

No existe un criterio único y apriorístico para decidir si un impuesto indirecto sobre el consumo es o no compatible con el IVA, sino que es preciso analizar y ponderar todas las circunstancias que concurren en el impuesto de que se trate, para así llegar a una solución cabal.

Las circunstancias objetivas más significativas son:

- A) Que el impuesto tenga como hecho imponible, utilizando la propia terminología del IVA, una entrega de bienes o una prestación de servicios, concreta, que, precisamente por su concreción, no afecte ni pueda afectar al IVA con carácter general. Así el artículo 33, citado, ha admitido, sin carácter exhaustivo, impuestos sobre los contratos de seguros (en España el reciente Impuesto sobre Primas de Seguros), impuesto sobre juegos y apuestas, impuesto sobre matriculación de automóviles (establecido también en España), y la Sentencia del Tribunal de Justicia de la CEE de 19 de marzo de 1991, que estamos glosando, que ha declarado compatible un impuesto sobre espectáculos públicos.

El fundamento de derecho undécimo de la Sentencia de 19 de marzo de 1991, no deja lugar a dudas sobre esta idea. Así dice: «Para apreciar si un tributo tiene el carácter de impuesto sobre el volumen de negocios, es

preciso verificar [como ha declarado el Tribunal en las sentencias de 27 de noviembre de 1985, Rousseau Wilmont (295/1984) y de 3 de marzo de 1988, Bergundi (252/1986)], si produce el efecto de entorpecer el funcionamiento del sistema común del IVA gravando la circulación de bienes y servicios e incidiendo en las transacciones comerciales de una manera comparable a la que caracteriza el IVA».

Es claro que la Tasa sobre los juegos de suerte, envite o azar grava solamente los servicios, inherentes a la realización de dichos juegos, en especial de las máquinas tipo -B- o recreativas con premio, de manera que su concreción no interfiere, ni menoscaba, ni distorsiona la aplicación del IVA, en general.

- B) El impuesto de que se trate, aunque su hecho imponible sea muy concreto, debe diferir, en su estructura y funcionamiento, del IVA, para no interferirlo.

Los elementos esenciales del IVA tal como han sido planteados en la Primera y Segunda Directivas son gravar todas las entregas de bienes y prestaciones de servicios mediante un impuesto indirecto sobre el consumo exactamente proporcional al precio de los bienes y servicios, cualquiera que sea el número de las transacciones económicas, que tengan lugar en los procesos de producción y distribución, mediante la exigencia del tributo sobre el valor añadido de cada transacción, que se logra restando el IVA que gravó las adquisiciones anteriores, repercutiendo el impuesto a todo adquirente posterior, y llevando a cabo en las importaciones y exportaciones los correspondientes ajustes en frontera.

Es claro, siguiendo la propia fundamentación de la Sentencia de 19 de marzo de 1991, que, en primer lugar, la denominada Tasa fiscal sobre el juego no es un impuesto general sobre el volumen de negocios, puesto que no se aplica, en el caso de autos, más que a una categoría limitada de servicios (los que se prestan con las máquinas tipo -6- o recreativas con premio); que en segundo lugar, no se recauda en todas las fases de producción, entendiéndose por tal, desde la obtención de las primeras materias, productos elaborados, su transporte, servicios auxiliares, etc., sino solamente en una fase, la de realización de los juegos referidos, sin que sea posible, por tanto, deducir de la cuota de la Tasa sobre el juego, tributo indirecto previo alguno; que, en tercer lugar, la Tasa fiscal sobre el juego no se proyecta sobre el valor añadido a nivel de cada transacción, sino indiciariamente sobre el importe bruto de la recaudación, mediante una cuota fija, y, que, en cuarto lugar, la Tasa sobre el juego forma parte de los costes, pero no es objeto de una repercusión jurídica de naturaleza tributaria.

- C) La Sala considera, aunque la Sentencia comentada no diga nada al respecto, que también debe utilizarse como elemento diferenciados el distinto procedimiento de exacción del Impuesto sobre el Valor Añadido y de la Tasa fiscal sobre el juego.

En el IVA, la exacción se lleva a cabo a medida que se realizan las entregas de bienes, la prestación de servicios, las ejecuciones de obras, etc., mediante las facturas y certificaciones de obras que expiden los sujetos pasivos, repercutiendo el impuesto correspondiente. En cambio, en la Tasa fiscal sobre el juego no hay expedición de factura a cada cliente, ni se le repercute específicamente la Tasa, sino que ésta se devenga el 1 de enero de cada año, pagándose una cuota fija por cada máquina tipo -B- o recreativas con premio.

- D) La Tasa fiscal sobre el juego queda al margen por completo de todo posible ajuste en frontera, que como se sabe es uno de los objetivos fundamentales del IVA, consistente en conocer la carga fiscal indirecta de los productos que se exportan e importan, efecto que no se podía conocer en el IGTE, que era un impuesto en cascada, cuya carga final era diferente, según el distinto grado de integración de los procesos de producción y de distribución.
- E) Por último, no hay que olvidar que los juegos de suerte, envite o azar están exentos del IVA, según nuestro Derecho interno, de conformidad con lo dispuesto en la Sexta Directiva, de manera que mal puede interferir la Tasa fiscal sobre el juego al IVA, como Impuesto sobre el volumen de negocios, cuando los juegos referidos están exentos del IVA.

La Sala considera, por las razones expuestas, que la Tasa fiscal sobre el juego, en especial la que grava a las máquinas tipo -B- o recreativas con premio no interfiere, ni menoscaba, ni afecta al buen funcionamiento del IVA.

En realidad, como hemos ya anticipado, la denominada Tasa sobre juegos de suerte, envite o azar, nació como un impuesto especial que grava el juego, y cuyo objeto es reintegrar a la sociedad parte de los ingresos y beneficios procedentes del mismo, para compensar así el elevado coste social y moral que lleva consigo el juego, rayano a veces con graves ludopatías, con los consabidos quebrantos familiares y económicos.

Se estima este motivo casacional y se acepta como doctrina legal la siguiente:

«La Tasa fiscal sobre los juegos de suerte, envite o azar, establecida por el Real Decreto-ley 16/1977, de 25 de febrero, en cuanto a las máquinas tipo -B- o recreativas con premio, no es un impuesto sobre el volumen de negocios, y en consecuencia, no contraviene el artículo 33 de la Sexta Directiva del IVA-

Directiva 77/388/CEE del Consejo, de 17 de mayo de 1977, concerniente a la armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos, sobre el volumen de negocios»”.

En atención a la doctrina jurisprudencial expuesta, debe desestimarse el primer motivo del recurso.

Respecto de la inconstitucionalidad de la Tasa Fiscal sobre el juego debemos señalar que el Auto del Tribunal Constitucional 71/2008, de 26 de febrero, ha inadmitido a trámite la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso -Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en relación con el artículo tercero, apartado cuarto, núm. dos, del Real Decreto-Ley 16/1977, de 25 de febrero, por el que se regulan los aspectos penales, administrativos y fiscales de los juegos de suerte, envite o azar y apuestas, dado que pudieran infringirse a los artículos. 1.1, 9.3, 14,31.1,33,38, 40.1 y 130.1 de la Constitución.

En dicho Auto se hace referencia al problema de la constitucionalidad en relación con la tasa de juego, en los siguientes términos que naturalmente resultan aquí aplicables:

“la llamada “tasa” que grava las máquinas recreativas tipo “B” es en realidad un impuesto que, al igual que sucede con el impuesto sobre sociedades, grava el rendimiento obtenido con el ejercicio de la explotación de dichas máquinas. En efecto, como señalamos en la STC 296/1994, de 10 de noviembre, aunque desde el Real Decreto 16/1977, las normas vienen calificando al tributo que grava los juegos de azar como “tasa”, un análisis del régimen jurídico de dicha figura impositiva pone de manifiesto que se estructura como un impuesto, dado que “es el producto de la actividad de juego lo que constituye la base del tributo... que en la legislación específica de la tasa sobre el juego en máquinas tragaperras se concreta en una cuota fija que se establece en virtud del tipo de máquina y en función de las cantidades que puedan jugarse en cada modelo de máquina, es decir, en atención a los rendimientos previsibles o capacidad económica generada por la explotación de las máquinas, de manera que con ello se hace evidente que su verdadero fin consiste en gravar la capacidad contributiva manifestada por la adquisición de una renta”. En definitiva, el tributo sobre el juego cuestionado “es una figura fiscal distinta de la categoría de ‘tasa’, puesto que con ello no se pretende la contraprestación proporcional, más o menos aproximada, del coste de un servicio o realización de actividades en régimen de Derecho público, sino que constituye un auténtico ‘impuesto’

que grava los rendimientos obtenidos por actividades de empresarios privados de manera virtualmente idéntica a los impuestos que gravan la adquisición de renta por actividades expresiva de capacidad económica” (FJ 4; en el mismo sentido, STC 204/2002, de 31 de octubre.

Ahora bien, que la tasa del juego sea un tributo que, al igual que el Impuesto sobre sociedades, grava el rendimiento obtenido con el ejercicio, aquí, de la actividad del juego, no permite por sí mismo alcanzar la conclusión de que la norma cuestionada es inconstitucional. Ya hemos tenido ocasión de señalar que, aun cuando llegáramos a la conclusión de que existe un supuesto de “doble imposición tributaria”, ello no “determinaría per se la inconstitucionalidad” de la norma, “pues la única prohibición de doble imposición en materia tributaria que se encuentra expresamente recogida en el bloque de la constitucionalidad viene establecida en el art. 6 de la Ley Orgánica de financiación de las Comunidades Autónomas” (STC 242/2004, de 16 de diciembre, FJ 6) y “garantiza que sobre los ciudadanos no pueda recaer la obligación material de pagar doblemente [al Estado y a las Comunidades Autónomas, o a las entidades locales y a las Comunidades Autónomas] por un mismo hecho imponible” [ STC 242/2004, de 16 de diciembre, FJ 6; en el mismo sentido, SSTC14/1998, de 22 de enero, FJ 17 c); y 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 23; AATC 261/2003, de 15 de julio, FJ 5, y 269/2003, de 15 de julio, FJ 5]. “Fuera de este supuesto, la existencia de un doble gravamen por una misma manifestación de riqueza sólo debería analizarse desde el punto de vista del principio de capacidad económica y de la prohibición de no confiscatoriedad a que hace referencia el art. 31.1 CE “ (STC 242/2004, de 16 de diciembre ,FJ6). Y precisamente es el principio de capacidad económica el que la Sala que plantea la cuestión entiende lesionado al no cuantificarse el tributo que grava las máquinas recreativas tipo “B” de acuerdo con los rendimientos realmente obtenidos, sino mediante una cuota única determinada en atención a los rendimientos previsiblemente obtenibles con su explotación.

Para responder a esta alegación debemos comenzar recordando que, conforme a reiterada doctrina de este Tribunal, que recoge la STC 193/2004, de 4 de noviembre , FJ 5, el tributo -cualquier tributo-, “grava un presupuesto de hecho o ‘hecho imponible’ ( art. 28 de la Ley general tributaria: LGT ) revelador de capacidad económica ( art. 31.1 CE) fijado en la Ley” ( STC 276/2000, de 16 de noviembre, FJ 4), por lo que “el hecho imponible tiene que constituir una manifestación de riqueza” (por todas, SSTC 194/2000, de 19 de julio, FJ 8, y 276/2000, de 16 de noviembre,

FJ 4), de modo que la “prestación tributaria no puede hacerse depender de situaciones que no son expresivas de capacidad económica” (STC 194/2000, de 19 de julio, FJ 4). Y aunque hemos señalado que “basta que dicha capacidad económica exista, como riqueza o renta real o potencial en la generalidad de los supuestos contemplados por el legislador” para que el principio constitucional de capacidad económica quede a salvo [SSTC 37/1987, de 26 de marzo, FJ13; 221/1992, de 11 de diciembre, FJ 4; 14/1998, de 22 de enero, FJ11 b);y 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 14; en parecidos términos, STC 186/1993, de 7 de junio, FJ 4 a)], también hemos precisado que no cabe soslayar que “la libertad de configuración del legislador deberá, en todo caso, respetar los límites que derivan de dicho principio constitucional, que quebraría en aquellos supuestos en los que la capacidad económica gravada por el tributo sea, no ya potencial, sino inexistente o ficticia” ( SSTC 221/1992, de 11 de diciembre, FJ 4, y 194/2000, de 79 de julio, FJ 9; en el mismo sentido, 295/2006, de 11 de octubre, FJ5).

En definitiva, el principio de capacidad económica establecido en el art. 31.1 CE impide en todo caso “que el legislador establezca tributos -sea cual fuere la posición que los mismos ocupen en el sistema tributario, de su naturaleza real o personal, e incluso de su fin fiscal o extrafiscal (por todas, SSTC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 13, y 194/2000, de 19 de julio, FJ 8, cuya materia u objeto imponible no constituya una manifestación de riqueza real o potencial, esto es, no le autoriza a gravar riquezas meramente virtuales o ficticias y, en consecuencia, inexpresivas de capacidad económica” (STC 193/2004, de 4 de noviembre, FJ5). Y no cabe la menor duda de que el tributo que establece la norma cuestionada grava un hecho imponible -el rendimiento que previsiblemente se obtiene con la explotación de las máquinas tipo “B”- que constituye una manifestación de riqueza susceptible de imposición.

Desde luego, no puede descartarse que eventualmente, en supuestos marginales, la tasa que establece la norma cuestionada pudiera ser superior al rendimiento obtenido por una determinada máquina recreativa tipo “B”. La posibilidad de tal circunstancia, sin embargo, no convierte a la norma cuestionada en inconstitucional, porque no es discutible que la riqueza que se pretende gravar existe “en la generalidad de los supuestos contemplados por el legislador”, y porque, como este Tribunal ha venido afirmando, “no puede fundarse la inconstitucionalidad de una norma en la existencia de supuestos patológicos, no previstos ni queridos por la ley o, dicho de otro modo, que el enjuiciamiento de la constitucionalidad

de las leyes debe hacerse tomando en consideración el caso normal y no las posibles excepciones a la regla prevista en la norma (SSTC 70/1991, de 8 de abril, FJ 7; 308/1994, de 21 de noviembre, FJ 5, y 289/2000, de 30 de noviembre, FJ6). Así, por ejemplo, hemos señalado que para que pueda afirmarse que una norma legal vulnera el art. 14 CE “no basta con que en situaciones puntuales” y “al margen de los objetivos perseguidos por la ley” genere desigualdades ( STC 47/2001, de 15 de febrero, FJ 7), dado que las leyes “en su pretensión de racionalidad se proyectan sobre la normalidad de los casos, sin que baste la aparición de un supuesto no previsto para determinar su inconstitucionalidad” (SSTC 73/1996, de 30 de abril, FJ5; 289/2000, de 30 de noviembre, FJ 6; 47/2001, de 15 de febrero, FJ 7; 212/2001, de 29 de octubre, FJ 5; 21/2002, de 28 de febrero, FJ4; 193/2004, de 4 de noviembre, FJ3,y 255/2004, de 22 de diciembre, FJ4)

Ciertamente, además de afirmar que el principio de capacidad económica establecido en el art. 31.1 CE exige que el hecho imponible constituya una manifestación de riqueza, hemos venido señalando que dicho principio obliga a que la contribución de solidaridad en que consiste el tributo “sea configurada en cada caso por el legislador según aquella capacidad” (STC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 6 de la capacidad económica” (STC 194/2000, de 19 de julio, FJ 8; y AATC 381/2005, de 25 de octubre, FJ 5; 382/2005, 25 de octubre, FJ 5; 383/2005, de 25 de octubre, FJ 5; 117/2006, de 28 de marzo, FJ 4 , y 118/2006, de 28 de marzo , FJ 4; en el mismo sentido, AATC 197/2003, de 16 de junio, FJ 3, y 212/2003, de 30 de junio, FJ3). Pero también hemos puesto de manifiesto que la Constitución conecta el deber de contribuir establecido en el art. 31.1 CE con el criterio de la capacidad económica “y lo relaciona, a su vez, claramente, no con cualquier figura tributaria en particular, sino con el conjunto del sistema tributario” ( SSTC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 7; 137/2003, de 3 de julio, FJ 6 ; 108/2004, de 30 de junio, FJ 7, y 189/2005, de 7 de julio, FJ 5 ); y que el principio de capacidad económica “debe inspirar el sistema tributario en su conjunto” [ STC 134/1996, de 22 de julio , que opera como “criterio inspirador del sistema tributario”[SSTC 19/1987, de 17 de febrero, FJ3y193/2004, de 4 de noviembre, FJ 5; AATC 97/1993, de 22 de marzo, FJ3,y 24/2005, de 18 de enero, FJ3; 407/2007, de 6 de noviembre, FJ4] o “principio ordenador de dicho sistema (SSTC 182/1997, de 28 de octubre, FJ6,y193/2004, de 4 de noviembre ,FJ5,yATC24/2005, de 18 de enero,FJ3].

De la jurisprudencia expuesta se infiere claramente que, aun cuando el principio de capacidad económica implica que cualquier tributo debe gravar un presupuesto de hecho revelador de riqueza, la concreta exigencia de que la carga tributaria se module en la medida de dicha capacidad sólo resulta predicable del sistema tributario en su conjunto, de manera que puede afirmarse trasladando mutatis mutandi nuestra doctrina acerca de cuándo un Decreto-Ley afecta al deber de contribuir, que sólo cabe exigir que la carga tributaria de cada contribuyente varíe en función de la intensidad en la realización del hecho imponible en aquellos tributos que por su naturaleza y caracteres resulten determinantes en la concreción del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos que establece el art. 31.1 CE, de un tributo en el que el principio de capacidad económica y su correlato, el de igualdad y progresividad tributarias, encuentran una más cabal proyección, de manera que es, tal vez, el instrumento más idóneo para alcanzar los objetivos de redistribución de la renta (art. 131.1 CE) y de solidaridad ( art. 138.1 CE) que la Constitución española propugna ... y que dotan de contenido al Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE)” (STC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 9; en el mismo sentido, SSTC 134/1996, de 22 de julio, FJ 6; 46/2000, de 17 de febrero, FJ 6; 137/2003, de 3 de julio, FJ 7; 108/2004, de 30 de junio, FJ 8, y 189/2005, de 7 de julio, FJ 8). Pero, claramente, no es el caso de la llamada “tasa” del juego, tributo que, ni tiene carácter general (esto es, no grava la renta global de las personas físicas o jurídicas, sino una específica manifestación de capacidad económica: por lo que aquí interesa, los rendimientos que se obtienen con la explotación de las máquinas recreativas tipo “B”), ni, por sus características, puede afirmarse que constituya uno de los pilares básicos o estructurales de nuestro sistema tributario, ni, en fin, por su estructura y su hecho imponible puede considerarse como instrumento idóneo para alcanzar los objetivos constitucionales a que hemos aludido”.

Lo expuesto lleva a desestimar el Recurso Contencioso administrativo, sin que proceda el planteamiento de las cuestiones prejudiciales y de inconstitucionalidad que interesa la actora.

De conformidad con el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa procede imponer las costas a La parte recurrente, sin que el límite máximo de aquéllas pueda exceder de la suma de 1000 euros, considerando la complejidad y alcance del asunto planteado.

(St. de 5 de abril de 2018. Sala de Sevilla. Ponente Roberto Iriarte Miguel)

**XX.- RESPONSABILIDAD: RESPONSABILIDAD CIVIL Y ADMINISTRATIVA. EFECTOS SENTENCIA CIVIL SOBRE CUESTIÓN ADMINISTRATIVA. FUERZA MAYOR.**

La sentencia impugnada declara ajustada a derecho la Resolución de 12 de junio de 2015 que al desestimar la alzada contra la anterior de la Delegación Territorial de 10 de diciembre de 2014, confirma la declaración de que la empresa eléctrica apelante incumplió los niveles de calidad individual en el suministro eléctrico al Sr. Jesús Carlos , pero haciendo reserva de acciones civiles para exigir la correspondiente indemnización, lo que se llevó a cabo en el procedimiento ordinario 507/2013 del Juzgado de primera instancia nº 5 que terminó en sentencia de fecha 14 de septiembre de 2015 condenatoria a la actora a una indemnización por corte de suministro, no por la reanudación del mismo que se le denegó por falta de pago y adeudo de cantidad.

El juez acogiendo los argumentos de la sentencia civil y con cita del artículo 45.6 del Real Decreto 1955/2000 y artículo 41.1 b) de la Ley 54/1997 del Sector Eléctrico, considera que ENDESA como empresa distribuidora, es responsable de la seguridad y calidad y aunque el transformador donde se produjo el corte por un tercero era propiedad privada, desde 1983 es utilizado por ENDESA para dar nuevos suministros, por tanto es la obligada a asumir sus responsabilidades en seguridad y no lo hizo , ni promovió el cambio de titularidad, por lo que considera que su conducta fue negligente en la obligación que le correspondía. Añadiendo que al estar sin suministro mas de dos años se evidencia un claro incumplimiento de los niveles de calidad del suministro conforme al artículo 105.1 del Real Decreto 1955/2000 .

El presente recurso se sustenta en que la absolución a la empresa por sentencia de la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Sevilla de 20 de septiembre de 2016 , revocatoria de la sentencia de primera instancia en la que se apoya el juez para confirmar la Resolución de declaración de incumplimiento, hace que resulte improcedente la continuación del litigio, porque la Audiencia que juzgaba los mismos hechos ha declarado con toda contundencia.” *Los autores del corte fueron los que contrataron a la empresa ITESUR. Los reproches sobre la falta de control resultan infundados desde el momento en que es la propia ENDESA la que realiza las advertencias técnicas sobre la incorrección del suministro habido en la zona del siniestro. Es con fecha posterior cuando Endesa recibe el servicio. Es por ello que no se entiende fundado en derecho su condena y procede la estimación de su recurso*”.

Sin embargo la cosa juzgada en la vía civil no impide la continuación del litigio sobre la ilicitud administrativa, como deja a salvo la propia sentencia

de la Audiencia:” *La supuesta ilicitud administrativa (tampoco tan clara) dará lugar a las sanciones gubernativas que correspondan, pero no son la causa relevante que haya dado lugar a los perjuicios irrogados a la actora*”.

Sin embargo, si tienen transcendencia sobre la cosa juzgada positiva de los hechos acaecidos, porque de la sentencia civil firme que revoca la anterior se deduce que no hubo incumplimiento ni contractual ni extra contractual por parte de ENDESA, ya que el corte de energía se debió a la intervención de un tercero ajeno a la comercializadora del suministro que en esas fechas estaba tramitando el corte por falta de pago de las facturas de luz y por supuesto a la distribuidora que lo conoció meses después. Por tanto si es Endesa la que comunicó las incorrecciones técnicas en el suministro a causa del centro de transformación propiedad del tercero, no se le puede imputar falta de diligencia en materia de seguridad y menos incumplimiento de los niveles la calidad del suministro como ha declarado la propia Audiencia Provincial, entre otras cosas porque el precepto citado tanto en la Resolución impugnada como en la sentencia de instancia (45.6 del Reglamento aprobado por Real Decreto 1955/2000), exige que por el titular de la red de distribución se produzca la cesión a la empresa distribuidora de la zona, lo que como reconoce la sentencia no se había producido a la fecha de los hechos, ya que exige la solicitud y autorización por la Administración conforme al artículo 133 y el artículo 4.3 invocado del Real Decreto 1048/2013 de 27 de setiembre no resulta de aplicación por razón temporal.

Quiere ello decir que no queda acreditado que ENDESA haya incumplido plazos, normativa o protocolos de seguridad que afecten al suministro del reclamante que fue cortado por la intervención de un tercero ajeno a ENDESA, lo que podría incardinarse en un supuesto de fuerza mayor que rompe el nexo para exigir la responsabilidad por incumplimiento.

Tampoco podemos compartir el incumplimiento del nivel de calidad por la tardanza en el suministro de energía, ya que como consta en autos, aunque se cambió de comercializadora a Endesa, desde el principio del nuevo contrato, por la situación de impago provocó la apertura de un expediente de requerimiento y corte, por lo que no debe ser imputable a la apelante. Consideramos con la sentencia de la Audiencia Provincial que no concurren las ilicitudes apreciadas en la Resolución impugnada para declarar el incumplimiento de los niveles de calidad, por lo *que* la sentencia debe ser revocada y así mismo la resolución impugnada por no ser conforme a derecho.

(St. de 4 de abril de 2018. Sala de Sevilla. Ponente Alejandro Durán)

**XX.- FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS: FUNCIÓN PÚBLICA: PRUEBAS SELECTIVAS PARA EL SISTEMA DE ACCESO LIBRE PARA INGRESO EN EL CUERPO DE AUXILIARES ADMINISTRATIVOS: DAÑOS DERIVADOS DEL RETRASO EN LA INCLUSIÓN EN LA LISTA DEFINITIVA DE ASPIRANTES QUE HABÍAN SUPERADO LAS PRUEBAS SELECTIVAS, COMO CONSECUENCIA DE LA FALTA DE VALORACIÓN POR EL TRIBUNAL CALIFICADOR DE UN CURSO DE FORMACIÓN: ACTUACIÓN AMPARADA POR LA DOCTRINA DEL “MARGEN DE TOLERANCIA”: IMPROCEDENCIA: DAÑO JURÍDICO EXISTENTE: INDEMNIZACIÓN PROCEDENTE**

Es objeto del presente recurso contencioso-administrativo la resolución de fecha 11 de abril de 2014 dictada por la Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía, por la que se desestimó la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por la recurrente.

El demandante solicita la revocación de la resolución recurrida y expone los siguientes argumentos en apoyo de su pretensión:

La resolución administrativa recurrida se limita a indicar que la sentencia firme dictada por este mismo órgano judicial no condenó de forma expresa al abono de ninguna cantidad, pues se limitó a imponer a la demandada la obligación de volver a baremar a la demandante conforme a los fundamentos jurídicos de la sentencia y, en función de la puntuación, otorgar la plaza de funcionario se correspondía, tal y como así ocurrió al tomar posesión la actora de su plaza el día tres de noviembre de 2014. Pese a que se le han reconocido tres trienios y la carrera profesional, no así los efectos económicos correspondientes a este periodo en el que la ahora demandante no estuvo trabajando, con el evidente perjuicio económico, moral y la difícil situación familiar que le ha generado.

La actora participó en un procedimiento selectivo convocado mediante orden de nueve de diciembre de 2004, en relación con las pruebas selectivas para el sistema de acceso libre para ingreso en el Cuerpo de Auxiliares Administrativos de la Junta de Andalucía. El día 10 agosto de 2006 presentó recurso alzada contra las listas definitivas y en el mismo acto solicitó la revisión de su expediente. Contra la orden de 25 de octubre de 2006, por la que se resuelve el recurso alzada, se interpuso recurso contencioso-administrativo que fue resuelto por esta sala mediante sentencia de fecha 28

de julio de 2011 (JUR 2011, 373848) , que adquirió firmeza por diligencia de ordenación de 31 de mayo de 2012.

A continuación, se procede a relacionar el importe íntegro de las cantidades que hubiera recibido la demandante en caso de que la Administración hubiera actuado conforme a derecho, y, en consecuencia, hubiera tomado posesión de su plaza en fecha de 29 de enero de 2007, lo que arroja el montante total objeto del presente recurso. Finalmente, describe los requisitos para nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública y cita abundante doctrina jurisprudencial sobre la suma indemnizatoria que procede en supuestos como el que nos ocupa.

La Administración autonómica solicitó la desestimación de la pretensión de la actora y expuso, en resumen, las siguientes consideraciones:

Los daños ahora reclamados derivan de la actuación errónea de la Comisión de Selección que intervino en el proceso para el acceso al Cuerpo de Auxiliares Administrativos de la Junta de Andalucía. Se alega en primer lugar la prescripción parcial de la acción, y sitúa el inicio del cómputo del plazo de cuatro años en la fecha en que se originó la obligación de abono de cada mensualidad que no fue satisfecha por la Administración demandada, esto es, desde enero de 2007 a mayo de 2009, fechas en las que ha vencido el citado plazo de prescripción. A continuación, manifiesta que la sentencia de este tribunal no señaló que su actuación fuera arbitraria, sino errónea sobre la base de parámetros técnicos.

La actuación del Tribunal calificador es reglada, y, por tanto, no cumple los requisitos para apreciar imputabilidad alguna. Invoca el art. 142.4 de la ley 30/92 (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246) , se indica que no toda anulación de un acto administrativo presupone el derecho a la indemnización, sino que es preciso que concurran los requisitos para ello. En particular, es consolidada la doctrina jurisprudencial que admite el denominado “margen de tolerancia”, de manera que no podrá sostenerse que un daño es antijurídico cuando responda a una actuación razonada y razonable de la Administración. Invoca las sentencias del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2009 y 16 de febrero de 2009 , entre otras.

Afirma que la Administración ajustó su actuación a los límites de lo razonado y razonable, pues la sentencia únicamente anuló la resolución impugnada por discrepar del criterio de valoración de un concreto mérito puntuable -la realización de un determinado curso de formación- lo que supone un aspecto estrictamente valorativo, enmarcado en una interpretación errónea pero razonable.

En relación con el importe de la indemnización, la actora se limita a manifestar que no trabajó durante el periodo referido pero no aporta un Informe de Vida Laboral, que se trata de un documento que, según el parecer de la Administración, no puede ser recabado por la Administración andaluza, y es la reclamante la obligada a demostrar que no trabajó durante el periodo de 2007 a 2014 conforme al art. 217 de la LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) . Finaliza su escrito señalando que transcurrieron 11 meses desde la firmeza de la sentencia hasta la presentación de la acción de responsabilidad patrimonial, lo que supone una dilación en ningún caso imputable a la demandada, y que en el expediente administrativo se solicitó la cantidad comprendida entre mayo de 2013 y noviembre de 2014, por lo que el fallo nunca podría otorgar dicha cantidad pues no puede conceder aquello que no fue solicitado ante la Administración.

Centrado así el debate, ha de señalarse que la responsabilidad patrimonial de la Administración pública se encontraba regulada en la fecha de los hechos por el artículo 139 de la ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común ( Ley 30/1992, de 26 de noviembre (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246) ), preceptos legales que explicitan el principio general de resarcimiento por las Administraciones públicas de los daños y perjuicios causados por el funcionamiento de los servicios públicos, sancionado constitucionalmente en España en el artículo 106.2 de la Constitución -que indica que “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”-.

El régimen legal citado ha sido profusamente aplicado -y, consecuentemente, desarrollado e interpretado- por la jurisprudencia (tanto mediante la aplicación del actual y citado artículo 139 de la Ley 30/1992 , como su predecesor, el artículo 40 de la ley del Régimen Jurídico de la Administración del Estado ), y ha conformado un cuerpo de doctrina en cuya virtud cabe afirmar que para la declaración de la responsabilidad patrimonial de la Administración hace falta la concurrencia de dos requisitos sustanciales positivos, uno negativo y otro procedimental:

- A) El primero de los positivos es el que exista un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado con respecto a una persona o grupo de personas, que el interesado no tenga el deber jurídico de soportar. Este requisito se incardina dentro de los elementos que han de ser objeto de la

prueba, si bien alguno de sus aspectos se produce o manifiesta dentro del ámbito de la argumentación de las partes (simplificado por la existencia de un catálogo de soluciones jurisprudenciales que cabe invocar -y apreciar- sin mayor disquisición), como puede ser la extensión y naturaleza de los daños resarcibles, las personas legitimadas y los supuestos en los que existe obligación jurídica de soportar el daño.

- B) El segundo requisito positivo es el de que el daño sea imputable a una Administración pública. Esta nota es la aparentemente más compleja, puesto que la doctrina común de la responsabilidad extracontractual y por actos ilícitos deviene en un complejo fenómeno de examen sobre la relación de causalidad, la eventual concurrencia y relevancia de concausas y la existencia de elemento, culpabilísticos. Sin embargo, en la responsabilidad patrimonial administrativa, en la configuración que disfrutamos de la misma desde la ley de 1957 (incluso desde la ley de Expropiación Forzosa de 1954), se encuentra enormemente simplificado por la expresión legal de que la lesión “sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos” ( artículos 122 de la ley de Expropiación Forzosa , 40 de la ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y 139 de la Ley 30/1992 (RCL 1992, 2512) ). Fundamentalmente, se encuentran cuatro títulos de imputación a efectos de la determinación de la responsabilidad de una Administración respecto de una lesión concreta: que la lesión se produzca como consecuencia directa del ejercicio ordinario del servicio; que la lesión obedezca a una anomalía o no funcionamiento del servicio público; que exista una situación de riesgo creado por la Administración en el ámbito de producción del evento dañoso, o que se produzca un enriquecimiento injusto por parte de la Administración.
- C) El factor negativo es el de que no obedezca el daño a fuerza mayor. Esta nota ha sido precisada conceptual y jurisprudencialmente en el sentido de que se trate, para poder la concurrencia de fuerza mayor, de un evento producido con los requisitos tradicionales que distinguen a la fuerza mayor del caso fortuito (conceptos de previsibilidad e irresistibilidad), pero específicamente que se trate de una causa extraña al ámbito de funcionamiento del servicio público.
- D) El elemento procedimental es el de que se formule la oportuna reclamación ante la Administración responsable en el lapso de un año, a contar desde la producción de la lesión. Este elemento plantea la cuestión del término inicial -sobre el que se encuentran suficientes precisiones jurisprudenciales- y sobre la Administración a la que se deben de dirigir las reclamaciones si concurren

varias de ellas, cuestión expresamente resuelta por la Ley 30/1992 (RCL 1992, 2512) en favor de la solidaridad.

Por razones de lógica procesal procede la respuesta, en primer lugar, a la alegada prescripción parcial de acción de responsabilidad patrimonial entablada por la actora.

Conforme al art. 4.2 párrafo segundo del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RCL 1993, 1394, 1765) , por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, « En todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas». Sobre el “dies a quo” que determina el inicio del cómputo del plazo de prescripción, existe una abundante doctrina jurisprudencial, de la que es exponente, por todas, la STS Sala 3ª de 1 marzo 2011 (RJ 2011, 1885) , que razona que « Como señalábamos en nuestra sentencia de trece de octubre de dos mil cuatro (RJ 2004, 7410) ,” el momento a partir del cuál se produce el «dies a quo» del plazo anual, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1969 del Código Civil (LEG 1889, 27) , viene determinado «cuando no haya disposición especial que otra cosa determine por el día en que la acción pueda ser ejercitada», de acuerdo con la teoría de la «actio nata». De ahí que para que se inicie el plazo de prescripción sea preciso que se conozca el alcance y la trascendencia e importancia de los daños que puedan ser objeto de reclamación.

El cómputo se inicia cuando se conocen los efectos lesivos en el patrimonio del reclamante, momento en el que existe ya la posibilidad de valorar su alcance y extensión, a la vista del principio antes enunciado de la «actio nata», lo que a efectos de una posible exigencia de responsabilidad implica el cómputo del término para la prescripción a partir del momento en que el perjudicado tuvo conocimiento del daño que sufrió, plazo prescriptorio de la acción que determina que ésta se inicia al tener cabal conocimiento del daño.

Así en Sentencia de veintitrés de enero de dos mil uno esta Sala declaró que «el cómputo del plazo para el ejercicio de la responsabilidad patrimonial no puede ejercitarse sino desde el momento en que ello resulta posible por conocerse en sus dimensiones fácticas y jurídicas el alcance de los perjuicios producidos -que tiene su origen en la aceptación por este Tribunal (sentencias

de la Sala Tercera de diecinueve de septiembre de mil novecientos ochenta y cuatro , cuatro de julio de mil novecientos noventa y veintiuno de enero de mil novecientos noventa y uno ) del principio de «actio nata» (nacimiento de la acción) para determinar el origen del cómputo del plazo para ejercitarla, según el cual la acción sólo puede comenzar cuando ello es posible y esta coyuntura se perfecciona cuando se unen los dos elementos del concepto de lesión, es decir, el daño y la comprobación de su ilegitimidad - ».

La proyección de la doctrina expuesta al caso que nos ocupa revela que el nacimiento de la acción se produce desde que el perjudicado pudo ejercitarla, lo que exige el conocimiento tanto del daño como de su ilegitimidad. No parece razonable exigir a la actora que reclamase mensualmente el abono del salario correspondientes a la plaza de funcionaria -que se le hubiera otorgado en el año 2007 en caso de que Administración hubiera actuado conforme a derecho- cuando todavía no era conocedora de la ilegitimidad del daño, puesto que la sentencia de este tribunal, por la que se condenó a la Administración a baremar el mérito acreditado por la actora, no fue dictada hasta el día 28 de julio de 2011 y su firmeza declarada el día 31 de mayo de 2012.

Desde la fecha de la firmeza de la sentencia hasta la interposición de la reclamación de responsabilidad patrimonial no transcurrió el citado plazo de cuatro años, que afirma la Administración autonómica que debe entenderse como el plazo prescriptivo respecto de cada uno de los honorarios que se devengaban mensualmente, ni el plazo de un año que dispone el citado art. 4.2 del RD 429/1993 , por lo que cabe concluir que la acción no se encuentra prescrita.

La Administración autonómica considera que la actuación que dio lugar a los perjuicios ahora reclamados, si bien fue anulada por sentencia firme, se realizó dentro de los márgenes de lo razonado y razonable, por lo que conforme a la doctrina del “margen de tolerancia” no puede entenderse que el daño sea antijurídico.

Como ya indicó esta sala en la STSJ Andalucía (Granada) Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1ª, S 26-4-2010, nº 933/2010, rec. 52/2003 (JUR 2012, 348924) « en los supuestos de anulación de una resolución sólo se genera responsabilidad cuando no se hubieren respetado los aspectos reglados del acto o no se haga una interpretación razonada y razonable de los conceptos jurídicos indeterminados que contenga la norma aplicable” ( STS de 10 de marzo de 1.998 , que recoge doctrina anterior del propio Tribunal en sentencia de 5 de febrero de 1.996 ), o de que “en los

casos de ejercicio de potestades discrecionales o en que la aplicación por la Administración de las normas jurídicas al caso concreto no haya de atender sólo a datos objetivos determinantes de la preexistencia o no del derecho en la esfera del administrado, sino que la norma antes de ser aplicada ha de integrarse mediante la apreciación necesariamente subjetivizada por parte de la administración llamada a aplicarla de conceptos ciertos determinantes del sentido de la resolución, debe reconocerse un cierto margen de apreciación a la Administración, que, en tanto en cuanto se ejercite dentro de márgenes razonados y razonables conforme a los criterios orientadores de la Jurisprudencia..., haría desaparecer el carácter antijurídico de la lesión” ( STS de 10 de marzo de 1.998 ) ».

La sentencia que invoca la reclamante para justificar su pretensión indemnizatoria es la STSJ Andalucía (Granada) Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 3ª, S 28-7-2011, nº 1846/2011, rec. 2586/2006 (JUR 2011, 373848) , que dispone lo siguiente « Concretado así el objeto de la revisión a ejercer en esta vía jurisdiccional y, habida cuenta de los motivos de impugnación que al respecto se articulan, se ha de solventar en primer término si de acuerdo con lo que sostiene la parte actora ha de servir en este caso como argumento revocatorio la prohibición de la denominada “reformatio in peius”, que consistió en la no valoración por parte de la Administración del Curso de referencia, decisión esta que se adoptó, apartándose de la tomada inicialmente, una vez que por la interesada en el uso del trámite de alegaciones frente al listado provisional de aprobados expuso que se había producido un error al computarse por el Tribunal 30 horas de duración de ese curso cuando son 300 las certificadas. [...]»

Así, cabe traer a colación el alegato del que también hace uso la actora en su demanda definiendo como arbitraria la actuación de la Administración, y, al respecto, se ha de señalar que cuando el proceder administrativo se incardina en el seno de los conceptos jurídicos indeterminados, (el de “relación directa” en este caso), ha de ser adoptada una sola solución y ésta ha de adaptarse a los parámetros preestablecidos genéricamente por la norma, ( Sentencia de 23-11- 2009 (JUR 2010, 140325) dictada por la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en recurso 101/2008 . Se trata, en definitiva, de la aplicación de conceptos que implican la utilización de criterios valorativos que permitan decidir sobre la procedencia el cómputo del mérito alegado en el apartado de que tratamos, lo que supone un control de equivalencia que, como declara la Sentencia de 4-1-2006 (RJ 2006, 88) dictada por la Sección 7ª de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en recurso 1187/2000 , entraña un juicio de

discrecionalidad técnica emitido por el órgano técnico competente al que se habrá de estar, y, ello, por tratarse de un órgano caracterizado por la cualificación y la imparcialidad de sus componentes, debiendo otorgarse un singular valor a las decisiones que adopte mientras no se haya demostrado su inequívoco error.

Pues bien, que un error se ha producido en el supuesto que nos ocupa es incontestable y, en el caso de que el mismo hubiese afectado a la primera decisión, debió explicitarse cumplidamente por la Administración la razón que llevó a sustituir por lo contrario lo inicialmente resuelto. Así, si esa “cualificación”, “imparcialidad” y “singular valor” al que alude la precitada Sentencia de 23-11-2009 (JUR 2010, 140325) ha de predicarse tanto de lo inicialmente acordado como de lo que en su contra posteriormente se dicta, pues en ambos casos estamos ante un pronunciamiento de un órgano técnico de la Administración, no es posible, sin más, otorgar exclusiva validez a la última decisión por cuanto que igual carácter de juicio técnico amparado por la presunción de acierto tiene la consideración de que la “relación directa” se daba como la de que tal presupuesto no existe. La falta de motivación específica de este cambio de criterio es incompatible con el uso ahora de una fundamentación jurídica que defiende la legalidad del acto en atención meramente a la consabida discrecionalidad técnica de la Administración, razón por la que procede la anulación de la Resolución impugnada.

[...] Como consecuencia de cuanto antecede, y, habida cuenta de que no es cuestión controvertida el error de la Administración consistente en el cómputo de 30 horas lectiva de duración del Curso de que tratamos en vez de las 300 que constan en el correspondiente Diploma, deberá la demandada efectuar una nueva valoración del Curso de formador de formadores en atención a las certificadas horas lectivas de su duración, adoptando a continuación la decisión que corresponda en orden al derecho de la Sra. Elena a figurar en el listado definitivo de aprobados de las pruebas selectivas de que tratamos, determinación esta de inclusión, en su caso, que por corresponder a la Administración no podría ser adoptada en esta vía jurisdiccional sin más consideración que la fundamentación jurídica que sirve para el solo efecto de anular el acto que se impugna ».

De la lectura de la sentencia se desprende que la causa que originó la anulación de la decisión adoptada por la Comisión de Selección fue la falta de apreciación de un curso denominado “formador de formadores”, que, paradójicamente, inicialmente había valorado, y que sólo tras alegar la actora que se habían tomado en consideración únicamente 30 horas en lugar de

las 300 horas acreditadas, la Administración optó por no apreciarlo, con el resultado de que la recurrente no fue seleccionada para la plaza pretendida.

Dicha forma de actuar no puede estimarse razonada o razonable, ni amparada en el margen de apreciación propia de las discrecionalidad técnica, sino que, muy al contrario, la sentencia firme alude a un error incuestionable y a una actuación arbitraria por cuanto la Administración no argumentó la razón por la que, tras las alegaciones de la actora, dejó de valorar un mérito que sí había estimado idóneo en su primera decisión. Como indica literalmente la sentencia, « que un error se ha producido en el supuesto que nos ocupa es incuestionable y, en el caso de que el mismo hubiese afectado a la primera decisión, debió explicitarse cumplidamente por la Administración la razón que llevó a sustituir por lo contrario lo inicialmente resuelto . Así, si esa “cualificación”, “imparcialidad” y “singular valor” al que alude la precitada Sentencia de 23-11-2009 (JUR 2010, 140325) ha de predicarse tanto de lo inicialmente acordado como de lo que en su contra posteriormente se dicta, pues en ambos casos estamos ante un pronunciamiento de un órgano técnico de la Administración, no es posible, sin más, otorgar exclusiva validez a la última decisión por cuanto que igual carácter de juicio técnico amparado por la presunción de acierto tiene la consideración de que la “relación directa” se daba como la de que tal presupuesto no existe. La falta de motivación específica de este cambio de criterio es incompatible con el uso ahora de una fundamentación jurídica que defienda la legalidad del acto en atención meramente a la consabida discrecionalidad técnica de la Administración, razón por la que procede la anulación de la Resolución impugnada» .

En consecuencia, es la propia sentencia firme la que alude a una actuación arbitraria, con ausencia de motivación, y cuyo contenido no puede ser amparado por la discrecionalidad técnica.

Finalmente, si la Administración hubiera actuado conforme a derecho, tal y como se comprobó con posterioridad, la actora habría ingresado en el Cuerpo de Auxiliares Administrativos de la Junta de Andalucía desde el mes de enero de 2007. De esta manera, debemos concluir se ha producido un daño antijurídico y que la perjudicada no tiene la obligación de soportarlo, por lo que procede reconocer el derecho al cobro de la indemnización.

Respecto de la valoración del quantum de la suma indemnizatoria, sin embargo, asiste la razón a la letrada de la Junta de Andalucía en cuanto a que la actora no ha aportado ninguna prueba que acredite que no desempeñó ninguna actividad laboral durante el periodo concernido. No basta con alegar que no ejerció ocupación profesional alguna durante 7 años, sobre

todo cuando se trata de una cuestión de fácil prueba por parte de la actora mediante la aportación del “Informe de Vida Laboral”; y como sostiene la Administración demandada, se trata de un tipo de documento amparado por la LOPD (RCL 1999, 3058).

En consecuencia, no se han aportado los elementos necesarios para cuantificar el importe total de la indemnización, pues si la demandante hubiera desempeñado algún tipo de actividad es claro -y así lo ha reconocido la jurisprudencia en reiteradas ocasiones- que habría que descontar los ingresos recibidos. Sin embargo, por razones de justicia material la solución anudada al supuesto que nos ocupa no debe ser el rechazo de la indemnización que hemos reconocido, sino diferir su exacta determinación al trámite de ejecución de sentencia, más las cotizaciones obligatorias a la Seguridad Social y a las entidades gestoras de los sistemas de previsión social, prestaciones sociales y los gastos de naturaleza social, que, de igual forma, se determinarán en ejecución de sentencia.

Finalmente, no se aprecia desviación procesal entre lo solicitado en vía administrativa y el importe de los salarios que no se devengaron hasta su incorporación definitiva en noviembre de 2014, pues se trata de un “daño antijurídico” que se ha mantenido sin solución de continuidad hasta su ingreso como funcionaria; es decir, no se trata de un concepto novedoso o distinto a lo ya solicitado anteriormente, sino su natural extensión y consecuencia hasta que tomó posesión como funcionaria y comenzó a percibir los salarios debidos.

Por cuanto antecede, el recurso será parcialmente estimado.

(Sentencia núm. 2606/2017 de 21 diciembre. Sala de Granada Ponente: D Miguel Pedro Pardo Castillo)