

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía*

III. BIENES PUBLICOS. AGUAS. SANCIONES POR CAPTACIÓN DE AGUAS NO AUTORIZADAS

Es objeto de impugnación en este proceso la resolución de fecha 26 de febrero de 2016 del Presidente de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir que desestima el recurso de reposición interpuesto contra la resolución de ese organismo de fecha 13 de octubre de 2015, por el que se impone a los recurrentes la sanción de multa de 29.490 euros y la obligación de indemnizar los daños al dominio público hidráulico en la cantidad de 8.846,91 euros, por la comisión de una infracción administrativa grave del Texto Refundido de la Ley de Aguas, R.D.L. 1/2001, de 20 de julio, prevista en sus arts. 116.3 apartado a) b), y g), en relación con el artículo, 316 c) del Reglamento del Dominio Público Hidráulico.

Los hechos imputados son; “ tener en explotación ocho captaciones de aguas subterráneas en las coordenadas... en las parcelas NUM000 y NUM001 del Polígono NUM002, para riego de 15.07 ha de frutos rojos, previo almacenamiento en balsa, en el paraje denominado DIRECCION000, en el T.M. de Bonares (Huelva), sin autorización de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir”.

La pretensión que se ejercita por la parte actora es el dictado de sentencia anulatoria de la referida Resolución, mientras que por la Administración demandada se solicita la confirmación de la misma.

Como primera cuestión, alegan los recurrentes la falta de autoría de la codemandante doña Ascension por cuanto no ha cometido ningún infracción al no ser propietaria de la superficie regada, ni de los sondeos ni arrendataria ni haber regado ni extraído agua de los sondeos.

En tal sentido se han aportado documentos como la nota simple del Registro de la Propiedad de la finca sita en el DIRECCION000 “ de 6 has vendida mediante escritura pública de compraventa a D. Imanol (50%) y a D. Hilario (50%) con fecha 1 de julio de 2009. Igualmente, se ha aportado la escritura de compraventa de fecha 1 de julio de 2009 donde se vendieron 6 has que

* Subsección preparada por JOSÉ LUIS RIVERO YSERN, Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.

tenía la referida recurrente en la finca NUM000 del polígono NUM002 a D. Imanol y Hilario.

Esta falta de responsabilidad fue alegada en el transcurso del expediente administrativo respondiendo la resolución administrativa que “había quedado suficientemente acreditada” sin que hubiera contestación por la Administración en sede jurisdiccional.

En el presente caso procede la estima del recurso en cuanto a la falta de responsabilidad de doña Ascension puesto que al tiempo de la realización de los hechos no consta que fuera titular ni propietaria de los terrenos donde ocurren los mismos ni que hubiera colaborado en su realización, por cuanto los había transmitido de la manera antes dicha y como se corrobora por las escrituras públicas de propiedad de los terrenos coparticipados donde se ubican los pozos.

El segundo argumento esgrimido por los recurrentes es la existencia de pozos privados anteriores al 1 de enero de 1986 por cuya extracción no se puede imponer sanción:

Los recurrentes consideran que aparte del pozo n° 1 reconocido por la CHG (expediente NUM003) inscrito en el Registro de Aguas como aprovechamiento temporal de aguas privadas con un caudal de 0,7000 l/sg para el riego de 2 hectáreas, existen otros sondeos privados en el paraje las Acciones y en el DIRECCION000 que están inscritos en el Registro de Minas a nombre de sus anteriores propietarios.

En tal sentido se han aportado certificados emitidos por el Jefe del Departamento de Minas.

De estos certificados no se desprende que resulte autorización de riego alguno pues entre otras razones siempre en el transcurso del procedimiento, se ha reconocido por los recurrentes que los aprovechamientos están pendientes de regularizarse sin especificar el trámite en el que se encuentran y lo que resulta más palmario, no pueden llegar a identificarse los mismos y las personas titulares y menos aún, si están autorizados o se ha iniciado algún expediente de regularización.

Por lo que, de la prueba verificada en autos, sólo corresponde reconocer la existencia de un pozo regularizado correspondiente al expediente NUM003, pues el que se sitúa en la parcela NUM000 del polígono NUM002, como dice la propia resolución, no consta expediente de inclusión en el Catálogo de Aguas Privadas.

Otro argumento es que las hectáreas denunciadas se encuentran dentro del Plan de Ordenación de Regadíos de la Corona Forestal de Doñana que ha sido informado favorablemente por la CHG.

Sostienen los recurrentes que la DIRECCION000 “ al cumplir los requisitos del art. 23 ha sido calificada como suelo agrícola regable en el plano de ordenación 0.3 del PORCFD. Ello es así, por haberse acreditado: 1) que son terrenos agrícolas en regadío en el año 2004 (fecha de entrada en vigor del POTAD), y 2) sobre los que se ha comprobado que han mantenido su actividad a lo largo de los siguientes años (artículo 23 del PORCFD) en tal sentido se acompañó el documento número 4 en el que las parcelas NUM000 y NUM004 del Polígono NUM002 del T.M de Bonares, se encuentra calificadas como zona regable en el Plano de Ordenación detallada 0.6.2 de PORCFD.

Como hemos dicho en la sentencia de esta misma Sala y sección de 11 de diciembre de 2017, Rec. 657/2016 en supuesto semejante a este: “ Alega seguidamente el demandante que las captaciones de aguas subterráneas están situadas en zona regable incluida en el Plan Especial de Ordenación de la Corona Forestal de Doñana, aprobado por Decreto 178/2014, de 16 de diciembre, de la Junta de Andalucía, el cual regula en su artículo 39 un proceso de regularización, al cual se ha acogido, y ello, en unión del uso pacífico de los pozos durante más de 20 años evidenciaría una falta del dolo específico necesario para considerar que su conducta es sancionable.

Sobre este aspecto ya ha resuelto con anterioridad esta misma Sala y Sección alegaciones similares sobre este argumento. Y así hemos dicho: “En la demanda se hace alusión a las iniciativas adoptadas por la Administración de la Comunidad Autónoma y del Estado para regularizar las parcelas de regadío que estaban siendo regadas pese a no gozar de autorización o concesión alguna, ello de conformidad con el artículo 39 del Plan Especial de Ordenación de las zonas de regadío ubicadas al norte de la Corona Forestal de Doñana, pero dicho proceso de regularización se inicia el 25 de marzo de 2015, y recordemos que el recurrente, según alegó, viene regando desde hace 20 años sin autorización administrativa ni concesión y que la infracción fue detectada en el año 2014; por lo demás, la circunstancia de haberse acogido al proceso de regulación de aprovechamientos del artículo 39 del PEORD, que establece algunas condiciones, entre ellas la de aportar documentación acreditativa de la existencia de la explotación con anterioridad al año 2004, así como de la continuidad de la explotación a lo largo de los años sucesivos. En nuestro caso, la inclusión de las parcelas del recurrente en el proceso de

regulación, no conlleva a considerar despenalizada su actuación, pues por el momento no se ha resuelto el proceso concesional con resolución favorable. Por lo demás, resulta irrelevante que las parcelas estén consideradas como de regadío si no tienen derecho de riego, y es para la ordenación de estos aprovechamientos que el citado artículo 39 instituyó el proceso de regulación: “Para aquellos aprovechamientos que no tienen derecho otorgado, la Administración competente iniciará un proceso de regulación de los aprovechamientos, de conformidad con la normativa específica...”, comienza diciendo el indicado precepto. Por lo demás, el recurrente es concesionario de la explotación de la parcela propiedad del Ayuntamiento, que utiliza el agua indebidamente, por lo que es evidente que es autor de la infracción por la que ha sido sancionado al explotar 3 captaciones para riego, haciendo un uso privativo del agua sin la pertinente autorización”.

Por todo ello reiterando el anterior criterio de esta Sala se ha de rechazar este argumento:

Afirman los recurrentes que han requerido la correspondiente concesión de aguas públicas a la CHG, a través de las Comunidades de Regantes del Fresno y del Condado Sostienen que el día 21 de abril de 2009 se remitió por la Jefa de Departamento de Tramitación de Concesiones la resolución de 19 de marzo de 2009 de la Dirección General del Dominio Público Hidráulico de la Agencia Andaluza del Agua por la que se acuerda la suspensión del trámite de procedimiento concesional de aguas públicas para riegos agrícolas afectados por el Plan de Ordenación de las Zonas de Regadíos de Doñana hasta que se aprobase el citado Plan. Es por ello, que suspendió el expediente concesional 1563/07 que se encontraba en tramitación a nombre de D. Hilario (que actúa también en representación de D. Imanol).

Este argumento es igualmente rechazable en la medida que los recurrentes no tenían concesión sino sólo expectativas de conseguirla por lo que al tiempo de la denuncia, sin concesión alguna, utilizaban el aprovechamiento sin que enerve esta situación el hecho de haberse suspendido el trámite de concesión en el año 2009 por causas que consideran no imputables a los mismos.

También sostienen los recurrentes que el cálculo del volumen de agua se basa en meras estimaciones teóricas así como que el cálculo del agua que habría dispuesto el recurrente se ha fijado de forma incorrecta por contradecir el artículo 326 bis del Real Decreto 670/2013.

En cuanto a la primera cuestión, argumentan los recurrentes que no ha quedado probado en el expediente sancionador que se regasen 207 días

durante la campaña de riego, máxime cuando el día de la inspección no existía riego alguno en la finca. Por lo que falta una verdadera prueba del volumen de agua consumida en la campaña de riego que ha sido calculado mediante “meras estimaciones teóricas” en base a la tabla de dotaciones netas establecidas en el Cuadro C.20.2 del PHG que establece para la fresa 4.500 m³/ha.

Ciertamente las estimaciones son teóricas porque no hay otra forma de realizarlas, y así lo hemos dicho en la sentencia de esta misma Sala y sección de 17 de diciembre de 2017, recaída en el recurso 457/2016: “Se refiere por el recurrente en primer lugar, que no hay prueba de que las dotaciones de agua de las que se ha dispuesto sean de 4.500 m³/ha durante 232 día anuales, y ello por ser previsiones para las fresas cuando el cultivo en su finca es de mora. Así como que no consta cual sea la extensión de la superficie regada.

Asimismo, se refiere que el cálculo del agua que habría dispuesto el recurrente se ha fijado de forma incorrecta por contradecir el artículo 326 bis del RD 670/2013, así como que las dotaciones de agua que se precisan para el cultivo de la fresa son superiores al de la mora.

Sostienen los recurrentes que la valoración de los daños al dominio público hidráulico se calcula en base a la dotación neta y se aplica la eficiencia para obtener la dotación bruta. Esta forma de valoración es contraria al criterio seguido en el Real Decreto 670/2013, de 6 de septiembre, por el que se modifica el Reglamento del Dominio Público Hidráulico aprobado en materia de Registro de aguas y criterios de valoración de daños al dominio público hidráulico en cuyo artículo 326 bis se establece que la valoración de daños al dominio público hidráulico en los supuestos en que no se vea afectada la calidad del agua no habla de emplear coeficiente de eficiencia, sino habla de “agua extraída” y en sus fórmulas no aparece la eficiencia.

Como la sentencia antes transcrita establece, hemos de reiterar que en la valoración de los daños al dominio público hidráulico: “... se han aplicado instrucciones de valoración del daño aprobadas por la Junta de Gobierno del Organismo de cuenca correspondiente, tal y como se prevén el artículo 326 bis del Real Decreto 670/2013, sin que por parte del recurrente se desvirtúen en este punto los importes calculados, limitándose a referir unos importes inferiores, pero sin acreditar en qué punto del procedimiento seguido se ha producido error de cuantificación.” En concreto, para el presente caso la Instrucción de valoración de daños al dominio público hidráulico por derivación no autorizada de aguas aprobada por la Junta de Gobierno del organismo de cuenca con fecha 18 de septiembre de 2012, sin que estos

cálculos resulten desvirtuados por prueba de contrario, limitándose a referir unos importes inferiores, pero sin acreditar en qué punto del procedimiento seguido se ha producido error de cuantificación, máxime cuando como se ha dicho, los cálculos se basan en estimaciones, que se aplican de forma conjunta a todo tipo de frutos rojos.

Resulta evidente que dado que lo que se sanciona es el uso de agua sin autorización, a la hora de fijar el importe de los daños, deba necesariamente acudir a una valoración estimativa. Y ello por cuanto que al carecer el recurrente de autorización, se carece por la administración competente de los controles periódicos que son inherentes a las autorizaciones para el uso de agua”.

Por lo que se refiere a la superficie que se toma como referente para el cálculo del agua, observamos como en las actas de infracción se indican localizaciones mediante coordenadas, que se fijaron en presencia del recurrente y que no han sido desvirtuadas por prueba de contrario.

Por último, sostiene el recurrente que está la balsa en proceso de legalización. Respecto de esta cuestión nos remitimos a lo dicho anteriormente respecto a los procesos de regularización y su repercusión en la responsabilidad de los recurrentes pues lo que resulta evidente es que al momento de producirse los hechos, la parte recurrente carecía de título habilitante para el aprovechamiento de las aguas. Y ello es con independencia de cualquier autorización o legalización posterior de los aprovechamientos que pueda producirse.

Por último, la parte recurrente sostiene la vulneración del principio de proporcionalidad de las sanciones. El artículo 117 Texto Refundido Ley de Aguas, califica las infracciones en leves, menos graves, graves o muy graves, atendiendo a su repercusión en el orden y aprovechamiento del dominio público hidráulico, a su trascendencia por lo que respecta a la seguridad de las personas y bienes y a las circunstancias del responsable, su grado de malicia, participación y beneficio obtenido, así como al deterioro producido en la calidad del recurso, pudiendo ser sancionadas en lo que aquí interesa con las siguientes multas: Infracciones menos grave, multa de hasta 10.001 hasta 50,000 euros que es la aquí elegida pero con la cuantía de 29.490 euros y la obligación de indemnizar los daños al dominio público hidráulico en la cantidad de 8.846,91 euros.

La resolución no explica el porqué de dicha cantidad sino se remite al artículo 131 del texto refundido de la Ley de Aguas y por tanto, a la vista de su poca de motivación, se ha de reducir, atendidas las circunstancias concurrentes de

la regularización de uno de los pozos y hallarse en proceso de regularización con la comunidad de regantes al igual que la balsa de almacenamiento, amén de quedar exonerado uno de los recurrentes, y en consecuencia debe estimarse parcialmente el recurso interpuesto en el sentido de aminorar la multa impuesta a la cantidad de 20.000 euros, debiendo quedar reducidos los daños al dominio público hidráulico a la suma de 7.841 euros .

Conforme a lo dispuesto en el artículo 139.1 LJCA, las costas procesales se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el órgano jurisdiccional, aprecie razonándolo debidamente, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. En nuestro caso, y dada la estimación parcial del recurso, no procede hacer una especial imposición de las costas.

(St de 16/05/2019 Ponente: PABLO VARGAS CABRERA).

IX. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONOMICO. FOMENTO. REINTEGRO DE SUBVENCIONES

La parte actora interpuso recurso contencioso administrativo contra la resolución de 28 de julio de 2016 de la Dirección General de Economía Social y Autónomos de la Consejería de Economía y Conocimiento de la Junta de Andalucía de reintegro de la ayuda concedida por incumplimiento de condiciones.

Se señalan en la demanda varios argumentos, de los que procede analizar en primer lugar la prescripción de la acción para acordar el reintegro.

Examinado el expediente, consta al folio 27 un requerimiento de documentación de 22 de febrero de 2011 que se le dirige a la recurrente, pero que finalmente no se le consigue notificar, con lo que no tiene efecto interruptivo. Sí se consigue notificar en fecha 2 de septiembre de 2011 resolución por la que se le reclama el reintegro voluntario del dinero, dado que no consta la justificación del cumplimiento de los fines de la subvención (folio 24 y 25) pues bien, desde esta fecha, no se realiza con la recurrente ninguna otra actuación hasta el día 4 de septiembre de 2015 al notificársele el acuerdo de inicio del procedimiento de reintegro de fecha 28 de agosto de 2015.

Por lo tanto sí tenemos un periodo superior a cuatro años de inactividad de la Administración competente, que consecuentemente nos obliga a considerar

prescrita la acción de la Administración para reintegrar conforme al artículo 39.1 de la Ley 38/2003, General de Subvenciones.

De conformidad con el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción, procede imponer las costas a la parte demandada pero limitando las costas a la cantidad de 300 euros.

(St 17 de mayo de 2019. Sala de Sevilla Ponente D. Juan María Jiménez Jiménez).

IX. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONOMICO.

Formación Profesional para el Empleo en Andalucía. Subvenciones. Régimen de adjudicación.

El objeto del recurso contencioso administrativo es la resolución de reintegro del anticipo que recibió el Ayuntamiento demandante, (de 71.887,50 €) por incumplimiento de las condiciones y finalidad de la subvención concedida en virtud de convenio firmado con el Servicio Andaluz de Empleo, al amparo de la Orden de 23/10/2009, para la realización de una acción formativa de cocina para personas desempleadas, con compromiso de contratación del 60% del alumnado.

Como antecedente necesario para abordar las cuestiones jurídicas planteadas debemos recordar que la Orden reguladora de la subvención es la de 23 de octubre de 2009, por la que se desarrolla el Decreto 335/2009, de 22 de septiembre, por el que se regula la ordenación de la Formación Profesional para el Empleo en Andalucía, y se establecen las bases reguladoras para la concesión del subvenciones y ayudas y otros procedimientos. La finalidad de las subvenciones cuyas bases reguladoras se recogen en la citada Orden es, según su exposición de motivos y cita de la Ley 56/2003 de empleo, la formación de los trabajadores como una de las políticas que mejor pueden contribuir a la consecución de los objetivos de empleo.

Entre las distintas modalidades de subvención en el ámbito de la formación para el empleo previstas en la Orden, la que nos ocupa está dirigida a personas desempleadas; y su concesión es directa, de modo excepcional al procedimiento general de concurrencia competitiva de los solicitantes. El artículo 87.3 de la Orden justifica esta excepción por razones de consecución de objetivos de empleo de los desempleados que participen en las acciones de formación en los siguientes términos: “ Asimismo, y de conformidad con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 31.1 de la Ley 3/2004, de 28

de diciembre, y en función de la especial finalidad perseguida así como las características de los posibles beneficiarios, los siguientes procedimientos no se someterán al régimen de concurrencia competitiva:

a) La suscripción de los convenios con los Agentes Económicos y Sociales más representativos en el ámbito de la Comunidad Autónoma andaluza, para la ejecución de los Planes de Formación de Carácter Intersectorial dirigidos prioritariamente a personas ocupadas, así como para el desarrollo de acciones formativas dirigidas prioritariamente a personas desempleadas. En ambos casos existen suficientes razones de interés público y social, ya que dichas entidades, en el marco de Diálogo Social, constituyen un pilar básico en el diseño, gestión e implantación de un modelo de Formación Profesional para el Empleo, que aunando los intereses de los trabajadores y las empresas persigue como último fin la creación y mantenimiento del empleo y el incremento de la productividad”.

En este caso la subvención obtenida por la recurrente tenía una doble finalidad: la formación en la actividad de cocina y el compromiso de contratación de al menos nueve alumnos desempleados.

Con carácter previo al examen de los motivos de nulidad de la demanda debemos fijar previamente el marco normativo aplicable, integrado por la Ley General de Subvenciones y la resolución que regula la concesión de la subvención que nos ocupa, complementado con la doctrina jurisprudencial que declara la naturaleza modal de las subvenciones. Entre las más recientes, sentencia núm. 775/17 de 8 de mayo y de 9 de mayo de 2016 -recurso núm. 62/2015, entre otras, que declara lo siguiente:

“A estos efectos, resulta pertinente recordar que la subvención se configura tradicionalmente como una medida de fomento que utilizan las Administraciones Públicas para promover la actividad de los particulares o de otras Administraciones Públicas hacia fines de interés general que representa o gestiona la Administración concedente”. Según resulta de la jurisprudencia reiterada de esta Sala, expresada entre otras en las sentencias de 7 de abril de 2003 (RC 11328/1998), de 4 de mayo de 2004 (RC 3481/2000), de 17 de octubre de 2005 (RC 158/2000) y de 20 de mayo de 2008 (RC 5005/2005), la naturaleza de la medida de fomento administrativo puede caracterizarse por las notas que a continuación se reseñan: “En primer lugar, el establecimiento de la subvención puede inscribirse en el ámbito de las potestades discrecionales de las Administraciones públicas, pero una vez que la subvención ha sido regulada normativamente termina

la discrecionalidad y comienza la previsión reglada cuya aplicación escapa al puro voluntarismo de aquéllas”.

En segundo término, el otorgamiento de las subvenciones ha de estar determinado por el cumplimiento de las condiciones exigidas por la norma correspondiente, pues de lo contrario resultaría arbitraria y atentatoria al principio de seguridad jurídica.

Por último, la subvención no responde a una “causa donandi”, sino a la finalidad de intervenir en la actuación del beneficiario a través de unos condicionamientos o de un “modus”, libremente aceptado por aquél. Por consiguiente, las cantidades otorgadas en concepto de subvención están vinculadas al cumplimiento de la actividad prevista. Se aprecia, pues, un carácter condicional en la subvención, en el sentido de que su otorgamiento se produce siempre bajo la condición resolutoria de que el beneficiario tenga un determinado comportamiento o realice una determinada actividad en los términos en que procede su concesión (Cfr SSTS 20 de junio, 12 de julio y 10 de octubre de 1997 , 12 de enero y 5 de octubre de 1998 , 15 de abril de 2002 “ad exemplum”).

Nuestra jurisprudencia, según se refiere en la sentencia de 20 de mayo de 2003 (RC 5546/1998), ha reconocido el carácter modal de la subvención o, si se prefiere, su naturaleza como figura de Derecho público, que genera inexcusables obligaciones a la entidad beneficiaria, cuyo incumplimiento determina la procedencia de la devolución de lo percibido sin que ello comporte, en puridad de principios, la revisión de un acto administrativo declarativo de derechos que haya de seguir el procedimiento establecido para dicha revisión en los artículos 102 y siguientes de la LRJ y PAC. Y es que la subvención comporta una atribución dineraria al beneficiario a cambio de adecuar su actuación a los fines perseguidos con la indicada medida de fomento y que sirven de base para su otorgamiento...” .

Dentro de dicho marco jurisprudencial y normativo analizaremos los motivos de impugnación y de petición de nulidad que contiene la demanda, si bien agrupados de manera lógica en aras de evitar redundancias argumentativas. En primer lugar, censura infracción legal de los arts. 54. 1 a) y f) de la Ley 30/92 , arts. 103.1 , 9.1 y 3 CE , por ausencia de motivación de la resolución de reintegro; ya que la administración autonómica no indica el motivo y norma que justifica el acuerdo de reintegro, provocándole indefensión. Este motivo debe ser desestimado, pues basta con la lectura de las resoluciones impugnadas para conocer las razones del reintegro.

Efectivamente, la resolución impugnada justifica la decisión de reintegro en el incumplimiento del Convenio con el SEA y la Orden de 23/10/2009; y más concretamente, por incumplir la obligación de solicitar autorización previa para subcontratar la totalidad de la acción formativa; por incumplir la obligación de solicitar tres ofertas de diferentes proveedores; y por no presentar documentación acreditativa de la contratación del 60% de los alumnos en la categoría laboral acorde con la acción formativa. Motivos contra los que el Ayuntamiento recurrente pudo alegar lo que estimó conveniente a su derecho de defensa.

Varios apartados de la fundamentación jurídica de la demanda denuncian infracción legal por indebida aplicación de los artículos 92 , 100,1 a) c) y 104.1 a) de la Orden reguladora de la subvención de 23 de octubre de 2009, por la que se desarrolla el Decreto 335/2009, de 22 de septiembre - por el que se regula la ordenación de la Formación Profesional para el Empleo en Andalucía, y se establecen las bases reguladoras para la concesión del subvenciones y ayudas y otros procedimientos - así como vulneración del principio de confianza legítima. El Ayuntamiento recurrente afirma que la subcontratación total de la actividad subvencionada estaba permitida por la cláusula decimocuarta del convenio con el Servicio Andaluz de Empleo - por remisión al artículo 100.3 de la citada Orden - y si bien en la solicitud de subvención no marcó la casilla que informaba de tal extremo, advierte que tanto en ella como en la memoria justificativa anunció y comunicó la identidad de la empresa con la que subcontrataría la actividad de formación, subcontratación a la que estaba obligado ya que no tiene ningún cocinero en plantilla. En atención a tales argumentos denuncia que la administración incumplió la obligación de requerirle de subsanación, de considerar necesaria exigible la autorización expresa, además de vulnerar el principio de confianza legítima, porque desde el momento de la solicitud conocía que subcontrataría la actividad.

Es hecho no controvertido que la entidad beneficiaria de la subvención (el Ayuntamiento) contrató la impartición del curso de cocina con la empresa Escuela de Cocina Veleta SL; de manera que subcontrató el objeto de la subvención y ello solo está autorizado por el artículo 29.2 de la Ley general de Subvenciones “ cuando la normativa reguladora de la subvención así lo prevea”. Pues bien, en este caso estaba prevista tal posibilidad porque el convenio con el SAE se remite en esta materia a la Orden de 23/10/2009 que lo posibilita con ciertos requisitos. Debe señalarse que, en contra de lo que parece desprenderse de los escritos de las partes, esta no es la causa de reintegro sino que se pide el reintegro por incumplimiento de una de las

garantías de forma que para subcontratar fija el artículo 29.3 de la citada ley ; cual es la obtención de “autorización previa” por la entidad concedente de la subvención en la forma que se determine en las bases reguladoras. Las STC 130 y 135/2013 declararon la constitucionalidad del art. 29.3 razonando que su finalidad es que la Administración “pueda controlar que la viabilidad y buen fin de la actividad subvencionada no será puesta en peligro por la subcontratación”.

Llegados a este punto de la línea discursiva está reconocido por el Ayuntamiento que no obtuvo dicha autorización previa; sin embargo, argumenta, debe entenderse otorgada ex al art. 100.1 de la Orden 23/10/2009; además de intervenir el principio de confianza legítima, ya que desde el primer momento la Administración pudo conocer su intención de subcontratar con empresa externa la actividad de formación de cocina.

El art. 100.1 c) de la Orden dispone lo siguiente: “La autorización previa del órgano concedente a que hacen referencia los apartados 3 del artículo 29 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones , podrá realizarse de forma expresa en la resolución de concesión de la subvención o, en su caso, en el convenio suscrito para la ejecución de la actividad formativa, o bien mediante resolución posterior, emitida en el plazo de 15 días a contar desde la solicitud de la autorización. Se entenderá otorgada la autorización cuando transcurra el citado plazo sin pronunciamiento expreso del órgano concedente” . Basta una interpretación gramatical y literal de la norma para colegir que solo opera el silencio administrativo positivo cuando existe previa solicitud expresa mas el transcurso de quince días sin respuesta. En este caso no existió solicitud expresa de autorización para subcontratar, de manera que no se generó la ficción del silencio positivo, tal y como se opone por la administración autonómica. De otro lado, los documentos que acompañan a la solicitud de subvención – esto es Memorias Descriptiva del Proyecto y justificativa de la experiencia de la entidad con la que se pretendía subcontratar - no se pueden entender como una solicitud defectuosa que la administración debería haber requerido de subsanación, en contra de lo que se afirma en la demanda.

La Sala no puede aceptar la escasa o nula relevancia que el Ayuntamiento demandante otorga a este incumplimiento, que minimiza hasta el punto de calificar la conducta de la demandada de rigor formalista, olvidando reiterada jurisprudencia, en relación al incumplimiento de obligaciones formales impuestas en las bases de la subvención, que legalmente es causa de reintegro, en contra de lo que se afirma en la demanda.

Resulta esclarecedora, en este punto, la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2010 (rec. 1055/2009) que, en su fundamento jurídico quinto y con cita del FJ 2º de la STS de 2 de diciembre de 2008 (recurso de casación 2181/2006) declara lo siguiente: “Esta Sala ha sentado una doctrina ya consolidada en cuanto a la exigencia del cumplimiento de las condiciones impuestas a los beneficiarios de subvenciones (en este caso se trata de un anticipo reintegrable que podemos considerar, a los efectos de lo que sigue, como una modalidad más de ayuda o “subvención” en sentido amplio, aunque no sea una entrega a fondo perdido sino más bien un préstamo a tipo de interés cero que posteriormente debe ser reembolsado en las condiciones ya expuestas). Hemos mantenido de modo constante que quien pretende obtener en su provecho caudales públicos por la vía de la subvención debe guardar una conducta respetuosa con las obligaciones, materiales y formales, a cuyo cumplimiento se subordina la entrega de aquéllos. El incumplimiento de las obligaciones de forma, aunque tengan un carácter instrumental, también puede determinar, en aplicación de los preceptos legales, o bien el decaimiento del derecho a obtener el beneficio o bien el deber de reintegrar su importe...”.

Por lo demás y en cuanto a la denunciada vulneración del principio de confianza legítima, la STS 775/17 de 8 de mayo de 2017 (recurso 4146/2014) declara lo siguiente: “ En la reciente sentencia de 6 de octubre de 2016 -recurso de casación núm. 472/2014 - hemos dicho: “Finalmente, la concurrencia de los requisitos para proceder al reintegro impide a la recurrente ampararse en los principios señalados en el motivo séptimo de su recurso, al invocar el artículo 3.1 de la Ley 30/1992, cuando menciona que se consagran los principios de vinculación por los actos propios, confianza legítima en la actuación de las Administraciones Públicas y seguridad jurídica, y se proscriben el abuso de derecho por contrario a la buena fe exigible en todas las actuaciones administrativas. (...). La confianza legítima no queda dañada cuando es la propia recurrente la que incumple sus obligaciones legales, es este caso la reseñada Orden de 26 de julio de 2000, lo que provoca la pérdida de la ayuda. (...)”.

Ha de recordarse que el otorgamiento de subvenciones está determinado por el cumplimiento de las condiciones exigidas por la norma correspondiente, pues de lo contrario resultaría arbitraria y atentatoria al principio de seguridad jurídica. Las cantidades otorgadas en concepto de subvención están vinculadas al cumplimiento de la actividad prevista; poseen por tanto un carácter condicional, en el sentido de que su otorgamiento se produce siempre bajo la condición resolutoria de que el beneficiario tenga un

determinado comportamiento o realice una determinada actividad en los términos que se produce la concesión. La concesión de una subvención o ayuda pública genera inexcusables obligaciones a los beneficiarios de ella, de modo que el incumplimiento de las condiciones bajo las que se otorga o la falta de justificación de su empleo a los fines para los que se concedió determina en el caso concreto la pérdida del derecho al cobro de la subvención, como se ha dicho reiteradamente.

Procede, por tanto, a la vista de lo anterior, la desestimación de este motivo de impugnación de la resolución.

La petición de nulidad de la resolución impugnada relacionada con el segundo motivo de reintegro - esto es, solicitar un mínimo de tres ofertas de diferentes proveedores - se basa en la denuncia de infracción por indebida aplicación del art. 31.3 de la Ley General de Subvenciones . Sostiene la actora que la norma establece la obligación del beneficiario de solicitar como mínimo tres ofertas y que ella cumplió con dicha obligación cursando tres invitaciones a diferentes empresas, con distintos administradores. Solo una de ellas aceptó.

El examen del expediente administrativo (folios 484 a 486) permite comprobar que, efectivamente, se cursaron tales invitaciones a tres empresas (Sierra Nevada Centro de Formación, CFO Moraima y Escuela de Cocinas Veleta). Por lo que ha de entenderse cumplida esta obligación y, de hecho, la administración autonómica no replica este motivo de impugnación de la resolución recurrida.

El último motivo por el que se solicita la nulidad de la resolución impugnada denuncia infracción por indebida aplicación del art. 37.3 de la Orden 23/10/09; ya que, según se alega, el Ayuntamiento cumplió con el compromiso de contratación del 60% del alumnado. En concreto, contrató a cuatro alumnos; y Restaurante Casa Rafael S.L. y Ejido Hotel Almería, ofrecieron contratos de trabajo de seis meses a media jornada a 12 y 13 alumnos/as, respectivamente, en empresas radicadas en Huércal de Almería y El Ejido, que no fueron aceptados, mayoritariamente, por razones de transporte, alojamiento y manutención.

La administración autonómica opone que las bases establecen el compromiso de insertar a un porcentaje de alumnos y alumnas que participan en el curso, razón por la que en dicho programa únicamente pudieron participar personas desempleadas, cuyas expectativas de contratación, como consta en el expedientes, se vieron frustradas por la oferta de contrataciones en régimen de media jornada, a 130 km del lugar de realización de las

actividades formativas (Almería) y por tanto de sus domicilios, siendo anti-económico para los alumnos su aceptación.

El artículo 37.7 de la Orden de 23 de octubre de 2009, en su párrafo segundo viene a determinar las consecuencias disponiendo que “El incumplimiento del compromiso de contratación dará lugar a la obligación del reintegro total o parcial de la subvención percibida y del interés de demora correspondiente, desde su abono, de conformidad con lo establecido en los artículos 104 y 105, salvo que medien causas o circunstancias que, apreciadas por el Servicio Andaluz de Empleo, hayan impedido su cumplimiento”.

Es doctrina jurisprudencial reiterada, en relación con la actividad probatoria en recursos que tratan de acreditar el cumplimiento de la condición o compromiso de empleo, que la prueba del cumplimiento de este compromiso “ha de exigirse con especial rigor”, dada la finalidad perseguida con este tipo de ayudas públicas; y corresponde a los beneficiarios de la subvención demostrar el cumplimiento de la misma. Entre otras, STS 30/05/2007 , RJ 2007/375. En el presente caso, no se ha acreditado una conducta diligente del Ayuntamiento subvencionado ni de la empresa subcontratada, en orden a cumplir el compromiso de contratación. La recurrente no realizó ningún esfuerzo para sustituir ofertas de trabajo claramente antieconómicas (en lugares alejados del domicilio de los alumnos y alumnas, que supondría mayor coste de alojamiento y manutención que salario a percibir) por otras fórmulas de contratación que cumplieran con la finalidad de promover el empleo, sin que pueda acogerse la mera alegación de la imprevisibilidad de las renunciaciones del alumnado para justificar el incumplimiento del compromiso de contratación. Resulta evidente que era plenamente previsible para la beneficiaria el mayoritario rechazo a condiciones de trabajo tan precarias. En este sentido se ha pronunciado la doctrina jurisprudencial en relación a supuestos de bajas de trabajadores comprometidos, tanto en STS de 26 de septiembre de 2013 (rec. 6/2012) como en STS de 30 de marzo de 2012 (RC 12/2008) en la cual se declara “... no constituye una causa de exoneración de responsabilidad, en la medida en que no cabe flexibilizar la exigencia de cumplimiento de las condiciones de empleo, en base a la alegación de la existencia de bajas de los trabajadores y la imposibilidad de cubrir temporalmente los puestos de trabajo comprometidos, siguiendo los criterios jurídicos expuestos en la sentencia de esta Sala jurisdiccional de 31 de octubre de 2007”.

En definitiva, el incumplimiento del compromiso de contratación revela que la subvención no ha sido destinada ni ha cumplido el fin promocional del

empleo para el que fue concedida; y por tal incumplimiento es causa de devolución del anticipo de la subvención recibido.

Conforme al artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa no procede hacer pronunciamiento de condena en costas, dado que uno de los motivos de impugnación de la demanda estaba justificado.

St. de 30 de abril de 2019. Sala de Granada . Ponente .Montalbán Huertas.

XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES. EXTRANJERÍA: LA REPRESENTACIÓN DE LOS EXTRANJEROS .ST DE 29 DE ABRIL DE 2019. SALA DE SEVILLA. REUNIÓN DE PRESIDENTES DE SALAS DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPREMO, AUDIENCIA NACIONAL Y TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA, CELEBRADO EN CÁCERES LOS DÍAS 26 Y 27 DE FEBRERO DE 2007 EN LA QUE SE ABORDÓ EL TEMA DE LA REPRESENTACIÓN DE LOS EXTRANJEROS

El auto apelado manda archivar las actuaciones, de acuerdo al artículo 56.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), por no haber subsanado la parte recurrente, Carlos Francisco , mediante escritura pública o apoderamiento apud acta la representación que de él dice ostentar el Letrado Sr. J. P.

La parte apelante denuncia vulneración de la Ley 1/1996, de Asistencia Jurídica Gratuita y del derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el art. 24 de la Constitución Española .

El Juzgado requirió a la parte recurrente para que subsanara el defecto consistente en falta de apoderamiento, con apercibimiento expreso de archivo en caso de no verificarse lo ordenado. El Juzgado ha entendido que no se ha atendido el requerimiento y, por esta razón, decreta el archivo.

En lo relativo a la falta de acreditación del apoderamiento, si bien se dictó por el Pleno de esta Sala Sentencia de fecha de 10 de septiembre de 2004, dictada en el Recurso de Apelación 153/2004 , en la sentencia de fecha de 5 de octubre del año 2007 dictada también por el Pleno de esta Sala se ha decidido replantear la cuestión atendiendo a determinados acontecimientos que se han producido después de la primera de las sentencias mencionadas; en concreto, a partir de recientes resoluciones del Tribunal Constitucional, que

no admiten o desestiman el recurso de amparo en supuestos prácticamente idénticos a éste, y a la reunión de Presidentes de Salas de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia, celebrado en Cáceres los días 26 y 27 de febrero de 2007 en la que se abordó el tema de la representación de los extranjeros y se alcanzaron, entre otras, las siguientes conclusiones: “los extranjeros deben cumplir los mismos requisitos para comparecer en juicio que los nacionales, pues el ordenamiento no establece exoneración o dispensa alguna”, y, por otro lado, “la prestación de la tutela efectiva por los Jueces y Tribunales solo se justifica si consta de manera indubitada la voluntad del extranjero de impetrar la actuación de los mismos”.

Reproducimos nuestra sentencia de Pleno:

“...No resulta ocioso hacer referencia a una práctica muy extendida consistente en que el ciudadano extranjero, por diligencia extendida ante funcionario de la Policía, otorga su representación ante un determinado Letrado para todo lo relativo al expediente administrativo y recursos que procedan, lo cual constituye un medio legalmente permitido de otorgar la representación en vía administrativa (Art. 32.3 de la Ley 30/92), representación esta que carece de toda eficacia en el seno del proceso judicial a tenor de la normativa citada en el párrafo precedente. A mayor abundamiento ha de agregarse que, tanto el Art. 6 como el 27 de la Ley 1/96 , parten del supuesto de que la intervención del Procurador resulte preceptiva, circunstancia que no concurre en los procedimientos seguidos ante los Juzgados de lo Contencioso Administrativo (Art. 23 de la LJCA), o bien tal intervención sea acordada por el Juzgado o Tribunal en auto motivado, resolución que no se ha dictado por el Juzgador de instancia, de forma que en modo alguno puede considerarse atribuida una representación procesal como derivada de una designación colegial de Letrado, y ello tras el reconocimiento del derecho a la justicia gratuita.

A la vista de lo precedentemente expuesto ha de concluirse afirmando que, en el caso que nos ocupa, no concurre un presupuesto básico y necesario para la admisión a trámite del recurso, nos referimos, naturalmente, a la constancia de que la persona afectada por la resolución administrativa a que se contrae este recurso, y, por ende, legitimada para impugnarla, haya decidido solicitar la tutela judicial a través del mismo, voluntad que podría haberse manifestado mediante la suscripción del escrito de interposición, el otorgamiento de poder notarial, o mediante apoderamiento “apud acta”, dando cumplimiento al requerimiento judicial practicado, por lo que no

consta el ejercicio del derecho de accionar, ni el mandato representativo, defectos que no pueden considerarse subsanados ante la mera designación, corporativa, del Letrado, admitir lo contrario supondría confundir conceptos tan distintos como la postulación, el derecho a la acción y el mandato representativo, el cual ha de otorgarse en la forma legalmente prevista en el Art. 24 de la LEC , aplicable a esta jurisdicción especializada a tenor de lo dispuesto en la Disp. Final 1ª de la LJCA en relación con los Arts. 1 y 4 de la LEC , que consagran el denominado principio de legalidad procesal, que afecta por igual a nacionales y extranjeros.

La falta de constancia de la voluntad para promover este recurso hace que nos hallemos, en definitiva, ante lo que se ha dado en llamar procesos “hueros” o “virtuales”, es decir, carentes de contenido real, pues el recurrente, que se coloca en ignorado paradero por razones obvias, no se comunica con su Letrado, el cual, paradójicamente, desconoce el domicilio del mismo, de forma que el interesado no llega a enterarse de la prosecución del proceso ni de su resultado.

Por último, conviene traer a colación lo dispuesto en el Art. 65.2 de la L.O.4/2000 según el cual “cuando el extranjero no se encuentre en España, podrá cursar los recursos procedentes, tanto en vía administrativa como jurisdiccional, a través de las representaciones diplomáticas o consulares correspondientes, quienes los remitirán al organismo competente”, por lo que en todo caso el extranjero, que se encuentre fuera de España, dispone, a su vez, de otra vía para cursar los recursos que considere procedentes desde su país de origen, de modo que el archivo de este recurso no cierra las posibilidades de defensa del mismo.

A la vista de las precedentes consideraciones, esta Sala ha procedido a cambiar el criterio que se ha mantenido hasta ahora , desde la sentencia del Pleno indicada, en el sentido que ha quedado precedentemente expuesto, y como quiera que no se ha procedido al cumplimiento del requerimiento del Juzgado dirigido a la subsanación del defecto de representación apreciado, el auto impugnado es acorde con lo dispuesto en el Art. 45.3 de la LJCA , por lo que ha de desestimarse el recurso interpuesto...”.

En la forma que se expone en dicha sentencia, la cita del principio y del derecho fundamental mencionados, en los que se basaba la sentencia del Pleno de esta Sala antes citada, nos lleva a traer a colación la doctrina del Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la Constitución, en torno a los presupuestos del proceso y su archivo ante el incumplimiento de los mismos, según la cual el principio “pro actione” obliga a los órganos judiciales

a dar la oportunidad de corregir los defectos formales, el cual no consiente interpretaciones caracterizadas por la desproporción entre los fines que preservan y las consecuencias de cierre del proceso, principio que no implica una devaluación de los presupuestos o requisitos del proceso (STC 58/2005 Y 19/2003), también ha declarado el T.C. que la indefensión generada por la inactividad o negligencia del interesado, máxime cuando se ha concedido un plazo para su subsanación, carece de relevancia constitucional (SSTC 11/95 , 141/92 , 130/98 entre otras muchas).

Reviste especial importancia la resolución del T.C de 19-1-2005 dictada en el procedimiento con nº de Registro: 5010-2004, que acuerda no admitir a trámite un recurso de amparo, en base, entre otras, a las siguientes consideraciones : “...No resulta riguroso ni formalista que el Abogado designado de oficio para defender a la parte en vía administrativa no es un representante de aquella que pueda interponer en su nombre recurso contencioso-administrativo...Hemos dicho que es difícilmente rebatible que para actuar en nombre de otro en un proceso resulta imprescindible el consentimiento expreso e inequívoco del representado...Este Tribunal, si bien ha mantenido que la falta de acreditación de la representación es subsanable...ha desestimado o inadmitido recursos de amparo dirigidos, con invocación del Art. 24 C.E ., contra decisiones judiciales de inadmisión dictadas en el orden contencioso-administrativo por falta de representación del Abogado (SSTC 205/2001, de 15 de octubre y 153/2002 de 15 de julio), si la parte no la acredita una vez requerida para ello, o si no resultaba posible ofrecer la posibilidad de subsanación (ATC 276/2001, de 29 de octubre).

La mencionada Resolución del T.C., que no es única a tenor de lo expuesto, pone claramente de manifiesto la procedencia del auto de archivo por incumplimiento, y falta de posterior subsanación, del requisito relativo a la falta de acreditación de la representación, sin que sea posible oponer reproche alguno por posible vulneración del principio “pro actione” o del derecho a la tutela judicial, el cual no es un derecho de libertad absoluto, sino de prestación y de configuración legal, de modo que solo puede ejercitarse por el cauce y mediante el cumplimiento de los requisitos, que el legislador establece (STC nº 99/85). A lo precedentemente expuesto se podría oponer que no es necesario acreditar la representación puesto que el Letrado nombrado por el Colegio de Abogados ostenta, a su vez, la representación al no ser preceptiva la intervención de Procurador ante los Juzgados de lo Contencioso, y ello a la vista de los efectos del reconocimiento del derecho a la justicia gratuita a tenor del Art. 27 de la Ley 1/96 de AJG ; no obstante ha de tenerse en cuenta que el citado precepto y el Art. 6 de la misma ley,

concordante con el anterior, se limitan a regular, respectivamente, los efectos y el contenido material del derecho a la asistencia jurídica gratuita, al establecer que “el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita llevará consigo la designación de abogado y, cuando sea preciso de procurador de oficio o , según agrega el Art. 6, cuando no siéndolo, sea expresamente requerida por el Juzgado o Tribunal mediante auto motivado para garantizar la igualdad de las partes en el proceso”, tenor literal del que no se deriva que el nombramiento de letrado implica que este asuma, “per se”, la representación procesal, pues ambos preceptos distinguen claramente las funciones de defensa y representación y la atribuyen a distintos profesionales, lo cual aparece corroborado a la vista de lo dispuesto en el Art. 15 de dicha Ley 1/96 al establecer que “el Colegio de Abogados...procederá...a la designación provisional de abogado, comunicándolo inmediatamente al Colegio de Procuradores a fin de que, en caso de ser preceptivo, en el plazo máximo de tres días, se designe procurador que asuma la representación...”.

Cabe destacar que el anterior criterio del Pleno de esta Sala se ha visto sustancialmente confirmado a partir de la sentencia de fecha de 11 de marzo de 2008 dictada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en la que se afirma que el mandamiento otorgado por el extranjero a favor del Letrado en dependencias policiales y ante funcionario público faculta para presentar los posibles recursos, pero ello ha de entenderse cumpliendo las exigencias establecidas en las leyes de procedimiento. En este caso, las que se recogen en el apartado primero del artículo 23.1 de la LJCA, que exige que en sus actuaciones ante órganos unipersonales, las partes podrán conferir su representación a un Procurador y serán asistidas, en todo caso, por Abogado; y, en relación con el artículo 24 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando afirma que el poder en que la parte otorgue su representación al procurador habrá de estar autorizado por notario o ser conferido por comparecencia ante el Secretario Judicial del tribunal que haya de conocer del asunto. Igualmente el Alto Tribunal en sentencia de 30 de julio de 2011, desestima un recurso de casación en interés de ley, formulado por el Colegio de Abogados de Madrid, señalando “En efecto, no cabe tachar de errónea la sentencia dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el sentido de haber interpretado de forma irrazonable o arbitraria las normas procesales que regulan la admisión de los recursos contencioso-administrativos, puesto que advertimos que la decisión judicial se fundamenta en la doctrina de esta Sala, que, de forma reiterada, sostiene, con base en la interpretación de los artículos 19.1 a)

y 23 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que un Letrado no puede arrogarse la legitimación o representación de un tercero sin que éste manifieste su aquiescencia, debido al carácter personal del derecho de acceso a la jurisdicción, reconocido por el artículo 24 de la Constitución, correspondiendo al titular de la acción instar el procedimiento para el reconocimiento del beneficio de asistencia jurídica gratuita, de modo que la decisión de inadmisión de un recurso contencioso- administrativo es procedente cuando se constata la falta del cumplimiento del requisito de postulación del recurrente, exigido para la válida constitución del proceso”. En este mismo sentido, el artículo 22. 3 de la Ley de Extranjería según la reforma introducida por L.O. 2/2009.

Por lo puesto cumple desestimar el recurso de apelación.

De conformidad al art. 139.2 de la LJCA procede imponer las costas a la parte apelante sin que se aprecie la concurrencia de circunstancias que justifiquen su no imposición. En uso de la facultad conferida por el número 3 del art. 139 LJCA las costas se limitan a un máximo de 150 euros, considerando complejidad y alcance del asunto planteado.

(Ponente IRIARTE MIGUEL).

XX. RESPONSABILIDAD CAUSA EFICIENTE

La sentencia de instancia desestima el recurso contencioso, señalando que si bien existe conformidad en cuanto a los hechos, esto es, sobre la forma de producirse el accidente, es la actuación del recurrente la que lo provoca. Se señala de este modo que el recurrente tras aparcar su vehículo en doble fila, tras la fila de coches bien aparcados y al volver al su propio vehículo, se cayó como consecuencia de grieta que existe junto a la carretera. De este modo se insiste en que siendo una zona no habilitada para el paso de peatones, se exige una especial vigilancia y cuidado por parte de estos cuando deambulan por esa zona.

El recurso de apelación combate la sentencia señalando que la caída se produce por la propia existencia de la grieta en la zona por la que discurre el recurrente para poder acceder a su vehículo. Señala asimismo que la oscuridad del momento, le impedía advertir la existencia de la grieta. Siendo imputable a la administración demandada, de forma exclusiva, la causa de la caída.

A la hora de examinar la deambulaci3n diligente que le es exigible al peat3n, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras sentencia de 17 de mayo de 2001) y la pr3ctica emanada de los Tribunales Superiores de Justicia (sentencias del TSJ de Andaluc3a, Sala de Sevilla de 21 de septiembre de 2005 y 5 de enero de 2006) atienden como factor primordial a la previsibilidad del elemento que colocado en la v3a p3blica obstaculiza el paso del peat3n. De manera que cuando el obst3culo es un medio usual de la v3a p3blica, derivado de un funcionamiento correcto del servicio p3blico, y sin perjuicio de que incluso de este funcionamiento normal tambi3n puede derivar responsabilidad, lo norma al es considerar que la relaci3n causal se rompe por la falta de previsi3n del peat3n ante ese obst3culo. As3 ser3 el caso cuando se trate de bolas o monolitos para evitar el aparcamiento, farolas o sem3foros, o bancos y papeleras todos ellos correctamente situados. En estos casos, la utilizaci3n normal de estos elementos en la v3a p3blica, y la previsibilidad de los mismos determina a que cualquier golpe del peat3n con ellos, les sea imputable al mismo por cuanto que lo contrario supondr3a admitir que es posible, l3gico y razonable que cuando se camina por la calle, se tropiece de forma habitual con ese mobiliario urbano.

Ahora bien, cuando el golpe se produce no con este tipo de mobiliario urbano, sino con elementos impropios, o con parte de ese mobiliario urbano incorrectamente colocado, de manera que la existencia del mismo no es previsible ni esperable, cu3as de madera para el acceso de veh3culos a garajes en lugar de vados, losetas levantadas, alcantarillas destapadas, mobiliario urbano arrancado y desplazado de su lugar, se genera un riesgo para los viandantes no previsible ni justificado, y con el que por tanto estos no tienen por qu3 contar. De manera que el golpe con estos por parte de un peat3n, determina inicialmente la efectiva existencia de relaci3n causal, que solo ser3 modulable o llegar3 a desaparecer cuando se pruebe por quien lo alega la concurrencia de culpa o negligencia por parte del viandante, debiendo por tanto mantenerse la sentencia de instancia, al no apreciar un error en la valoraci3n de la prueba en la primera instancia.

(St de 17 de mayo de 2019 ponente D. Juan Mar3a Jim3nez Jim3nez)