

Tribunal Supremo¹

I. ACTO ADMINISTRATIVO

Cese en cargo de libre designación: necesidad de motivación para descartar que obedezca a causas espurias; las razones no son enjuiciables, pero sí su insuficiencia, especialmente cuando se cesa a representantes sindicales; omisión de motivación: indefensión: anulación del cese y retroacción de actuaciones. Solicitud de indemnización: no procede.

“NOVENO.- De esta forma y a los efectos de lo que se ha identificado que tiene interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, respecto del cese en un puesto servido por funcionarios de carrera así seleccionados, se declara lo siguiente:

1.º El funcionario de carrera que desempeña un puesto clasificado como de libre designación tiene un mero interés en su permanencia, no un derecho a la inamovilidad en ese concreto puesto, algo propio de los provistos mediante concurso reglado. Ese mero interés trae su causa en que la designación para el puesto se basa en un juicio de libre apreciación, por lo que quien lo designó puede juzgar que las condiciones subjetivas u objetivas, tenidas en cuenta para la designación, pueden haber desaparecido o cambiado, teniendo en cuenta el interés general que se satisface desde el desempeño del puesto.

2.º Como el acto de nombramiento, también el de cese debe ajustarse a exigencias formales obvias como, por ejemplo, que lo acuerde el órgano competente o la adecuada formación -en su caso- de la voluntad si es un órgano colegiado y a tales exigencias formales cabe añadir la motivación si bien con la debida modulación.

3.º Esta motivación ciertamente debe ir más allá de lo previsto en el artículo 58.1, párrafo segundo, del RGPPT, según el cual "la motivación de esta resolución se referirá a la competencia para adoptarla". Por tanto, al funcionario cesado debe dársele razón de por qué las razones de oportunidad, basadas en la confianza e idoneidad apreciada para el puesto y que llevaron a su elección, ya no concurren o si concurren qué otra circunstancia objetiva determina la pertinencia del cese.

¹ Subsección preparada por EDUARDO GAMERO CASADO, Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Pablo de Olavide. Se incluyen las sentencias aparecidas en los repertorios entre el 1 de agosto y el 31 de noviembre de 2019, aunque algunas estén fechadas con anterioridad a ese período.

4.º La razón o razones del cese no serán enjuiciables en lo que tienen de libre apreciación; ahora bien, es exigible que se expliciten evitándose expresiones opacas, estandarizadas, que puedan encubrir una intención patológica por falsa, caprichosa o ajena a los requerimientos del puesto o a las exigencias de idoneidad profesional que llevaron a la elección. Esta exigencia de motivación se cualifica cuando se trata del cese de quien ejerce funciones de representación sindical.

DÉCIMO.- A los efectos del artículo 93.1 de la LJCA y aplicado lo expuesto a la sentencia impugnada, se estima el recurso por las siguientes razones:

1.º El acuerdo de cese impugnado ante la Sala de instancia no daba razón alguna de la causa. Su silencio dejaba al entonces demandante indefenso a efectos de una eventual impugnación basada en que pudiera haberse incurrido en razones espurias respecto de las exigencias para el desempeño del puesto, puesto funcional no reservado a personal de confianza, y que ocupaba desde hacía quince años”.

(STS 1198/2019, de 19 de septiembre, Sala 3ª, Secc. 4ª. Ponente: José Luis Requero Ibáñez).

II. ADMINISTRACIÓN LOCAL

Ciudad Autónoma de Ceuta: composición del Consejo de Gobierno local: necesidad de que sus integrantes sean diputados de la Asamblea: nombramiento como titular de Viceconsejería a persona que no es diputada: el cargo forma parte del Consejo de Gobierno: anulación.

“CUARTO.- (...) El primero de ellos es el de establecer si el cargo de Viceconsejera de Empleo es o no ajeno al Consejo de Gobierno. (...) El dato formal de la ubicación de los artículos en que se hace referencia expresa al cargo de viceconsejero y el hecho de que, realmente, se contemple la posibilidad de que ejerzan en sustitución la consejería, confirma, a nuestro entender, que fue acertada la conclusión del Juzgado y de la Sala de apelación de que forma parte del Gobierno de la Ciudad Autónoma [que estimaron que la Viceconsejería forma parte del Consejo de Gobierno].

(...) Es verdad que ni Ceuta ni Melilla son solamente municipios, como bien precisa el Consejo de Estado. Pero es igualmente cierto que las Ciudades Autónomas sustituyen a los anteriores Ayuntamientos y, por eso, sus respectivos Presidentes tienen también la condición de alcaldes (artículo 15) y los diputados de sus Asambleas tienen asimismo la condición de concejales (artículo 7.2). Razonando desde la perspectiva en que se sitúa el Tribunal

Constitucional, no parece coherente que mientras en ningún municipio de España, sea grande o pequeño, pueden ejercer el gobierno local personas distintas de los propios vecinos y de quienes hayan sido elegidos por ellos, en Ceuta y Melilla sí pueda estar en manos de personas que no han sido elegidas democráticamente. Sin discutir que hay otras formas de legitimación democrática de los gobernantes distintas de la elección por los ciudadanos, lo cierto es que la Constitución quiere que el gobierno local esté en manos de los vecinos o de quienes han elegido para que les gobiernen.

Considera la Sala que la singularidad propia de las Ciudades Autónomas no puede llegar a excluir la aplicación de una regla sentada claramente por la Constitución. Desde luego, la sola atribución estatutaria a sus Presidentes de la facultad de nombrar libremente a los miembros de su Consejo de Gobierno no basta. Ceuta y Melilla, sin duda, gozan de una autonomía que les garantiza un régimen diferente al que establece el legislador, pero, como hemos dicho, esa autonomía no exime del cumplimiento de las exigencias constitucionales explícitas cuando el texto fundamental no ha previsto ninguna excepción al respecto.

Entiende la Sala que cobra una importancia determinante para alcanzar esa conclusión la diferencia esencial que media entre las Comunidades Autónomas, en las que no es imprescindible contar con la condición de parlamentario para ser miembro del Consejo de Gobierno y las Ciudades Autónomas. Esa diferencia estriba no sólo en la diferente naturaleza de las competencias de unas y otras, sino en un dato estructural. Las Comunidades Autónomas son entes territoriales intermedios, de carácter pluriprovincial o, en todo caso, plurimunicipal. En cambio, las Ciudades Autónomas son entes territoriales inmediatos, de carácter único.

Desde esta perspectiva, no se advierten razones que expliquen por qué no se les ha de exigir a las Ciudades Autónomas a este respecto lo mismo que a los municipios con los que comparten esas características esenciales de la inmediatez y de la unidad territorial y, sin embargo, se las asimile a las Comunidades Autónomas que son estructuralmente diferentes. La proximidad e inmediatez del gobierno local y la propia unidad de la entidad territorial sobre la que recaer, justifican la regla democrática del artículo 140, mientras que no la requiere en esos términos el gobierno de la Comunidades Autónomas, intermedio, no inmediato y complejo, que comprende provincias en unos casos y, siempre, una pluralidad de municipios, todos con autonomía constitucionalmente garantizada”.

(STS 1536/2019, de 28 de octubre, Sala 3ª, Secc.5ª. Ponente: Pablo María Lucas Murillo de la Cueva).

VI. CONTRATOS

Anulación de adjudicación de contratos: retroacción de actuaciones: nuevo adjudicatario: tiene derecho a todo el período de duración de la concesión inicialmente previsto, sin detrarle el ya transcurrido durante la sustanciación de los procesos (20 años de un total de 30).

“TERCERO.- (...)

Pues bien, la sentencia de 26 de diciembre de 2007 contiene, por lo que aquí interesa, los siguientes pronunciamientos: "2º Se estiman parcialmente los recursos contencioso administrativos 5106, 5133 y 5192/1994 interpuestos por ATISAE, ITELEVESA e ITA ASUA, SA contra la Resolución del Ilmo. Sr. Director General de Servicios Generales del Departamento de Industria y Energía del Gobierno Vasco, de fecha 19 de noviembre de 1993, por la que se adjudica definitivamente la gestión de la explotación del servicio de Inspección Técnica de Vehículos mediante las estaciones ITV-IAT en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma del País Vasco, en régimen de concesión, y la desestimación presunta, por silencio administrativo de los recursos de reposición interpuestos contra la misma, así como la resolución de la misma autoridad, de fecha 22 de diciembre de 1994, por la que se resuelven dichos recursos, las cuales se anulan y se dejan sin valor ni efecto alguno.

3º Se retrotraen las actuaciones administrativas al momento anterior a la adjudicación de los contratos para que por la Administración se proceda a efectuar nueva valoración conforme a lo expresado en el fundamento de derecho decimotercero."

Se desprende de ello con claridad, que la resolución de 19 de noviembre de 1993 se anula y deja sin ningún valor ni efecto, es decir, desaparece del ordenamiento jurídico totalmente, sin que esta Sala reconozca ninguna eficacia, ni siquiera transitoria, a la misma, de manera que no puede asumirse el planteamiento de la instancia y de la parte recurrida, que sostiene la eficacia de la misma desde su adopción hasta que se produjo, en 2013, la adjudicación en ejecución de la sentencia.

Por otra parte, la sentencia ordena la retroacción de actuaciones al momento anterior a aquella adjudicación anulada, procediendo a efectuar una nueva valoración conforme a los criterios establecidos por esta Sala, lo que supone el reconocimiento de quien resulte nuevo adjudicatario de su derecho en las mismas condiciones que los demás, incluido el periodo de duración de la concesión, que, como señalan las partes, incluida la recurrida, viene

establecido en el pliego de condiciones, cláusula 5.1, 30 años a computar desde el inicio de la concesión, a cuyo efecto se toma en consideración la adjudicación definitiva del contrato, la cual, como acabamos de indicar solo puede ser la efectuada en ejecución de la sentencia de esta Sala de 26 de diciembre de 2007 , que anula y deja sin ningún valor ni efecto la llevada a cabo por resolución de 19 de noviembre de 1993.

La ejecución en los términos que se indican en la sentencia recurrida supone, de una parte, desconocer el pronunciamiento anulatorio de la sentencia ejecutada, otorgando una eficacia de hasta veinte años a la resolución anulada y, por otra parte, se desvirtúa el derecho reconocido al nuevo adjudicatario, en las mismas condiciones establecidas en las cláusulas contractuales, quedando reducido a la tercera parte de la duración prevista y remitiendo, genéricamente y sin ninguna concreción, a una eventual indemnización por el periodo restante”.

(STS 1536/2019, de 6 de noviembre, Sala 3ª, Secc.4ª. Ponente: Octavio Juan Herrero Pina).

VII. CORPORACIONES DE DERECHO PÚBLICO

Colegio de Abogados: Reglamentación que excluye del turno de oficio a colegiados mayores de 75 años: desproporcionalidad de la medida, que puede ser legítima, pero no queda suficientemente razonada: anulación.

“QUINTO (...)

En definitiva, establecer un límite máximo de edad en el Turno de oficio, aunque ésta sea elevada -salvo para los recursos de casación y amparo- por la disminución de condiciones físicas que van aparejadas a la edad, cuando no ha quedado justificado que inhabiliten o dificulten una satisfactoria prestación de la actividad a desarrollar por el abogado de turno de oficio, cuando la adscripción es voluntaria, así como la elección del área y del turno, lo que se compadece mal -aunque se trate de la prestación de un servicio público financiado con fondos públicos- con la inexistencia de límite de clase alguna para el ejercicio de la abogacía. No hay un solo dato que evidencie la defectuosa asistencia de los Abogados de más edad, ni las quejas que hayan podido recibirse en sede colegial por parte de los justiciables, extremos importantes que eliminarían toda sospecha de discriminación por razón de edad. Pero, además la actuación del Letrado, tanto en el ejercicio privado de la profesión como en el Turno de oficio, lo que exige, básicamente, son

facultades intelectuales, y, en mucho menor medida, físicas, no siendo éstas, desde luego determinantes, sin que, actualmente, pueda predicarse de la generalidad de los mayores de 75 años, ese menoscabo físico o intelectual que haga necesaria y razonable la medida. Si así fuera, debería establecerse el mismo límite para el ejercicio privado de la abogacía.

Consideramos, por tanto, que el Colegio de Madrid no ha justificado las razones que le llevan a establecer ese límite máximo de edad, ni la verdadera finalidad que se persigue, que podrá ser legítima, pero que no ha sido evidenciada, lo que nos lleva a considerar discriminatorio ese límite máximo de edad que se establece, con carácter general, para el Turno de oficio cuando tal límite de edad no existe para el ejercicio privado de la profesión.

SEXTO.- Respuesta a la cuestión interpretativa planteada por el auto de admisión:

El establecimiento de un límite máximo de edad -75 años- para pertenecer al Turno de Oficio (con excepción de los turnos especiales de casación y amparo) cuando no existe limitación de edad en el ejercicio de la abogacía y se mantiene - hasta su conclusión- los asuntos previamente turnados, en razón de una eventual disminución de facultades físicas, carece de justificación objetiva lo que impide conocer si la finalidad que persigue es legítima y la limitación proporcionada, requisitos sin los cuales cabe tildar de discriminatoria por razón de edad dicha medida.

Los Colegios de Abogados, Corporaciones de Derecho Público, que, ex art. 22 de la Ley 1/96, de Asistencia Jurídica Gratuita, tienen encomendada la regulación y gestión de dicha asistencia, ostentan competencia para poder fijar, entre otros requisitos, los límites de edad en la prestación del servicio, siempre que, como venimos diciendo reiteradamente, tengan una justificación objetiva y obedezcan a una finalidad legítima”.

(STS 1639/2019, de 27 de noviembre, Sala 3ª, Secc.5ª. Ponente: Inés María Huerta Garicano).

VIII.CULTURA, EDUCACIÓN, PATRIMONIO HISTÓRICO

Currículo de educación primaria en Islas Baleares: enseñanza de Religión: reducción del número de horas semanales de la asignatura: impugnación por sindicato: desestimación del recurso: no se acredita que el número de horas prevista sea insuficiente.

“SEXTO.- (...)”

Aunque se ha reducido el número de horas en que se han de enseñar la "Religión" y su alternativa en la etapa de Educación Primaria a, lo que significa una hora semanal en cada uno de los cursos, se trata también aquí, por prescripción del artículo 18.3 b) de la Ley Orgánica 2/2006 en su redacción vigente, de asignaturas específicas que los alumnos han de cursar obligatoriamente --una y otra-- y son evaluables como las demás que componen el currículo. Por tanto, desde este punto de vista no hay diferencia sino incluso identidad con las demás asignaturas específicas que son el término de referencia.

Es evidente que se ha producido una reducción de horas sobre las previstas en la ordenación precedente. No obstante, es igualmente verdad que en el proceso no se ha aportado ningún elemento de prueba dirigido a acreditar la imposibilidad de desarrollar adecuadamente con el horario previsto en la Orden la asignatura”.

(STS 1457/2019, de 25 de octubre, Sala 3ª, Secc.4ª. Ponente: Celsa Pico Lorenzo).

IX. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO

Alojamientos turísticos: viviendas turísticas y de uso turístico: Decreto de la Xunta de Galicia que prohíbe alquiler por habitaciones: inexistencia de razones de interés general para la prohibición: anulación.

“TERCERO.- (...)”

si, conforme a lo razonado, no se aprecia en este caso la concurrencia de razones de interés general que pudieran justificar la prohibición de alquilar viviendas vacacionales en zonas de uso residencial, esta conclusión - por lógica- debe ser predicable tanto del alquiler de la totalidad de la vivienda vacacional como del alquiler por habitaciones.

(iii) Y, en línea con lo expuesto, tampoco podemos acoger la alegación de la recurrente referida a la concurrencia de razones de interés general, vinculadas al orden público, para justificar la prohibición del alquiler por habitaciones, fundada en que la coexistencia en un mismo edificio de viviendas residenciales y de viviendas vacacionales "perturba la convivencia entre el residente habitual con el usuario turístico que está de vacaciones y tiene horarios y costumbres diferentes".

Así, en primer lugar, la recurrente no explica si tales razones de orden público, relativas a la perturbación de la convivencia, concurrirían sólo en el supuesto de alquiler de la vivienda vacacional por habitaciones o si deberían afectar también a la cesión temporal de la totalidad de la vivienda vacacional.

Por otra parte, tampoco justifica la recurrente que esa hipotética perturbación de la convivencia debiera resultar, en todo caso, inevitable e intolerable por exceder de las meras incomodidades que, de manera natural, comporta la vida compartida en el ámbito de una comunidad de vecinos.

Y, finalmente, tampoco ofrece la recurrente explicación alguna sobre el motivo por el que la prohibición propugnada por ella debiera considerarse como la única solución para evitar la indicada perturbación de la convivencia (en el caso de que ésta se llegara a producir). En realidad, dicha parte ni siquiera ha mencionado la posibilidad de que esa eventual perturbación de la convivencia no pudiera ser corregida o neutralizada mediante la adopción de otro tipo de medidas que, pudiendo ser consideradas como remedio idóneo y proporcionado a tal fin, resultarían menos limitativas de la libertad de prestación de servicios.

En consecuencia, este motivo de impugnación debe ser rechazado”.

(STS 1401/2019, de 17 de septiembre, Sala 3ª, Secc.3ª. Ponente: Eduardo Espín Templado).

X. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Sanción del CGPJ a magistrado de suspensión por seis meses: falta muy grave de desatención al dictar un auto en una causa pese a estar recusado; infracción del principio de imparcialidad por siete vocales de la Comisión Disciplinaria que no se abstuvieron por la causa 11.ª del artículo 219 de la LOPJ, al haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia: la Comisión Disciplinaria y el Pleno del CGPJ ejercen una potestad administrativa sancionadora y no les son aplicables las causas de abstención de la LOPJ, sino las establecidas en la Ley 40/2015: confirmación de la sanción.

“CUARTO.- (...) Las recusaciones se deben formular de buena fe pero los matices que podría introducir en la doctrina que hemos expuesto abusos manifiestos en el ejercicio de la facultad de recusar no son aplicables a un caso en el que, como ahora se enjuicia, la recusación se formuló en tiempo y forma y ha prosperado. (...)

SEXTO.- (...) La queja se formula porque se sostiene que se habría vulnerado el principio de imparcialidad ya que los siete vocales del Pleno que integran la Comisión Disciplinaria y votaron a favor de la sanción pueden haber intervenido en la resolución del recurso de alzada en el propio Pleno (...).

SÉPTIMO.- Aunque la jurisprudencia constitucional ha extendido con matices los principios sustantivos derivados del artículo 25.1 CE y 24.2 CE al Derecho administrativo sancionador (cfr., por todas, STC 32/2009, de 9 de febrero, FJ 4) es claro que ni la Comisión Disciplinaria ni el Pleno del CGPJ son "tribunales" y que no resulta aceptable tratar de aplicarles en forma expedita las causas de abstención de la LOPJ, o las garantías del artículo 6 del CEDH.

Se trata de órganos que ejercen, por mandato de la misma Constitución, una potestad sancionadora que es genuinamente administrativa y a la que resultan aplicables las causas de abstención y recusación que establecen los artículos 23 y 24 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre LRJSP, como declara en forma expresa el artículo 580.2 LOPJ. Y es obvio que el artículo 23 de la LRJSP no contempla entre los motivos de abstención el que se aduce, lo que enerva la crítica”.

(STS 1307/2019, de 3 de octubre, Sala 3ª, Secc.6ª. Ponente: Jorge Rodríguez-Zapata Pérez).

XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES

Extranjeros: permiso de residencia por arraigo familiar: existencia de antecedentes penales por maltrato: denegación procedente del permiso.

“CUARTO.- (...) Esta situación ha sido examinada en reiteradas ocasiones por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, siendo significativa la sentencia de 19 de septiembre de 2018, asunto C-165/14, aplicada en la instancia, que resuelve cuestión prejudicial planteada por este Tribunal Supremo (...). La interpretación de las normas y valoración de la situación que se establece por el TJUE en dicha sentencia y las que cita, permiten concluir, en relación con las cuestiones que se suscitan en el auto de admisión de este recurso, que ante la solicitud de autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales de arraigo familiar, formulada por ciudadano de tercer país invocando su condición de progenitor de menor a su cargo, nacional del Estado de acogida, en este caso España, ha de valorarse la concurrencia de circunstancias del caso en relación con

la efectividad de los derechos del menor amparados por el Derecho de la Unión, que puedan justificar el reconocimiento de autorización temporal de residencia al nacional de un tercer Estado, miembro de la familia de dicho ciudadano, si no como derecho propio, como derivado del derecho del ciudadano de la Unión, cuando, de lo contrario, se vulneraría el efecto útil de la ciudadanía de la Unión, si, a consecuencia de la denegación de ese derecho, dicho ciudadano se viera obligado de hecho a abandonar el territorio de la Unión en su conjunto, lo que le privaría del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos conferidos por ese estatuto.

Tal situación, ha de valorarse en cada caso atendiendo a las circunstancias concurrentes, y cabe la posibilidad de limitación o denegación de la autorización por razones de orden público y la salvaguardia de la seguridad pública, que ha de ser objeto de interpretación estricta, pero teniendo en cuenta el derecho al respeto de la vida privada y familiar, tal como se enuncia en el artículo 7 de la Carta de Derechos, en relación con la obligación de atender al interés superior del niño, reconocido en el artículo 24, apartado 2, de la Carta, de manera que tal conclusión denegatoria ha de responder a una apreciación concreta, por parte del órgano jurisdiccional, del conjunto de circunstancias actuales y pertinentes del asunto, a la luz del principio de proporcionalidad, del interés superior del niño y de los derechos fundamentales cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia (...).

QUINTO.- (...)en este caso, aunque se hace constar el dato del empadronamiento, no se le da la relevancia que merece al hecho de que el interesado solo aparece empadronado en el domicilio familiar el 28 de marzo de 2016, menos de un mes antes de la solicitud de residencia por razones de arraigo, cuando el empadronamiento de los demás miembros de la familia se produjo en 2006 y 2008, lo que refleja la situación familiar en ese momento. Por otra parte, tampoco se valoran convenientemente los antecedentes penales, de 2013, por delito de violencia doméstica y de género, lesiones y maltrato familiar, conductas que inciden directamente sobre el arraigo familiar y especialmente sobre la necesaria protección del menor contra cualquier forma de malos tratos (físicos, psíquicos, emocionales), y que el bien jurídico lesionado es objeto de especial protección por el ordenamiento jurídico español, mediante una legislación específica, en línea con las actuaciones sobre la materia desarrolladas en el ámbito europeo, (...)

Si esto ha de valorarse, como indicamos en la sentencia dictada en el recurso 6068/2018, en los supuestos de expulsión de ciudadanos europeos, con mayor razón cuando el solicitante de la residencia es un nacional de un tercer

estado que invoca como justificación de su derecho la situación de arraigo (padre de una menor española), que no resulta compatible con determinadas conductas delictivas que inciden negativamente en la situación de arraigo familiar, suponiendo una grave alteración de la convivencia familiar y con ello del ámbito en el que se desarrolla la vida del menor, y que han determinado la imposición de penas, como prohibición de aproximarse a la víctima y de comunicación, que de hecho suponen la ruptura de la convivencia familiar. Todo lo cual adquiere mayor relevancia cuando se está invocando un derecho derivado de los derechos y protección del menor en su ámbito familiar. Por todo ello procede estimar el recurso de casación y denegar la autorización temporal por arraigo familiar que se solicitó”.

(STS 1270/2019, de 30 de septiembre, Sala 3ª, Secc.5ª. Ponente: Octavio Juan Herrero Pina).

XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES

Exhumación de los restos mortales de Francisco Franco: Decreto-ley: extraordinaria y urgente necesidad: no excluye razones políticas, que corresponde valorar al Gobierno, y que en este caso se aprecian; carácter singular de la disposición: es evidente por la persona de quien se trata, lo cual no la invalida; vulneración del derecho a la intimidad: inexistencia; vulneración de la libertad religiosa: inexistencia; inviolabilidad de la Basílica del Valle de los Caídos reconocida en los Acuerdos con la Santa Sede: no puede sobreponerse a las Leyes: inexistencia; infracción de la legalidad urbanística: inexistencia; infracción de la legislación mortuoria: autorización sanitaria para traslado de restos cadavéricos: innecesaria cuando tengan más de 5 años, incluso si estuvieren embalsamados: inexistencia; designación del cementerio de El Pardo-Mingorrubio para la reinhumación, en lugar de la Catedral de la Almudena como deseaba la familia, (rechazada por el Gobierno por razones de seguridad), sin que se ofrezca por los allegados otro lugar alternativo: conformidad a Derecho.

“QUINTO.- El juicio de esta Sala (...)

antes de expresar el criterio de la Sala, se debe señalar que ese Real Decreto-Ley contiene un artículo único que añade al artículo 16 de la Ley 52/2007 el apartado 3 --que limita a los fallecidos a consecuencia en la Guerra Civil la sepultura en el Valle de los Caídos-- e incorpora una nueva disposición adicional, la sexta bis, con el procedimiento a seguir para la exhumación y traslado de los restos de las personas allí enterradas que no fallecieron a consecuencia de la Guerra Civil. (...)

[Sobre la extraordinaria y urgente necesidad] Esa explicación comprende el cumplimiento de una proposición no de ley del Congreso de los Diputados que consideró preferente y urgente la actuación habilitada por el Real Decreto-Ley, la atención a indicaciones procedentes de instancias de la ONU y, sobre todo, la idea de que el cumplimiento de los objetivos fijados por la propia Ley 52/2007 requería reservar la sepultura en la Basílica del Valle de los Caídos a los restos de quienes fallecieron como consecuencia de la Guerra Civil y establecer el procedimiento recogido en la disposición sexta bis. El Informe de la Comisión de Expertos para el futuro del Valle de los Caídos (documento n.º 20, folios 52 y siguientes) sobre este extremo es bien significativo. De otro lado, el propósito de poner fin sin más demora a una situación prolongada durante décadas, en sintonía con el que el Gobierno entiende que es el sentir mayoritario de la sociedad, completa esa justificación.

No puede decirse, por tanto, que no exista ni que sea artificiosa la ofrecida. Sí es cierto que puede atribuírsele un marcado significado político pero el Gobierno es el órgano constitucional llamado, bajo el control de las Cortes Generales, a dirigir la política interior y exterior, según los artículos 97 y 66.2 de la Constitución, y esa naturaleza no priva de idoneidad a la explicación ofrecida pues la necesidad política no está excluida de las que puede considerar el Gobierno siempre que revista entidad suficiente.

(...) Dicen los recurrentes que el proyecto de exhumación adolece de graves deficiencias y se esfuerzan en explicarnos que la actuación material necesaria para extraer los restos mortales consiste en una obra mayor y no menor, por lo que debe cumplir las exigencias a las que según la normativa urbanística están sometidas las de aquella clase. A partir de esta premisa, descalifican el informe favorable del Ayuntamiento de San Lorenzo de El Escorial.

Sucede, sin embargo, que las operaciones necesarias para extraer los restos mortales del sepulcro en que se encuentran, según el proyecto presentado por el Patrimonio Nacional -- que se ocupa de las actuaciones de mantenimiento y rehabilitación del recinto monumental del Valle de los Caídos-- obrante en el expediente, no parecen presentar particular dificultad. Al fin y al cabo, se trata de levantar una losa, extraer los restos y reponer el solado original, revirtiendo así el pavimento de la Basílica a su estado anterior a 1975. (...)

[Sobre el carácter singular de la norma] No nos parece que sea necesaria una especial explicación para poner de relieve el carácter único del caso. Las circunstancias que se reúnen en torno a la persona de cuyos restos mortales se está debatiendo lo manifiestan con absoluta claridad. Fue el Jefe

del Estado surgido de la Guerra Civil y ocupó una posición central en el ordenamiento presidido por las Leyes Fundamentales del Reino que dieron forma al régimen político por él encabezado y se caracterizó por negar la separación de poderes y el pluralismo político y social fuera del Movimiento Nacional. La extraordinaria singularidad de su figura la convierte, efectivamente, en un caso único en el sentido de que no hay otra en la que desde el punto de vista público se reúnan las mismas circunstancias: la forma de acceder al poder, su permanencia en él durante décadas y la manera en que lo ejerció no tienen parangón.

Por tanto, no nos parece desproporcionado, arbitrario ni contrario al principio de igualdad que se haya tenido especialmente en cuenta a la hora de establecer que, en el Valle de los Caídos, conjunto monumental de titularidad pública estatal, solamente reposen quienes murieron a consecuencia de la Guerra Civil --decisión en sí misma no cuestionada-- se haya tenido especialmente en cuenta que sus restos yacen allí en un lugar destacado. Ni, por las mismas razones, vemos exceso en que, a partir de las nuevas previsiones legales, el primer procedimiento en seguirse haya sido el que nos ocupa.

(...) la aducida lesión del derecho a la tutela judicial efectiva. El hecho de que el Consejo de Ministros haya tenido que dictar los dos acuerdos recurridos después de seguir el procedimiento previsto en la disposición adicional sexta bis de la Ley 52/2007 y la existencia de este proceso ponen de manifiesto que ni los preceptos introducidos por el Real Decreto-Ley 10/2018 son autoaplicativos, ni vulneran el derecho a la tutela judicial efectiva de los recurrentes. Además de intervenir en el procedimiento, han podido recurrirlos ante el Tribunal Supremo y hacer valer ante esta Sala sus alegaciones y pretensiones respecto del Real Decreto-Ley 10/2018, incluidas estas que estamos examinando sobre su constitucionalidad. No parecen necesarias más explicaciones al respecto. (...)

[Sobre la afectación al derecho a la intimidad] No cabe, pues, apreciar que el Real Decreto-Ley, que sí es consciente de la posición de los familiares y les atribuye la facultad de elegir el destino de los restos de conformidad con la Ley 52/2007, incurra en inconstitucionalidad por infringir el artículo 18.1 del texto fundamental ya que la limitación que establece a ese derecho se ajusta a las condiciones en que el artículo 8 del Convenio de Roma admite la injerencia de la autoridad pública en el mismo. Esto es, su previsión por la Ley, constituir una medida necesaria en una sociedad democrática, responder a una finalidad legítima y no ser desproporcionada. (...)

[Sobre la vulneración de la libertad religiosa] Ciertamente, tiene naturaleza política la finalidad perseguida con esa exhumación e, incluso, posee una dimensión ideológica, pero ni una ni otra se proyectan sobre las convicciones religiosas. En efecto, no se pretende más que retirar del primer plano, desde luego en un lugar de titularidad estatal, cuanto signifique, represente o simbolice el enfrentamiento civil. Ese propósito no es incompatible con la libertad religiosa ni supone negar o desconocer las creencias de nadie. Su respeto no impide, por tanto, las exhumaciones y el traslado de restos en general y, tampoco, en este caso particular en el que, debemos reiterarlo, la significación pública, esencialmente política del fallecido y las características de su sepultura son determinantes. (...)

SEXTO.- (...)

[Sobre la inviolabilidad de la Basílica] A juicio de la Sala, la inviolabilidad reconocida por el acuerdo internacional suscrito con la Santa Sede no excluye la vigencia y aplicabilidad de las leyes en el interior de la Basílica. Esa inviolabilidad, dice el artículo 1.5) del Acuerdo de 3 de enero de 1979, es "con arreglo a las Leyes" y esas "Leyes" no pueden ser otras que las españolas. De otro lado, es preciso señalar de nuevo que la Basílica, el conjunto del Valle de los Caídos, es un bien de titularidad pública estatal integrado en el Patrimonio Nacional, aunque se haya confiado su administración a la Comunidad Benedictina.

Parece claro que la inviolabilidad en este contexto no puede ir en contra de la aplicación de las "Leyes" cuando en ellas no haya nada que afrente, coarte o impida el pleno ejercicio de la libertad religiosa. Y no la afrenta la actuación recurrida pues no está movida por ningún propósito antirreligioso sino por la significación extrarreligiosa del monumento de titularidad estatal en que yacen los restos a exhumar y por la que, inevitablemente, acompaña a estos últimos (...)

[Sobre la legalidad urbanística]: Sucede, sin embargo, que las operaciones necesarias para extraer los restos mortales del sepulcro en que se encuentran, según el proyecto presentado por el Patrimonio Nacional -- que se ocupa de las actuaciones de mantenimiento y rehabilitación del recinto monumental del Valle de los Caídos-- obrante en el expediente, no parecen presentar particular dificultad. Al fin y al cabo, se trata de levantar una losa, extraer los restos y reponer el solado original, revirtiendo así el pavimento de la Basílica a su estado anterior a 1975. (...)

[Sobre infracción de la legalidad en materia de sanidad mortuoria] Aunque no lo cita expresamente, esa normativa se halla en el Reglamento sobre

Sanidad Mortuoria aprobado por el Decreto 124/1997, de 9 de octubre, cuyo artículo 26.3 exime del requisito de la autorización sanitaria la exhumación de restos cadavéricos. Su artículo 2 define a estos últimos como "todo lo que queda del cuerpo humano terminados los fenómenos de destrucción de la materia orgánica, una vez transcurridos los cinco años siguientes a la muerte real". Debe precisarse, además, que el Reglamento define el embalsamamiento y establece reglas para los cadáveres embalsamados, pero no los excluye del concepto de restos cadavéricos. (...)

SÉPTIMO.- [Sobre la designación del cementerio de El Pardo-Mingorrubio para la reihumación, en lugar de la Catedral de la Almudena como deseaba la familia, rechazada por el Gobierno por razones de seguridad, sin que se ofrezca por los allegados otro lugar alternativo] (...) Pues bien, sobre estas consideraciones nada nos dice la demanda y tampoco el escrito de conclusiones de los recurrentes, salvo reiterar que les asiste el derecho a decidir el lugar de reihumación de los restos de su abuelo y tachar de desproporcionada la negativa del Gobierno a que sea en la Cripta de la Catedral de La Almudena. Sobre lo primero ya nos hemos manifestado: no gozan los familiares de una facultad incondicionada de elección del lugar de enterramiento de sus deudos. No forma parte ni del derecho a la libertad religiosa ni del derecho a la intimidad personal y familiar tener siempre la última palabra sobre el lugar de sepultura de los parientes. Sobre lo segundo, hay que decir que la decisión gubernamental es coherente con la Ley 52/2007 y, además, tiene el fundamento que le ofrecen las razones de seguridad esgrimidas. Ambos argumentos justifican que se dé preferencia a los intereses públicos expresados por ese texto legal frente a las pretensiones de la familia a la que, sin embargo, se le ha garantizar el cumplimiento efectivo de las prescripciones de la disposición adicional sexta bis de ese texto legal sobre el respeto a la dignidad de los restos y sobre la protección de la intimidad en todas las actuaciones de exhumación e inhumación que se lleven cabo.

En definitiva, no apreciamos arbitrariedad ni desproporción en la decisión del Consejo de Ministros. (...)

Es significativo, en fin, que en sus extensos escritos de demanda y de conclusiones, fuera de las consideraciones de seguridad de los expertos que elaboraron el informe presentado con ella y de alegar su derecho a elegir el lugar de enterramiento, derecho que ya hemos dicho que no es incondicionado, tampoco nos hayan dicho los recurrentes por qué no les parece aceptable la inhumación de los restos de su abuelo en el Cementerio

de El Pardo-Mingorrubio, donde, como subraya el acuerdo de 15 de marzo de 2019, descansan los de su abuela.

Así, pues, no se ha producido ninguna infracción de su derecho a la tutela judicial efectiva, ni el acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de marzo de 2019 les ha privado del derecho que les reconoció la Ley 52/2007 a señalar el lugar de inhumación de los restos a exhumar”.

(STS 1279/2019, de 30 de septiembre, Sala 3ª, Secc.4ª. Ponente: Pablo Lucas Murillo de la Cueva).

XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES

Extranjería: existencia de antecedentes penales: reitera jurisprudencia anterior, que impide concesión de residencia de larga duración a quien los tenga; pero la matiza en el sentido de que ello no excluye una ponderación basada en el principio de proporcionalidad, a la vista de las circunstancias de arraigo socio-laboral y familiar.

“TERCERO.- Respuesta a la cuestión interpretativa planteada por el auto de admisión:

Con base en lo que acaba decirse, la respuesta es que la existencia de antecedentes penales durante los últimos cinco años, impide, en principio y con arreglo a nuestro ordenamiento, la concesión de residencia de larga duración, respuesta que ha de ser matizada en el sentido de que ello no excluye, una previa ponderación, desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, a la vista de las concretas y acreditadas circunstancias de arraigo socio-laboral y familiar.

CUARTO.- Resolución de las cuestiones que el recurso de casación suscita y pronunciamiento sobre costas:

1.- En este caso consta: a) El solicitante fue condenado por conducir sin carnet a una pena leve de 30 días de trabajo en beneficio de la comunidad (pena ya cumplida; b) Queda acreditado, también, su arraigo socio-laboral y familiar: tiene una hija de muy corta edad, nacida en España (y, como tal, ciudadana europea), con la que convive junto con la madre y pareja, circunstancias que, conforme a la interpretación que acaba de realizarse y desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, constituyen una excepción a la denegación de residencia de larga duración por razón de los concretos antecedentes penales aquí concernidos, lo que determina la

desestimación del recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado”.

(STS 1398/2019, de 21 de octubre, Sala 3ª, Secc.5ª. Ponente: Inés Huerta Garricano).

XIII. FUENTES

Reglamentos: declaración de nulidad: reviviscencia de las normas derogadas: no es homogénea y automática en todo caso: criterios de aplicación: doctrina legal

“CUARTO: (...)

Se plantea así el alcance o efectos de la declaración de nulidad de una disposición general, que ha suscitado controversia en cuanto su equiparación o no a la derogación, ello tanto respecto de los efectos que se proyectan sobre los actos administrativos dictados a su amparo -pervivencia de actos firmes, art. 73 LJCA, que no es el caso- como de la situación en que queda el ordenamiento jurídico, a la que alude la cuestión indicada en el auto de admisión. A tal efecto se viene manteniendo de forma reiterada en numerosas sentencias, muchas ellas referidas a la anulación de planes urbanísticos en cuanto participan de dicha naturaleza de disposición general, que se trata de una declaración de nulidad de pleno derecho, que produce efectos *ex tunc* y que alcanza la totalidad de la disposición general, incluidas las disposiciones derogatorias, de manera que al no tener efectos dicha derogación revive la vigencia de la norma anterior. A semejante conclusión cabe llegar, cuando existe una declaración judicial de nulidad de pleno derecho, desde la previsión del art. 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que impone a los Jueces y Tribunales el deber de no aplicar los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa, por cuanto, de mantenerse la derogación de la norma anterior por la disposición declarada ilegal, se reconocería a ésta última un efecto sustancial en el ordenamiento jurídico, cual es la eliminación del mismo de aquella norma y la creación de un vacío normativo, y ello de manera ilegal según declaración judicial. (...)

A la reviviscencia de una disposición general por la declaración de nulidad de una posterior se refiere la sentencia de 21 de marzo de 2006 (rec. 154/2003) y numerosas sentencias, como la de 27 de febrero de 2007, relativas a los efectos de la STC 61/1997 en cuanto la reviviscencia del Texto Refundido

de 1976 y los reglamentos correspondientes, como el de Planeamiento Urbanístico.

Ello no significa que tal efecto se produzca de manera homogénea y automática en todo caso, puesto que habrá de valorarse en cada caso y entre otras circunstancias: el alcance de la declaración de nulidad, si afecta a las disposiciones derogatorias; la existencia de una normativa previa sobre la materia, pues en caso negativo la consecuencia será la existencia de un vacío normativo que habrá de integrarse por los medios jurídicos aplicables en dichos supuestos; el alcance de la regulación preexistente a la norma anulada y, en su caso, las razones que han llevado a su modificación o derogación, en cuanto puedan suponer la superación de aquella norma anterior al margen de la norma anulada.

En este caso, la citada sentencia de este Tribunal Supremo de 15 de junio de 2015 confirma la sentencia de instancia por la que se declara la nulidad del Estatuto del Colegio de Procuradores de Madrid, aprobado por Acuerdo adoptado en Junta General Extraordinaria, celebrada el día 15 de julio de 2010 y publicado en el BOCAM de 25 de enero de 2011, nulidad que afecta la totalidad del mismo, incluida la disposición derogatoria, según la cual: "Quedan derogados los Estatutos del Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid, cuya publicación en el BOLETÍN OFICIAL DE LA COMUNIDAD DE MADRID dispuso la Resolución de 19 de julio de 2007, de la Dirección General de Política Interior y Cooperación con el Estado, sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición transitoria sexta."

De manera que la declaración de nulidad incluye la privación del efecto derogatorio pretendido, que además incidía sobre una previsión como es la del art. 73.1.c) sobre las causas de pérdida de la condición de colegiado que se reproducía prácticamente y semejantes términos en el Estatuto anulado de 2011, de manera que no cabe hablar de una nueva regulación distinta y justificada por razones temporales o de otra naturaleza que hagan jurídicamente inviable el mantenimiento de la causa apreciada en las resoluciones impugnadas, por el contrario, su previsión resulta congruente por lo dispuesto en el artículo 20.1.c) del Real Decreto 1281/2002, de 5 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales de España, en los términos que antes se han expuesto sobre el alcance y proyección respecto de los Estatutos de los distintos Colegios de procuradores.

En estas circunstancias resulta de aplicación el referido criterio jurisprudencial, que da respuesta a la cuestión planteada en el auto de

admisión en el sentido de considerar que la anulación de los Estatutos del ICPM de 2011 por sentencia de este Tribunal Supremo revive la vigencia de los anteriores Estatutos aprobados por Orden de 22 de mayo de 2007 y, en consecuencia, las previsiones establecidas en el art. 73.1.c) otorgan cobertura normativa a los acuerdos de baja colegial por impago de las cuotas colegiales establecidas reglamentariamente”.

(STS 1210/2019, de 23 de septiembre, Sala 3ª, Secc.5ª. Ponente: Octavio Juan Herrero Pina).

XIII. FUENTES

Ordenanza municipal reguladora de las condiciones urbanísticas de instalación en equipos de radiocomunicación del Rincón de la Victoria: omisión de informe preceptivo y vinculante de la Administración General del Estado exigido por la Ley General de Telecomunicaciones: nulidad; competencias concurrentes: necesidad de articular instrumentos de coordinación que salvaguarden la protección de los intereses generales confiados a cada Administración pública.

“SEXTO.- (...) a la vista del anterior contenido normativo reglamentario, es obvio que el Ayuntamiento recurrente debió cumplir con los mandatos establecidos en el artículo 26 de la LGT .

De su análisis se deducen tres mandatos legales:

1º. Que los operadores tienen derecho, en los términos establecidos en la Ley a la ocupación del dominio público, en la medida en que tal ocupación resulte necesaria para el establecimiento de la red pública de comunicaciones electrónicas.

2º. Que, como consecuencia de la titularidad estatal competencial en materia de las citadas comunicaciones (en los términos que hemos establecido, y vamos a sintetizar en el Fundamento siguiente) las Administraciones competentes para la redacción de los instrumentos de planificación territorial o urbanística, están obligadas ("deberán recabar") de la Administración General del Estado el oportuno informe sobre las necesidades de redes públicas de comunicaciones electrónicas. Y,

3º. A consecuencia de tal informe (insistimos, obligatorio y con la finalidad expresada), las Administraciones competentes en materia de urbanismo y ordenación territorial, "deberán recoger las necesidades de redes públicas

de comunicaciones electrónicas contenidas en los informes emitidos por el Ministerio de Ciencia y Tecnología".

Somos conscientes de los reiterados conflictos competencial surgidos como consecuencia del ejercicio competencias urbanísticas y medioambientales, de una parte, y de las de sanidad y telecomunicaciones, de otra; e, igualmente, somos conscientes de la dificultad existente para el establecimiento de límites claros, habiendo sido necesaria, en este ámbito jurisdiccional, la intervención del Pleno de la Sala (STS de 29 de enero de 2013, RC 4490/2007) y del Tribunal Constitucional (STC 8/2012, de 18 de enero). Pero, igualmente, somos conscientes que un intento de coordinación y acuerdo entre las Administraciones implicadas, hubiera contribuido a clarificar la intrincada situación competencial surgida.

Ni la Administración General del Estado puede imponer, sin más, las redes de comunicación sin tomar en consideración las peculiares características urbanísticas y medioambientales ---al margen de las sanitarias--- de cada municipio, ni, en justa correspondencia competencial, estas Administraciones están legitimadas para establecer limitaciones ---al amparo de competencias autorizatorias, urbanísticas o medioambientales--- a las redes estatales de comunicación. Y ello, porque, unas y otras competencias, van encaminadas a la protección de los intereses generales.

En este marco, la exigencia del informe que nos ocupa ---previsto en el artículo que se considera infringido, 26.2 LGT--- se nos presenta como un instrumento eficaz y necesario para la necesaria coordinación de las Administraciones implicadas. Estamos, una vez más, ante la consecuencia real de nuestro sistema constitucional, autonómico con competencias medioambientales, de una parte, y, por otra, reconocedor de la autonomía local en materias como la urbanística; esto es, ante un reflejo de la invocada "distribución territorial del poder", debiendo recordarse que, ya antes, incluso, de la STC 61/1997, de 20 de marzo, la doctrina apelaba a mecanismos de cooperación entre las diversas Administraciones implicadas, y, refiriéndose, en concreto, a las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas, se exponía que se estaba ante una situación de competencias compartidas "que obliga en cualquier caso a ambos órdenes de poderes a adoptar una actitud extremadamente prudente y a intensificar los mecanismos de comunicación, información y colaboración recíprocas", añadiéndose que "la coordinación efectiva de todas las acciones con incidencia en el territorio constituye a partir de ahora el gran reto que todos los poderes públicos deben afrontar, ya que ninguno de ellos aisladamente dispone de todos

los resortes de la acción territorial". Como veremos enseguida, ha sido el Tribunal Constitucional el que, en situaciones como las que nos ocupan, ha apelado a fórmulas de "cooperación, consulta, participación, coordinación, concertación o acuerdo previstas en la Constitución". (...) Esta doctrina avala nuestra decisión, debiendo rechazarse una interpretación, semántica y literal, del contenido y alcance del concepto "instrumentos de planeamiento y de ordenación territorial", así como una concepción que limitada el ámbito de los planes al de un instrumento exclusivo de la delimitación del contenido del derecho de propiedad".

(STS 1368/2019, de 15 de octubre, Sala 3ª, Secc.5ª. Ponente: Rafael Fernández Valverde).

XIV. HACIENDA PÚBLICA

Real Decreto 1070/2017, de 29 de diciembre, que modificó el Reglamento General de gestión e inspección tributaria: art.197 bis apdo.2º: comunicación al juez o fiscal en cualquier momento de la existencia de indicios de delito contra la Hacienda Pública, con independencia de que se hubiera dictado liquidación administrativa o, incluso, impuesto sanción: inexistencia de cobertura legal: nulidad.

CUARTO.- (...) La previsión contenida en el repetido artículo 197.bis no es ya solo, a nuestro juicio, que carezca de habilitación legal suficiente, sino que se opone de manera radical a los preceptos legales que disciplinan la forma en que debe conducirse la Administración Tributaria cuando aprecia que un contribuyente ha podido cometer un delito contra la Hacienda Pública.

A fuerza de ser repetitivos, debemos insistir en algo obvio: la ley no contempla que se pase el tanto de culpa o que se remitan al Fiscal unas actuaciones de comprobación después de haberse dictado una liquidación administrativa; y mucho menos después de haberse sancionado la conducta infractora tras el oportuno expediente sancionador.

Ha de notarse al respecto que la previsión reglamentaria según la cual -en estos casos- "se suspenderá la ejecución de las liquidaciones y sanciones ya impuestas" resulta también contradictoria con la previsión legal contenida en los artículos 250 y 251 de la Ley General Tributaria, pues éstos no solo impiden sancionar cuando se ha remitido al juez penal el procedimiento (sea o no posible dictar una liquidación), sino que imponen a la Administración el deber de abstenerse de incoar un procedimiento sancionador sobre esos

hechos o, incluso, "el archivo" del procedimiento sancionador eventualmente iniciado.

Y esta previsión legal -obvio es decirlo- es algo completamente distinto de la suspensión de la ejecución de la liquidación y de la sanción que el precepto reglamentario impugnado establece. (...)

Este carácter *contra legem* sería suficiente para anular la norma reglamentaria en estudio, pues -insistimos no hay un solo precepto legal que contemple (no ya expresa, sino ni siquiera tácitamente) una potestad como la conferida a la Administración en el artículo 197.bis.2 del Reglamento General.

Pero es que, además, entendemos también que una regulación como la contenida en la norma reglamentaria impugnada compromete seriamente los principios de confianza legítima y prohibición del *ne bis in idem*".

(STS 1246/2019, de 25 de septiembre, Sala 3ª, Secc.2ª. Ponente: Jesús Cudero Blas).

XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Requisitos de interposición del recurso contencioso-administrativo: Entidades Locales: recursos contra otras Administraciones públicas: necesidad de informe previo de Letrado: inexistencia: requisito subsanable: no subsanación: inadmisión del recurso.

“TERCERO.- (...) La no aportación al procedimiento del informe o dictamen jurídico previo al ejercicio de acciones por el Ayuntamiento de As Naves, es un dato pacífico y admitido por las partes. La alegación de inadmisibilidad del recurso por el recurrido Ayuntamiento de Arbo ante la omisión de este documento en su contestación a la demanda, no es una realidad controvertida, y la reiteración de la inadmisibilidad por el recurrido en su escrito de conclusiones, y su no subsanación por el recurrente a lo largo del procedimiento tampoco es algo discutido.

La necesidad de aportación de informe o dictamen previo al ejercicio de acciones no es una cuestión discutida, dada la claridad y rotundidad del art. 54,3 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, y el artículo 221 del Real Decreto 2568/1986 antes citados, y de la jurisprudencia sobre el mismo.

La controversia se centra entonces en la subsanación del defecto de omisión que ha tenido lugar, si requería o no acuerdo de la Sala concediendo plazo para ello, unido a la admisión a trámite por la Secretaria del recurso sin advertencia sobre dicha omisión. (...)

Sin desconocer que este Tribunal Supremo ha dictado sentencias en sentido contrario (así, entre otras, las de 10 de marzo de 2004 (RJ 2004, 3165) 9 de febrero de 2005 (RJ 2005, 1401) 19 de diciembre de 2006 (RJ 2006 , 9929) 0 26 de marzo de 2007 (RJ 2007, 2631) y las que en ellas se citan), pero también otras coincidentes con la que ahora se dicta (así, por ejemplo, las de 21 de febrero y 5 de septiembre de 2005, 27 de junio de 2006 (RJ 2006, 4540), 31 de enero de 2007 (RJ 2007, 289) ó 29 de enero de 2008 (RJ 2008, 443), es la respuesta afirmativa la que debe imponerse en un supuesto definido y delimitado por actos procesales como aquellos de los que dimos cuenta en el fundamento de derecho primero de esta sentencia.

Aquel artículo 138 diferencia con toda claridad dos situaciones. Una, prevista en su número 2, consistente en que sea el propio órgano jurisdiccional el que de oficio aprecie la existencia de un defecto subsanable; en cuyo caso, necesariamente, ha de dictar providencia reseñándolo y otorgando plazo de diez días para la subsanación. Y otra, prevista en su número 1, en la que el defecto se alega por alguna de las partes en el curso del proceso, en cuyo caso, que es el de autos, la que se halle en tal supuesto, es decir, la que incurrió en el defecto, podrá subsanarlo u oponer lo que estime pertinente dentro de los diez días siguientes al de la notificación del escrito que contenga la alegación. Y termina con otra norma, la de su número 3, que es común a aquellas dos situaciones, aplicable a ambas, en la que permite sin más trámite que el recurso sea decidido con fundamento en el defecto si éste era insubsanable o no se subsanó en plazo”.

(STS 1291/2019, de 1 de octubre, Sala 3ª, Secc.5ª. Ponente: Francisco Javier Borrego Borrego).

XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Ejecución de sentencias: art.108.3 LJCA: emplazamiento de terceros de buena fe cuando se ordene la demolición de un inmueble: es potestad jurisdiccional, pero se puede designar a un agente o funcionario de la administración condenada, como comisario de ejecución, sin necesidad de decisión o acuerdo alguno de los órganos de gobierno municipales o autonómicos.

“SEXTO.- (...) debe destacarse, en este momento, como el artículo 108.1.a) de la LRJCA contempla la triple posibilidad con que cuenta el órgano jurisdiccional encargado de la ejecución de la sentencia para proceder a la materialización de la misma en los supuestos ---sin duda más significativos--- en los que el mandato contenido en la misma la sentencia consistiere en la condena a la Administración a realizar una determinada actividad o a dictar un acto. En dicho precepto se señala que el Juez o Tribunal puede, en primer lugar, (1) recurrir para la ejecución de la a sus propios medios judiciales, pero, dejando abierta la posibilidad (2) de proceder al requerimiento de la colaboración de las autoridades y agentes de la propia Administración condenada o, incluso, en su defecto, (3) de proceder al requerimiento de colaboración de otras Administraciones Públicas, si bien con la observancia de los procedimientos establecidos al efecto. Pues bien, puesto que el precepto permite, en segundo lugar, el requerimiento no solo a las autoridades sino, incluso, a los "agentes de la Administración condenada" , no tendría obstáculo legal alguno para que el órgano jurisdiccional encargado y competente para la ejecución de la sentencia la encomienda de la materialización de la misma ---cual comisario de la ejecución--- a algún agente o funcionario de la Administración condenada, como pudiera ser cualquiera de los altos funcionarios de la misma que actuaría con la concreta habilitación jurisdiccional y sin necesidad de decisión o acuerdo alguno de los órganos de gobierno municipales o autonómicos”.

(STS 1421/2019, de 23 de octubre, Sala 3ª, Secc.5ª. Ponente: Rafael Fernández Valverde).

XVI. MEDIO AMBIENTE

Ordenanza municipal reguladora de ruidos y vibraciones: prohibición de uso de determinada maquinaria de construcción en los meses de verano: conformidad a Derecho.

“SÉPTIMO:- (...) el horario de trabajo de las máquinas picadoras será el siguiente:

Uno.- "a) En los meses de julio y agosto no se podrán usar máquinas picadoras, sin que esto implique la prohibición de obras, edificaciones y trabajos en la vía pública, que podrán continuar ejecutándose dentro del horario de trabajo, pero sin el uso de las mencionadas máquinas”.

Esta norma de la Ordenanza no prohíbe la actividad de edificación, y expresamente así lo dice el precepto.

Afecta la limitación de uso de las máquinas picadoras a una fase, la inicial de un proceso de edificación, pero no a "la actividad de edificación", y durante dos meses.

Se trata del no uso de máquinas picadoras en los meses de julio y agosto, meses de intensa actividad turística en un municipio declarado todo su término zona turística. No es una prohibición de la actividad de edificación durante dos meses.

La DA única del RD 212/2002 traslada al Derecho interno el primer párrafo del art. 17 de la Directiva 2000/14/ CE: "Las disposiciones de la presente Directiva no obstarán para que los Estados miembros tengan la facultad de establecer, con pleno respeto del Tratado:

- medidas para reglamentar el uso de las máquinas a que se refiere el apartado 1 del artículo 2 en zonas que consideren sensibles, incluso por lo que se refiere a la posibilidad de limitar las horas de funcionamiento de las máquinas".

La Ley CAIB 1/2007 antes citada, en su artículo 48.1.a) determina que el Ayuntamiento otorgara autorización expresa con limitación del horario en que se pueda ejercer esta actividad (trabajos realizados en la vía pública, otras públicas y edificaciones). En la misma redacción, art. 9.3 del Decreto CAIB 20/1987, de 26 de marzo.

Este precepto se refiere a la "actividad", no a concretas máquinas, como expresamente se ha expuesto antes.

La no utilización de máquinas picadoras en los meses de julio y agosto, se insiste, los meses turísticos por excelencia, es una limitación total del horario de trabajo con estas máquinas, o si se quiere, una prohibición de uso de dichas máquinas en dos meses, que por todo lo antes expuesto, se considera conforme al artículo 17 de la Directiva 2000/14/CE y DA Única del RD 212/2002, atendidos los derechos fundamentales que tal limitación/prohibición de uso de las máquinas picadoras protege, y su incidencia en la fase inicial de la actividad de edificación, que puede ser llevada a efecto adecuando el plan de la obra a esta limitación de no uso de las máquinas picadoras en julio y agosto, mediante una planificación del plan de la obra".

(STS 1516/2019, de 31 de octubre, Sala 3ª, Secc.5ª. Ponente: Francisco Javier Borrego Borrego).

XVI. MEDIO AMBIENTE

Evaluación de impacto ambiental: autorización de edificación de un chalé dentro de la Red Natura sin previa evaluación de impacto: nulidad de pleno Derecho, por infracción total y absoluta del procedimiento establecido.

“PRIMERO.- (...) El nuevo sistema impone preceptivamente, en supuestos como el aquí contemplado, la iniciación de ese procedimiento de evaluación de impacto ambiental simplificado, en el que el que el documento ambiental que habrá de acompañar al proyecto debe tener un contenido predeterminado con minuciosidad en el art. 45. Su presentación se realiza ante el órgano sustantivo competente para autorizar la instalación eléctrica y las obras de restauración de los edificios, naves y capilla y el cierre perimetral, y, una vez comprobado por éste que se cumplen los requisitos que la correspondiente legislación sectorial exige (en otro caso inadmitirá el proyecto motivadamente), el órgano ambiental consultará el documento ambiental presentado con las Administraciones Públicas afectadas y las personas interesadas, concluyendo con informe de impacto ambiental que resolverá sobre la necesidad de someter el proyecto a una evaluación de impacto ambiental ordinaria, o, sobre la inexistencia de esa necesidad, si dicho proyecto no tiene efectos significativos sobre el medio ambiente, y, a su vista, el órgano sustantivo resolverá acerca de la aprobación -o no- del proyecto.

De la sumaria descripción del procedimiento, aunque pueda perseguir una finalidad similar al estudio caso a caso del derogado art. 5 de la Ley CAM 2/12 -cribado de los proyectos-, es mucho más riguroso, incluyendo trámites específicos nuevos y predeterminando (Anexo III de la Ley 21/13) los criterios técnicos a los que ha de ceñirse el órgano ambiental al emitir ese informe de impacto ambiental, lo que evidencia que no son equivalentes.

A la vista de todo ello, la conclusión no puede ser otra que la nulidad de pleno derecho de las resoluciones administrativas recurridas, en cuanto son la conclusión de un procedimiento derogado (inexistente por tanto), en la fecha de presentación del proyecto completo, que es la que ha de ser considerada a efectos de solicitud, luego estamos ante el supuesto del art. 62.1.e): actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido (en este caso procedimiento de evaluación de impacto ambiental simplificada, arts. 45 a 50 en relación con el 7.2.b) de la tan citada Ley)”.

(STS 1335/2019, de 9 de octubre, Sala 3ª, Secc.5ª. Ponente: Inés Huerta Garricano).

XVIII. PERSONAL

Nombramiento de asesor por el Defensor del Pueblo: concurso de méritos entre funcionarios: desviación de poder: anulación.

“CUARTO.- Conforme a tales hechos y al margen de los concretos motivos de impugnación, el planteamiento del demandante se resume así: la convocatoria estaba inicialmente pensada para la elección de doña Sabina, cuyo padre fue ministro y que coincidió en el gobierno con la que en ese momento era Defensora del Pueblo. Sin embargo, tras la fase de valoración de méritos, quedó en cuarto lugar, luego fuera de la terna. Ante esto y a partir del escrito de la Técnica Jefa del Área, exponiendo unas cargas de trabajo inexistentes, se decidió aumentar la convocatoria en una plaza sin que hubiere circunstancias objetivas que evidenciasen esa necesidad, lo que acordó la Comisión de valoración en una reunión que nunca llegó a celebrarse; al aumentarse en una plaza se pasa de terna a cuaterna, incluyendo en último lugar por puntuación a doña Sabina, hecho lo cual se la nombra para esa segunda plaza. (...)

DECIMOCUARTO.- Por razón de lo dicho se incurrió en desviación de poder al ejercerse la potestad de elección de un asesor técnico en unos términos contrarios a fin propuesto que era, por supuesto, hacer un nombramiento de libre designación, pero sujeto a un procedimiento competitivo, público, apreciando méritos contrastados con datos objetivos (exigencia de un perfil, examen del *curriculum*, elaboración de un informe), del que resulta una terna sujeta al orden de puntuación de la que se elegiría libremente a un candidato. En su lugar se alteraron los términos de la convocatoria para ejercer la potestad de libre designación -que, repetimos, no se discute- para la elección directa de una candidata predeterminada, excluida de la terna, para la que se aumentó la convocatoria en una plaza más. En definitiva: no cabe autolimitarse con tal procedimiento, creando en los aspirantes el derecho a que la elección se hará conforme a ese procedimiento, para obviarlo cuando no entra en terna la persona deseada y ejercer de esta manera tal potestad al margen de esas reglas”.

(STS 1326/2019, de 8 de octubre, Sala 3ª, Secc.4ª. Ponente: José Luis Requero Ibáñez).

XVIII. PERSONAL

Medidas de discriminación positiva en materia de igualdad de género: otorgamiento de puntuación positiva para la convocatoria de plazas de catedráticos de Universidad en áreas de conocimiento deficitarias: no se concede puntuación adicional a las mujeres para obtener la plaza, sino para establecer la prelación de las áreas en las que se convocarán las plazas con independencia de quien finalmente las ocupe: no vulneración del art.14 CE.

“SEXTO.- (...) la universidad no se excede de su ámbito de competencias cuando toma en consideración, como uno de los criterios para la determinación de la estructura de su plantilla y de las áreas de conocimiento y departamentos, en los que se van a crearse nuevas plazas, la presencia de catedráticas en dichos departamentos, mediante la comparación del número de catedráticas y de catedráticos en los mismos, asignando una puntuación en función de dicha proporción.

Es más, la selección de las candidaturas para que se convoque una plaza en un área determinada se hace en función de diversos criterios, no sólo del ahora controvertido. (...)

La configuración de las plantillas introduciendo, entre los criterios de experiencia investigadora, experiencia docente y antigüedad en la acreditación, un criterio nuevo relativo a la estructura de la plantilla que se encontraría mediatizada o condicionada por la asignación de puntos en función de la infrarrepresentación o no de las catedráticas, no excede el ámbito de la autonomía universitaria, ni se encuentra excluido de la acción de las universidades al fijar su plantilla, ni, en fin, resulta infundado cuando se refiere a colectivos tradicionalmente en situación de desventaja. Tampoco resulta lesivo del mérito y capacidad (artículo 103.3 de la CE) de unos futuros solicitantes de alguna de las plazas, pues ahora ni siquiera se conocen quienes serán. Ahora tan sólo se está determinando la plantilla, las plazas que se crearán, pero se ignora quienes serán los que decidirán presentarse al concurso cuando se convoque. Pero lo que sí se sabe es lo esencial, que en esa fase posterior, cuando se convoque cada cátedra, todos concurrirán en condiciones de igualdad. Nadie llevará una mochila con puntos adicionales.

No estamos ahora, por tanto, ante las habituales medidas de discriminación positiva, que ante méritos equivalentes se confiere preferencia a la mujer, como colectivo tradicionalmente preterido. Ni tampoco se trata de atribuir puntos, insistimos, a la candidata del sexo infrarrepresentado, frente a un competidor del sexo opuesto. En el caso examinado no hay ninguna cátedra

convocada, ni hay ningún concurso que deba cubrirse. Simplemente se trata de determinar los departamentos o áreas de conocimiento dónde se crearán, donde se ubicarán, esas 22 plazas existentes, y para determinar ese lugar de creación, entre los cuatro criterios fijados, puede incluirse el de "estructura de plantilla", que atiende a la existencia de mayor o menor número de catedráticas en cada área o departamento.

De manera que la única ventaja que introduce esa variable de género, es que en aquellos departamentos o áreas de conocimiento donde no haya ninguna catedrática, o tenga un número reducido de éstas, hay más posibilidades de que se cree allí una cátedra, a la que posteriormente concurrirán en igualdad de condiciones los profesores y las profesoras”.

(STS 1383/2019, de 16 de octubre, Sala 3ª, Secc.4ª. Ponente: María del Pilar Teso Gamella).

XVIII. PERSONAL

Oposiciones y concursos: causas de abstención de los miembros de los tribunales: doctrina casacional sobre el momento de su impugnación: debe hacerse desde que se conozcan las causas: desestimación del recurso.

“QUINTO.- (...) Lo que ahora se plantea, en la fijación del interés casacional, es si cuando se incurre en alguno de estos vicios en la selección y nombramiento de los miembros del Tribunal calificador, en qué momento ha de impugnarse esa composición viciada. Si ha de hacerse tras la publicación del Tribunal calificador, cuando ya se conoce, por tanto, la identidad de los mismos (1). O si puede hacerse también al finalizar el proceso selectivo, cuando ya se conoce a los seleccionados (2). Y en fin, si puede solicitarse, como ha sucedido en este caso, la revisión de oficio, al amparo del artículo 102 de la Ley 30/1992, cuando no recurrió ni tras publicarse la composición del Tribunal calificador, ni al final del proceso selectivo, sino cuando se entera, meses después, al leer una sentencia de un juzgado de lo contencioso-administrativo que, al parecer, estima un recurso interpuesto contra la composición irregular de un tribunal calificador.

Con carácter general, este tipo de vicios, sobre la válida constitución de los órganos de selección, han de esgrimirse una vez que se conoce la identidad de los miembros del Tribunal calificador. Y, desde luego, no puede mantenerse, en este caso, que hay sistema de elección a carta para que el interesado elija, estratégicamente, el momento de la impugnación, según le

resulte más oportuno o más propicio a sus intereses, según calibre o evalúe las posibilidades que tiene de obtener finalmente la plaza convocada. De modo que si se frustran sus expectativas siempre podrá recurrir ese resultado adverso al final del proceso selectivo. Lo decisivo, en definitiva, a juicio de esta Sala, es que ha de estarse a cada caso en concreto, para determinar el momento en el que el interesado conocía la concurrencia de un vicio en la composición del órgano de calificación. Lo que ahora no suscita dudas pues la interesada sabía de las concretas circunstancias de los nombrados, desde el mismo nombramiento y publicación de los miembros del Tribunal calificador”.

(STS 1385/2019, de 16 de octubre, Sala 3ª, Secc.4ª. Ponente: María del Pilar Teso Gamella).

XVIII. PERSONAL

Concursos y oposiciones: fecha de referencia para valoración de los méritos: principio de igualdad: cuando las bases de la convocatoria no la determinen, ha de ser la fecha tope establecida para presentación de instancias.

“OCTAVO.- (...) La ausencia de conocimiento del momento temporal en que se cierra la valoración de los méritos supone alterar la legítima confianza del participante en el concurso-oposición respecto a que el procedimiento de selección se desarrolle con plena garantía de un trato igualitario para todos los firmantes.

Las reglas del juego de valoración de la fase de concurso no pueden quedar inciertas e indefinidas en el tiempo.

Un comportamiento que no fije una fecha tope de valoración desde el momento de la convocatoria puede conllevar un trato privilegiado a favor de algún participante permitiendo la obtención de méritos fuera de la fase inicial en que, independientemente de su acreditación documental, deberían haber sido obtenidos por todos los concurrentes.

Una actuación distinta supondría un quebranto del principio de igualdad por desconocerse qué fecha va a decidir el tribunal de selección fijar como límite para la obtención/valoración de los méritos.

Cuestión distinta es que dicha fecha tope venga prefijada como posterior en la propia convocatoria, pues, a su vista, decidirán los participantes si la reputan equilibrada, para todos o no. Mas, en tal supuesto, será de conocimiento público por todos.

NOVENO.- (...) dando respuesta a la cuestión sometida a interés casacional, se declara que cuando las bases de la convocatoria guarden silencio sobre la determinación de la fecha tope a tener en cuenta para valorar los méritos de los aspirantes en pruebas de procesos selectivos convocados por el sistema de concurso oposición los tribunales de selección no pueden fijarla en un momento posterior a la fase de oposición, sino que deben establecer como fecha tope la establecida en la convocatoria para la presentación de las instancias”.

(STS 1594/2019, de 15 de noviembre, Sala 3ª, Secc.4ª. Ponente: Celsa Pico Lorenzo).

XIX. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Prueba: criterios de valoración: revisión judicial de procedimiento arbitral en el que no se sustanciaron nuevas pruebas respecto de la fase administrativa previa: no cabe limitarse a aportar una valoración probatoria distinta en vía judicial, sin basarla en la infracción de una norma o en errores o arbitrariedades en la valoración.

“SEGUNDO.- (...) En definitiva, cuando ningún otro material probatorio se incorpora en vía judicial, y lo que se pone en cuestión es la valoración de la prueba realizada por la Junta Arbitral necesariamente el posible éxito de la impugnación pasa por basarse esta o en la infracción de una norma, con cita y justificación expresa de la infracción denunciada, o en errores o arbitrariedades en la valoración que igualmente debe detallarse y justificarse, lo que en modo alguno puede prosperar, es, como aquí sucede, basar la impugnación en exclusividad en aportar una versión distinta de la valoración probatoria realizada por la Junta Arbitral; este Tribunal considera que la valoración de la prueba realizada por la Junta Arbitral con apoyo a las normas dispuestas al efecto, resulta correcto y suficiente para llegar a la conclusión sobre la determinación del domicilio fiscal del Sr. Jesús Luis en los períodos controvertidos, resultando innecesario volver a valorar las mismas pruebas que ya fueron objeto de examen y valoración por la Junta Arbitral, en tanto que legalmente es esta una facultad atribuida a la misma y cuyo control pasa por haber incurrido en alguno de los defectos o incorrecciones antes apuntadas y no en sustituir aquella valoración por la ofrecida por la parte interesada”.

(STS 1570/2019, de 12 de noviembre, Sala 3ª, Secc.2ª. Ponente: José Antonio Montero Fernández).

XIX. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Iniciación del procedimiento mediante solicitud: plazo de subsanación de requisitos exigibles para la iniciación: posibilidad de subsanar antes de que se dicte resolución definitiva, aunque haya vencido el plazo de subsanación concedido por la Administración.

“CUARTO.- (...) El artículo 71 de la Ley 30/1992 afirma:

"1. Si la solicitud de iniciación no reúne los requisitos que señala el artículo anterior y los exigidos, en su caso, por la legislación específica aplicable, se requerirá al interesado para que, en un plazo de diez días, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición, previa resolución que deberá ser dictada en los términos previstos en el artículo 42".

En consecuencia, podemos afirmar que no hay inconveniente para admitir una interpretación amplia del inciso final del artículo 71 LRJPAC, acorde con el principio antiformalista que inspira el ordenamiento, que permita entender que salvo cuando concurran otros intereses protegibles y mientras que no tenga lugar la declaración expresa de desistimiento en los términos del artículo 42 de la Ley 30/1992, el solicitante puede cumplimentar el requerimiento y subsanar el defecto advertido inicialmente, dando lugar a la iniciación y tramitación del procedimiento.

Por ello, en respuesta a la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, consistente en determinar si una solicitud, que, a juicio de la Administración, no cumple con los requisitos que considera exigibles, puede o no ser subsanada por el solicitante antes de que se dicte la resolución definitiva. La respuesta ha de ser afirmativa admitiéndose, de conformidad con lo previsto en el art. 71.1 de la Ley 30/1992 y la jurisprudencia sentada en las SSTs nº 1862/2018, de 20 de diciembre (rec. 369/2018) y 1342/2018, de 19 de julio (rec. 3662/2017), la subsanación de los defectos advertidos y la aportación, de documentos a tal fin antes de que se dicte la resolución definitiva, sin que la Administración al dictar su resolución puede desconocer o prescindir de la documentación añadida o incorporada”.

(STS 1526/2019, de 5 de noviembre, Sala 3ª, Secc.3ª. Ponente: Diego Córdoba Castroverde).

XX. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

Responsabilidad patrimonial por mal funcionamiento de la Administración de Justicia: prisión preventiva: consecuencias derivadas de las SSTC 8/2017, 10/2017 y 85/2019; anulación del inciso final del art.294.1 LOPJ; en todos los supuestos de absolución por cualquier causa o de sobreseimiento libre, el perjudicado tiene derecho a la indemnización.

“SÉPTIMO.-

A la hora de resolver el presente recurso, tenemos que partir de un hecho sumamente trascendente, en cuanto el Tribunal Constitucional en sentencia 85/2019 de 19 de junio ha estimado por mayoría la cuestión interna de inconstitucionalidad, planteada por el Pleno respecto a los incisos "por inexistencia del hecho imputado" y "por esta misma causa" del art. 294.1 de la Ley Orgánica del Poder, por vulneración de los arts. 14 y 24.2 de la Constitución.

La sentencia señala que «circunscribir el ámbito aplicativo del art. 294 de la LOPJ a la inexistencia objetiva del hecho establece una diferencia de trato injustificada y desproporcionada respecto de los inocentes absueltos por no ser autores del hecho al tiempo que menoscaba el derecho a la presunción de inocencia al excluir al absuelto por falta de prueba de la existencia objetiva del hecho».

Para el Constitucional, no existe motivo para diferenciar entre absueltos por hechos que nunca existieron y absueltos por falta de pruebas con hechos que sí han existido. El sacrificio y el daño en ambos casos ha sido el mismo, por lo que no existen motivos para dar un tratamiento jurídico diferenciado en un caso y en otro.

La sentencia explica dicho argumento: «el sentido resarcitorio de la disposición es ajeno al dato de si la ausencia de condena se debe a que no existió el hecho, resultaba atípico, no concurre conexión de autoría o participación, no se alcanzó a probar más allá de toda duda razonable los anteriores extremos o a si concurre legítima defensa u otra circunstancia eximente».

El Tribunal, que recoge la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las SSTC 8 y 10/2017, considera que los incisos del art. 294.1 de la LOPJ "por inexistencia del hecho imputado" y "por esta misma causa" reducen el derecho a ser compensado por haber padecido una prisión provisional acordada conforme a las exigencias constitucionales y

legales en un proceso que no concluyó en condena de forma incompatible con los derechos a la igualdad y a la presunción de inocencia.

En consecuencia, la redacción final del art. 294.1 LOPJ, una vez excluidos los incisos declarados inconstitucionales y nulos, es la siguiente: «Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos o haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios».

No obstante y pese a que una interpretación literal del precepto así depurado permitiría ciertamente sostener que la prisión provisional daría lugar a una indemnización por los perjuicios irrogados de modo automático y en todos los casos. Sin embargo, advierte el Tribunal que «los presupuestos y el alcance de la indemnización prevista en el art. 294.1 LOPJ habrán de acotarse a través de la eventual intervención legislativa y, en su ausencia, mediante las interpretaciones congruentes con su finalidad y la teoría general de la responsabilidad civil que realicen la Administración y, en último término, los órganos judiciales», esto es, la resolución del Constitucional deja claro que de su sentencia no debe derivarse la conclusión de que la indemnización es automática en todos los supuestos.

Por tanto, «la doctrina de esta sentencia no sólo respeta los amplios márgenes de configuración legislativa o de interpretación judicial en lo que afecta al quantum indemnizatorio, sino que tampoco impide rechazar que exista en el caso concreto derecho a indemnización en virtud de la aplicación de criterios propios del Derecho general de daños».

OCTAVO:

Pese a la advertencia de la falta de automatismo en la indemnización, es lo cierto que el Tribunal Constitucional ha procedido de hecho a dar una nueva redacción al precepto, que pasa a tener el siguiente tenor literal «Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos o haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios», esto es, salvo los supuestos de que no se hayan irrogado perjuicios, lo que es prácticamente imposible de sostener en el caso de haber padecido prisión injusta, en todos los demás supuestos el tiempo de privación de libertad debe ser indemnizado, esto es, aunque el Tribunal Constitucional defiera a los Tribunales ordinarios la fijación en cada caso de la procedencia de la indemnización, debemos concluir que partiendo de nuestra sujeción a la norma y tomando en cuenta la nueva redacción de la misma, en la que desaparece la mención «por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado

auto de sobreseimiento libre», en todos los supuestos de absolución por cualquier causa o de sobreseimiento libre, el perjudicado tiene derecho a la indemnización.

NOVENO:

A la cuestión que presenta interés casacional objetivo, debemos responder que, tras la STC 8/17 de 19 de enero, tomando en cuenta la nueva redacción del art. 294.1 LOPJ en la que desaparece la mención «por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre», en todos los supuestos de absolución por cualquier causa o de sobreseimiento libre, el perjudicado tiene derecho a la indemnización”.

(STS 1348/2019, de 10 de octubre, Sala 3ª, Secc.5ª. Ponente: César Tolosa Tribiño).