

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA¹

IV. BIENES PÚBLICOS. AGUAS. REGISTRO DE AGUAS PRIVADAS.

Es necesario que el recurrente acredite la existencia de los aprovechamientos antes del primero de enero de 1986, su real explotación y las características de esos aprovechamientos a aquella data, porque lo que la Ley garantiza a los titulares de aguas privadas explotadas conforme a la legislación anterior es su derecho a conservar la explotación en la misma forma en que se venía haciendo a la entrada en vigor de la Ley de Aguas de 1985. Prueba de estas circunstancias.

Constituye el objeto del presente recurso la Resolución de la Presidencia de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir de fecha 28 de octubre de 2017, dictada en el expediente nº NUM000 , que deniega la inclusión en el Catálogo de Aguas Privadas de un sondeo destinado para riego solicitada el 9 de marzo de 1992, en la FINCA000 , en el T.M. de Montoro (Córdoba).

A la vista del expediente consta la solicitud de fecha 9 de marzo de 1992 de inscripción en el catálogo de aguas privadas, en la FINCA000 (Montoro) de un sondeo de 150 metros de profundidad captación, 75 metros de profundidad agua, 180 mm sección diámetro, tipo sondeo, con una potencia de 14 cv, con destino a Riego- Goteo de 30 has de Olivar. Se acompañaba copia de escritura de compraventa de fecha 9/12/1992, y en uno de los anversos dibujado un plano donde se indica un pozo dentro de la parcela NUM004, que se corresponde con la adquirida.

Con fecha 27/10/2005 se le requirió para presentar documentación.

Con fecha 1/12/2005 presentó Acta de manifestaciones conteniendo la declaración de dos testigos quienes manifiestan "Que les consta que en la finca de regadío, propiedad de D. Arsenio, llamada FINCA000, PARAJE000, situada en la campiña y término de Montoro, existe un pozo desde antes del año mil novecientos ochenta y seis, y de las aguas de referido pozo se ha estado regando la finca desde tiempo inmemorial";

Cédula catastral, donde se recoge tener una superficie de 39,5310 has, con subparcela de Olivos regadío de 32,3629 has. El resto improductivo y pastos. Plano parcelario del polígono NUM002 del T.M. de Montoro, y Plano E:1/5.000 con situación del pozo y sup. de riego.

¹ Subsección preparada por JOSE LUIS RIVERO YSERN, Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.

Con fecha 3 de octubre de 2006 se efectuó Acta de Reconocimiento sobre el Terreno, donde se hace constar el aprovechamiento, ubicado en las coordenadas UTM X-382663 Y-4208483, siendo la superficie objeto de riego de 32,36 has. Con grupo elevador de 30 CV, profundidad máxima de instalación de la bomba 145 m.

Con fecha 24/10/2016 se emitió informe del Servicio de la CHG donde se recoge, en cuanto a la antigüedad anterior a 1986, se aporta un acta de manifestaciones que no puede ser considerado válido, por carecer de valor probatorio. A mayor abundamiento se constata la modificación de sus características en lo referente al grado de explotación del sondeo. En la resolución administrativa impugnada se expresa que no consta acreditado la existencia y uso del aprovechamiento con anterioridad al 1 de enero de 1986 por no considerar suficiente las documentales aportadas, además de discrepancias en lo referente a la superficie.

La Resolución deniega la solicitud de inscripción por no haberse acreditado la antigüedad a fecha anterior a 1986, además de comprobarse haberse efectuado modificación de características consistente en ser superior la superficie de riego (32,36 has), con respecto a la solicitud inicial (30 has).

El escrito de demanda impugna la valoración de la prueba realizada por la Administración, y manteniendo haber acreditado los requisitos exigidos para el reconocimiento instado.

En el art. 195 del Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, después de hacerse indicación que "los Organismos de cuenca llevarán asimismo, un catálogo de aguas privadas, que estará compuesto por un libro de inscripciones y los índices auxiliares, que se regirán por lo dispuesto para el Registro de Aguas, en lo que resulte de aplicación"; se determina expresamente que "a los efectos de su inscripción en dicho catálogo, los titulares legítimos de aprovechamientos de aguas calificadas como privadas por la legislación anterior a la vigente Ley de Aguas que optaran por mantenerlas en tal régimen, deberán declarar su existencia al Organismo de cuenca correspondiente, dentro del plazo de tres años a partir de la entrada en vigor de la Ley de Aguas", añadiéndose que esta "declaración se hará por escrito, acompañando el título que acredite su derecho al aprovechamiento, y haciendo constar sus características y destino de las aguas", y únicamente en este supuesto de acreditación a cargo del particular interesado por "el Organismo de cuenca (se) procederá a la inscripción provisional de los

derechos acreditados, que elevará a definitiva, previo el reconocimiento de las características del aprovechamiento".

Como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre del 2005, el ordenamiento jurídico de las aguas calificadas como privadas en la legislación anterior a la entrada en vigor de la Ley de Aguas de 1985 no permite destinarlas al fin que a su usuario interese sino que sólo pueden ser aprovechadas con las características y destino anteriores a la vigencia de dicha Ley, de suerte que para la inclusión de los aprovechamientos de aguas en el mencionado Catálogo de Aguas privadas, es imprescindible acreditar el aprovechamiento con sus características y el destino de las aguas a aquellas datas, y no ulteriores.

Por tanto, para que pueda prosperar la pretensión ejercitada se hace necesario que la ahora recurrente acredite la existencia de los aprovechamientos antes del primero de enero de 1986, su real explotación y las características de esos aprovechamientos a aquella data, porque lo que la Ley garantiza a los titulares de aguas privadas explotadas conforme a la legislación anterior es su derecho a conservar la explotación en la misma forma en que se venía haciendo a la entrada en vigor de la Ley de Aguas de 1985.

En efecto, la STS de 23 de abril del 2003 (rec. 3258/1997) ilustra al respecto lo siguiente: "a) El Catálogo es un instrumento administrativo que ofrece a la Administración una información indispensable para el control de los recursos hidráulicos y la puesta en práctica de medidas de protección de los acuíferos, como son la declaración de sobreexplotación y salinización. No añade ninguna protección administrativa adicional a los derechos dominicales en él inscritos pero constituye un medio más de prueba de la existencia del aprovechamiento y sus características y se constituye en la vía necesaria para legalizar los aprovechamientos de aguas que continúen siendo privadas. b) Tanto la Disposición Transitoria Segunda de la Ley de Aguas, referida a manantiales, como la Tercera, sobre pozos y galerías, presuponen el aprovechamiento y utilización de los recursos cuya inscripción se pretende. No es posible la inscripción de un aprovechamiento inexistente. c) Del mismo modo, el artículo 195.2 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico exige no sólo el título jurídico acreditativo de la titularidad del derecho que se pretende inscribir, sino el contenido, dimensión y alcance de ese aprovechamiento. Consecuencia ineludible de lo razonado es que la función del catálogo no consiente la inscripción de derechos cuyo contenido y alcance se desconozca porque si tal cosa ocurriera la función informativa y de control que el Catálogo está llamado a cumplir caería por su base".

Del mismo modo, la STS de 1 de junio del 2004 (rec. 584/2002) indica que "el sentido propio de las palabras en que se expresan las Disposiciones transitorias en juego, exigen que el titular del derecho acredite éste, así como el régimen de utilización del recurso (Disposición transitoria segunda, referida a los aprovechamientos de aguas privadas procedentes de manantiales), siendo dicho régimen (misma Disposición) o, en similares términos, el régimen de explotación (Disposición transitoria tercera, referida a los aprovechamientos procedentes de pozos o galerías), el que la Administración ha de respetar (mismas Disposiciones); manteniendo los interesados su titularidad, si optan por la segunda de las alternativas previstas en las repetidas Disposiciones, en la misma forma que hasta ahora (número 2 de una y otra Disposición); y ello hasta el punto de que no es sólo el incremento de los caudales totales utilizados, sino también la modificación de las condiciones o régimen del aprovechamiento, la que requiere la oportuna concesión (número 3 de ambas Disposiciones)".

Recuerda a su vez la STS de 22 de junio de 2012 (rec. núm. 3352/2009) que "en el ámbito concreto de inscripciones de aprovechamientos de aguas subterráneas es constante la jurisprudencia de esta Sala que declara que corresponde la carga de la prueba a quien interesa la inscripción, en el Registro o Catálogo".

La Sentencia del Tribunal Constitucional 227/1988 de 29 de noviembre declaró que la Ley de Aguas no desconoce los derechos de naturaleza privada preexistentes a la misma y que el hecho que las disposiciones transitorias permitan a los interesados mantener la titularidad de sus derechos "en la misma forma que hasta ahora" significa que se respeten íntegramente con el mismo grado de utilidad o aprovechamiento material que hasta la fecha de entrada en vigor de la Ley se han venido disfrutando aquellos derechos o facultades anejas a la propiedad, es decir en la medida que formen parte del patrimonio de su titular. A su vez la STS de 13 de mayo de 2011, Rec. 3644/2007, viene a decir que: " Tenemos dicho con reiteración que debe extremarse el rigor en la acreditación del aprovechamiento cuando se carece de un título claramente justificativo de su uso, en función de la teleología jurídica de la Ley, al establecer la demanialidad del agua, y la necesidad de que sólo se reconozcan aquéllos aprovechamientos sobre los que exista una prueba sólida y ultimada, lo cual deberá ser objeto de estudio casuístico, no siempre de fácil valoración."

Procede analizar la documentación aportada por la actora, no sin antes recordar que en relación a qué pruebas pueden dar certidumbre sobre la

existencia del riego anterior a la entrada en vigor de la Ley de Aguas, podemos citar las siguientes (aportadas en otros procesos administrativos y judiciales sobre la misma cuestión): especialmente el Certificado de Minas, pero no es el único, pues tienen gran valor probatorio los certificados expedidos por la Cámara Agraria o por el Ayuntamiento respectivo, siempre que reúnan las características necesarias, es decir, que se fundamenten en algún archivo municipal de donde se haya extraído tal información.

En el presente supuesto se aportó la escritura de compraventa de 1992 donde se hace constar tratarse de Finca de regadío por el sistema de aspersión, y parte de pastos, que antes era olivar, tierra calma y casa de campo. La parcela que se vende ocupa una superficie de 30 has, 54 áreas y 54 centiáreas, de las cuales 5,34 has son de pastos, y el resto de regadío, según el título, pero medida recientemente resulta tener, 29 has, 99 áreas y 55,29 centiáreas, todas de tierra calma y regadío, y 6 hectáreas de monte bajo y pedriza que actualmente no se cultiva, en total 35 has, 99 áreas y 55,29 centiáreas. A esta finca le pertenece una cuarta parte del pozo abrevadero de la FINCA001 ; y cada una de las instalaciones y elementos que conforman el actual sistema de riego de aspersión, implantado y existente en la finca matriz, incluida la tubería de impulsión, hasta el punto donde ésta se bifurca; haciendo constar que el ramal derecho (en el sentido de impulsión del agua) pertenece en exclusiva a esta finca descrita, por cuyo subsuelo discurre el ramal izquierdo de la referida instalación, que corresponde a esta finca segregada. La vendedora se reserva la mitad de la cuarta parte del pozo abrevadero. En la cláusula IV se recoge que todos los gastos de contribución, canon de agua y luz y cualesquiera otros que hubiera pendientes a la fecha de firma de esta escritura serán de cuenta de la vendedora. Y Acta de manifestaciones de dos testigos.

En sede judicial se aporta Certificado resumen de julio de 1984 de la Empresa Regadíos y Transformación Agrarias S.A. RIVER. Se indica Instalación de riego por aspersión sistema fijo en FINCA000, Villa del Río, Córdoba. En cuanto a los datos de la instalación se indica: superficie de riego 67,5 has; Caudal utilizado 76,8 l/s; cultivo a regar, varios; aspersores en funcionamiento instantáneo, 122; caudal aspersión 2.268 l/hora; etc. En Leyenda, se hace constar caseta de bombeo, límite de riego, etc. Se indica por el recurrente que la superficie de 67,5 has reflejada es la superficie de la primitiva FINCA000. Que la parcela adquirida por el recurrente tiene una superficie de 39,53 has (parcela NUM001), y en la que implantó el cultivo de olivar de 30 has.

Opone el Abogado del Estado que en la escritura de compraventa se hace mención a la existencia de un pozo abrevadero, pero ninguna alusión a otra captación de aguas subterráneas. Se menciona la existencia de instalaciones y elementos que conforman el sistema de riego por aspersión, implantado y existente en la matriz, incluida la tubería de impulsión; así como la referencia a un canon de agua que, se aduce, propio de aprovechamientos de aguas superficiales puesto que, según descripción de la finca, la misma linda con el río Guadalquivir y se habla de la línea de conducción de agua de impulsión de riego, desde el río Guadalquivir hasta el referido estanque en ruinas, donde vertía la antigua captación de aguas.

Se aporta informe emitido por D. Lázaro , ingeniero agrónomo, donde se indica haber visitado la parcela, habiendo dispuesto de cierta documentación, entre otros, de ortografía digital histórica correspondiente a vuelo en los años 1984/1985 comprobándose que la finca disponía de una superficie dedicada al cultivo de herbáceos y que la plantación de olivar se realizó posteriormente a estas fechas. Que se puede afirmar que la captación es antigua tanto por su estructura constructiva, como por el estado de sus instalaciones, aunque no es posible determinar con exactitud su fecha de construcción. Tampoco se observa indicio de que las características de dicha captación hayan sido modificadas ni alteradas. Y en cuanto a la superficie según informe del SigPAC el terreno destinado a olivar cuenta con una superficie de 30,36 Ha; en su medición la superficie es de 30,18 has.

Pues bien, respecto a la escritura ya hemos indicado que se hace referencia a un pozo abrevadero, y a instalaciones y elementos de un sistema de riego por aspersión, sin que exista conexión entre aquel pozo y la instalación llevada a cabo. El certificado de la Empresa Regadíos y Transformación Agrarias S.A. RIVER recoge datos relativos a una instalación de riego en la FINCA000, que sitúa en Villa del Río (no en Montoro), pero sin que de ello pueda concluirse que el riego procediera de aguas procedentes de un pozo. Como viene a considerar el Abogado del Estado, la escritura de compraventa se refiere a un pozo de abrevadero, pero no se contempla la existencia de ningún pozo destinado a riego. Consta así que en el croquis/plano que se recoge al f.14 del expediente administrativo (reverso de la hoja 2U8408481de la escritura) solo aparece un pozo, el pozo abrevadero, único que se menciona en la escritura. En otro caso estaríamos ante una modificación en cuanto al uso.

Y en cuanto al Acta de manifestaciones, por esta misma Sala y sección, en sentencia de 28 de enero de 2013, rec 244/2011, respecto de su valoración

probatoria, ha declarado que "son del todo insuficientes para poder concluir en el sentido querido por el recurrente. Ya la admisión de las características de los aprovechamientos, especialmente de la antigüedad, por medio de testigos obliga a este Tribunal a ser muy cautelosos. Más si cabe, cuando ni siquiera se han traído a los autos proponiendo su testifical. Y es que una circunstancia de la trascendencia de la antigüedad del pozo, difícilmente puede ser satisfecha por meras declaraciones de testigo, requiriendo de una actividad probatoria de mayor contundencia por la parte recurrente". Más recientemente en sentencia de 26 de septiembre de 2019 dictada en el recurso 680/2017.

Finalmente el informe aportado indica que de la ortografía digital histórica correspondiente a vuelo en los años 1984/1985 se comprueba que la finca disponía de una superficie dedicada al cultivo de herbáceos, pero no indica que parte de la finca, tampoco que se correspondiera con la parcela adquirida posteriormente por el recurrente en la que se implantó olivar.

La disposición transitoria tercera bis del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas, introducida por el apartado quince del artículo primero de la Ley 11/2012, de 19 de diciembre, de medidas urgentes en materia de medio ambiente, dispone que "a los efectos de aplicación del apartado tercero de las disposiciones transitoria segunda y tercera, se considerará modificación de las condiciones o del régimen de aprovechamiento, entre otras, las actuaciones que supongan la variación de la profundidad, diámetro o localización del pozo, así como cualquier cambio en el uso, ubicación o variación de superficie sobre la que se aplica el recurso en el caso de aprovechamientos de regadío". A su vez, lo que establecen los apartados terceros de las disposiciones transitorias segunda y tercera es que "el incremento de los caudales totales utilizados, así como la modificación de las condiciones o régimen del aprovechamiento, requerirán la oportuna concesión que ampare la totalidad de la explotación según lo establecido en la presente Ley".

Es por lo expuesto que no procede la estimación del recurso.

De conformidad con el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción, procede la condena de la parte actora al pago de las costas causadas, si bien limitadas a 600 euros por todos los conceptos.

(St. de 30 de septiembre de 2020. Sala de Sevilla Ponente María José Pereira Maestre)

XIV HACIENDA PÚBLICA. IMPUESTO DE INCREMENTO DEL VALOR DE LOS TERRENOS.

Un método de cálculo que por aplicación de coeficientes anuales, reduce la base imponible y la cuota, podrá estar amparado por los informes aportados y sectores doctrinales, incluso por sentencias de órganos judiciales, pero lo que es evidente es que es el sistema aplicado por el ayuntamiento demandado el que goza de respaldo legal.

El objeto de la sentencia de instancia viene determinado por la resolución de 7 de noviembre de 2017 del Ayuntamiento de Dos Hermanas mediante el que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra liquidación en concepto del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (expediente 2015/0025987-R).

Esta liquidación se gira por importe de 122.592,70 euros por la venta de inmueble sito en Avenida Río Viejo 54 de Dos Hermanas. La resolución del recurso de reposición con cita de la doctrina del Tribunal Constitucional (sentencia 59/2017 de 11 mayo), señala que al ser el valor de compra por el recurrente de 312.531,82 euros el 3 de marzo de 2000 y el valor por el que se vende de 1.452.000 euros el 30 de marzo de 2015, sí existe incremento del valor del inmueble y con ello el hecho imponible del impuesto.

La sentencia transcribe en sus fundamentos segundo, tercero, cuarto y quinto los pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia, el Tribunal Constitucional en sentencia 59/2017 de 11 de mayo y el Tribunal Supremo en sentencia de 9 de julio de 2018.

En aplicación de la misma, y partiendo de la constitucionalidad de los artículos del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (artículos 107.1 y 107. 2 a), considera que sí existe incremento del valor puesto de manifiesto en los precios reflejados en las escrituras, así como que la liquidación se ha realizado son sujeción a los términos previstos en la citada ley.

El recurso de apelación combate la sentencia sobre la base de dos premisas: el valor catastral tomada como referencia por el Ayuntamiento es claramente erróneo por ser muy superior al que corresponde, así como que la venta que se realiza lo es no sólo del suelo sino también de la nave industrial construida; por otra parte, expone que el propio método para calcular la base imponible tampoco es ajustado a derecho, por considerar que el valor catastral debe ser actualizado mediante unos coeficientes anuales.

Expuesto lo anterior, debemos resolver las pretensiones del recurrente contenidas en su apelación. Y las mismas, a pesar del esfuerzo dialéctico que se realiza, lo que pretenden no es otra cosa que sustituir un procedimiento previsto en la ley, con unos parámetros o valores también recogidos en la ley, por otros valores y métodos de cálculo que se consideran más adecuadas, amén de ser más beneficiosos. Pero sin que esta pretensión suya tenga el soporte legal que sí tiene el método adoptado por el ayuntamiento demandado, ni acredita mucho menos que este último sistema sea contrario a derecho o produzca una situación contraria a la Constitución por vulnerar su capacidad económica.

Así debemos partir que a la vista de los términos de compra y de venta sí se ha producido una plusvalía, sin que la aplicación del gravamen suponga confiscación por gravar un supuesto en el que no se aprecie capacidad económica.

Sentada la existencia de la plusvalía, que no se desvirtúa ni se niega, el Ayuntamiento acude como le marca la ley a los valores catastrales previstos para el suelo vendido, sin que tampoco en este caso el recurrente haya desvirtuado que esos valores catastrales no sean los correctos. Y con esos valores, procede a calcular la base imponible y luego la cuota tributaria siguiendo el procedimiento también previsto en la norma legal. Y sin que a la vista de la cuota resultante se pueda concluir en una afección inconstitucional a su capacidad económica.

El deseo del recurrente de aplicar unos valores catastrales inferiores, y un método de cálculo que por aplicación de coeficientes anuales, reduce la base imponible y la cuota, podrá estar amparado por los informes aportados y sectores doctrinales, incluso por sentencias de órganos judiciales, pero lo que es evidente es que es el sistema aplicado por el ayuntamiento demandado el que goza de respaldo legal. Partiendo por supuesto, de la existencia de incremento o plusvalía, y sin que en ningún caso la cuota resultante sea superior al incremento de valor o plusvalía que se grava.

Conforme al artículo 139.2 de la ley jurisdiccional, procede la condena en costas a la parte apelante, limitando su importe a 1.000 euros.

(St de 8 de octubre de 2020. Sala de Sevilla Ponente Juan Jiménez Jiménez)

XV.- JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

Archivo del recurso contencioso administrativo por no haberse subsanado el defecto consistente en la falta de acreditación de haberse otorgado la representación del recurrente al letrado. 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. 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.

Se impugna en este recurso de apelación el auto que acuerda el archivo del recurso contencioso- administrativo por no haberse subsanado el defecto consistente en la falta de acreditación de haberse otorgado la representación del recurrente al letrado.

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.

Es criterio reiterado desde la sentencia del Pleno de la Sala de 5 de octubre de 2007, dictada en el Recurso de Apelación 409/07 de la Sección Tercera, que no puede pretenderse que el apoderamiento realizado en vía administrativa atribuya sin más al apoderado la facultad de intervenir en el proceso, porque el mandato carece de los requisitos de forma necesarios para actuar en el pleito, al no haber sido otorgado ante Notario o "apud acta", siendo necesario que conste la real voluntad del extranjero para recurrir otorgando la representación.

Dicho criterio ha sido confirmado por el Tribunal Supremo en sentencia de 11 de marzo de 2008, señalando que no puede pretenderse que el apoderamiento realizado en vía administrativa atribuya sin más al apoderado la facultad de intervenir en el proceso, porque el mandato carece de los requisitos de forma necesarios para actuar en el pleito, al no haber sido otorgado ante Notario o "apud acta".

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".

Más recientemente la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2020 ha señalado "Ninguna de estas situaciones corresponden al supuesto de autos, en el que se ha producido la personación en las actuaciones del letrado designado de oficio a instancia del recurrente y lo que se plantea es una deficiencia en la personación del mismo en cuanto no acredita la representación que dice ostentar, de manera que quien debe subsanar ese defecto de personación es quien ha incurrido en el mismo alegando una representación que no justifica, como expresamente señala el art. 45.2.a) de la LJCA al disponer que al escrito de interposición del recurso se acompañará "el documento que acredite la representación del compareciente", por lo que el requerimiento de subsanación debe dirigirse al mismo y no a quien no se ha personado en las actuaciones, como efectivamente llevó a cabo el Juzgado de lo Contencioso Administrativo al amparo y con invocación del referido precepto procesal. Ello tiene una justificación añadida en supuestos como el presente en el que el letrado designado de oficio puede actuar, también, como representante del interesado, si bien, como se recoge ampliamente en la sentencia recurrida, por referencia a la doctrina del Tribunal Constitucional y la sentencia de este Tribunal Supremo de 30 de junio de 2011, dictada en interés de ley, que no es necesario reproducir, ha de justificar que ostenta tal representación mediante poder notarial o comparecencia apud acta, sin que sea suficiente la designación como tal letrado de oficio, de manera que si el letrado pretende hacer uso de tal posibilidad de personarse, además, como representante del interesado, debe acreditar en la forma

legalmente exigida la realidad de la representación que dice ostentar, de la misma manera que ante la personación de procurador sin el poder acreditativo de su representación, el requerimiento de subsanación se dirige al mismo y no a quien pretende representar, pues la subsanación se refiere a la formalización de la representación y no a la comunicación del órgano judicial con el representado a efectos de su comparecencia en el proceso, que en su condición de demandante o parte actora no viene impuesta por las actuaciones judiciales y responde a su propia decisión sobre el ejercicio de su derecho. En consecuencia y respondiendo a la cuestión planteada en el auto de admisión de este recurso, ha de concluirse que apreciado defecto en la representación procesal alegada por el letrado designado de oficio, al no constar acreditada la misma en legal forma -poder notarial o comparecencia apud acta- el requerimiento de subsanación habrá de cursarse a dicho letrado compareciente".

Lo expuesto lleva a desestimar el recurso de apelación.

No procede hacer imposición de costas al no constar la voluntad del recurrente en la interposición del presente recurso.

(St de 21 de octubre de 2020. Sala de Sevilla. Ponente: María José Pereira Maestre)

XVIII. PERSONAL. JUBILACIÓN POR INCAPACIDAD. CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO. CONCURRENCIA DE SITUACIONES.

La Resolución objeto del recurso contencioso administrativo viene referida a la dictada con fecha 21 de marzo de 2017 por la Dirección General del Profesorado y Gestión de Recursos Humanos de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía, que resuelve desestimar el recurso de reposición contra la dictada en fecha 24 de noviembre de 2016 por la que se acuerda denegar la Jubilación por Incapacidad Permanente para el servicio.

En el suplico de su demanda se solicitó se declarase nula o anulable las citadas resoluciones y se le reconociera en situación de jubilación por incapacidad permanente revisable.

La sentencia de instancia viene a desestimar la pretensión actora.

Sostiene el escrito interponiendo el recurso de apelación que conforme a las pruebas practicadas obrantes en el expediente administrativo y documental

aportada con el escrito de demanda debió ser estimada su pretensión. Y aduce que de acuerdo con el Fundamento de Derecho Tercero en el que se valora la prueba obrante en autos consistente en Certificado Médico Oficial del Colegio de Médicos de Huelva de fecha 3/1/2017, se detalla que la recurrente padece como secuela de la intervención de columna una limitación importante de sus quehaceres diarios, con limitación para la deambulacion, permanecer de pie mucho tiempo o conducir. Que la Juez a quo ha interpretado se refiere a la etapa de recuperacion de la intervencion quirúrgica y no a una situación definitiva; cuando lo cierto es que se trata de un período temporal que va mucho más allá y que denota que el proceso ha derivado en una serie de secuelas irreversibles o de remota o incierta reversibilidad. Que de la prueba obrante en autos se puede deducir que la recurrente está en una situación de invalidez permanente, con reducciones anatómicas o funcionales graves susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas que disminuyen o anulan su capacidad laboral.

Por la Letrada de la Junta de Andalucía se opone al recurso.

Como bien es sabido la jurisprudencia ha venido reiterando que la incapacidad física es una cuestión que entra en el campo de la ciencia médica y, por tanto, eminentemente técnica, y los informes médicos expedidos a instancia de los interesados, si bien pueden servir como orientación, no pueden constituir la base de tal declaración, precisándose la intervención de un órgano colegiado, el tribunal médico, especialmente creado con tal finalidad, aunque no es menos cierto que la presunción de objetividad de los órganos técnicos de la Administración no puede constituir razón para prescindir de la motivación de sus dictámenes, y en todo caso cabe desvirtuarla mediante la oportuna prueba pericial médica practicada en el seno del procedimiento con las necesarias garantías. La conclusión es pues, que sí cabe impugnar en determinados supuestos el resultado obtenido en aplicación administrativa de la discrecionalidad técnica, si bien corresponde al actor probar lo que alega.

Dicho lo anterior, no podemos olvidar el alcance y la naturaleza del recurso de apelación, ya que de ellos depende el posible estudio de las alegaciones que se proponen en esta segunda instancia. A tal efecto, la sentencia del TS 17 de enero del 2000 recuerda que: " aun cuando el recurso de apelación transmite al tribunal ad quem la plenitud de competencia para revisar y decidir todas las cuestiones planteadas en primera instancia, el examen que corresponde a la fase de apelación es un examen crítico de la sentencia o auto, para llegar a la conclusión de si se aprecia o no en ellos la errónea aplicación de una

norma, la incongruencia, la indebida o defectuosa apreciación de la prueba o cualesquiera otras razones que se invoquen para obtener la revocación de la sentencia o auto apelada.

La sentencia de instancia indica lo siguiente:

"SEGUNDO.- Son hechos relevantes para la resolución del presente recurso:

1.- Que en fecha 23-10-2014, a las 11:30 horas, la recurrente sufrió accidente en acto de servicio cuando desarrollaba su labor docente en su centro de trabajo, que le produjo una lesión con código 724.3 de la Tabla 7 Anexo II de la Orden TAS/2926/2002, de 19 de noviembre.

2.- Que en fecha 12-2-2015 el Servicio Provincial de Huelva de MUFACE acordó reconocer a la recurrente los derechos derivados del accidente en acto de servicio a los efectos de obtener las prestaciones a que hubiese lugar .

3.- que iniciado de oficio expediente de jubilación por incapacidad permanente se dicta resolución denegatoria basada la denegación en el Dictamen Médico del Equipo de Valoración de Incapacidades de fecha 16-11-2016 que concluye que la recurrente: "no está afectada por una lesión o proceso patológico, estabilizado e irreversible o de incierta reversibilidad, que le imposibilita totalmente para el desempeño de las funciones propias de su Cuerpo, Escala, Plaza o Carrera "; "no la lesión o proceso patológico citados le inhabilitan por completo para toda profesión u oficio" ; "no necesita la asistencia de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida".

4.- el informe de síntesis remitido por la Seguridad social al juzgado como diligencia final se hace constar documentos remitidos por la Seguridad Social que la patología se encuentra en evolución, debiendo continuar el tratamiento médico y rehabilitador (intervenida con buen postoperatorio), y que, por ello, las limitaciones orgánicas y funcionales hasta ese momento, no se pueden valorar.

TERCERO.- Frente a dicha resolución alega la recurrente la concurrencia causa de nulidad de la misma por falta de motivación en cuanto se funda en un Dictamen que no contiene más allá de expresiones genéricas, sin alusión alguna al proceso patológico concreto de la recurrente, su desarrollo o evolución y las pruebas o exámenes clínicos realizados para alcanzar las conclusiones que allí se recogen. Además, la propia resolución hace alusión a la existencia de otro Dictamen médico de fecha 6-4-2016 que no ha sido puesto a disposición de la recurrente creando así una manifiesta indefensión,

si bien el mismo se ha puesto finalmente a disposición de la parte al haberse acordado su reclamación como diligencia final.

Sin embargo a la vista de la resolución impugnada que remite a los informes médicos puestos a disposición de la recurrente, es claro que la causa de la denegación de la jubilación por incapacidad no es otra que la falta de estabilización del proceso patológico de la recurrente.

Opone la actora que en fecha 22-12-2016, el Doctor Juan Enrique, emitió informe en el que hace constar lo siguiente: "Tal y como expresamos en la última revisión de hace unos meses la paciente ha sido dada de alta sin tener en cuenta que en su recuperación de la cirugía de columna se ha quedado embarazada". "Por ello y dada la situación actual aconsejamos reposo en la esfera deportiva y laboral. En la situación actual no puede trabajar en su profesión, una vez finalizado el embarazo valoraremos estado de la paciente".

Asimismo, en fecha 3-1-2017, el Doctor Miguel Ángel , emitió certificado médico oficial del Colegio Oficial de Médicos de Huelva en el que manifiesta lo siguiente: "Que Doña Elisa , con DNI NUM000 , nacida el NUM001 de mil novecientos setenta y ocho ha sido intervenida de columna lumbar quedando como secuela una limitación importante de sus quehaceres diarios, con limitación para la deambulaci3n, permanecer de pie mucho tiempo o conducir, todo ello a consecuencia de un accidente considerado como laboral. Adem3s, ahora se encuentra en estado de gestaci3n, por lo que las limitaciones se agravan por cambios en la est3tica musculoesquel3tica".

Dichos informes permiten sostener la situaci3n de baja laboral en las fechas de su emisi3n, el primero refiere a la "situaci3n actual "consiste en la fase de recuperaci3n de la intervenci3n quir3rgica junto con el embarazo de la recurrente, sin constatar una situaci3n definitiva. El segundo de los informes alude a la secuela que limita la deambulaci3n y asimismo a la puntual agravaci3n consecuente a la estado de gestaci3n que presentaba a su fecha".

El escrito interponiendo el recurso de apelaci3n muestra su disconformidad con la valoraci3n que de la prueba obrante (expediente administrativo e informe m3dico aportado con el escrito de demanda) se ha llevado a cabo en la sentencia de instancia, en concreto con el informe aportado de fecha 3 de enero de 2017.

No podemos mostrar conformidad con lo alegado. La sentencia valora los dos informes aportados por la recurrente, es respecto al primero, de fecha 22/12/2016 cuando se indica en la sentencia que se refiere a la situaci3n actual (a dicha fecha); y en cuanto al segundo, de fecha 3/1/2017 se indica

como " alude a la secuela que limita la deambulaci3n y asimismo a la puntual agravaci3n consecuente al estado de gesti3n que presentaba a su fecha", lo que resulta correcto a la vista de ambos informes. En ninguno de ellos se hace indicaci3n a una situaci3n de invalidez permanente, ni de secuelas graves susceptibles de determinaci3n objetiva y previsiblemente definitivas que disminuyen o anulan su capacidad laboral. Si consta la indicaci3n de reposo en la esfera deportiva y laboral y una vez finalizado el embarazo valorar el estado de la paciente. Lo que viene a coincidir con el Informe de S3ntesis y con el Dictamen del Equipo de Valoraci3n de Incapacidades, al referir que la patolog3a se encuentra en evoluci3n, debiendo continuar el tratamiento m3dico y rehabilitador (intervenida con buen postoperatorio), y que, por ello, las limitaciones org3nicas y funcionales hasta ese momento, no se pueden valorar, no estando afectada por una lesi3n o proceso patol3gico, estabilizado e irreversible o de incierta reversibilidad.

Hemos de concluir que los informes m3dicos aportados por la parte apelante no desvirtu3n la consideraci3n m3dica recogida en el Informe del equipo de valoraci3n. En ninguno de ellos se contiene que la apelante estuviera imposibilitada totalmente para el desempe3o de las funciones propias de su Cuerpo, Escala, Plaza o Carrera, y ello sin perjuicio de poder solicitar de nuevo el reconocimiento instado a la vista de la evoluci3n de las patolog3as que presente.

Por lo que no se aprecia que la valoraci3n de la prueba contenida en la sentencia apelada haya sido indebida o defectuosa, lo que nos lleva a la desestimaci3n del recurso de apelaci3n.

De conformidad con lo dispuesto en el art3culo 139 de la Ley reguladora de la Jurisdicci3n Contencioso-Administrativa se imponen las costas procesales a la parte apelante, si bien se fija en 300 euros por todos los conceptos.

(St de 7 de octubre de 2020. Sala de Sevilla. Ponente Mar3a Jos3 Pereira Maestre)

XVIII. PERSONAL.

Deberes de sigilo, confidencialidad y acceso de datos por parte de los funcionarios a los datos de los expedientes que quedan a su cargo. Relaci3n de especial sujeci3n y procedimiento disciplinario.

Es objeto del presente recurso contencioso administrativo la resoluci3n del Subsecretario de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social (Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social), de fecha 11 de octubre de 2018, por el que se deses-

timó el recurso de reposición interpuesto por D. Ovidio , contra resolución de fecha 14 de marzo de 2018 por la que la misma Subsecretaría dispuso:

"DECLARA a D. Ovidio , responsable en concepto de autor de una falta grave tipificada en el artículo 77.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social , como "El acceso a los datos, informes o antecedentes de todo tipo obtenidos por la Administración de la Seguridad Social sobre personas físicas o jurídicas, cualquiera que sea su soporte, por el personal al servicio de aquella y para fines distintos de las funciones que le son propias" y en consecuencia se le imponga la sanción de DOS MESES de suspensión de funciones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 96.1 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público ."

El actor, funcionario perteneciente al Cuerpo Administrativo de la Administración de la Seguridad Social, adscrito a la Dirección General de la Administración de la Seguridad Social de Granada, impugna la sanción impuesta porque se le imputó indebidamente como infracción los hechos tipificados en el art. 77.2 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante TRLGSS), que dispone:

“El acceso a los datos, informes o antecedentes de todo tipo obtenidos por la Administración de la Seguridad Social sobre personas físicas o jurídicas, cualquiera que sea su soporte, por el personal al servicio de aquella y para fines distintos de las funciones que le son propias, se considerará siempre falta disciplinaria grave."

Sostiene que el acceso que hizo a datos, informes o antecedentes fue el permitido por la norma, pues fue solamente para la atención de los ciudadanos. Lo anterior, según el actor, se acredita con la prueba testifical, realizada en sede judicial, de sus dos compañeros en la misma unidad en la que trabaja en la Administración (D^a María Rosario y D. Rodrigo), que manifestaron que no existe soporte documental que se guarde para justificar cada una de las transacciones que se realizan, más allá de identificar al interesado que hace la solicitud con su DNI/NIF o apoderamiento. Por lo que los actos imputados como infracción no fueron injustificados, pues se observó el pertinente protocolo de identificación del interesado.

Asimismo manifiesta que, aunque se va poco a poco implantando el expediente digital, se pueden entregar y se entregan informes de deuda a los interesados, plazos de la misma si está fraccionada, etc., de expedientes en vía de apremio (unidad en la que está destinado), imprimiendo los mismos,

pero sin entregar certificados de deuda. Dándose, a veces, el caso de realizar el acceso/consulta a una empresa que luego resulta no tener deuda, pues este dato se desconoce previamente, así como información de una mercantil que no esté en el ámbito territorial de la unidad de ejecución a la que pertenece.

Por ello motiva su impugnación en la vulneración de los artículos 9.3, 24 y 103 CE, puestos en relación con el artículo 25 de la Constitución, por lo que su conducta no es merecedora de la sanción de quince días inicialmente impuesta (se trata de un error del actor, pues esta solo fue propuesta por la Instructora en la propuesta de resolución), ni mucho menos la de dos meses finalmente impuesta.

Pero no puede acogerse el motivo de impugnación del actor por vulneración de los preceptos constitucionales que señala, y que se trataría del principio de tipicidad, recogido legalmente en el art. 27.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), precepto que desarrolla el art. 25 CE, y que dispone: " Únicamente por la comisión de infracciones administrativas podrán imponerse sanciones que, en todo caso, estarán delimitadas por la Ley."

Ello porque en la instrucción del procedimiento disciplinario seguido contra el actor quedó acreditado que accedió, durante el período de 1 de agosto de 2015 a 31 de julio de 2016, con el Código NUM000 , que tenía como usuario, a los datos de José Augusto , José Daniel , y de las empresas "Urbanizadora y Arrendamiento JP", "Vanti Corporativa RD, S.L.", y "Rubén Fernández Fernández", accesos que constan en el informe emitido por la Dirección de Seguridad, Innovación y Proyectos de la Gerencia de Informática de la Seguridad Social, que fue incorporado al expediente disciplinario.

Para estos accesos el actor hizo uso de las transacciones NUM001 , NUM002 , NUM003 y NUM004 , sin contar con la justificación documental que avalara dichos accesos, y además consta que los identificadores de dichos documentos no están incluidos dentro del ámbito territorial de actuación de la URE 18/01 en la que el actor en ese momento prestaba servicios, y en el caso de la empresa "Urbanizadora y Arrendamientos JP", se trataba de una empresa sin deuda que no tenía que ser objeto de acceso por parte de la recaudación ejecutiva.

El actor pretende que como no se había establecido una circular para guardar los justificantes de la entrada de datos de la Seguridad Social, no existe justificación de uso ilícito de la entrada que hizo y que en la resolución sancionadora se relacionan, pues la justificación existe aunque no se guarde. Pero este alegato de defensa no es compartido por esta Sala, pues

el actor destinado en la Unidad de Recaudación Ejecutiva de la Seguridad Social 18/01 de Granada, solo debía entrar a conocer datos relacionados con su función y acorde con los procedimientos y gestiones de su Unidad Administrativa, de manera que la entrada en los mismos quedaría integrada en expedientes o procedimientos seguidos en su unidad. Por tanto, la entrada de datos que hizo el actor sobre personas que en unos casos no correspondían los identificadores de esos documentos dentro del ámbito territorial de actuación de la URE 18/01 en la que el actor prestaba servicios en ese momento, y en otros casos (empresa Urbanizadora y Arrendamiento JP) entrada de datos de empresa sin deuda y por tanto sin justificación para ello, deben de calificarse de entrada de datos de manera irregular, pues no obedecían a procedimientos que gestionaba en desarrollo de su función.

No puede estimarse, en consecuencia, el argumento de que como no se guardan los justificantes no puede considerarse ilícita la entrada, con independencia de la entrada que sea, pues ello conduce a una libertad absoluta de entrada de cualquier funcionario de datos protegidos por la legislación que desarrolla el art. 18.4 CE que dispone: " La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos". Precepto constitucional desarrollado por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

Por otra parte la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social 17 de enero de 1996, sobre control de accesos al Sistema Informático de la Seguridad Social, en su artículo 2.a) dispone como principio configurador de la seguridad en el sistema de información de la Seguridad Social el siguiente: " a) Confidencialidad, de manera que se asegure que la información está disponible solamente para aquellos usuarios que estén debidamente autorizados para acceder a la misma y que se utiliza exclusivamente por aquéllos para sus cometidos concretos de gestión, en la forma, tiempo y condiciones determinados en la autorización respectiva."

En el artículo 6 de la antes citada Orden Ministerial regulando la utilización de la información dispone en el apartado uno: " Cada usuario, debidamente autorizado, adquiere el compromiso de utilización de las transacciones informáticas con los fines exclusivos de gestión para los que ha sido autorizado."

Sí existía normativa, pues, que obligaba al actor a disponer y entrar a conocer datos siempre que hubiera relación con las funciones encomendadas y con los expedientes que gestionaba, y no con un carácter abierto, que en

este caso dió lugar a que documentos de esta naturaleza se encontraran, tras registros policiales (Unidad Contra las Redes de Inmigración y Falsedades Documentales, UCRIF), en personas investigadas en tramas dedicadas a proporcionar a personas extranjeras que se encuentran en España de forma irregular, y que utilizaban dichos documentos para solicitar autorización de residencia y trabajo.

Según el art. 77 TRLGSS los datos, informes o antecedentes obtenidos por la Administración de la Seguridad Social en el ejercicio de sus funciones tienen carácter reservado y sólo puede utilizarse para los fines encomendados a las distintas entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, sin que puedan ser cedidos o comunicados a terceros, salvo que la cesión o comunicación tenga por objeto: persecución de delitos públicos; la colaboración con otras Administraciones públicas; o la protección de menores o personas con capacidad modificada por los órganos jurisdiccionales o el Ministerio Público; así como para fines de estadística pública.

El acceso a los datos, informes o antecedentes de todo tipo obtenidos por la Administración de la Seguridad Social sobre personas físicas o jurídicas, cualquiera que sea su soporte, por el personal al servicio de aquélla y para fines distintos de las funciones que le son propias, se considera siempre falta disciplinaria grave.

Así como la infracción del deber de sigilo de las autoridades y personal al servicio de la Administración de la Seguridad Social se considera siempre falta disciplinaria muy grave. Por tanto, se da el supuesto de hecho de la infracción, tipificada en el art. 77, y la culpabilidad como autor es imputable al actor, dado que las pruebas practicadas en el procedimiento determinan que fue el mismo actor el que usando su clave de acceso realizó las emisiones de informes relacionadas en la resolución disciplinaria.

El actor manifiesta que su actuación no ocasionó perjuicio a los titulares de los accesos, por lo que solo se trató de un presunto acceso no justificado documentalmente. Pero debe tenerse en cuenta que si bien en los procedimientos disciplinarios se aplican los mismos principios que los que rigen para la potestad sancionadora de la Administración, la jurisprudencia ha establecido que en el derecho sancionador disciplinario al tratarse de relaciones de sujeción especial predomina la valoración de la conducta subjetiva del funcionario sobre los resultados de peligro o lesión de un bien jurídico determinado que con su actuación haya podido causar. Así la sentencia del T. Supremo de 27 de enero de 1981 (RJ 293) declara que:

(...) la actividad sancionadora de la Administración debe interpretarse con criterios diferentes cuando se refiere a funcionarios, contratistas y concesionarios,-que son situaciones voluntariamente aceptadas- que cuando se refiere a administrados no cualificados, en ejercicio de poderes de policía general o especial que lo estén atribuidos."

Todo lo anterior conduce a la desestimación del único motivo de impugnación articulado en la demanda y en su escrito de conclusiones por el actor, consistente en la indebida aplicación del art. 77.2 TRLGSS, al entender que no hubo un acceso a datos, informes o antecedentes distinto del permitido en la norma y para sus fines propios. Pues ya hemos visto que no hay vulneración del principio de tipicidad en la aplicación de la ley, pues la subsunción de los hechos cometidos por el actor en el tipo infractor previsto en el art. 77.2 TRLGSS se dio y se probó en el procedimiento disciplinario seguido. Datos a los que accedió el actor sin que se correspondieran con gestión alguna que tuviera encomendada, y que tienen la protección del art. 77.1 del citado texto refundido que dispone:

Los datos, informes o antecedentes obtenidos por la Administración de la Seguridad Social en el ejercicio de sus funciones tienen carácter reservado y solo podrán utilizarse para los fines encomendados a las distintas entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, sin que puedan ser cedidos o comunicados a terceros, salvo que la cesión o comunicación tenga por objeto:

La investigación o persecución de delitos públicos por los órganos jurisdiccionales, el Ministerio Público o la Administración de la Seguridad Social.

La colaboración con las Administraciones tributarias a efectos del cumplimiento de obligaciones fiscales en el ámbito de sus competencias.

La colaboración con el sistema de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y la Intervención General de la Seguridad Social, en el ejercicio de sus funciones de inspección y control interno o con las demás entidades gestoras de la Seguridad Social distintas del cedente y demás órganos de la Administración de la Seguridad Social y para los fines de estadística pública en los términos de la ley reguladora de dicha función pública.

La colaboración con cualesquiera otras administraciones públicas para la lucha contra el fraude en la obtención o percepción de ayudas o subvenciones a cargo de fondos públicos, incluidos los de la Unión Europea, así como

en la obtención o percepción de prestaciones incompatibles en los distintos regímenes del sistema de la Seguridad Social.

La colaboración con las comisiones parlamentarias de investigación en el marco legalmente establecido.

La protección de los derechos e intereses de los menores o personas con capacidad modificada por los órganos jurisdiccionales o el Ministerio Público.

La colaboración con el Tribunal de Cuentas en el ejercicio de sus funciones de fiscalización de la Administración de la Seguridad Social.

La colaboración con los jueces y tribunales en el curso del proceso y para la ejecución de resoluciones judiciales firmes. La solicitud judicial de información exigirá resolución expresa, en la que, por haberse agotado los demás medios o fuentes de conocimiento sobre la existencia de bienes y derechos del deudor, se motive la necesidad de recabar datos de la Administración de la Seguridad Social."

CUARTO.-Procede, en consecuencia, la desestimación del recurso contencioso administrativo interpuesto por el actor por las razones antes expuestas. En cuanto a costas procede su imposición al actor en aplicación del artículo 139 de la Ley Jurisdiccional que establece el principio del vencimiento en su imposición, si bien deben limitarse las mismas a un máximo de trescientos euros.

(St. de 29 octubre de 2020 . Sala de Granada. Ponente Silvestre Martínez García)

XVIII.- PERSONAL INTERINO.

Cese de "funcionario" interino que es trasladado a puesto distinto de forma irregular. Es correcto el cese que se produce al ocuparse su plaza originaria y ello pese al traslado a plaza distinta. Naturaleza de la relación.

El objeto del recurso contencioso-administrativo estaba constituido por la Resolución de la Delegación Territorial de la Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales de la Junta de Andalucía en Sevilla de fecha 6 de mayo de 2013, desestimatoria del recurso de reposición interpuesto contra la de fecha 4 de abril de 2013, por la que se acordó su cese en el puesto que venía ocupando con código NUM000, con motivo de ser ocupada la plaza por personal funcionario de carrera.

A la vista del escrito de interposición de este recurso de apelación se aprecia que se postula por una parte el carácter laboral, y no funcionarial, de la relación de servicios que le une con la Administración, por entender que cuando se trasladada a Huelva era por contratación; de otro, por cuanto el puesto que ha sido ocupado y que motiva su cese es el código NUM000 en la Delegación de Sevilla, en tanto el ocupado por ella es en Huelva, código NUM001 , también de Asesor Técnico de Menores, puesto que no ha sido ocupado.

Pues bien, en cuanto a la naturaleza de la relación de servicio que le une a la Administración, lo cierto es que tan sólo cuenta con un nombramiento como funcionaria interina de fecha 24 de octubre de 2007.

Efectivamente, son hechos constatados, y así se recoge en las distintas sentencias dictadas (al haberse seguido en primer lugar ante la Jurisdicción Social el cese en el puesto) que la recurrente accedió a la Función Pública de la Junta de Andalucía tras nombramiento como funcionaria interina con fecha 24 de octubre de 2007 para desempeñar el puesto de trabajo con código NUM000 (que en la relación de puestos de la Junta de Andalucía corresponde a Asesor Técnico de Menores, adscrito a personal funcionario) en la Delegación de Sevilla. En el mes de enero de 2008, a solicitud de la propia interesada (en ese momento se dice que la recurrente residía en Gibrleón -Huelva), pasa a desempeñar el mismo trabajo, de Asesor Técnico de Menores, en la Delegación de Huelva. Ha venido percibiendo de manera no controvertida las retribuciones correspondientes a dicho puesto. El cese viene motivado por haber sido ocupado el puesto código NUM000, para el que fue nombrada, por funcionario de carrera. Solicitaba ser repuesta en el puesto de trabajo (en Huelva) y ser indemnizada desde la fecha de cese hasta ser repuesta en el puesto de trabajo de la Delegación de Huelva.

En cuanto a la naturaleza del vínculo con la Administración, lo cierto es que cada clase de personal tiene su propio régimen jurídico, que establece sus derechos y obligaciones, y que actualmente se regula, principal y respectivamente, en el Estatuto Básico del Empleado Público (RCL 2015, 1695, 1838), en el Estatuto de los Trabajadores y en el Estatuto Marco del Personal Estatutario. El funcionario interino no está vinculado a la Administración por una relación jurídica de naturaleza laboral, sino que su relación con ella encierra una clara condición de Derecho Público, distinción esencial, pues la regulación de la contratación temporal es distinta según la clase de vinculación con la Administración. En el presente supuesto la única relación que le unía con la Administración es la funcionarial. En el Sistema

SIRhUS consta el nombramiento de 24 de octubre de 2007 y fecha de cese el 4 de abril de 2013, puesto de trabajo código NUM000. No consta ningún otro nombramiento ni contrato.

De la documental aportada y las alegaciones efectuadas, lo cierto es que la recurrente aceptó en su día el nombramiento como funcionaria interina, conociendo que una de las notas o elementos característicos de este tipo de nombramiento, por su propia naturaleza, es el de la provisionalidad. Recordemos que la apelante, en su calidad de funcionaria interina, puede seguir desempeñando la plaza hasta que se amortice o se cubra por titular, funciones que por otra parte no podría seguir ejerciendo de modificarse su relación en los términos que pretende, ya que el artículo 8.2 del EBEP dispone que: "En todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca." Mientras que el artículo 11.2 de la misma norma remite a las leyes de desarrollo del EBEP el establecimiento de criterios para la determinación de los puestos de trabajo que pueden ser desempeñados por personal laboral. En otro orden de cosas, la naturaleza jurídica del funcionario interino por definición está vinculada a una concreta plaza que ocupa por alguna de las circunstancias previstas en el artículo 10.1 del EBEP: plazas vacantes, sustitución transitoria de los titulares, ejecución de programas de carácter temporal o exceso o acumulación de tareas, de manera que el carácter temporal del nombramiento para el puesto de trabajo que desempeñaba la recurrente, como funcionaria interina, que como su propia denominación indica se caracteriza por la provisionalidad o transitoriedad de la relación de servicios con la Administración que trata de cubrir o satisfacer una necesidad urgente que impide la prestación del servicio por funcionario de carrera, no genera ningún derecho a permanecer en el puesto de trabajo.

Así pues la plaza que hasta entonces se encontraba vacante -de otra forma no podría haber estado cubierta por la actora como funcionaria interina- pasa a ser cubierta por funcionario de carrera, concurriendo, pues, la causa habilitante para acordar el cese de la actora, de conformidad con lo dispuesto en el art.10.3 del Estatuto Básico del Empleado Público de 2015, Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, que "El cese de los funcionarios interinos se producirá, además de por las causas previstas en el artículo 63, cuando finalice la causa que dio lugar a su nombramiento."

Y como queda reseñado en la Hoja de acreditación de datos del programa SIRhUS, aparece su nombramiento y designación para el puesto código NUM000 , y la categoría de "funcionario interino" sin variabilidad durante todo el tiempo. Que la recurrente solicitara (y se consintiera por la Administración) pasar a desempeñar el mismo trabajo en Huelva, apenas tres meses de ser nombrada, -sobre el procedimiento seguido para dicho traslado guardan silencio ambas partes-, no puede ser motivo de la nulidad de su cese, desde el momento en que su nombramiento como funcionaria interina lo era respecto a un puesto concreto (código NUM000), que finalmente fue cubierto por personal funcionario de carrera. Y así se recoge en la sentencia de instancia al indicar que el pasar a desempeñar su trabajo en Huelva, con independencia de ese irregular traslado, que fue a petición propia y sin impugnación alguna, sino de manera pacífica e ininterrumpida, no puede ser motivo de la nulidad del cese.

Es por lo expuesto que el recurso de apelación no puede ser estimado.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 139.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, procede imponer las costas a la parte apelante hasta el límite de 300 euros, y criterios orientativos seguidos en esta materia por el Tribunal conforme al Pleno de 17 de mayo de 2018.

(St de 8 de julio de 2020. Sala de Sevilla. Ponente: María José Pereira Maestre)

XX PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. MOTIVACIÓN. NECESIDAD DE DISTINGUIR ENTRE LAS QUE SON MERAS ALEGACIONES O ARGUMENTACIONES APORTADAS POR LAS PARTES EN DEFENSA DE SUS PRETENSIONES Y ESTAS ÚLTIMAS EN SÍ MISMAS CONSIDERADAS

Se interpone el presente recurso contencioso-administrativo contra la resolución del Tribunal Económico-administrativo Regional de Andalucía (Sala de Granada), de 25 de febrero de 2016 (expediente NUM000), que desestimó la reclamación dirigida frente a la liquidación girada por la Gerencia Provincial en Almería de la Agencia Tributaria de Andalucía, por importe de 77.440,77 euros, en concepto de Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, con motivo de la escritura de aceptación de herencia causada por el fallecimiento de D^a. Rosa, ocurrido el día 18 de noviembre de 2011.

La referida liquidación se giró tras incoar un procedimiento de verificación de datos en el que se determinó por el órgano actuante que se había calculado

de forma errónea el ajuar doméstico y que procedía adicionar unos saldos bancarios en los que figuraba como cotitular la causante.

El TEARA, confirmando el criterio de la Agencia Tributaria de Andalucía, consideró aplicable la presunción automática de que el ajuar doméstico lo constituye el 3% del caudal hereditario, salvo prueba en contrario, extremo no producido en este caso; sin pronunciarse respecto a la otra cuestión planteada en la reclamación respecto de la improcedencia de computar en el activo las cantidades depositadas en determinadas cuentas bancarias, porque eran propiedad exclusiva del padre de la recurrente.

La recurrente aduce la inadecuación a derecho de la resolución del TEARA, argumentando sobre la falta de motivación al no dar explícita contestación a una de las cuestiones planteadas en la reclamación; añadiendo, en cuanto al fondo, en síntesis, de una parte, que de acuerdo con doctrina jurisprudencial, el hecho de figurar como titular indistinto de una cuenta corriente no presupone ser titular real de los fondos depositados en ella, pudiendo acreditar lo contrario, como a su juicio, ha ocurrido en este caso, mediante la aportación de los movimientos bancarios realizados, a través de los cuales se deduce que el único propietario real era su padre, sin que se pueda aplicar la presunción de ganancialidad de los bienes por no mediar matrimonio y ser pareja de hecho de su fallecida madre; y, de otra, que no cabe la aplicación automática de la regla del 3% sobre la totalidad de los bienes de la herencia para calcular el importe del ajuar doméstico.

En cuanto a la falta de motivación de la resolución del TEARA parece conveniente recordar que la exigencia, que al respecto se establece en el Art. 54 de la Ley 30/92 de 26 de Noviembre, de RJAP y PAC, es correlativa a la necesidad de que se exterioricen las razones por las que se llega a la decisión administrativa, con objeto de facilitar su conocimiento por los interesados y la posterior defensa de sus derechos, de forma que la motivación conecta el acto a la legalidad, estableciéndose la conexión entre éste y el ordenamiento y otorgándose así racionalidad a la actuación administrativa, facilitando, por otro lado, la fiscalización del acto por los Tribunales, con la consiguiente garantía para el administrado. Ahora bien, la falta de motivación o la motivación defectuosa pueden constituir un vicio de anulabilidad o una mera irregularidad no invalidante, habiendo indicado el Tribunal Supremo, de modo reiterado, que el deslinde de ambos supuestos se ha de hacer indagando si realmente ha existido una ignorancia de los motivos que fundan la actuación administrativa, y si, por tanto, se ha producido o no la indefensión del administrado. Pero la motivación no exige un razonamiento

exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuales han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir la *ratio decidendi* que ha determinado aquella. Con ello, la motivación satisface las exigencias que se derivan del derecho a la tutela judicial efectiva, siempre que se produzca de forma expresa e inequívoca, según la doctrina del Tribunal Constitucional (STC (2) de 14/1.992, de 28 de enero) y que, aunque elaborada a propósito de la motivación de las resoluciones judiciales, es plenamente aplicable al caso por razones obvias.

Por otro lado, resultando ser la doctrina sobre la congruencia en las resoluciones judiciales perfectamente aplicable a las resoluciones dictadas en el ámbito administrativo, con las necesarias matizaciones, debe recordarse que la incongruencia omisiva o *ex silentio*, se produce cuando el órgano deja sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio como una desestimación tácita cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución, y sin que sea necesaria, para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen por las partes como fundamento de su pretensión, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales. En tal sentido se ha señalado por el Tribunal Constitucional en sentencia 100/2004, de 2 de junio (RTC 2004/100) "la necesidad de distinguir entre las que son meras alegaciones o argumentaciones aportadas por las partes en defensa de sus pretensiones y estas últimas en sí mismas consideradas, pues si con respecto a las primeras puede no ser necesaria una respuesta explícita y pormenorizada de todas ellas y, además, la eventual lesión del derecho fundamental deberá enfocarse desde el prisma del derecho a la motivación de toda resolución judicial, respecto de las segundas la exigencia de respuesta congruente se muestra con todo rigor siempre y cuando la pretensión omitida haya sido llevada al juicio en el momento procesal oportuno." (STC 44/2008, de 10 de marzo (RTC 2008, 44), FJ2)".

En el caso enjuiciado, de acuerdo con lo que argumenta la recurrente, se aprecia la concurrencia del vicio imputado, pues no dá respuesta a una de las cuestiones básicas planteadas en la reclamación, cual es la procedencia o nó de incluir en el activo hereditario el importe de los saldos de cuentas

corrientes en las que figuraba su madre como titular indistinta, de tal manera que procedería decretar la nulidad de la resolución del TEARA para que se pronunciase sobre el particular, ya que tal omisión es susceptible de causar indefensión a la reclamante, al no conocer las razones que habrían justificado el pronunciamiento desestimatorio de su reclamación, obligándole a efectuar elucubraciones sobre ellas a la hora de interponer el recurso jurisdiccional, con el riesgo de omitir la necesaria argumentación en su defensa.

No obstante lo dicho y visto que la cuestión planteada ha sido abordada por la recurrente en su demanda con toda la amplitud necesaria para eliminar el riesgo de indefensión aludido y habiendo articulado toda la prueba que ha estimado oportuna, en atención al principio de economía procesal se hace desaconsejable una retroacción de actuaciones, por lo que abordaremos su análisis, para evitar más dilaciones.

Como señala la sentencia de del TSJ de Asturias de 25 de mayo de 2015 (EDJ 2015/85013) respecto a las situaciones de cotitularidad de depósitos bancarios y cuyas consideraciones compartimos " si bien debe presumirse la propiedad en virtud de la titularidad, se trata de una presunción " iuris tantum ", y que el Tribunal Supremo (por todas la sentencia de 25 de febrero de 2004 y los en ella citados) viene manteniendo "que la cuenta corriente bancaria expresa una disponibilidad de fondos a favor de los titulares de la misma contra el Banco que las retiene, no pudiendo aceptarse el criterio de que el dinero depositado en tales cuentas indistintas pase a ser propiedad de la recurrente, por el solo hecho de figurar como titular indistinto, porque en el contrato de depósito, la relación jurídica se establece entre el depositante, dueño de la cosa depositada y el depositario que la recibe, no modificándose la situación legal de aquél, en cuanto a lo depositado, por la designación de persona o personas que lo puedan retirar.

Tales depósitos indistintos no suponen por ello comunidad de dominio sobre los objetos depositados, debiendo estarse a cuando dispongan los Tribunales sobre su propiedad. Por ello, el mero hecho de apertura de una cuenta corriente bancaria, en forma indistinta, a nombre de dos o más personas, lo único que significa " prima facie ", es que cualquiera de los titulares tendrá frente al Banco depositario, facultades dispositivas del saldo que arroja la cuenta, pero no determina por sí solo la existencia de un condominio que vendrá determinado únicamente por las relaciones internas y, más concretamente, por la propiedad originaria de los fondos de que se nutre dicha cuenta".

Desde esta perspectiva, es la prueba de la titularidad la decisiva para resolver la cuestión planteada, debiendo recordarse que en aplicación del artículo 105 de la Ley General Tributaria corresponde al recurrente probar los hechos en los que cabe fundar el derecho que quiere le sea reconocido. Y así lo ha reconocido reiteradamente el Tribunal Supremo, entre otras, en Sentencia de 9 de abril de 2015 (RCUD 2446/13) donde nos recuerda que "...la doctrina más reciente de esta Sala (Cfr. SSTs de 11 de octubre y 8 de noviembre de 2004 y 5 de febrero de 2007) ha señalado que, en relación con la carga de la prueba en el Derecho tributario, se han sostenido dos criterios. Uno de ellos es el que propugna el principio inquisitivo, de manera que pesa sobre la Administración la función de acreditar toda la verdad material, incluso aquello que resulte favorable para el obligado tributario. Esta concepción parte de que la Administración, en su labor de aplicar el sistema tributario, no actúa en defensa de un interés propio, sino del general. Y éste no es otro que el conseguir la efectiva realización del deber de contribuir establecido en el artículo 31 de la Constitución. No puede afirmarse con propiedad que existan hechos que favorezcan a la Administración, sino que ésta debe conseguir la efectividad de los principios constitucionales acreditando tanto la realización del hecho imponible como los presupuestos de hecho de eventuales beneficios fiscales. Sin embargo, en nuestro Derecho ha regido y rige la otra concepción que puede denominarse clásica regida por el principio dispositivo y plasmada en el artículo 114 de la LGT/1963 (también en el artículo 105.1 LGT/2003), según la cual cada parte tiene la carga de probar aquellas circunstancias que le favorecen; esto es, la Administración la realización del hecho imponible y de los elementos de cuantificación de la obligación, y el obligado tributario las circunstancias determinantes de los supuestos de no sujeción, exenciones y bonificaciones o beneficios fiscales. Si bien es verdad que nuestra jurisprudencia ha matizado, en ciertas situaciones, el rigor en el principio establecido en el mencionado artículo 114 LGT/1963, desplazando la carga de la prueba hacia la Administración por disponer de los medios necesarios que no están al alcance de los sujetos pasivos (Cfr. SSTs de 25 de septiembre de 1992 y 14 de diciembre de 1999)."

En el presente caso, la recurrente ha aportado una ingente cantidad de movimientos bancarios de las cuentas de su padre (pareja de hecho de su fallecida madre), a través de los cuales se evidencia, a juicio de la Sala, que las cantidades aportadas a los diferentes depósitos bancarios, cuya titularidad se compartió por ambos integrantes de la pareja de hecho a partir del año 2006, lo fueron de forma exclusiva por el padre, sin que conste que la madre hubiera nutrido dichas aportaciones, de tal manera que, de acuerdo con

el criterio jurisprudencial antes expuesto, hay que considerar que la mera posibilidad de disponer de tales depósitos por parte de la causante, hasta el momento de su fallecimiento, no presupone que fuera cotitular de los mismos a los efectos de su inclusión en el acervo hereditario, como ha interpretado la Administración demandada.

En cuanto a la aplicación automática del 3% sobre el caudal hereditario, para fijar el ajuar doméstico, debemos remitirnos a la doctrina jurisprudencial que procede para interpretar el artículo 15 de la LISD, según la sentencia del TS de 19 de mayo de 2020, que, en lo que aquí interesa, ha dicho: "Cabe señalar que la solución al problema jurídico condensado en las preguntas que nos formula el auto de admisión, tanto para formar doctrina de orden general como para resolver el presente recurso de casación, no nos exige por fuerza crear una relación o lista agotadora de bienes que integran la noción de ajuar a efectos del impuesto sucesorio, pero sí una precisión esencial sobre la idea que, más o menos dinámica o evolutiva, debe presidir la interpretación del artículo 15 LISD, que se fundamenta en las siguientes consideraciones:

Ni la LISD incorpora un concepto autónomo de ajuar doméstico ni éste se puede cifrar en un mero porcentaje del caudal relicto. No hay concepto autónomo porque la Ley del impuesto, que podría hacerlo, no ha definido, acotado, incluido o excluido bienes o clases de bienes para configurar, a los efectos de su regulación, qué sea ajuar doméstico. Al contrario, parte de una noción legal preexistente, que debe completarse con la usual y jurídica del ajuar doméstico. Como, por lo demás, es práctica común en las leyes fiscales que de forma expresa o implícitamente incorporan conceptos, instituciones o reglas de aplicación incluidas en otras leyes fiscales o no fiscales.

El ajuar doméstico no puede sustraerse de una concepción ya centenaria, vinculada a los bienes que componen o dan servicio a la vivienda familiar (artículo 1321 C.C.) o, en una significación más amplia, a los que sirven de uso particular del sujeto pasivo (artículo 4, Cuatro, LIP).

En todo caso, ambas normas excluyen netamente de su ámbito de regulación algunos bienes -o categorías de bienes- cuando estando a priori dentro del concepto objetivo, poseen un extraordinario valor material, lo que se presume iuris et de iure en ciertas clases de bienes o en los que superen determinado valor económico (el propio artículo 1321 C.c. y los artículos 18 y 19 LIP).

Para determinar la composición del ajuar doméstico debemos atender a la realidad social del tiempo en que han de aplicarse las normas pertinentes

(artículo 3 C.C), pues tal perspectiva, dado el carácter dinámico y evolutivo de los usos sociales, podría incluir o excluir de su ámbito determinados bienes.

Aun cuando el concepto positivo del ajuar doméstico, en su composición, pueda ser problemático -porque su integración no depende tanto de la naturaleza de la cosa misma como de su valor y de su aptitud concreta para la satisfacción de las necesidades o usos de las personas-, el concepto negativo no resulta de tan dificultosa obtención, pues hay bienes o derechos que, claramente, con toda evidencia, quedarían fuera, en cualquier caso, de la esfera de afectación a la utilización de la vivienda familiar o del uso personal.

En particular, están extra muros del concepto los bienes inmuebles, los bienes susceptibles de producir renta, en los términos ya precisados por nuestra jurisprudencia; los afectos a actividades profesionales o económicas; y, en particular, el dinero, los títulos-valores y los valores mobiliarios, que ninguna vinculación podrían tener, como cosas u objetos materiales, con las funciones esenciales de la vida o con el desarrollo de la personalidad.

Tal exégesis del precepto llamado a ser interpretado jurisprudencialmente es la única que permite articular, con toda su amplitud, la posibilidad, el derecho de probar, en sede administrativa y judicial, que la presunción legal *iuris tantum* del 3 por 100 que establece el artículo 15 LISD no rige en el caso de que se trate, bien por no existir bienes que integren el ajuar doméstico, bien porque, habiéndolos, su valor no supera el 3 por 100.

La propia Administración se hace eco del concepto sustantivo o material del ajuar doméstico en su respuesta a la consulta vinculante de la Dirección General de Tributos, nº V0832-17, de 4 de abril de 2017, que contesta sobre el contenido del ajuar a efectos del Impuesto sobre sucesiones, cuya valoración remite al Impuesto sobre el Patrimonio, dado que, según el consultante, de la regulación de este último puede deducirse que el concepto de ajuar se refiere a bienes muebles (objetos y utensilios de uso y disfrute personal, improductivos -no generadores de rendimientos-) y necesarios en el ámbito del hogar, y por existir dudas razonables sobre la consideración de algunos bienes que se liquidan, consulta si algunos de los bienes siguientes tienen la consideración de elementos integrantes del ajuar doméstico: 1. Participaciones en acciones de sociedades;

2. Activos financieros (participaciones en entidades financieras); 3. Explotaciones de acuicultura (criaderos de mejillón); 4. Embarcación

auxiliar de servicio a la explotación de acuicultura; 5. Vehículo turismo; 6. Fincas rústicas de labrado; 7. Locales comerciales.

Pues bien, dicho órgano directivo contesta lo siguiente, en lo que aquí interesa:"[...]

CONCLUSIONES:

Primera: A efectos del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, el ajuar doméstico está integrado por los efectos personales y del hogar, utensilios domésticos y demás bienes muebles de uso particular del sujeto pasivo, excepto los bienes a los que se refieren los artículos 18 y 19 de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio.

Segunda: El ajuar doméstico formará parte de la masa hereditaria y, en principio, se valorará en el tres por ciento del importe del caudal relicto del causante. No obstante, los interesados pueden asignar al ajuar un valor superior, en cuyo caso prevalecerá este. Ahora bien, la valoración del ajuar en el tres por ciento es una presunción "iuris tantum", por lo que los interesados pueden probar fehacientemente su inexistencia o que su valor es inferior al que resulte de la aplicación del referido porcentaje".

Es cierto que, como hemos dicho reiteradamente, las resoluciones de la DGT en que se da respuesta a consultas vinculantes despliegan tal efecto únicamente para la Administración, no para los Tribunales de justicia, y en ciertos términos y condiciones. Pero aun siendo ello así, si el criterio adoptado en ellas es favorable o beneficioso para el contribuyente, como aquí sucede, puede constituir un acto propio de opinión jurídica administrativa que, por su procedencia, autoridad y significación legal obliga a la propia Administración a seguir tal criterio frente a los contribuyentes, en favor de éstos.

En conclusión, el concepto de ajuar doméstico, aun no definido taxativamente en la ley fiscal, menos aún enumerado, no puede comprender sin más un porcentaje sobre la totalidad de los bienes de la herencia, sino sólo aquéllos que, conforme a la norma civil y fiscal, sean propiamente ajuar.

No es ya que la norma civil sea supletoria de la tributaria -que no hace al caso-, sino que ésta se debe interpretar en sentido propio, usual o jurídico, y ambos sentidos nos encaminan sin duda a un concepto de ajuar doméstico que debe ser, ante todo, doméstico, cuando menos en un sentido amplio, en relación con los bienes definidos en el artículo 1321 C.C. y en la Ley del

Impuesto sobre el Patrimonio. Ésta sí define, de un modo concordante, qué es el ajuar doméstico -por otra parte, porque debe ser objeto de valoración singularizada-, siendo así que, para su cálculo, el artículo 15 LISD se remite a las reglas del impuesto sobre el patrimonio.

En este recurso de casación, según afirman los herederos, sin que tal afirmación haya sido seriamente discutida, el 99,97 por 100 del valor de la herencia está constituido por acciones de una sociedad mercantil y, por ende, afecto al desarrollo de una actividad económica, que además es inmobiliaria. Siendo ello así, no parece que la voluntad de la ley sea la de incluir tales bienes entre los que conforman el ajuar doméstico, porque si tal criterio se aceptase, la presunción legal que prevé el artículo 15 LISD dejaría de ser *iuris tantum* para ser *iuris et de iure* o indestructible, enervando con ello las posibilidades de prueba que la propia ley ofrece para acreditar en contrario de la presunción legal y consumando un posible efecto de doble cómputo de los mismos activos para la cuantificación de la base imponible.

En conclusión, la doctrina que debemos formar para esclarecer la interpretación procedente del artículo 15 LISD es la siguiente:

- 1.- El ajuar doméstico comprende el conjunto de bienes muebles afectos al servicio de la vivienda familiar o al uso personal del causante, conforme a las descripciones que contiene el artículo 1321 del Código Civil, en relación con el artículo 4, Cuatro de la LIP, interpretados ambos en relación con sus preceptos concordantes, conforme a la realidad social, en un sentido actual.
- 2.- En concreto, no es correcta la idea de que el tres por ciento del caudal relicto que, como presunción legal, establece el mencionado artículo 15 LISD, comprenda la totalidad de los bienes de la herencia, sino sólo aquéllos que puedan afectarse, por su identidad, valor y función, al uso particular o personal del causante, con exclusión de todos los demás.
- 3.- Las acciones y participaciones sociales, por no integrarse, ni aun analógicamente, en tal concepto de ajuar doméstico, por amplio que lo configuremos, no pueden ser tomadas en cuenta a efectos de aplicar la presunción legal del 3 por ciento.
- 4.- El contribuyente puede destruir tal presunción haciendo uso de los medios de prueba admitidos en Derecho, a fin de acreditar, administrativa o judicialmente, que determinados bienes, por no formar parte del ajuar doméstico, no son susceptibles de inclusión en el ámbito del 3 por 100, partiendo de la base de que tal noción sólo incluye los bienes muebles

corporales afectos al uso personal o particular, según el criterio que hemos establecido.

En particular, no está necesitada de prueba la calificación de los bienes por razón de su naturaleza, que la Administración debe excluir. En otras palabras, sobre el dinero, títulos, los activos inmobiliarios u otros bienes incorporeales no se necesita prueba alguna a cargo del contribuyente, pues se trata de bienes que, en ningún caso, podrían integrarse en el concepto jurídico fiscal de ajuar doméstico, al no guardar relación alguna con esta categoría".>>

Aplicando la doctrina jurisprudencial establecida al caso concreto que nos ocupa, debemos concluir en la improcedencia de aplicar el 3% sobre el total del caudal hereditario como ha hecho la Administración demandada, debiendo aceptar como válido el consignado por la recurrente (6.500 euros) en su autoliquidación y ello a pesar de que no se ha aportado documentación alguna (entre la que cabe incluir, a título de ejemplo, un acta notarial de presencia, con el debido detalle, completada con informe pericial de valoración, y la prueba testifical de comerciantes sobre el valor de los bienes que forman parte del ajuar doméstico de la causante, y que se encuentran en el interior de cada una de las viviendas utilizadas por ésta), pues, aun siguiendo el criterio de aplicación automática del 3% sobre el valor de los dos pisos incluidos en el caudal hereditario y aceptado por la Administración (318.856 euros), adjudicados a la recurrente en el 50% de su valor, la cantidad consignada por ésta es superior a la resultante de la que cabría consignar por tal concepto, siguiendo la tesis de la Administración.

En consonancia con lo expuesto el recurso debe ser estimado y anulados los actos impugnados, sin que de conformidad con lo establecido en el art. 139.1 de la Ley de la Jurisdicción, proceda la imposición del pago de las costas a la parte demandada, pues, pese a haberse rechazado sus argumentos, entiende la Sala que el caso planteaba serias dudas de hecho y de derecho, suficientes para justificar tal pronunciamiento.

(St. de 27 de octubre de 2020. Sala de Sevilla. Ponente Lázaro Guil)