

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (*)

XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES

Procedimiento administrativo. Canje de carnet de conducir de un extranjero. Discrepancias sobre la identidad del titular. Prueba: compete al país en que se solicita el canje la valoración.

El acuerdo impugnado deniega el canje de permiso conducir con fundamento en que el nombre y apellidos del titular del permiso de conducir cuyo canje se solicite no coinciden con los del solicitante.

La sentencia apelada estima el recurso con fundamento en que, conforme al procedimiento previsto por el anexo II del canje de notas de 8 de marzo de 2004, las autoridades marroquíes han informado sobre la autenticidad del permiso de conducir presentado por el solicitante para el canje, por lo que conforme a dicho acuerdo procede acceder a lo solicitado por la actora.

La apelante funda su recurso en que no hay justificación alguna de la divergencia de nombre. Así, dice la única justificación es un certificado administrativo sin legalización y traducido por un traductor marroquí, sin que conste la competencia de la autoridad marroquí para certificar de la coincidencia de dos nombres distintos.

Y es cierto que hemos dicho en sentencias anteriores que la falta de legalización del documento del funcionario del Registro Civil de Fnidaq le priva del valor probatorio de un documento público; pero no le priva de todo valor probatorio. El documento tiene un valor probatorio limitado pero puede cobrar valor en relación con el resto de los hechos y documentos. Sin embargo la cuestión habrá de resolverse a la vista de esos otros hechos probados.

En nuestro caso son hechos que nadie discute y que constan en el expediente los siguientes: 1º Como consta por certificación del Registro Civil de Ceuta aportada al expediente, la actora nació el 24 de febrero de 1951, en cuya inscripción se hace constar como nombre el de Sohora, como primer apellido Amar y como segundo el de Mohamed, en la inscripción se hace constar como identidad del padre la de Amar B. Mohamed B. Alí y la de la madre, la de Fatob B. Hamed El Hach; 2º La actora presenta permiso de conducir marroquí en cuyo dorso, no completo en su fotocopia, como da-

(*) Subsección preparada por JOSÉ LUIS RIVERO YSERN.

tos de identificación se hace constar que se certifica de Zohra, nacida sin especificar fecha, en 1955; 3º Con dichos documento se presenta la que se dice traducción de un documento del Registro Civil de Fnideq, sin que aparezca el documento mismo, en la que, según parece, el funcionario del Registro Civil certifica que la aquí actora es la misma persona que, en acta de nacimiento del Registro Civil, se identifica como Sohar Benotman, hija de Amar y de Fatoch, nacida en Ceuta en 1955.

Así los hechos, es cierto, como hemos dicho en sentencias anteriores, la existencia de una divergencia entre los nombres consignados en el permiso de conducir y en el DNI de la actora, en el que se consignan los datos que figuran en el Registro Civil, no es óbice por sí mismo para negar a identidad, ya que, dadas las dificultades de la transcripción fonética del nombre y las diferencias de normas para la fijación de nombres y apellidos, la identidad puede concluirse del conjunto de las pruebas. Pero, en nuestro caso, aunque la diferencia puede explicarse por las desviaciones de esa transcripción fonética, el conjunto de las pruebas no nos permiten apreciar la identidad. Y ello porque no aparece por ninguna parte el documento supuestamente traducido y, fundamentalmente, porque nada explica la radical diferencia en la fecha de nacimiento y en el apellido. Por todo ello, sin perjuicio de que se haya seguido el procedimiento previsto por el canje de notas, es llano que corresponde al país en el que se solicita el canje del permiso comprobar que el solicitante del canje y el titular del permiso de conducir del otro país son la misma persona. Y, comoquiera que de esa comprobación no resulta la identidad, la denegación del canje no contradice los términos del convenio.

(St. de 20 de noviembre de 2007. Sala de Sevilla. Se transcribe completa. Ponente Vázquez García)

XII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

Retasación de indemnizaciones por ocupación temporal. Cómputo. Valor del bien en el momento de la retasación; privación del derecho a edificar inexistente.

Se articula el presente proceso frente a la denegación por silencio administrativa de la solicitud de retasación formulada por la entidad Andalus S.A. a la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Sevilla respecto de la ocupación temporal de la finca sita en C/ Alfarería 39-41 durante el periodo comprendido entre el 13 de octubre de 1988 y el 12 de octubre de 1991, solicitando una indemnización de 928.127,16 euros, más el 5% de premio de afección e intereses legales.

Para la adecuada resolución de la cuestión planteada en el recurso es preciso partir de los siguientes hechos:

1) Acordada por el Pleno del Ayuntamiento de Sevilla en sesión celebrada el 28 de septiembre de 1988 la ocupación temporal de la finca sita en C/ Alfarería n° 39-41 para la instalación provisional de un mercado municipal, el justiprecio fue fijado por acuerdo del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa de fecha 7 de febrero de 1994, confirmado en reposición por el de 24 de octubre de 1994 y por sentencia firme de este Tribunal de fecha 5 de febrero de 1999 en la cantidad de 1.642,354 de las antiguas pesetas por año de ocupación, señalándose como criterio de valoración del de la renta actualizada a abonar por el alquiler para cine de verano del inmueble ocupado. El pago se efectuó el 26 de octubre de 2000 haciendo constar la demandante expresamente que no renunciaba a la retasación solicitada con anterioridad.

2) Como quiera que la ocupación temporal fue objeto de sucesivas prórrogas, se procedió a una nueva valoración que fue fijada, tras la impugnación del correspondiente acuerdo del Jurado de Expropiación, por sentencia de esta Sala-Sección 23, de fecha 7 de enero de 2004 y donde expresamente se hace mención a dos aspectos relevantes: a) la exclusión en la valoración de las anualidades comprendidas entre octubre de 1988 y octubre de 1991 al existir respecto de las misma pronunciamiento firme en la sentencia de 5 de febrero de 1999 y b) que el justiprecio a fijar asciende a 959,062,24 euros por la ocupación temporal de la finca desde el 13 de octubre de 1991 a 31 de diciembre de 1997 dada la declaración judicial de nulidad de las prórrogas posteriores a dicha fecha con la obligación de devolver el inmueble a su titular dominical.

3) Con fecha 19 de febrero de 1999 se solicitó por la actora la retasación por caducidad del justiprecio correspondiente a la ocupación temporal del inmueble antes referido durante el trienio que comprende octubre de 1988 a octubre de 1991. Esta petición se reitera el 30 de noviembre de 1999 y ante el silencio de la Administración se presentó escrito el 29 de septiembre de 2000 conteniendo la correspondiente hoja de aprecio, sin que haya existido posibilidad de pronunciamiento por el Jurado de Expropiación ante la pasividad de la Administración municipal.

Reconoce la Gerencia de Urbanismo que procede la retasación dado el transcurso del plazo de dos años a que se refiere el arto 58 LEF sin que se hubiera procedido al pago de la cantidad fijada como justo precio. Por otro lado también existe conformidad que la nueva valoración debe ir referida a la ocupación temporal del inmueble sito en la C/ Alfarería n° 39-41 durante el periodo comprendido entre el 13 de octubre de 1988 y el 12 de octubre de 1991 puesto que respecto a las ocupaciones temporales posteriores que tuvieron lugar hasta diciembre de 1997 su justiprecio ha sido fijado por la sentencia de 7 de enero de 2004,

Así las cosas, la única cuestión a resolver es la de determinación del nuevo justiprecio y que en conclusiones la actora fija, siguiendo el dictamen pericial resultado de la prueba practicada en el proceso y la sentencia de 7 de enero de 2004, en la cantidad 928.127,16 euros, desglosados en 653,043,55

euros por la privación del valor real de la finca y 275.083,61 euros por demora en el desarrollo de la promoción inmobiliaria imposibilitado por la ocupación, a lo que añade el 5% como premio de afección e intereses legales.

Por su parte la Gerencia, partiendo de que la fecha a la que hay que referir el justiprecio es la de la solicitud de retasación (19 de febrero de 1999) y que el objeto de la retasación ya quedó fijado por el confirmado acuerdo del Jurado de Expropiación de 7 de febrero de 1994, señalando que sería la pérdida de las rentas que se derivan del contrato de arrendamiento para cine de verano del inmueble ocupado temporalmente, llega a la conclusión de que el nuevo justiprecio sería el de actualización de la valoración inicial conforme al Índice de Precios al Consumo (56,2 %) en tanto que no existen otros datos para proceder a una nueva valoración.

Como ha señalado el T.S. en la sentencia, entre otras, de 3 de mayo de 2004: *“La retasación tiene su razón de ser en la caducidad de los justiprecios expropiatorios que los priva de eficacia por el simple transcurso de los plazos legales sin haberse hecho efectivo al expropiado su importe o consignado el mismo, de forma que lo que surge es la necesidad de una nueva valoración de los bienes referidos a la fecha en que se ha pretendido la retasación acompañando la nueva hoja de aprecio.*

En este sentido ha mantenido la jurisprudencia, respecto a la figura de la retasación, entre otras, en la sentencia de veintiocho de febrero de mil novecientos noventa y cinco que ha de estarse a la realidad valorativa en la fecha que se lleve a cabo la misma, debiendo examinarse todos los factores que concurren en ese momento, habiéndose de contemplar las variaciones cualitativas que influyeron en su día en la fijación de aquel justiprecio, tales como la situación topográfica, destino agrícola o urbanístico y posibilidades de edificación que tengan en la fecha de los terrenos expropiados, según la normativa urbanística vigente en este momento”.

Siguiendo lo indicado por el Tribunal Supremo en cuanto que hay que estarse a la realidad valorativa del bien expropiado a la fecha en que se lleve a cabo la retasación, examinando los factores concurrentes en ese momento, no puede obviarse que este Tribunal, en la tantas veces citada sentencia de 7 de enero de 2004 precisamente fija el justiprecio por las prórrogas sucesivas de la ocupación temporal del inmueble hasta diciembre de 1997, pues a partir del año 1998 la prórroga fue anulada con la consiguiente recuperación del inmueble por la propietaria. De este modo, y aunque nada se nos dice ni por la demandante ni por la Gerencia de Urbanismo, debemos suponer que a la fecha de solicitud de retasación (19 de febrero de 1999) ya no existía ocupación temporal del inmueble, disponiendo la sociedad actora del pleno dominio del mismo y haciendo efectivas las posibilidades edificatorias que el planeamiento urbanístico en vigor le concedía. No es por tanto la imposibilidad de edificar criterio valorativo que pueda acogerse, pues la misma no existía a la fecha de solicitud de retasación, ni tampoco lo es el de existencia de esa imposibilidad hasta entonces por cuanto ese periodo de tiempo, comprendido entre el 13 de octubre de 1991 y el 31 de diciembre de 1997 ya ha sido valorado en la sentencia de 7 de febre-

ro de 2004. De aquí que el de actualización conforme al IPC del justiprecio inicial, propuesto por la Gerencia de Urbanismo, con el abono de intereses desde la solicitud de retasación hasta el pago del nuevo justiprecio, sea criterio de valoración que aceptamos a falta de algún otro que permitiera la revisión del valor de una ocupación temporal que, en realidad, al momento de solicitar la retasación ya no existía y sin que quepa incluir premio de afección.

(St. de 14 de noviembre de 2007. Sala de Sevilla. Se transcribe completa. Ponente Vázquez García)

XIV. HACIENDA PÚBLICA

Reclamación económico administrativa. IVA: Naturaleza jurídica de un contrato de explotación ganadera con cláusulas de derechos de arrendamiento de servicios.

Según resulta del escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo, se impugna en el presente proceso el acuerdo del Tribunal Económico Administrativo Regional de Andalucía de fecha 29 de junio de 2004 que desestima la reclamación n° 21-01269-2002 formulada contra liquidaciones derivadas de Actas de Disconformidad de Módulos practicadas por la Delegación de Huelva de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, por el concepto IV A, ejercicios 1998, 1999 y 2000, por 8.921,36 euros, 8.079,10 euros y 5.104,58 euros, respectivamente.

La cuestión controvertida, en orden al examen de la legalidad de las liquidaciones impugnadas, se centra en la determinación de la naturaleza ganadera de los actores con la consiguiente repercusión en orden a la elección del módulo de aplicación y, en concreto en precisar si nos encontramos ante una actividad de ganadería independiente, como sostienen los recurrentes, o de una actividad de servicio de cría, guarda y engorde de ganada, como afirma la Administración Tributaria.

En relación a un contrato celebrado entre la Compañía Sada, con la que también contratan los actores, y un tercero, pero con idéntico contenido del que constituye objeto de controversia en este recurso, esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse respecto de la naturaleza de la actividad pactada en la sentencia de fecha 31 de marzo de 2006 (recurso n° 1432/2004). Decíamos allí que: “En concreto se cuestiona la naturaleza del contrato celebrado entre el actor y la compañía SADA, según el cual el actor compraba gallinas de puesta y pienso a SADA, mantenía las aves en sus instalaciones, donde recibía asistencia veterinaria de SADA, y vendía los huevos incubables a SADA. Según la Inspección, la verdadera naturaleza del contrato es de prestación de servicios de cría de ganado para SADA, por lo que, con-

forme al artículo 25 de la anterior LGT, entiende que éste es el contrato re-alizado, mientras que el actor sostiene que es ganadero independiente por cuanto son de su parte los riesgos inherentes a la actividad.

Para resolver habrá que examinar los términos del contrato cuyo documento figura en el expediente. Del documento resulta lo siguiente:

1) El avicultor llevará a cabo en granja de su propiedad un ciclo productivo de gallinas reproductoras para la producción y comercialización de huevos incubables, para lo que cuenta con personal, conocimiento medios e instalaciones. SADA está interesada en la adquisición de huevos para la producción de pollitos.

2) El avicultor se obliga a suministrar a SADA con carácter exclusivo el huevo incubable producido por aquella durante un ciclo completo de gallinas reproductora pesadas de acuerdo con los términos del contrato.

3) La producción de huevo incubable se llevará a cabo por el avicultor con personal, conocimientos especializados, instalaciones y medios técnicos propios, sin perjuicio de la asistencia veterinaria de SADA

4) El avicultor se obliga a adquirir de SADA lote de aves/gallinas reproductoras compuesto de 14.400 hembras aproximadamente y el número o porcentajes de machos que SADA considere conveniente y pertenecientes a la estirpe que ésta designe,

5) El pienso necesario para la alimentación de las aves será adquirido por el avicultor de SADA al precio de 31,50 pts./Kg.

6) El avicultor se obliga a mantener en todo momento las instalaciones en buen estado de uso, higiene y salubridad, cumpliendo las reglamentaciones técnico sanitarias, autorizando la entrada de personal de SADA para la supervisión de dichas instalaciones; y debe poner en conocimiento de SADA las circunstancias o anomalías que puedan afectar a las aves y al suministro de huevos.

7) SADA se obliga a prestar asistencia técnica veterinaria, suministrará los medicamentos y vacunas oportunos e indicará la posología correspondiente en cada caso, obligándose el avicultor a cumplir las indicaciones veterinarias así como a facilitar la obtención de muestras de pienso, agua, sangre o cualquier otra que se considere necesaria en orden al control y seguimiento de la calidad del huevo incubable.

8) A todos los efectos el avicultor actúa como empresario autónomo sin que, en ningún caso, pueda entenderse que existe una relación laboral.

9) La retirada de huevos se efectuará por SADA con una periodicidad mínima de dos o tres veces por semana, obligándose el avicultor a entregar los huevos debidamente envasados, En la planta de SADA se llevará a cabo la su clasificación y se seleccionarán los aptos para la incubación. Los huevos rechazados podrán ser retirados por el avicultor, que, en caso de no ser retirados se pagarán al precio de venta que se obtenga por la docena.

10) Mensualmente el avicultor expedirá en la que figurará como precio de venta del huevo incubable la cantidad de 19'38 ptas/unidad, Sin perjuicio de lo anterior se fija como precio base del huevo incubable suministrado en

ejecución del presente contrato la cantidad resultante de multiplicar 385 gramos de pienso por el precio medio de mercado.

11) El contrato tendrá la duración de la vida útil de un lote de gallinas, prorrogable por camadas.

12) El avicultor percibirá la prima de fertilidad que se indica si al finalizar la incubación el porcentaje de fertilidad alcanza los porcentajes que allí se dicen. Además el avicultor venderá a SADA todo el “desvieje” de su explotación a razón de 50 pesetas/kg los machos y 75 las hembras. Si el precio medio de venta es superior a 75 pesetas la diferencia será para SADA y, si es superior a 100, el exceso se repartirá al 50%.

Ciertamente se trata de un contrato en el que se reparten los riesgos de manera que el titular de la instalación se cubre de las oscilaciones y diferencias de precios entre piensos y producto final; pero eso, por sí solo, no determina la naturaleza del contrato.

Para entender el fenómeno hay que atender al desarrollo de la ganadería intensiva, con un sistema industrializado de producción que tiene su embrión en las fábricas de piensos compuestos. Esto supone una producción masiva de aves con crisis periódicas de sobreproducción que hace estragos en las explotaciones. Por otra parte las empresas productoras de piensos deben asegurarse la venta y cobro de su producto. Por ello, en interés de las dos partes, surgen diversas modalidades contractuales en las que se reparten los riesgos, el fabricante asegura la venta de piensos, asesora al ganadero, se encarga de la comercialización del producto final y cubre al ganadero en mayor o menor medida de las crisis de mercado. Existen distintas modalidades de contratos con distinta cobertura de riesgo, desde aquella en la que el ganadero no soporta riesgos y se asegura una renta como prestador de servicio para una integradora (integración vertical) a aquellas otras en las el ganadero asume mayor riesgo y sigue siendo productor de bienes.

Lo que caracteriza esa relación entre integrado e integradora, en una propia integración vertical, es que la empresa integradora asume las siguientes obligaciones:

- 1) Facilitar los animales con las debidas garantías sanitarias y genéticas.
- 2) Facilitar el pienso y los medicamentos en buenas condiciones, así como el asesoramiento técnico y los medios necesarios para que la explotación sea lo más productiva posible.
- 3) Indemnizar al granjero de las bajas que se deban a mala calidad genética de los animales o al pienso.
- 4) Abonar los gastos de calefacción.
- 5) Conservar los intervalos pertinentes entre los distintos engordes, indemnizando si hay periodos de espera.
- 6) Compensar al ganadero si el número de animales facilitados no alcanza el mínimo contratado.
- 7) Compensar al granjero en caso de epizootias u otros riesgos, de forma que se asegure la renta salarial en todo tiempo.
- 8) Facilitar el transporte hasta y desde la granja.

9) Remunerar la producción.

10) Liquidar la operación dentro del plazo contratado.

En un propio contrato de integración vertical, el ganado no se desliga de la empresa integradora, quien, en su caso y en virtud de los pactos entre las partes, se beneficia de las ayudas y de las compensaciones por sacrificio de animales, como así lo ha estudiado la propia Dirección General de los Tributos en consultas 2302/2001, de 21 de diciembre, 1787/2003, de 31 de octubre, y 681/2004, de 18 de marzo.

Pero éste, como hemos visto, no es nuestro caso, ya que el granjero asume los riesgos propios de mortandad y es quien, en su caso, percibe las ayudas. Soporta pues un riesgo que nunca puede ser el de un mero prestador de servicios para otro, sino el de un propio productor de bienes, aunque, por las razones a las que venimos aludiendo a lo largo de este ya largo fundamento, en interés mutuo, exista un cierto reparto de riesgos y de supervisión empresarial, que, sin embargo, no desvirtúa la naturaleza de la relación contractual. En consecuencia, no podemos decir que estemos ante un supuesto de simulación, en el que la verdadera naturaleza del contrato, encubierta por el aparente, sea la de un contrato de prestación de servicios, y ello, aunque puedan existir pactos dirigidos a cubrir de riesgos al granjero y asegurar la venta a precios ligados al del pienso así como la comercialización del desvieje a cambio de una cesión de su poder empresarial.

Y esto no queda desvirtuado por las definiciones del artículo tercero de la Ley 8/2003, ya que ésta es una Ley de sanidad animal, cuya única finalidad es la de precisar las obligaciones de los que intervienen en la producción ganadera, sus responsabilidades y la actuación administrativa al respecto, por tanto caracteriza la relación a los solos efectos de la aplicación de dicha norma sanitaria sin definir propiamente la naturaleza jurídica de la relación entre las partes, lo que no es propio de una regulación administrativa de esta naturaleza.”

De aquí que debamos anular las liquidaciones impugnadas (sin perjuicio de que obviamente idéntica consecuencia devendrá respecto de las sanciones impuestas, aunque las mismas no han sido objeto de impugnación en este proceso) y ello sin perjuicio de la practica, en su caso, de otras liquidaciones donde se tome en consideración lo declarado en esta sentencia.

(St. de 10 de octubre de 2007. Sala de Sevilla. Se transcribe completa. Ponente Vázquez García)

XVIII. PERSONAL

Personal militar. Sueldo a percibir del funcionario militar en prácticas cuando proviene de un compromiso de afiliación voluntaria,

Se impugna en el presente proceso la resolución del Jefe de la División de Personal de la Dirección General de la Policía de 1 de junio de 2005, por la que se desestima la solicitud del recurrente de poder ejercitar el derecho a optar por percibir las retribuciones correspondientes a la condición de Militar Profesional de Tropa y Marinería durante el tiempo en que estuvo en el Centro de Formación de la Dirección General de la Policía en Ávila, al amparo de lo dispuesto en el Real Decreto 213/2003, de 21 de febrero, que modifica el Real Decreto 456/1986, de 10 de febrero, por el que se fijan las retribuciones de los funcionarios en prácticas.

Siendo el actor Militar Profesional de Tropa y Marinería, en el Ejército de Tierra, la superación de la fase de oposición para el ingreso en el Cuerpo Nacional de Policía, determinó su ingreso como funcionarios en prácticas en el Centro de Formación y Perfeccionamiento de la Dirección General de la Policía en Ávila.

Con invocación de la consagración constitucional del principio de igualdad en el art. 14 de nuestra Carta Magna, el demandante considera que, no obstante la dicción literal del arto 148.3.g) de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen de Personal de las Fuerzas Armadas al que tacha de inconstitucional, y al igual que cualquier otro funcionario, le asiste el derecho a accogerse, en el percibo de sus retribuciones, a la opción regulada en el arto 2.º prf. 1 del Real Decreto 456/86, de 10 de febrero, y que estas sean las correspondientes al puesto que como personal militar tuvo hasta el momento de su nombramiento como funcionario en prácticas.

Dispone la norma invocada por el demandante que los funcionarios en prácticas que ya estén prestando servicios remunerados en la Administración como funcionarios de carrera o interinos o como personal laboral deberán optar al comienzo del periodo de prácticas o del curso selectivo por percibir, con cargo al Departamento ministerial u organismo público al que estén adscritos los puestos de trabajo de origen, las retribuciones correspondientes al puesto que estén desempeñando hasta el momento de su nombramiento como funcionarios en prácticas, además de los trienios que tuvieran reconocidos.

De esta forma al que ya es funcionario se le otorga la posibilidad de elegir entre las retribuciones que haya percibido hasta el momento en que accede a la realización del periodo de prácticas para ingreso en un nuevo Cuerpo de la Administración Pública o las propias de funcionario en prácticas del Cuerpo al que se supone que accederá tras la superación del curso correspondiente. La incompatibilidad para el percibo de ambas retribuciones es la causa determinante de la concesión del derecho de opción. Pero, obviamente, presupuesto de tal opción es que efectivamente exista la posibilidad de que las retribuciones a percibir sean las propias de una u otra situación, la del funcionario que se es y continúa siendo y la del funcionario en prácticas. Precisamente esta dualidad en la que falla en quienes como el recurrente establecen una relación con la Administración mediante la firma del compromiso de ser Militar Profesional de Tropa y Marinería. La situación

jurídica que se crea con la firma de dicho compromiso no es equiparable a la de funcionario público que a través de los normalizados procesos de selección accede a algunos de los Cuerpos o Escalas de la Administración Pública. Por eso el artº 148 de la Ley 17/1999 señala que el compromiso contraído por el militar de complemento o por el militar profesional de tropa y marinería que mantiene una relación de servicios de carácter temporal, se resolverá, entre otros supuestos, con el ingreso en Cuerpos o Escalas de funcionarios de cualquiera de las Administraciones Públicas, teniendo a estos efectos la misma consideración el nombramiento como funcionario en prácticas. La temporalidad en la relación de servicios que el compromiso adquirido implica determina a su vez que el mismo se entienda finalizado cuando el militar es nombrado funcionario, incluso en prácticas. La forma especial de vinculación con la Administración Militar que supone la firma del compromiso justifica el que se entienda finalizado en el supuesto a que nos referimos y de antemano era conocido por el recurrente.

De lo expuesto se deduce entonces que no existe la posibilidad de que el recurrente perciba las retribuciones propias de su condición de militar profesional o la de funcionario en prácticas del Cuerpo Nacional de Policía, por la sencilla razón que, desde que adquiere esta última condición, automáticamente pierde la de militar profesional. No hay por tanto opción a ejercitar. Las retribuciones con derecho a percibir son única y exclusivamente las de funcionario en prácticas. Lo que sería un sofisma es pensar que quién ya no es militar profesional pudiera percibir las retribuciones propias de tal condición por el sólo hecho de que es funcionario en prácticas en otro Cuerpo de la Administración.

(St. de 6 de noviembre de 2007. Sala de Sevilla. Se transcribe completa. Ponente Vázquez García)

XX. RESPONSABILIDAD

Responsabilidad sanitaria. Inexistencia por traslado en ambulancia y no en helicóptero no disponible.

No discute el apelante el hecho de que estando su esposo ingresado en el Hospital de Puerto Real en la Unidad de Cuidados Críticos y Urgencias al padecer un cuadro de disnea con parada cardiorrespiratoria avanzada, el tratamiento a seguir fuera el de un trasplante de corazón como única solución posible. Si bien en un principio la apelante calificó el traslado al Hospital Reina Sofía de Córdoba para poder efectuar el trasplante como tardío, para luego considerarlo precipitado e incluso hacer una insinuación de que podría resultar innecesario, con evidente contradicción, lo cierto es que su pretensión indemnizatoria la fundamenta ahora en la falta de condicio-

nes idóneas para el traslado en ambulancia (UCI móvil) ya que este debió efectuarse en helicóptero, falta de constancia de aceptación del enfermo en el hospital de destino y ausencia de personal médico adecuado con el consiguiente sufrimiento innecesario de quien finalmente falleció en el camino al centro hospitalario.

El propio contenido del expediente administrativo desmonta los argumentos de la apelante. No es cierto que no constara la aceptación del paciente por parte del Hospital Reina Sofía cuando el informe de alta de fecha 7 de abril de 1995 del Hospital de Puerto Real refleja como éste es aceptado por el médico de guardia de la UCI del Hospital cordobés, y ello al margen de que tal y como sucedieron los hechos, con el fallecimiento del esposo de la apelante durante el traslado, no se advierte por qué este hecho, de ser real, hubiera determinado la existencia de responsabilidad patrimonial. Además, exigir la existencia de un órgano para el trasplante antes de efectuar el traslado es desconocer por completo el modo de actuación ante este tipo de intervenciones donde el paciente es el que espera la llegada del órgano para llevar a cabo el trasplante y no a la inversa.

En lo que se refiere a las condiciones del traslado, éste se efectúa en ambulancia, en concreto en UCI móvil, no sólo porque en la fecha en que tiene lugar no existía dotación de helicópteros para llevarlo a cabo, sino porque, además, éste es el medio adecuado cuando el riesgo de complicaciones obliga a la detención del vehículo de transporte para realizar una posible reanimación, En ningún caso existe dato alguno que acredite que la dotación de la ambulancia no fuera la adecuada o que ésta no realizara adecuadamente las tareas de asistencia al paciente que, desgraciadamente, resultaron inútiles para evitar la muerte del enfermo, siendo de todo punto irrelevante el que la ambulancia perteneciera a una empresa privada, en la actualidad sin actividad.

En definitiva, no se aprecia que con el traslado del enfermo hubiera existido actuación alguna que, como pretende la apelante, aumentara innecesariamente el sufrimiento del paciente sino, por el contrario, un intento de salvar su vida utilizando adecuadamente los medios disponibles, razón por la cual la responsabilidad patrimonial cuya declaración se insta resulta improcedente.

(St. de 18 de diciembre de 2007. Sala de Sevilla. Se transcribe completa Ponente Vázquez García)

XX. RESPONSABILIDAD

Procede por demora en la toma de posesión de unas plazas no adjudicadas inicialmente por error en la baremación corregido finalmente en vía jurisdiccional.

Mediante Orden de 27 de julio de 2000, la Consejería de Justicia y Administración Pública convocó concurso de promoción interna del personal laboral al servicio de la Administración de la Junta de Andalucía, donde participaron las apelantes, solicitando la plaza código 505463, que agrupaba diez puestos de trabajo, dentro de la categoría profesional de Auxiliar de Instituciones Culturales (Grupo IV).

Por Orden de 19 de julio de 2001 se las admitió a participar en el concurso con una puntuación determinada, Disconforme con la misma, y tras la reclamación previa a la vía judicial social, se presentó demanda, inicialmente desestimada pero finalmente estimada por sentencia de la Sala de lo Social de Sevilla de fecha 17 de junio de 2003 que, anulando la resolución definitiva del concurso en cuanto a la adjudicación de las plazas antes citadas, ordena se dicte nueva resolución en la que se adjudiquen dichas plazas a los solicitantes con mejor derecho, pero partiendo de la puntuación que corresponda a los demandantes por la experiencia acreditada.

En ejecución de dicha sentencia, se adjudicó por Orden de 24 de marzo de 2004 a las apelantes tres de los puestos agrupados bajo el código 505463, con efectos administrativos de 1 de octubre de 2001 y económicos desde la fecha de toma de posesión de dichos puestos.

Solicitado el reconocimiento del derecho a ser indemnizadas, como supuesto de responsabilidad patrimonial, por la diferencia salarial dejada de percibir por la no adjudicación de la categoría profesional a que tenían derecho, tal petición es inadmitida y confirmada por la sentencia apelada sobre la base de que las recurrentes no impugnaron la Orden de 24 de marzo de 2004 ante la Sala de lo Social.

Descritos así los hechos y planteada la cuestión, hemos de analizar la obligación de la Administración demandada de indemnizar en base a lo establecido en el art. 106.2 CE, art. 121 LEF y arto 139 y ss, de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, La jurisprudencia ha analizado exhaustivamente estos preceptos y ha consolidado un cuerpo de doctrina abundante y reiterado, que se puede resumir diciendo que para que exista responsabilidad de la Administración, en primer lugar, es necesario que se produzca una lesión o un daño, y que ese perjuicio sea antijurídico, entendido ese hecho en el sentido de que el perjudicado no tenga el deber jurídico de soportarlo. Además, para que la lesión sea resarcible, no basta con que el daño sea antijurídico, sino que es necesario que sea real y efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas, El daño precisa, también, para ser reparable, que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, en una relación directa, inmediata y exclusiva, y que no obedezca a una causa de fuerza mayor. En cuanto a la reparación del daño, el perjudicado viene obligado a acreditar fehacientemente la existencia de los daños y a demostrar con datos exactos la cuantía en que los cifra.

En el presente supuesto, una actuación formal de la Administración, concretada en una errónea valoración de la experiencia de las participantes en

el concurso, con la consiguiente disminución de la puntuación a adjudicar respecto de la que sería procedente, fue el motivo determinante de que, tras acudir a la vía judicial y en restablecimiento de su derecho, se les adjudicara tardíamente las plazas a las que desde el principio tenían derecho, lo que tuvo lugar mediante la Orden de 24 de marzo de 2004, Dicha Orden retrotrae los efectos administrativos del nombramiento a la fecha del 1 de octubre de 2001, pero los económicos a la de toma de posesión en los respectivos puestos.

La circunstancia de que ante la jurisdicción social no se impugnara la Orden de 24 de marzo de 2004, sino que directamente se ejercitara una acción de resarcimiento de daños y perjuicios ante dicha jurisdicción, y que dio lugar a que por el Juzgado de lo Social nº 1 de Cádiz se dictara sentencia de fecha 5 de octubre de 2005 en la que se declaraba que la competencia correspondía al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, no impide que, precisamente siguiendo el contenido del fallo judicial citado, las apelantes articularan una pretensión de responsabilidad patrimonial por anormal funcionamiento de la Administración Pública, Desconocemos, obviamente, si la jurisdicción social, en el supuesto de cuestionarse ante ella la fecha de los efectos económicos a que debe referirse la adjudicación de las plazas obtenidas en el concurso, hubiera dado o denegado la razón a las aquí apelantes o hubiese derivado las cuestión a éste orden jurisdiccional. En cualquier caso, el hecho de no acudir al orden judicial social no puede resultar obstáculo para que, desde el análisis de los requisitos legalmente exigidos para la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración, la cuestión pueda ser examinada precisamente por los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, competente en esta materia con carácter único y general, según el art. 2 g) LJCA.

Sobre la base de lo expuesto se advierte que ha existido una actuación formal de la Administración y errónea al no valorar adecuadamente las participantes en el concurso, Consecuencia de ello, y tras acudir a la jurisdicción social, se produce la adjudicación tardía de las plazas a las concursantes consecuencia del tiempo transcurrido hasta el reconocimiento de su derecho, todo ello debido a la inicial actuación anómala de la Administración. Ello causa un perjuicio económico o daño evaluable económicamente que se corresponde con la diferencia entre las cantidades percibidas por la plaza que ocupaban y aquella que deberían haber ocupado de adjudicárseles desde el inicio una puntuación ajustada a la convocatoria, daño que es imputable al equivocado proceder de la Administración. De aquí que apreciemos la concurrencia de los requisitos antes transcritos para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración y que debe concretarse en las cantidades fijadas en la demanda para cada una de las recurrente al no ser su cuantificación en ningún instante cuestionada y, por ende, implícitamente admitidas.

(St. de 14 de noviembre de 2007. Sala de Sevilla. Se transcribe completa. Ponente Vázquez García)