

Tribunal Supremo y Tribunal Superior de Justicia de Andalucía

Tribunal Supremo¹

I. ACTO ADMINISTRATIVO

Nombramiento en puesto de libre designación por la Mesa del Congreso de los Diputados. Control de la discrecionalidad técnica: teoría general; motivación: alcance: insuficiencia: indefensión. Subsanción en vía de recurso: improcedente. “Reformatio in pejus”: no se produce cuando, como consecuencia de la revisión, el resultado final es igual o mejor, aunque en algunos apartados del baremo empeore la puntuación. Acuerda haber lugar al recurso.

TERCERO.- (...)

debemos dar respuesta a la minoración de 2,125 puntos que, respecto de cursos admitidos en la resolución de primer grado, fue acordada en vía de recurso (a). Considera la recurrente que ello conlleva una vulneración del principio de “reformatio in peius” que contempla el artículo 113.3º de la Ley 30/1992. Para dar respuesta negativa a tal alegación bastará con decir que la resolución de segundo grado administrativo (1) no dio respuesta únicamente a las alegaciones de su recurso, sino que también analizó y valoró la impugnación que la adjudicataria del concurso hizo de la puntuación que en este aspecto concreto había otorgado a la recurrente la resolución de primer grado y ello tras haber garantizado su intervención con la concesión del trámite de audiencia y alegaciones que figuran en las páginas 225 y 233 a 237 de la Parte II del expediente administrativo; y (2) a la vez que redujo la puntuación por cursos de perfeccionamiento en 2,125 puntos, otorgó a la recurrente 3 puntos por el mérito de idiomas, y con ello un incremento global de su puntuación final. Es decir, la administración no hizo de peor condición a la recurrente con motivo de su recurso, que es lo proscrito por el citado precepto legal, sino que ello fue consecuencia de la impugnación que de su puntuación hizo la adjudicataria y en una revisión global de su puntuación.

¹ Subsección preparada por EDUARDO GAMERO CASADO. Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Pablo de Olavide.

CUARTO

.- El primero de los alegatos que ha de ser abordado es el que se refiere a la falta de motivación, vicio que la recurrente reprocha a la actuación administrativa por la labor de calificación como óptima de la adecuación de la adjudicataria del puesto, que determinó una valoración con 16 puntos y que se realizó con base en los informes de adecuación emitidos por la Dirección de Documentación, Bibliotecas y Archivo del Congreso de los Diputados, a la que está adscrita el Departamento de Archivo donde está ubicada la Jefatura de Servicio objeto del proceso de provisión que nos ocupa, añadiendo que no puede ser subsanado en trámite de recurso como se hizo.

(...)

La exigencia de este presupuesto de los actos administrativos se encuentra en el artículo 54 de la Ley 30/1992, concretamente, en su apartado 1.f) para los actos en que exista algún tipo de discrecionalidad, y en su apartado 2 respecto a los procesos selectivos y con los peculiaridades que incorpora -el precepto se remite expresamente a “lo que dispongan las normas que regulen sus convocatorias”-.

Esta exigencia, que constituye la expresión de la causa jurídica tenida en cuenta como base de la medida o resolución adoptada por la Administración, o la expresión de la misma, supone que la validez de la actuación administrativa habrá de ser medida según lo establecido en dichas normas, estando referida esa acreditación de fundamentos a la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento -de provisión, en este caso-, sin que su cumplimiento exija una argumentación extensa, bastando con que sea “racional y suficiente” en atención a la cuestión de que se trate, y contenga una referencia de hechos y fundamentos de derecho, siendo posible que satisfaga este requisito mediante la aceptación de propuestas o informes incorporados al expediente -motivación in aliunde- tal y como admite el artículo 89.5º de la citada norma legal.

Con base en todo lo expuesto estamos en condiciones de afirmar que la resolución de primer grado administrativo, dictada el día 25 de mayo de 2015 por el Secretario General del Congreso de los Diputados -documento 27 de la Parte I del expediente, páginas 648 y 649-, no cumple las exigencias mínimas de motivación que hemos expuesto como admisible para justificar el ejercicio de la llamada discrecionalidad técnica del órgano llamado a resolver los procesos de provisión de puestos de trabajo y ello porque (1) la

única motivación que contiene es la asunción de los informes de adecuación de los Directores respectivos de una y otra Cámara pues aunque el puesto pertenece al Congreso una de las aspirantes desempeñaba funciones en el Senado; (2) esta motivación in aliunde tampoco cumple con esas exigencias porque el informe emitido el día 25 de febrero de 2015 por el Director de Documentación del Congreso sobre la adjudicataria final -página 262 de la Parte I del expediente- no puede considerarse suficientemente motivado pues su falta o insuficiencia está expresamente reconocida en la resolución de segundo grado administrativo -folios 175 a 191 de los autos- cuando dice “la falta de fundamentación de la calificación de óptima otorgada a D^a María Virtudes, se considera subsanada con el informe ampliatorio emitido con fecha 16 de noviembre de 2015 por el citado Director, en el que queda motivada suficientemente dicha calificación”.

Queda por analizar, como se pretende por las partes demandadas en apoyo de la actuación administrativa y de la decisión de segundo grado administrativo, si ese vicio del acto inicial puede ser subsanado en vía de recurso administrativo y en la forma en que se hizo, que lo fue mediante la solicitud de un informe ampliatorio del mérito de adecuación respecto de la Sra. María Virtudes - documento 15 de la Parte II del expediente, página 229- y que fue emitido por el Director de Documentación, Biblioteca y Archivo del Congreso el día 16 de noviembre de 2015 - documento 15 de la Parte II del expediente, página 242 y 243-. Debemos dejar constancia de que igual proceder se realizó respecto de los demás participantes en el concurso.

Y tal proceder no es admisible pues el hecho de que en vía de recurso la administración decidiera recabar informes ampliatorios sobre las razones que fundamenten la calificación de la valoración otorgada a los participantes sobre su adecuación al puesto -página 229 de la Parte II del expediente- representa, simple y llanamente, un intento de salir al paso de la alegación de falta de motivación realizada en su recurso y que realmente concurría, en definitiva, de subsanar un evidente vicio del acto administrativo impugnado y en forma claramente extemporánea e improcedente. Con ello estamos afirmando que cuando en el acuerdo adoptado para solicitar la ampliación del informe se hacía invocación del artículo 82 de la Ley 30/1992 lo que hacía era realmente alterar la función y finalidad revisora del recurso, trámite en el que la administración no puede introducir nuevos elementos que alteren las bases de su inicial decisión, máxime cuando ha podido y debido incorporarlos durante la tramitación del expediente. Esta y no otra es la razón de ser del límite que contempla el párrafo segundo del artículo 112.1 de la Ley 30/1992, relativo a que “no se tendrán en cuenta en la

resolución de los recursos hechos, documentos o alegaciones del recurrente, cuando habiendo podido aportarlos en el trámite de alegaciones no lo haya hecho” y que, aunque previsto para los recurrentes, debe servir como criterio válido para alcanzar la conclusión anunciada de imposibilidad de alterar los hechos a valorar. La administración podrá obtener informes jurídicos que sirvan de apoyo a su decisión -los contempla el artículo 112.3 de la norma citada - pero no alterar los hechos -méritos que se valoraron y documentos que los justificaban-. En suma, lo que la administración tuvo que hacer fue explicar el camino seguido para la asignación de la calificación concedida y no introducir nuevos elementos que le permitiesen justificar esa calificación, alterando de esta manera las bases de la convocatoria con indefensión de la parte hoy recurrente.

(STS 1859/2017, de 2 de noviembre, Sala 3ª, Secc.4ª. Magistrado ponente Sr. Fonseca-Herrero Raimundo).

V. COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Subvenciones: Real Decreto 596/2015, por el que se modifica el Real Decreto 699/2013, por el que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones a entidades del tercer sector u organizaciones no gubernamentales que desarrollen actividades de interés general consideradas de interés social en la protección del medio ambiente: invasión de competencia autonómica: nulidad parcial

TERCERO .- Cuanto se acaba de decir permite resolver el presente recurso contencioso-administrativo: El papel del Estado en materia de medio ambiente, como señala la recurrente, consiste esencialmente en dictar la legislación básica (art. 149.1.23 de la Constitución), por no mencionar que la gestión medioambiental está configurada como una responsabilidad intrínsecamente autonómica (art. 148.1.9 de la Constitución). A ello debe añadirse que el Tribunal Constitucional, en supuestos similares al aquí examinado, ha afirmado que como regla general la gestión de subvenciones en materia medioambiental corresponde a las Comunidades Autónomas, por ser de competencia autonómica el objeto subvencionado (STC 113/2013 y STC 163/2013). Y ha subrayado que la circunstancia de que «las actividades a desarrollar afecten a un ámbito geográfico supraautonómico tampoco puede justificar, por si misma, la excepcional asunción de competencias de gestión por el Estado y el correlativo desplazamiento de las competencias autonómicas».

Así las cosas, es claro que el Real Decreto 699/2013 invade la competencia autonómica al reservar al Estado la gestión de subvenciones en una materia en que carece de competencia ejecutiva. Vista la petición de la actora contenida en el escrito de demanda y que se reproduce en el antecedente de hecho tercero de esta sentencia, la anulación se limita a los extremos solicitados en dicho escrito. En consecuencia se estima el recurso y se anulan los artículos 2, 3.d, 6, 7, 9 y 17 y la previsión «así como las de investigación científica, en relación con el medio ambiente», contenida en el segundo párrafo del artículo 1 Real Decreto 699/2013, de 20 de septiembre.

(STS 1679/2017, de 7 de noviembre. Sala 3ª, Secc.4ª. Magistrado ponente Sr. Fonseca-Herrero Raimundo).

VII. CORPORACIONES DE DERECHO PÚBLICO

Colegios Oficiales de Peritos e Ingenieros Técnicos Industriales: Real Decreto 143/2016 que aprueba el cambio de denominación del Consejo General de los Colegios Oficiales de Peritos e Ingenieros Técnicos Industriales: art. 4.5 Ley 2/1974 de Colegios Profesionales: vulneración: existencia: anulación precedente

Es claro que lo decisivo para el acceso a los Colegios Profesionales es la posesión de un título con arreglo a un plan de estudios que se corresponda con las previsiones de la Orden Ministerial reseñada, la Orden CIN/351/2009, que exige sus planes de estudio con duración de 240 créditos y dentro del marco de estudios se configuran sus módulos, siendo uno de ellos el «común a la rama industrial» con 60 créditos. Por ende, la incorporación en la denominación de nuevos colegiados está sujeta y condicionada en todo caso a la realización de los planes de estudios que habilitan al ejercicio de la profesión.

Pues bien, a partir de dichas premisas, consideramos que aun cuando el cambio de denominación de la Corporación realizada por el Real Decreto aquí impugnado obedece al interés de reflejar los nuevos títulos que permiten el acceso a la profesión, es lo cierto que la denominación cuestionada no se ajusta a las previsiones y límites del artículo 4.5 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales y ello por las razones que pasamos a exponer:

A) En primer término, como se reconoce por la parte recurrida, no existe en la actualidad un título universitario específico con la denominación «Grado de Rama Industrial de la Ingeniería», pues se trata de un conjunto de diferentes títulos universitarios de grado que en virtud del principio de

autonomía universitaria pueden tener distintas denominaciones, títulos de Grado que únicamente en determinadas condiciones permiten el acceso a la profesión de Ingeniero Técnico Industrial o Perito Industrial. De modo que no existe un título equivalente que responda a la expresión impugnada de «Grado de la rama Industrial de Ingeniería», expresión que aglutina un conjunto de enseñanzas universitarias con estudios relacionados con el ámbito industrial de la ingeniería que, solamente en el supuesto de ajustarse al plan de estudios de la Orden CIN/351/2009, de 9 de febrero, habilitan el ejercicio de la profesión de Ingeniero Técnico Industrial y el ingreso en el Colegio Profesional.

B) Tampoco existe una profesión regulada equivalente a las del título de Grado indicado, pues la profesión es la de Ingeniero Técnico Industrial o Perito Industrial, siendo así que la modificación de la denominación colegial se promovió por el Consejo General aquí recurrido con la intención y finalidad de aproximar la organización de los títulos, haciendo visible que la nueva denominación «Graduación en la rama de Ingeniería Industrial» es actualmente la vía de acceso a la vida corporativa. No obstante, dicha razón no justifica la modificación operada pues continúa igual la profesión y la referencia a los Ingenieros Técnicos Industriales y a los Peritos Industriales, de modo que la expresión a la que se ciñe este proceso no es específica de una profesión y no permite identificar adecuadamente a los profesionales.

C) Además, la denominación «Graduado en la rama Industrial de la Ingeniería» lleva a confusión al poder identificar o asimilar la profesión regulada de Ingeniero Técnico Industrial con otras profesiones reguladas como las de Ingeniero Industrial, pues si bien la titulación que habilita para el ejercicio de la profesión de estos últimos es la de Master y no la de Grado, es lo cierto que el carácter genérico de la expresión utilizada puede inducir a error en los usuarios de los servicios en lo que se refiere a las competencias profesiones que unos y otros ostentan. En efecto, la forma de acceso a los distintas profesiones a través de un Grado o Master, no es un elemento decisivo, ni conocido por el conjunto de los usuarios y, por contra, la inclusión de la aludida expresión que incorpora la palabra «Ingeniería» puede dar lugar a error en las respectivas atribuciones profesionales y sobre quiénes son los profesionales que integran el Colegio, afectando así a la delimitación subjetiva de otros Colegios, como los de Ingenieros, ahora recurrentes.

En fin, como argumentan el Consejo y el Colegio actores, el cambio puede obedecer a Títulos de Grado genéricos e indeterminados que genera confusión y error entre las entidades colegiales, en la medida que la expresión

controvertida incorpora Títulos de Grado que no se corresponden con la titulación exigida para ejercer la profesión regulada de Ingeniero Técnico Industrial por no cumplir las previsiones de la Orden CNI/351/2009, de modo que puede generarse confusión entre los profesionales.

(STS 1708/2017, de 8 de noviembre. Sala 3ª, Secc.3ª. Magistrado ponente Sra. Isabel Perelló Domenech).

IX. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO

Peajes de acceso a la energía eléctrica: Orden IET/2444/2014 por la que se determinan los peajes para 2015: anulación del artículo 5 de la citada Orden, en cuanto determina para Iberdrola Distribución el montante del incentivo o penalización para reducción de pérdidas correspondiente a la retribución de 2014, asociado a los niveles de pérdidas del año 2012: la metodología empleada por la Orden impugnada para contabilizar el intercambio de energía es la de tener en cuenta el contador de energía (la propiedad del equipo de medida) en vez de tener en cuenta la propiedad de la red a ambos lados del punto frontera; y el incentivo de pérdidas de la actora ha de calcularse con el criterio horario en todos los supuestos en que disponga de información suficiente, sin aplicar directamente coeficientes zonales elaborados según el criterio punta/valle.

TERCERO.- Sobre la metodología empleada para el cálculo del incentivo/penalidad de pérdidas. (...)

De esta regulación se deduce que el incentivo se define según el criterio horario, aunque se contempla la elaboración de coeficientes zonales de pérdidas “con el objetivo de una evolución futura del incentivo a la reducción de pérdidas”, que también habrán de ser horarios o “al menos” punta y valle.

De todo lo cual se concluye que tiene razón la actora cuando considera contrario a derecho que no se haya empleado el criterio horario y que se hayan utilizado directamente coeficientes zonales elaborados según el criterio punta/valle. Las razones expresadas por la Administración para justificar este proceder no resultan convincentes. Así, se aduce por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia indisponibilidad de la información necesaria, la ingente carga de trabajo que requeriría la utilización del criterio horario, la suficiencia del criterio punta/valle para una primera aproximación de los coeficientes zonales y la coherencia con éstos. Tan sólo resultaría admisible -y la propia recurrente lo admite-, la posible falta de información por falta de contadores horarios. En lo demás, la Administración puede modificar la metodología, pero no resulta conforme

a derecho que no aplique la metodología vigente por suponer una excesiva carga de trabajo. Y la metodología vigente establece la utilización de un criterio horario, incluso para la elaboración de los coeficientes zonales, y en cuanto a éstos, y sólo como criterio subsidiario, el criterio punta/valle.

Ello lleva a estimar también este punto y, en consecuencia, ordenar a la Administración que calcule el incentivo/penalización de la actora con el criterio horario en todos los supuestos en que disponga de información suficiente, y que emplee los criterios zonales donde resulte necesario, elaborados también con criterio horario donde se cuente con información de esa naturaleza, empleando en cambio el criterio punta/valle directamente o a partir de coeficientes zonales, sólo allí donde no disponga de una información con desglose horario.

(STS 1371/2017, de 6 de octubre. Sala 3ª, Secc.3ª. Magistrado ponente Sr. Espín Templado).

IX. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO

Energía eléctrica: nulidad de la disposición final primera de la Orden IET/1344/2015, por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos. Vulneración de los principios de legalidad, irretroactividad, seguridad jurídica y confianza legítima.

El motivo de impugnación formulado contra la disposición final primera de la Orden IET/1344/2015, en el inciso que dispone «con efectos desde la entrada en vigor de la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, se modifica el primer párrafo de la página 46490 del Boletín Oficial del Estado núm. 150 de 20 de junio en el anexo I, apartado 6, de dicha orden», fundado en el argumento de que la supresión del párrafo relativo al inicio del cómputo de la vida regulatoria de las instalaciones de los subgrupos b.4.1, b.4.2, b.5.1 y b.5.2 con fecha de autorización de explotación definitiva anterior al año 1994, que fueron incluidas como instalación tipo de 1994, se realiza «con efectos desde la entrada en vigor de la Orden IET/1045/2014, de 26 [sic] de junio», contraviene la prohibición de retroactividad del artículo 9.3 de la Constitución, debe ser estimado.

En efecto, esta Sala sostiene que la supresión de la previsión contenida en el Anexo I de la Orden IET/1045/2014, referida al inicio del cómputo de la vida útil regulatoria de determinadas instalaciones hidráulicas, que efectúa el párrafo uno de la disposición final primera de la Orden

IET/1344/2015, es contraria al principio de irretroactividad garantizado en el artículo 9.3 de la Constitución , ya que produce efectos sobre situaciones jurídicas consolidadas y agotadas, por lo que resulta procedente declarar la nulidad del mencionado inciso de la disposición impugnada.

(...)

El motivo de impugnación basado en el argumento de que la modificación del párrafo del Anexo I, apartado 6, de la Orden IET/1045/2014, que determinaba que el inicio del cómputo de la vida útil regulatoria de las instalaciones hidráulicas del grupo b.4 (subgrupos b.4.1 y b.4.2) y del grupo b.5 (subgrupos b.5.1 y b.5.2) se empezará a contar desde el año 1994, vulnera el artículo 14.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico , debe ser también estimado.

En efecto, esta Sala considera que la supresión del inciso incluido en el Anexo I, apartado 6, de la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, que dispone que «el cómputo de la vida útil regulatoria de las instalaciones hidráulicas (grupos b.4 y b.5) con fecha de autorización de explotación definitiva anterior al año 1994, se empezará a contar desde este año», que realiza el apartado uno de la disposición final primera de la Orden IET/1344/2015, de 2 de julio impugnado, vulnera el principio de jerarquía normativa, en cuanto contraviene lo dispuesto en el artículo 14.4 1º de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico , que establece que «en ningún caso, una vez reconocida la vida útil regulatoria o el valor estándar de la inversión inicial de cada instalación, se podrán revisar dichos valores».

También consideramos que el cambio normativo operado en el Anexo I de la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, por la disposición final primera de la Orden IET/1344/2015, de 2 de julio, que, como hemos expuesto, comporta para aquellas centrales hidroeléctricas cuya puesta en marcha se produjo con anterioridad a 1994, la supresión del derecho al régimen retributivo específico reconocido en la precedente Orden ministerial, vulnera el principio de seguridad jurídica y el principio de protección de la confianza legítima, en cuanto esa modificación normativa produce el efecto de frustrar expectativas legítimas de las sociedades titulares de este tipo de instalaciones de percibir una retribución adicional hasta el 31 de diciembre de 2018.

(STS 1525/2017, de 5 de septiembre. Sala 3ª, Secc.3ª. Fundamento jurídico 2º. Magistrado ponente Sr. Bandrés Sánchez-Cruzat).

(Véase en análogo sentido la STS 1534/2017, de 10 de octubre, Sala 3ª, Secc.3ª. Magistrado ponente Sra. Perelló Domenech).

IX. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO

Recursos acumulados interpuestos contra el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos y contra la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos. Estas disposiciones no vulneran el principio de interdicción de arbitrariedad, confianza legítima, seguridad jurídica e irretroactividad; no son discriminatorias ni impiden el legítimo ejercicio de la competencia en términos de igualdad. Voto particular discrepante del Sr. Espín Templado, quien considera que las normas impugnadas infringen el principio de irretroactividad.

(STS 1520/2017, de 6 de octubre, Sala 3ª, Secc.3ª. Magistrado ponente Sr. del Riego Valledor).

IX. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO

Telecomunicaciones: Real Decreto 988/2015, que regula el régimen jurídico de la obligación de financiación anticipada de determinadas obras audiovisuales europeas: exceso reglamentario en el desarrollo del mandato contenido en el artículo 5.3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual: nulidad del art.6.3

Con base en los precedentes razonamientos jurídicos referidos a la interpretación del artículo 5.3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, procede estimar la pretensión formulada, relativa a que se declare la nulidad de pleno derecho del apartado 3 del artículo 6 del Real Decreto 988/2015, que dispone que «los ingresos procedentes de la comercialización de productos accesorios derivados directamente de los programas emitidos sólo se computarán en la medida en que la suma de dichos ingresos represente un porcentaje superior al diez por ciento del total de ingresos de explotación del prestador del servicio y en la cuantía que exceda de dicho porcentaje» .

Al respecto, esta Sala sostiene que el Gobierno ha incurrido en un exceso reglamentario en el desarrollo del mandato contenido en el artículo 5.3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual , al considerar como ingresos computables a los efectos de determinar la base de la obligación de financiación establecida en dicha disposición legal, los ingresos procedentes de la comercialización de productos accesorios

derivados directamente de los programas emitidos, porque, aunque se establezcan algunas limitaciones para que puedan ser computados, ello no es óbice para entender que se trata de ingresos que se obtienen por el sujeto obligado por el desarrollo de una actividad económica que resulta claramente diferenciable de la que realiza el prestador del servicio de comunicación audiovisual televisiva, y, por ello, debe considerarse que está al margen de la explotación de los canales y de sus contenidos audiovisuales.

En este sentido, consideramos que el Gobierno ha incurrido en una contradicción in terminis porque ha considerado como ingresos computables ingresos provenientes de actividades no relacionadas con la actividad audiovisual de prestador, que están expresamente excluidos del cómputo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 del Real Decreto 988/2015, enjuiciado.

(STS 1613/2017, de 25 de octubre, Sala 3ª, Secc.3ª. F.J. 2º. Magistrado ponente Sr. Bandrés Sánchez-Cruzat).

XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES

Transparencia y acceso a la información pública. Solicitud por un particular a Corporación RTVE de los gastos de participación en el concurso de Eurovisión de 2015 incluyendo las partidas correspondientes a viajes, alojamientos, dietas, vestuario, gastos de delegaciones y acompañantes. No justificación de la necesidad de reelaboración de la información. Falta de prueba de intereses económicos y comerciales de la entidad requerida. Acuerda no haber lugar al recurso de casación (confirma derecho de acceso).

La formulación amplia en el reconocimiento y en la regulación legal del derecho de acceso a la información obliga a interpretar de forma estricta, cuando no restrictiva, tanto las limitaciones a ese derecho que se contemplan en el artículo 14.1 de la Ley 19/2013, como las causas de inadmisión de solicitudes de información que aparecen enumeradas en el artículo 18.1, sin que quepa aceptar limitaciones que supongan un menoscabo injustificado y desproporcionado del derecho de acceso a la información.

Por ello, la causa de inadmisión de las solicitudes de información que se contempla en el artículo 18.1.c/ de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, no opera cuando quien invoca tal causa de inadmisión no justifique de manera

clara y suficiente que resulte necesario ese tratamiento previo o reelaboración de la información.

Asimismo, la posibilidad de limitar el derecho de acceso a la información no constituye una potestad discrecional de la Administración o entidad a la que se solicita información, pues aquél es un derecho reconocido de forma amplia y que sólo puede ser limitado en los casos y en los términos previstos en la Ley; de manera que limitación prevista en el artículo 14.1.h/ de la Ley 19/2013, no opera cuando quien la invoca no justifica que facilitar la información solicitada puede suponer perjuicio para los intereses económicos y comerciales.

(STS 1547/2017, de 16 de octubre, Sala 3ª, Secc.3ª. Magistrado ponente Sr. Calvo Rojas).

XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES

Autorización de entrada domiciliaria. Desahucio de vivienda ocupada ilegalmente: protección de los menores residentes en el domicilio. Retroacción de actuaciones para que el Juzgado analice la situación de vulnerabilidad. Acuerda haber lugar al recurso de casación.

Conforme a los precedentes razonamientos jurídicos expuestos, esta Sala respondiendo a la cuestión planteada en el recurso de casación que presenta interés casacional objetivo, considera que:

1) Resulta incompatible con la debida protección jurídica de los derechos e intereses de los menores de edad, tal como se reconoce en los artículo 11 y 12 de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de marzo [sic], de Protección Jurídica del Menor , y en el artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, en relación con las garantías establecidas en los artículos 18.2 y 24 de la Constitución , una resolución del juzgado de lo contencioso-administrativo de autorización de entrada en el domicilio (de conformidad con la potestad que le confiere el artículo 8.6 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa) que no esté suficientemente motivada, en la medida que resulta exigible que el juez de lo contencioso-administrativo pondere la situación personal, social y familiar particular de los menores de edad que pueden verse afectados por la ejecución de la orden de desalojo.

2) Resulta incompatible con la debida protección jurídica de los derechos e intereses de los menores de edad, tal como se reconoce en los artículo 11 y

12 de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de marzo [sic] , de Protección Jurídica del Menor , y en el artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, en relación con la garantía de inviolabilidad del domicilio del artículo 18.2 de la Constitución , una resolución del juzgado de lo contencioso-administrativo de autorización de entrada en domicilio que no contenga un juicio acerca de la aplicación del principio de proporcionalidad, que se efectúe teniendo en cuenta los datos y elementos disponibles sobre la afectación de los derechos e intereses de los menores de edad que la decisión judicial comporta.

En consecuencia con lo razonado, procede declarar haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Emma contra la sentencia dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de septiembre de 2016, que desestimó el recurso de apelación 475/2016, interpuesto contra el Auto del Juzgado número 12 de lo Contencioso-Administrativo de Madrid de 29 de febrero de 2016 , dictado en el Procedimiento de Autorización de entrada en domicilio número 341/2015, que casamos.

Y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 93 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en la redacción introducida por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio), procede ordenar la retroacción de las actuaciones para que el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 12 de Madrid dicte Auto por el que se resuelva la solicitud formulada por el Instituto de la Vivienda de Madrid de entrada en la vivienda sita en la CALLE000 número NUM000 de Madrid, de forma motivada, efectuando un juicio de proporcionalidad respecto de la situación de vulnerabilidad de los hijos menores de edad de la recurrente.

(STS 1797/2017, de 23 de noviembre, Sala 3ª, Secc.3ª. Magistrado ponente Sr. Bandrés Sánchez-Cruzat).

XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Recapitulación de la teoría general sobre la tutela cautelar, y en especial, de los cuatro supuestos en que la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo considera que se debe otorgar una medida cautelar con arreglo al criterio del *fumus boni iuris* o apariencia de buen Derecho. Acuerda no haber lugar a la medida.

(...)

La decisión sobre la procedencia de la medida cautelar comporta un alto grado de ponderación conjunta de criterios por parte del Tribunal, que, según nuestra jurisprudencia, puede resumirse en los siguiente puntos:

«a) Necesidad de justificación o prueba, aun incompleta o por indicios de aquellas circunstancias que puedan permitir al Tribunal efectuar la valoración de la procedencia de la medida cautelar. Como señala un ATS de 3 de junio de 1997: “la mera alegación, sin prueba alguna, no permite estimar como probado, que la ejecución del acto impugnado [o la vigencia de la disposición impugnada] le pueda ocasionar perjuicios, ni menos que éstos sean de difícil o imposible reparación”. El interesado en obtener la suspensión tiene la carga de probar adecuadamente qué daños y perjuicios de reparación imposible o difícil concurren en el caso para acordar la suspensión, sin que baste una mera invocación genérica.

b) Imposibilidad de prejuzgar el fondo del asunto. Las medidas cautelares tienen como finalidad que no resulten irreparables las consecuencias derivadas de la duración del proceso. De modo que la adopción de tales medidas no puede confundirse con un enjuiciamiento sobre el fondo del proceso. Como señala la STC 148/1993 “el incidente cautelar entraña un juicio de cognición limitada en el que el órgano judicial no debe pronunciarse sobre las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal” (Cfr. ATS de 20 de mayo de 1993).

c) El *periculum in mora*, constituye el primer criterio a considerar para la adopción de la medida cautelar. Si bien, ha de tenerse en cuenta que el aseguramiento del proceso, no se agota, en la fórmula clásica de la irreparabilidad del perjuicio, sino que su justificación puede presentarse, con abstracción de eventuales perjuicios, siempre que se advierta que, de modo inmediato, puede producirse una situación que haga ineficaz el proceso. Si bien se debe tener en cuenta que la finalidad asegurable a través de las medidas cautelares es la finalidad legítima que se deriva de la pretensión formulada ante los Tribunales.

d) El criterio de ponderación de los intereses concurrentes es complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso y ha sido destacado frecuentemente por la jurisprudencia: “al juzgar sobre la procedencia [de la suspensión] se debe ponderar, ante todo, la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar la suspensión, con mayor o menor amplitud, según el grado en que el interés público esté en juego”. Por consiguiente, en la pieza de medidas cautelares deben ponderarse las circunstancias que concurren en cada caso y los intereses en juego, tanto los públicos como los

particulares en forma circunstanciada. Como reitera hasta la saciedad la jurisprudencia “cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son tenues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión; por el contrario, cuando aquella exigencia es de gran intensidad, sólo perjuicios de elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución del acto” (ATS 3 de junio de 1997, entre otros muchos).

e) La apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*) supuso una gran innovación respecto a los criterios tradicionales utilizados para la adopción de las medidas cautelares. Dicha doctrina permite valorar con carácter provisional, dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar».

La IJ no hace expresa referencia al criterio del *fumus boni iuris* (tampoco la LJCA), cuya aplicación queda confiada a la jurisprudencia y al efecto reflejo de la LEC/2000 que sí alude a este criterio en el artículo 728 .

No obstante, y como también viene diciendo constantemente esta Sala, debe tenerse en cuenta que la más reciente jurisprudencia hace una aplicación mucho más matizada de la doctrina de la apariencia del buen derecho, utilizándola en determinados supuestos (de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, ATS 14 de abril de 1997 , de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, de existencia de una sentencia que anula el acto en una instancia anterior aunque no sea firme; y de existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz), pero advirtiendo, al mismo tiempo, de los riesgos de la doctrina al señalar que “la doctrina de la apariencia de buen derecho, tan difundida, cuan necesitada de prudente aplicación, debe ser tenida en cuenta al solicitarse la nulidad de un acto dictado en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general, declarada previamente nula de pleno derecho o bien cuando se impugna un acto idéntico a otro ya anulado jurisdiccionalmente, pero no [...] al predicarse la nulidad de un acto, en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión, pues, de lo contrario se prejuzgaría la cuestión de fondo, de manera que por amparar el derecho a la efectiva tutela judicial, se vulneraría otro derecho, también fundamental y recogido en el propio artículo 24 de la Constitución, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba, porque el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto

del pleito “ (AATS 22 de noviembre de 1993 y 7 de noviembre de 1995 y STS de 14 de enero de 1997, y muchas resoluciones posteriores, entre las más recientes, Auto de 29 de septiembre de 2016).

(...)

(ATS de 14 de septiembre de 2017, rec.543/2017, Sala 3^a, Secc.3^a. Magistrado ponente Sr. Arozamena Laso).

XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Necesidad de claridad y precisión en los escritos procesales. La falta de rigor procedimental en la elaboración de los escritos, con defectos de sistemática, profusión de información e incremento de la confusión, puede perjudicar al recurrente. Desestima y condena en costas, con el límite de 4.000 euros.

CUARTO

La tercera y última puntualización hay que referirla al modo en que los recurrentes hacen valer sus pretensiones, tanto ante la Administración como ante los tribunales, el de instancia y este Tribunal Supremo. Así es destacable que la propia Administración deje constancia de la “ingente” cantidad de escritos presentados por los ahora recurrentes en el procedimiento administrativo, algo que se confirma a la vista del expediente y de las actuaciones en la instancia: se asiste así a una constante presentación de escritos, aclaraciones, ampliaciones, revisiones, puntualizaciones, etc. incluso fuera del momento procesal, tal y como se advierte - y es un ejemplo - con escritos aportados ya finalizado el periodo de conclusiones o ante esta Sala con el escrito aportado el mismo día del señalamiento de este recurso.

QUINTO

Se deja constancia de esto último porque si bien la parte recurrente es libre de cómo plantear la defensa de sus pretensiones, lo que aporte de confusión y falta de rigor procedimental puede acabar perjudicándole, máxime en un pleito en el que se está ante cuestiones básicamente de hecho, en donde los recurrentes son propietarios de numerosas fincas, un pleito en el que se ejercen hasta un total de veintiuna pretensiones de plena jurisdicción. En fin, esta forma de plantear sus pretensiones se evidencia en esta casación, integrando los motivos en una mezcla no siempre sistemática, dificultando apreciar si lo alegado a base de pinceladas o acumulando la cita de preceptos como infringidos, es para atacar la sentencia o los actos impugnados

en la instancia o si se oponen a la primera razones de legalidad o meras discrepancias. (...)

(STS 1625/2017, de 30 de octubre. Sala 3ª, Secc.4ª. Magistrado ponente Sr. Requero Ibáñez).

XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Cómputo del plazo de reclamación: en supuestos de daños muy prolongados en el tiempo la determinación del plazo no se resuelve con la distinción entre daños permanentes y continuados, sino atendiendo al principio general de la “actio nata”; sólo serán indemnizables los daños producidos en el año anterior a la reclamación, prescribiendo los daños previos. Recurso de casación para unificación de doctrina: concurren los requisitos de identidad, pero la Sentencia de contraste declara expresamente que incorpora un cambio de doctrina respecto a la jurisprudencia anterior. Declara no haber lugar al recurso.

SEGUNDO

En el caso que nos ocupa cabe estimar la concurrencia de los requisitos de identidad que desde la perspectiva procesal viabilizan el recurso de casación para unificación de doctrina (artículo 96 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción).

El problema surge al observar que la sentencia recurrida expresa de forma motivada un cambio en el modo de interpretar la normativa de aplicación respecto a la sentencia de contraste, lo que no tiene encaje en el recurso de casación para unificación de doctrina, recurso excepcional y subsidiario respecto del de casación propiamente dicho, cuya finalidad es corregir interpretaciones jurídicas contrarias al ordenamiento jurídico, pero solo en cuanto contemplan pronunciamientos contradictorios con los efectuados previamente en otras sentencias específicamente invocadas como de contraste.

En efecto la sentencia recurrida en su fundamento jurídico segundo, en lo que aquí interesa dice:

«... De ahí que esta Sala, reconsiderando motivadamente criterios anteriores, rechace la aplicación al caso de la teoría del daño continuado que hasta ahora ha impedido la apreciación del plazo anual de prescripción.

En efecto, es cierto que una consolidada doctrina jurisprudencial distingue entre lo que se ha dado en llamar daños permanentes y daños continuados.

Así, y por todas, en la STS de 20 de marzo de 2012, se pone de relieve que «a) por daños permanentes debe entenderse aquellos en los que el acto generador de los mismos se agota en un momento concreto aun cuando sea inalterable y permanente en el tiempo el resultado lesivo. Ejemplo de un daño de este tipo, cuyo resultado lesivo queda determinado por la producción del hecho o acto causante, sería el de la pérdida de un brazo, o de una pierna. Se trata de daños que pueden ser evaluados económicamente desde el momento de su producción, y por eso el día inicial del cómputo es el siguiente a aquél en que el daño se produjo. b) Daños continuados, en cambio, son aquellos que, porque se producen día a día, de manera prolongada en el tiempo y sin solución de continuidad, es necesario dejar pasar un periodo de tiempo más o menos largo para poder evaluar económicamente las consecuencias del hecho o del acto causante del mismo. Y por eso, para este tipo de daños, el plazo para reclamar no empezará a contarse sino desde el día en que cesan los efectos».

Ahora bien, al margen de que en la tesis del recurrente la aplicación al caso de esta doctrina llevaría consigo la existencia de una reclamación, por así decirlo, prematura, dado que a la fecha de su interposición el actor tenía reconocida la prolongación en el servicio activo en su puesto de trabajo acumulado, es decir, se seguían produciendo los efectos lesivos del acto administrativo, lo cierto es que dicha diferenciación entre daños permanentes y continuados, genuina de las lesiones físicas, no es más que un desarrollo del principio general de la “actio nata” que significa (STS de 20 de noviembre de 2015, recurso 1040/2014) «que el cómputo del plazo para ejercitar la acción sólo puede comenzar cuando ello es posible y esta coyuntura se perfecciona cuando se unen los dos elementos del concepto de lesión, es decir, el daño y la comprobación de su ilegitimidad ».

Y es que, en efecto, como señalan las SSTS de 23 de octubre de 2012, recurso: 3964/2011 , 26 de julio de 2013, recurso: 6397/2011, ó 10 de enero de 2014, recurso: 2325/2013, la distinción entre daños permanentes y continuados «no es tanto conceptual o teórica como práctica. Se hace a los solos efectos de decidir si una acción está prescrita o no, para lo que se atiende al momento a partir del cual pudieron valorarse la totalidad de los perjuicios causados por un determinado evento lesivo. Por eso, para clasificar un daño en una u otra categoría, se atiende al momento en que pueden valorarse o cuantificarse esos perjuicios. Así se dice con toda claridad, por ejemplo, en la sentencia de 15 de febrero de 2.011, dictada en el recurso de casación 1.638/2.009, con cita de otras. Dice esta sentencia -pronunciándose sobre las lesiones físicas a las que normalmente se aplica aquella distinción- que son “daños continuados”

aquellos que no permiten conocer aún los efectos definitivos del quebranto y en los que, por tanto, el “dies a quo” del plazo para recurrir será aquél en que ese conocimiento se alcance; y que son “daños permanentes” los que se refieren, por el contrario, a lesiones irreversibles e incurables, aunque no intratables, cuyas consecuencias resultan previsibles en su evolución y en su determinación, siendo, así, cuantificables, de suerte que los tratamientos paliativos ulteriores, encaminados a obtener una mejor calidad de vida, o a evitar eventuales complicaciones en la salud, o a obstaculizar la progresión de la enfermedad, no enervan la realidad de que el daño ya se manifestó con todo su alcance.

Aquí se puede comprobar que, como decimos, la distinción entre daños continuados y permanentes lo que pretende es dar una respuesta a aquellos casos en los que no es posible valorar todos los perjuicios causados en el momento en que se produce el hecho generador del daño y en los que, por tanto, no puede tomarse esa fecha como “dies a quo” del plazo para reclamar. Y que, desde luego, no es una distinción trazada en razón del carácter definitivo o perdurable del daño, pues tanto los daños “continuados” como los “permanentes” tienen esa naturaleza. Quiere ello decir que el hecho de que se prive al propietario de manera definitiva -o cuando menos, indefinidamente un derecho (el derecho a cazar, pescar y explotar la finca de otras formas), y el hecho de que, lógicamente, ese perjuicio se produzca todos los días y todos los años que dure esa situación (en los que no se podrá cazar, pescar, cultivar, etc.), todo ello no conlleva, sin más, que el daño sea de carácter “continuado”. Lo será si la cuantificación de los todos los daños derivados de esa privación legal no pudo hacerse en el momento de promulgarse la Ley. Pero si pudieron determinarse y calcularse en esa fecha, entonces son daños de los que hemos llamado “permanentes”. Y en el caso que examinamos resulta claro que los perjuicios derivados de esa privación legal podían haberse calculado ya desde un primer momento, de la misma manera que se cuantifica de una sola vez la privación definitiva del derecho de propiedad (o de cualquier otro) en los expedientes de expropiación forzosa, a pesar de que el propietario se ha visto privado de la finca de manera definitiva. La prueba de que este cálculo era posible es que desde aquella declaración legal no ha ocurrido nada que haya modificado un ápice la situación del propietario, o que haya condicionado de un modo u otro los parámetros o criterios que podrían haberse utilizado ya en aquel momento para calcular los perjuicios causados (salvo el transcurso del tiempo, claro, pero esto es inevitable y previsible y, además, consustancial a los daños “permanentes” y a los “continuados”, según ha quedado ya suficientemente explicado) ».

Esta Sala y Sección, como decimos, reconsiderando anteriores pronunciamientos, incluso próximos en el tiempo, estima que la problemática de estos supuestos tan singulares no se resuelve atendiendo a la distinción entre daños y permanentes y continuados, sino al principio general de la “actio nata”, máxime cuando nos encontramos ante los efectos lesivos derivados de un acto administrativo expreso susceptible de quedar sin eficacia como consecuencia de su posible impugnación. Como acertadamente significa la Administración demandada -y en igual sentido el informe del Consejo Consultivo de Castilla y León-, el actor desde el primer momento (2002) ha tenido pleno conocimiento y tenía a su disposición todos los elementos fácticos necesarios para cuantificar el daño que ahora reclama, esto es, los haberes que afirma devengados -y, en su caso, que se hubieran ido devengando mientras se mantuviese la situación- correspondientes a las funciones acumuladas, de suerte que al depender en este caso de su propia y exclusiva voluntad la constatación de la ilegitimidad del daño, esto es, el carácter abusivo por duración excesiva de la acumulación que desarrollaba en función de la mayor o menor “penosidad” seciente a la misma, no es factible apreciar su existencia -ni, por tanto, su reparación- más allá del año anterior a la fecha de la reclamación (2012). Es decir, no es solo que el daño durante dicho tiempo haya prescrito sino que más bien la conformidad del interesado con las funciones acumuladas puesta de manifiesto por la ausencia de reclamación o queja alguna en un periodo temporal tan dilatado impide apreciar durante su transcurso, más allá del año de prescripción, la existencia misma del daño y ello al ser incompatible dicha conformidad con la inexigibilidad jurídica de soportar el daño en que consiste la lesión indemnizable, de ahí que siguiendo la tesis de la Administración estimemos prescritos, e inexistentes, los daños sufridos por el recurrente durante los años 2006 a 2010.»

Teniendo por finalidad el recurso para unificación de doctrina potenciar la seguridad jurídica a través de la unificación de los criterios interpretativos y aplicativos del ordenamiento, pero no en cualquier circunstancia, conforme ocurre con la modalidad general de la casación -siempre que se den, desde luego, los requisitos de su procedencia-, sino “sólo” cuando la inseguridad derive de las propias contradicciones en que, en presencia de litigantes en la misma situación procesal y en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, hubieran incurrido las resoluciones judiciales específicamente enfrentadas, mal puede acudir a este medio de impugnación cuando, como en el caso enjuiciado sucede, la sentencia

recurrida ninguna inseguridad jurídica genera al apartarse de manera consciente de la doctrina sentada en la sentencia aportada como de contraste.

(STS 1800/2017, de 23 de noviembre. Sala 3ª, Secc. 5ª. Magistrado ponente Sr. Sieira Míguez)

XVIII. PERSONAL

Real Decreto 638/2014 por el que se aprueba el Reglamento de la Carrera Diplomática: materias incluidas en el ámbito del art. 37.1 del Estatuto del Empleado Público: la necesidad de negociación colectiva también juega cuando se trata de un solo cuerpo funcional: inexistencia: nulidad.

CUARTO.- El juicio de la Sala: procede estimar el recurso.

El artículo 37.1 c) del Estatuto Básico del Empleado Público dice lo siguiente:

«1. Serán objeto de negociación, en su ámbito respectivo y en relación con las competencias de cada Administración Pública y con el alcance que legalmente proceda en cada caso, las materias siguientes:

(...)

c) Las normas que fijen los criterios generales en materia de acceso, carrera, provisión, sistemas de clasificación de puestos de trabajo, y planes e instrumentos de planificación de recursos humanos».

Esta redacción establecida por la Ley 7/2007, de 12 de abril, vigente cuando se elaboró el Real Decreto 638/2014, permanece ahora en el artículo 37.1 c) del texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre.

En el expediente obra un informe de la Abogacía del Estado en el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación en el que se concluía que el entonces proyecto de Real Decreto no debía someterse a negociación colectiva porque sus preceptos se refieren solamente a un cuerpo específico en vez de recoger criterios generales que se proyectaran al conjunto de los funcionarios públicos o a un sector concreto o a una determinada Administración Pública, tal como dice la contestación a la demanda que, en este punto, recoge lo dicho en ese informe.

Esa interpretación reductiva no es correcta. Tal como precisa el apartado de ese artículo 37.1, la negociación se ha de hacer en el ámbito respectivo el cual habrá de ser en cada caso aquél al que se refieran las normas

reglamentarias cuya aprobación se pretende. Y, si la letra c) dice que están sujetas a negociación las normas que fijan los criterios generales, entre otras en materia de acceso, carrera, provisión, sistemas de clasificación de puestos de trabajo, poca duda puede haber de que el proyecto del que acabaría siendo el Real Decreto 638/2014 estaba sujeto a la exigencia de la negociación.

Ninguna razón hay para sostener que el artículo 37.1 c) no juega en supuestos en los que es solamente un cuerpo funcional el que resulta objeto de negociación. Esa interpretación, además de no ajustarse al precepto no es la más favorable a la efectividad de un derecho que supone un contenido adicional a la libertad sindical garantizada por el artículo 28.1 de la Constitución, según ha dicho el Tribunal Constitucional en sus sentencias 80/2000 y 222/2005.

Sobre esta obligatoriedad de la negociación se ha pronunciado la jurisprudencia, entre otras, en la sentencia de 10 de diciembre de 2014 (casación nº 5085/2011). Esa misma jurisprudencia ha señalado también que la omisión de la negociación cuando, conforme al artículo 37 del Estatuto Básico del Empleado Público o de las disposiciones que lo precedieron, es obligatoria supone un vicio de nulidad. En este sentido, se pueden recordar las sentencias dictadas en los recursos de casación 2590/2009, 3105/2012, 926/2012 y 514/2013.

Ahora bien, el Abogado del Estado viene a decirnos que, en realidad, esa negociación existió pues con la invitación efectuada por la Administración mediante cartas y correos electrónicos y con la participación de ADE en los grupos de trabajo se habría llevado a cabo efectivamente. Así, pues, según la contestación a la demanda, aunque no se convocara formalmente la negociación del proyecto, materialmente se produjo y, si SISEX no intervino en ella, fue porque no quiso.

Sucede, sin embargo, que ni en el expediente ni en las actuaciones hay constancia de que se ofreciera a SISEX participar en las actuaciones que describe la contestación a la demanda. En el primero solamente obran las copias de las cartas dirigidas a los funcionarios de la Carrera Diplomática y unas “alegaciones” de ADE. Y, en las segundas no aparece el documento al que la contestación a la demanda y el escrito de conclusiones del Abogado del Estado se refieren como el nº 4 de los que acompañan a aquella y que consistiría en la copia de un correo electrónico de un funcionario diplomático expresándose por SISEX y renunciando a participar en los grupos de trabajo.

Fuera como fuera, incluso aceptando los hechos descritos por el Abogado del Estado, la conclusión que se impone no cambia. La negociación contemplada

por el Estatuto Básico del Empleado es un derecho de las organizaciones sindicales y no cuestión de invitación más o menos informal. Debe, por el contrario, realizarse observando las pautas que recuerda la sentencia alegada por el recurrente --la de 21 de octubre de 2010 (casación 3590/2009)-- y en las que se detiene también la de 30 de noviembre de 2011 (casación 6505/2008). Es decir, hace falta que “se haya ofrecido a los representantes de los funcionarios, a través de un debate realizado en condiciones de igualdad y realmente contradictorio, la posibilidad de participar en el proceso de formación de la decisión administrativa que esté legalmente sujeta a la necesidad de dicha negociación”.

La negociación colectiva no consiste, pues, en la consulta o en la mera audiencia. No se satisface con cualquier intercambio de información ni con la presentación de ideas o sugerencias. Tampoco se identifica, por tanto, con la participación en unos grupos de trabajo informales ni se satisface por contar con el parecer de la organización más representativa. La negociación colectiva requiere una mínima formalización. En los supuestos en los que la exige el legislador, debe dar lugar a un trámite o fase en el procedimiento en la que se convoque a todos los legitimados para participar en ella a negociar con la Administración. No comporta, naturalmente, la aceptación de las posiciones sindicales pero sí implica la posibilidad de que se expongan y debatan en las condiciones de igualdad y contradicción señaladas. Y no consta que se haya obrado así en este caso.

En definitiva, la omisión de la negociación requerida por el artículo 37.1 c) del Estatuto Básico del Empleado Público, determina la nulidad del Real Decreto sin que sea ya preciso entrar en el examen de los demás motivos de la demanda.

(STS 1671/2017, de 6 de noviembre. Sala 3ª, Sec.4ª. Magistrado ponente: Sr. Murillo de la Cueva).

XVIII. PERSONAL

Opositora a la carrera judicial que aportó dos certificados de antecedentes penales: uno, negativo, expedido el 29/1/2015, y otro positivo, expedido el 30/11/2015. La Sala considera que no hubo mala fe pues participó en las pruebas amparada por el primer certificado, pero ratifica la anulación de su admisión por no reunir los requisitos de acceso a la carrera judicial, e insta al CGPJ a buscar una solución equitativa para este caso debido a las consecuencias excesivas que ha supuesto a la recurrente la decisión final de la Comisión de Selección. Desestima, sin pronunciamiento en costas.

PRIMERO. Los hechos relevantes y las resoluciones de la Comisión de Selección.

En las pruebas selectivas convocadas por acuerdo de 28 de enero de 2015 de la Comisión de Selección prevista por el artículo 305 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para la provisión de 65 plazas de alumnos de la Escuela Judicial para su posterior acceso a la Carrera Judicial por la categoría de juez, y de 35 plazas de alumnos del Centro de Estudios Jurídicos, para su posterior ingreso en la Carrera Fiscal por la categoría de abogado fiscal (Boletín Oficial del Estado del 30), participó doña Elvira .

(...)

En lo que interesa, los razonamientos expresados en estos acuerdos de 15 de febrero de 2016 son los siguientes: (i) los requisitos del artículo 303 han de cumplirse en el momento de concurrir a la oposición pues así lo exige el artículo 302, ambos de la Ley Orgánica del Poder Judicial y así lo requiere la base E) de la convocatoria; (ii) aunque el artículo 303 refiere las incapacidades al ingreso en la Carrera Judicial que se produce tras superar el curso teórico-práctico en la Escuela Judicial, el precepto aplicable es el artículo 302 ya que es el que regula las condiciones para concurrir a la oposición libre; (iii) la Sra. Elvira declaró que cumplía los requisitos cuando ello no era cierto pues era concedora de su condena y debía conocer que sus antecedentes no se cancelarían hasta el 30 de octubre de 2016.

(...)

La Sala no advierte tampoco en este punto irrazonabilidad alguna. El artículo 302 de la Ley Orgánica del Poder Judicial quiere que quienes estén afectados por las causas de incapacidad contempladas por el artículo 303 no puedan participar en la oposición. La redacción de ese artículo 302 en lo que importa, es la establecida en 1985, no ha experimentado variaciones en el tiempo transcurrido, como tampoco las ha sufrido el artículo 303. Esa permanencia y su aplicación reiterada en las numerosas convocatorias que se han hecho a lo largo de más de treinta años sugieren que no estamos ante reglas carentes de sentido aunque pueda haber otras distintas con mejor fundamento.

El paso del tiempo, lo sabemos, puede consolidar jurídicamente situaciones que inicialmente carecían de sustento en Derecho, pero no lo mencionamos ahora porque sea la razón que nos lleva concluir que no es excesivo exigir para tomar parte en la oposición carecer de antecedentes penales. Vemos en él, desde luego, un importante elemento de confirmación de nuestro parecer.

Pero si consideramos que no es irrazonable esta exigencia es porque, al igual que hemos dicho antes, sirve para asegurar que quienes quieren ser jueces o fiscales poseen las mayores condiciones de probidad y ejemplaridad. La previsión del artículo 302 sirve a esa finalidad y, por tanto, cuenta con una justificación objetiva y razonable.

Y se trata de un requisito que se cumple o no se cumple de manera que no permite interpretaciones varias, sino una sola: al igual que se ha de tener la nacionalidad española y ser licenciado en Derecho a la fecha de terminación del plazo de presentación de solicitudes para participar en la oposición, en ese mismo día se ha de carecer de antecedentes penales. Cuando el precepto legal es preciso, como lo es el artículo 302, no hay margen interpretativo.

La demanda se fija en el apartado 6 del artículo 301 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para sostener que es posible llevar el momento de apreciar el cumplimiento de tales exigencias más allá de la fecha de presentación de solicitudes. Ese apartado 6 del artículo 301 --el artículo 46 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal contiene una disposición semejante-- dice así:

«En todos los casos se exigirá no estar incurso en ninguna de las causas de incapacidad e incompatibilidad que establece esta ley y no tener la edad de jubilación en la Carrera Judicial ni alcanzarla durante el tiempo máximo previsto legal y reglamentariamente para la duración del proceso selectivo, hasta la toma de posesión incluido, si es el caso, el curso de selección en la Escuela Judicial».

No cuesta trabajo constatar que este precepto y la base E.2 de la convocatoria que, conforme a ese precepto, impide participar en la oposición a quienes lleguen a la edad de jubilación antes de la toma de posesión, no sirve para prescindir de la regla del artículo 302. En efecto, extender a toda la duración del proceso selectivo el cumplimiento de un requisito no significa que no deba exigirse con anterioridad. Cabe, incluso decir que, precisamente, por requerirse en un estadio anterior se precisa que debe mantenerse hasta la toma de posesión.

En definitiva, la interpretación seguida no sólo se ajusta al sentido literal de la Ley Orgánica, sino también a la práctica observada reiteradamente a lo largo de varias décadas en la aplicación de la misma y es coherente con el propósito de seleccionar a quienes mejores méritos y capacidad demuestren en el proceso selectivo para desempeñar las funciones propias de los jueces o del ministerio fiscal.

La demanda ha hecho un importante esfuerzo para argumentar lo contrario pero lo cierto es que su tesis choca no sólo con el texto del artículo 302 sino también con los inconvenientes que traería trasladar al momento del efectivo ingreso en la Carrera Judicial o en la Fiscal la acreditación de los requisitos de los artículos 302 y 303. La contestación a la demanda de la Sra. Frida los pone de manifiesto.

En definitiva, la argumentación de la recurrente, se vale de consideraciones muy razonables que seguramente podrían ser atendidas de regularse de otra forma la participación en el proceso selectivo contemplado por los artículos 301 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial pero que chocan con las normas que hoy por hoy establece. De ahí que su pretensión viene a ser no tanto la de que interpretemos ampliamente los preceptos aplicables cuanto la de que prescindamos de lo establecido por su artículo 302, que es algo bien distinto.

OCTAVO. La singularidad del caso.

Cuanto hemos dicho supone que el fallo debe ser desestimatorio.

No obstante, nuestro pronunciamiento no sería completo si no pusiéramos de manifiesto que el debate entablado en este proceso y, antes, las decisiones de signo contrario adoptadas por la Comisión de Selección se explican, sin duda, por las muy singulares circunstancias que se han dado. Singularidad que ha hecho que se proyecten sobre preceptos que contienen reglas claras, consideraciones inspiradas en criterios de justicia material.

La Sala entiende, en contra de lo que apuntan las resoluciones de la Comisión de Selección de 15 de febrero de 2016 y de lo que afirma la Sra. Frida en su contestación y en sus conclusiones, que ni el expediente ni las actuaciones ofrecen elementos para concluir que la recurrente obrara con mala fe o incurriera en falsedad.

Consta, según se ha dicho, que participó en la convocatoria porque obtuvo un certificado negativo de antecedentes penales: el de 29 de enero de 2015, de manera que, si la Comisión de Selección le hubiera reclamado, de acuerdo con la base E-3, que acreditase este requisito de capacidad, la Sra. Elvira lo habría hecho. Luego, fue igualmente ella quien planteó la discordancia entre el primer certificado y el segundo, expedido el 30 de noviembre de 2015. Ese primer certificado no puede esgrimirse para fundamentar la pretensión de la recurrente, pero sí sirve para excluir su mala fe y que faltara a la verdad, todo ello sin perjuicio de que, cualquiera que fuera su conocimiento del régimen jurídico de los antecedentes penales, bien podía considerar en todo

caso que le asistían las razones que apreció la Comisión de Selección en su resolución de 22 de diciembre de 2015 y que, después, ha alegado en la demanda y en sus conclusiones.

No debe pasarse por alto que en esa ocasión, si bien por un solo voto de diferencia, se manifestó a su favor y que, luego, dos meses después, al resolver los recursos de reposición, la mitad de ese órgano siguió sosteniendo que debía mantenerse entre los aprobados a la Sra. Elvira de modo que tuvo que ser el voto de calidad de su nuevo presidente el que, al igualar la votación, dirimiera el empate.

Estas circunstancias hacen pensar que las consecuencias que ha supuesto la decisión final de la Comisión de Selección para la recurrente, pese a su legalidad, puedan ser excesivas desde la perspectiva de la equidad que también informa el ordenamiento jurídico según el artículo 3.2 del Código Civil. Precepto que, si bien no autoriza a esta Sala resolver de otra manera a como lo está haciendo, no es obstáculo para que el Consejo General del Poder Judicial busque una solución que se acomode a él.

(STS 1604/2017, de 24 de octubre, rec.4334/2016. Sala 3ª, Secc.4ª. Magistrado ponente Sr. Murillo de la Cueva).