

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía¹

VII CORPORACIONES DE DERECHO PÚBLICO

Libre ejercicio profesional de la Abogacía. Son ajustadas a Derecho y a la Directiva de servicios las restricciones territoriales para la asistencia gratuita. Potestades del Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía.

Planteamiento de la litis. Se impugna en el presente recurso la resolución dictada por el Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía de fecha 29 de septiembre de 2014 por la que se impone al Colegio de Abogados de Málaga una sanción por importe de 98.215 euros por la infracción de las normas sobre defensa de la competencia consistente en un acuerdo limitativo de la distribución y reparto del mercado de los servicios de asistencia jurídica gratuita en el ámbito territorial del Colegio de Abogados de Málaga, en aplicación de lo tipificado en el art. 1.1.b) y c) de la Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia. La resolución sancionadora juzga como práctica anticompetitiva la fijación de restricciones de carácter territorial para el acceso de los profesionales de la abogacía al servicio de asistencia gratuita comprendido en el ámbito territorial del Colegio de Abogados de Málaga, entre ellas la exigencia de colegiación y de despacho abierto en el partido judicial donde se haya de prestar el servicio. En este sentido razona ampliamente que se compromete la recta aplicación de las normas sobre libre competencia de nuestra norma nacional de defensa de la competencia y de las normas europeas en particular de la directiva 2006/123/CE del Parlamento y del Consejo, de 12 de diciembre, sobre servicios en el mercado interior; también conocida como directiva servicios. El órgano de competencia autonómico interpreta en suma que este tipo de restricciones por razón del territorio no resultan justificadas ni proporcionadas en orden a garantizar la correcta prestación del servicio de asistencia jurídica gratuita y que en su consecuencia constituyen restricciones del mercado no amparadas por las razones excepcionales de interés general. Frente a esta resolución sancionadora se alza la corporación de derecho público recurrente, interesando se anule y deje sin efecto por resultar contraria a derecho, sobre la base de los siguientes argumentos que se reproducen sintéticamente: 1) Alega un defecto procedimental en fase de in-

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

formación reservada, que pudiera comprometer su derecho a la defensa en la modalidad de derecho a no declarar contra sí mismo por el hecho de ser requerido para aportar documentación sin ser informado previamente de los hechos por los que se seguía esta investigación preliminar. 2) El servicio de asistencia jurídica gratuita constituye un servicio de naturaleza pública prestado y organizado por el Colegio de Abogados por delegación legal, y en tanto que administración de corte corporativo se trata de una actividad administrativa sujeta a derecho administrativo, de modo que la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía -ADCA en adelante-, no puede sancionar a una administración en el ejercicio de sus competencias, sino que a lo sumo le incumbe impugnar la legalidad de los acuerdos del Colegio controvertidos. 3) El servicio público de asistencia jurídica gratuita se caracteriza por la exigencia de inmediatez y urgencia en su prestación en la atención a detenidos, víctimas de violencia de género, por lo que concurren circunstancias de interés general que justifican la territorialización del servicio. 4) Este servicio público excede del ámbito de aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia de marcado carácter empresarial, los abogados que prestan el servicio de asistencia jurídica gratuita no actúan como empresarios, sino que atienden un servicio público, lo que en definitiva descarta por su naturaleza que estemos propiamente ante un mercado abierto y sujeto a la libre competencia. 5) El comportamiento reprimido no restringe la competencia se trata de una territorialización del servicio amparada en la orden ministerial de 3 de junio de 1997 que establece los requisitos generales para acceder al servicio y que no se encuentra derogada por el actual reglamento de la Ley de asistencia jurídica gratuita RD 996/2003. 6) Para el caso de que desechando los anteriores argumentos se entendiera que el servicio de asistencia jurídica gratuita constituye un mercado sujeto a la aplicación de las normas sobre competencia, la restricción por territorialización del servicio vendría justificada por razones imperiosas de interés general aplicada con arreglo a criterios de necesidad y proporcionalidad de acuerdo con la directiva servicios y la norma nacional de transposición, Ley 17/2009, de 23 de noviembre. 7) La resolución impugnada no valora la aplicación al caso de la excepción prevista en el art. 1.3 de la LDC que contempla el supuesto del mercado conexo favorecido por la práctica a priori anticompetitiva, que sería el caso del comportamiento sancionado puesto que concurren las tres exigencias cumulativas prevista en dicho precepto, a saber: a) Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas, b) No impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos, y c) No consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios

contemplados, Como contrapartida el servicio se ve favorecido por las eficiencias que resultan de las exigencias de implantación territorial de los colegios inscritos para la prestación del servicio de asistencia jurídica gratuita. 8) La resolución combatida ignora la aplicación del art. 101 de TFUE, del tenor del art. 1.º de nuestra Ley de Defensa de la Competencia pero cuyo espectro de aplicación se extiende al mercado interior de la UE. 9) En cualquier caso de apreciarse la existencia de un hecho típico encuadrable como comportamiento colusorio no justificado, no concurriría el elemento subjetivo del ilícito por cuanto no es predicable del comportamiento de la corporación pública la existencia de dolo o culpa de acuerdo con la exigencia de título de imputación con base al principio de responsabilidad, conclusión que hace descansar sobre el carácter discutible de la infracción basada en una interpretación razonable de las normas en liza. 10) En último extremo y con carácter más subsidiario achaca a la resolución sancionadora un error en el cálculo del importe de la multa, de un lado por la aplicación de la comunicación de 6 de febrero de 2009 de la Comisión Nacional de la Competencia que fue declarada contraria a las normas del derecho de la UE por el Tribunal Supremo en sentencia de fecha 29 de enero de 2015. De otra parte la aplicación de la agravante prevista en el art 64.2.c) de LDC que consiste en aplicar medidas disciplinarias en ejecución de los acuerdos colusorios, puesto que el colegio no ha aplicado medida disciplinaria a ningún colegiado por este motivo, su única trasgresión sería la de contar con un régimen disciplinario que insiste nunca llegó a aplicarse. El letrado de la Junta de Andalucía en la representación que ostenta de la ADCA se propone al recurso planteado y solicita la confirmación de la resolución recurrida que considera conforme a derecho. No existiría a su entender irregularidad procedimental derivada del requerimiento de documentación en el marco de la información reservada que precedió al expediente sancionados puesto que la corporación atendió al requerimiento de documentación con carácter previo a solicitar información acerca de los hechos que motivaban la investigación. Considera que los colegios profesionales aun cuando actúen las competencias que se le atribuyen en cuanto que administración corporativa están sujetas a las normas sobre defensa de la competencia por venir así expresado en la normativa reguladora de colegios profesionales. No se cuestiona la capacidad del Colegio para regular el servicio sino su organización restrictiva de la libre competencia que se revela por razón de una territorialización del servicio en base a exigencias de colegiación e implantación de los profesionales que no resultan justificadas para una adecuada prestación del servicio. De este modo no es amparable esta conducta en lo dispuesto en el art. 1.3 de LDC puesto que con este tipo de restricciones no se mejora el servicio sino que se restringe la oferta y la facultad de elección en

algún caso de los profesionales. El Colegio de Abogados no puede acogerse a la ignorancia de la norma para eximir su responsabilidad, precisamente por su consideración de profesionales del derecho, por lo que no es admisible la alegación basada en la ausencia de dolo o culpa por consecuencia de la buena fe derivada de la creencia en la legalidad de su proceder. SEGUNDO.- Del requerimiento de documentación en la diligencia de información reservada. Entrando a examinar la alegación de la actora según la cual la Administración habría denegado dar traslado de las denuncias formalizadas en su contra, negativa que habría lesionado su derecho de defensa, es preciso recordar que el Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993 establece: “Artículo 11. Forma de iniciación. 1. Los procedimientos sancionadores se iniciarán siempre de oficio, por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior; petición razonada de otros órganos o denuncia. A efectos del presente Reglamento, se entiende por: a) Propia iniciativa: La actuación derivada del conocimiento directo o indirecto de las conductas o hechos susceptibles de constituir infracción por el órgano que tiene atribuida la competencia de iniciación, bien ocasionalmente o por tener la condición de autoridad pública o atribuidas Junciones de inspección, averiguación o investigación. b) Orden superior: La orden emitida por un órgano administrativo superior jerárquico de la unidad administrativa que constituye el órgano competente para la iniciación, y que expresará, en la medida de lo posible, la persona o personas presuntamente responsables; las conductas o hechos que pudieran constituir infracción administrativa y su tipificación; así como el lugar, la fecha, fechas o período de tiempo continuado en que los hechos se produjeron. c) Petición razonada: La propuesta de iniciación del procedimiento formulada por cualquier órgano administrativo que no tiene competencia para iniciar el procedimiento y que ha tenido conocimiento de las conductas o hechos que pudieran constituir infracción, bien ocasionalmente o bien por tener atribuidas funciones de inspección, averiguación o investigación. Las peticiones deberán especificar, en la medida de lo posible, la persona o personas presuntamente responsables; las conductas o hechos que pudieran constituir infracción administrativa y su tipificación; así como el lugar, la fecha, fechas o período de tiempo continuado en que los hechos se produjeron. d) Denuncia: El acto por el que cualquier persona, en cumplimiento o no de una obligación legal, pone en conocimiento de un órgano administrativo la existencia de un determinado hecho que pudiera constituir infracción administrativa. Las denuncias deberán expresar la identidad de la persona o personas que las presentan, el relato de los hechos que pudieran constituir infracción y la fecha de su comisión y, cuando sea posible, la identificación de los presuntos responsa-

bles. 2. La formulación de una petición no vincula al órgano competente para iniciar el procedimiento sancionador; si bien deberá comunicar al órgano que la hubiera formulado los motivos por los que, en su caso, no procede la iniciación del procedimiento. Cuando se haya presentado una denuncia, se deberá comunicar al denunciante la iniciación o no del procedimiento cuando la denuncia vaya acompañada de una solicitud de iniciación.” Resulta en consecuencia que, en contra de lo manifestado por el recurrente, el procedimiento no se inicia por las denuncias en cuestión, sino de oficio, como todos los procedimientos sancionadores. Y en cuanto a la puesta en su conocimiento de las denuncias, la norma reproducida únicamente obliga a informar al denunciante no al denunciado. En todo caso, el propio Reglamento contempla igualmente la realización por parte de la Administración de actuaciones previas: “Artículo 12. Actuaciones previas. 1. Con anterioridad a la iniciación del procedimiento, se podrán realizar actuaciones previas con objeto de determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen tal iniciación. En especial, estas actuaciones se orientarán a determinar, con la mayor precisión posible, los hechos susceptibles de motivar la incoación del procedimiento, la identificación de la persona o personas que pudieran resultar responsables y las circunstancias relevantes que concurren en unos y otros. 5 2. Las actuaciones previas serán realizadas por los órganos que tengan atribuidas funciones de investigación, averiguación e inspección en la materia y, en defecto de éstos, por la persona u órgano administrativo que se determine por el órgano competente para la iniciación o resolución del procedimiento.” Las actuaciones previas no forman parte del expediente administrativo, salvo que se acuerde por la Administración su incorporación; su existencia no determina per se la incoación de un expediente sancionador ni su tramitación está sujeta a las normas que si se aplican a este, no teniendo tales actuaciones otro valor que la averiguación previa de la realidad de determinados hechos puestos en conocimiento de la Administración por alguno de los medios previstos en el precepto más arriba reproducido, a fin de determinar si procede o no la incoación del expediente. Ahora bien cuando en el curso de estas actuaciones preliminares se solicita la colaboración de la persona investigada, como en nuestro caso, mediante un requerimiento de documentación, el traslado previo de la denuncia que le permita cobrar cabal conocimiento de la naturaleza y entidad de los hechos objeto de examen, se transforma en garantía del derecho de defensa del potencial sancionado, si bien es cierto que la necesidad de preservar el éxito de la investigación puede condicionar el modo y el tiempo en el que se pongan en conocimiento del investigado las denuncias y otros elementos de los que dimana la incipiente actuación investigadora. Interesa destacar, al hilo de lo anterior lo declarado en otras sentencias de la

Sala Tercera del Tribunal Supremo, como la dictada el día 4 de noviembre de 2013 -recurso de casación nº 251/2011-, (1) que la incoación de las actuaciones previas es potestativa, esto es, que la administración no está obligada a abrir actuaciones previas y puede, si así lo considera, acordar la incoación directa del procedimiento sancionador; y (2) que dichas actuaciones están orientadas, conforme expresa el artículo 12 del Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, a determinar, con la mayor precisión posible, los hechos que pudieran justificar la incoación del procedimiento, identificar la persona u órgano que pudiera resultar responsable y fijar las circunstancias relevantes que pudieran concurrir en el caso, por lo que en suma tiene una naturaleza informativa de la que sin duda puede prescindir la Administración. En esta tesitura, si la administración opta por el empleo del expediente de las actuaciones previas para recabar la información oportuna, y en su curso se dirige al investigado recabando su colaboración, debe proporcionar a éste la información suficiente para no mermar su derecho a la defensa en su modalidad de derecho a no declarar contra sí mismo. En el supuesto de autos sin embargo no se aprecia que se haya ocasionado con el requerimiento de documentación dirigido al ICAM quiebra alguna de este derecho. Así es de ver en el expediente administrativo que una vez evacuado el requerimiento de documentación con fecha 27 de septiembre de 2011, la demandante evacua dicho requerimiento por medio de escrito de fecha 26 de octubre de 2011, en el que acompaña la documentación requerida y es entonces cuando solicita el traslado de lo actuado, incluidas las denuncias. Pues bien, en el requerimiento de documentación se expone con suficiencia el motivo de la iniciación de actuaciones previas por posible vulneración de las normas sobre competencia relacionadas con la ordenación del turno de asistencia a detenidos y presos del servicio de asistencia jurídica gratuita. Por otro lado la documentación solicitada no es comprometedora desde el punto de vista del derecho a la defensa de la recurrente, puesto que se trata de normas estatutarias y de ordenación del servicio que son de público conocimiento, constituyendo el requerimiento un medio de colaboración que persigue facilitar la tarea del órgano regulador autonómico. Por último como apunta la defensa de la demandada la solicitud del traslado de lo actuado la recurrente después de haber hecho entrega de dicha documentación, por lo que en su caso el eventual compromiso a su derecho no vendría dado como razona la actora por la negativa de la Administración a entregar las denuncias. Y es que como ya hemos advertido arriba, el valor de lo actuado en el seno de unas diligencias preliminares es meramente informativo, y solo de modo facultativo puede la Administración incorporarlo si lo entiende oportuno al expediente administrativo luego que se acuerde la iniciación del

procedimiento, en el que el denunciado tendrá derecho a acceder en su integridad al expediente. Por todo lo expuesto en este punto la alegación de la actora debe ser desechada.

De la naturaleza del servicio de asistencia jurídica gratuita y alcance de las normas de competencia. Cuando el art. 22 de la Ley 1/1996, de 10 de enero de Asistencia Jurídica Gratuita y el art 26 del RD 996/2003, asignan a los colegios profesionales la potestad normativa y de organización del servicio de asistencia jurídica gratuita, parece natural entender que lo hacen en su consideración de administración pública de corte corporativa, puesto que en esta faceta de intervención en la regulación de la profesión, su papel trasciende al de mero ente asociativo destinado a tutelar los intereses profesionales de sus asociados, y se extiende sin ambages a la participación trascendente en la configuración de un servicio público, vinculado de manera inmediata por su relación de instrumentalidad con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que de acuerdo con el mandato del art. 119 de CE, debe tener un alcance universal, que no excluya a quienes no dispongan de los medios económicos necesarios para litigar, asumiendo el Estado la financiación de tal servicio con carácter gratuito para el justiciable depauperado. Dos son por tanto las premisas exactas que enuncia la recurrente al comienzo de su demanda. El servicio de asistencia jurídica gratuita es un servicio público y la función atribuida por Ley a los colegios profesionales para la regulación de la organización del servicio implica la realización de funciones netamente administrativas sujetas por tanto a derecho administrativo. Ahora bien lo anterior no significa que en el desarrollo de estas atribuciones los colegios no puedan incurrir en transgresiones del derecho de la competencia, y que estas eventuales contravenciones no puedan ser objeto de control por parte de los reguladores. El art. 4,2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC en adelante), previene que “Las prohibiciones del presente capítulo se aplicarán a las situaciones de restricción de competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal. “Esta norma puesta en relación con el apartado primero del mismo art. 4 de la LDC permite entender que, salvo que una Ley de manera clara lo autorice, las administraciones no podrán en el ejercicio de sus competencias desarrollar prácticas restrictivas de la competencia, quedando en otro caso sujetas a los mecanismos correctores y sancionadores prevenidos en la Ley de Defensa de la Competencia. Así lo ha entendido recientemente el Tribunal Supremo en su sentencia de fecha 9 de marzo de 2015 (rec. 294/2013), en la que se explica de un lado que “En definitiva, el artículo 4.1 de la Ley 15/2007

-como el anterior artículo 2.1 de la Ley 16/1989- no pretende sustraer del ámbito de aplicación del Derecho de la Competencia cualquier conducta que se realice al amparo de una norma sino, únicamente, aquellas conductas a las que una Ley autorice con la específica finalidad -expresa o implícita- de excluirlas del ámbito de aplicación de las prohibiciones del artículo 1 de la propia Ley 15/2007. Y tal cosa no sucede en el caso que estamos examinando”. Así las cosas no basta con que la Administración actúe sus competencias legales para quedar excluida de la aplicación de las normas de defensa de la competencia, o para resultar exonerada de respetar el contenido del art. 1.1 de LDC, en aplicación del expediente del art 4.1 de LDC, sino que la mención legal a la que se refiere el art. 4.1 de LDC debe estar presidida por la finalidad específica de permitir la elusión de las normas de defensa de la competencia cuando se constate algún comportamiento restrictivo patrocinado por una norma legal. Y sigue razonando el Alto Tribunal en la sentencia citada, en orden a sostener la vinculación de las Administraciones a las normas de competencia, y su sometimiento a las medidas disciplinantes del regulador correspondiente que “En el motivo de casación, también único, que formula la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha se alega la infracción del artículo 153 de la Constitución, aduciendo al efecto la Administración autonómica recurrente que la actividad de los órganos de las Comunidades Autónomas no puede ser objeto de control por parte de otra Administración, tal y como ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional en STC 76/1983 de 5 de agosto, Pues bien, el motivo así planteado no puede ser acogido. Ante todo es obligado recordar -ya lo señala la sentencia recurrida- que según establece el artículo 4.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia “ (...) 2. Las prohibiciones del presente capítulo se aplicarán a las situaciones de restricción de competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal. “El tenor de ese precepto pone de manifiesto que, como también señala la sentencia de instancia -que cita, a su vez, a la resolución administrativa impugnada- en el ámbito del Derecho de la competencia opera un concepto amplio y funcional de empresa, de manera que lo relevante no es el estatus jurídico económico del sujeto que realiza la conducta sino que su conducta haya causado o sea apta para causar un resultado económicamente dañoso o restrictivo de la competencia en el mercado. La sentencia recurrida -lo mismo que la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia que en ella se confirma- no ignora, ni desde luego cuestiona, las competencias de la Administración autonómica de Castilla y La Mancha en relación con la regulación y gestión del servicio público sanitario. Lo que hacen la resolución administrativa y la sentencia es, sencillamente, salir al

paso de una conducta que, aunque se dice llevada a cabo en el ejercicio de aquellas competencias, resulta vulneradora del derecho de la competencia. “Así las cosas concluimos nosotros que la Administración que incurre en prácticas restrictivas de la competencia puede ser corregida desde una doble perspectiva, de un lado su actuación sería anulable por contravención del orden jurídico tal y como propone la recurrente, declaración a instar de la jurisdicción contencioso administrativa, pero no solo desde este punto de vista, sino que como operador con incidencia en un mercado cuya actividad perturba la libre competencia puede ser objeto de represión en aplicación de las normas de defensa de la competencia que no excluyen, sino al contrario permiten dirigir correcciones también a las Administraciones cuya actividad incide en el mercado puesto que según reiterada jurisprudencia, en el contexto del Derecho de la competencia, el concepto de empresa comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación (véase, en particular, la sentencia Wouters de 19 de febrero de 2002, C-309/99). En este sentido viene expresándose el Tribunal Supremo desde tiempo atrás en el particular caso de los Colegios Profesionales, resultando ejemplificativa la sentencia de fecha 2 de junio de 2009 (rec. 5763/2006), en la que se afirma que “En efecto, esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo comparte los razonamientos de la Sala de instancia referidos a la plena aplicabilidad al Colegio Notarial recurrente de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y concernientes a la consideración del mecanismo compensatorio enjuiciado de conducta incurso en las prohibiciones del artículo 1 del referido Cuerpo legal, puesto que la circunstancia de que el Acuerdo de 17 de enero de 2001 se adopte en el ejercicio de la potestad de ordenación de la actividad profesional de los colegiados, al amparo de lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 2/1974, de 13 de julio, sobre Colegios Profesionales, no excluye que dicho Acuerdo deba someterse al principio de legalidad administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 36 y 103 de la Constitución, y deba respetar específicamente la legislación de defensa de la competencia. En este sentido, cabe significar que el artículo 2.4 de la Ley sobre Colegios Profesionales, en la redacción debida a la Ley 7/1997, de 14 de abril, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de Colegios profesionales, establece que “los acuerdos, decisiones y recomendaciones de los Colegios con transcendencia económica observarán los límites del artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, sin perjuicio de que los Colegios puedan solicitar la autorización singular prevista en el artículo 3 de dicha Ley”, lo que permite deducir la condición de los Colegios profesionales de sujetos activos de los ilícitos competitivos, no obstante su reconocimiento

como Corporaciones de Derecho Público, en cuanto sus conductas afecten a la libre prestación de servicios, por lo que no procede determinar, en abstracto, selectivamente un ámbito material de conductas relacionadas con las funciones que ejercen los Colegios profesiones, que, por su naturaleza o su contenido regulatorio, quede excluido o exceptuado a priori de la aplicación de la legislación de defensa de la competencia. Resulta adecuado recordar que el Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en su sentencia de 4 de noviembre de 2008 (RC 5837/2005), ha calificado de erróneas las tesis argumentativas que entienden que los Colegios profesionales, en aquellos supuestos en que ejercen funciones públicas, y por ello, actúan con carácter de Administración Pública, quedan eximidos de la aplicación de la legislación de defensa de la competencia, y que el Tribunal de Defensa de la Competencia no tiene competencia para declarar que las conductas son anticompetitivas “En este caso el Colegio profesional con su regulación influye en un mercado, el de los profesionales de la Abogacía, una de cuyas actividades profesionales genuinas, por cuanto solo pueden ser prestadas por estos profesionales, es la de incorporarse y prestar el servicio de asistencia jurídica gratuita) una regulación restrictiva que condiciona el libre acceso a las listas del turno de asistencia jurídica gratuita afecta necesariamente al mercado capitalizado por estos profesionales, esto es, en los términos de la sentencia *Wouters*, solo “ una actividad que por su naturaleza, las normas que la regulan y su objeto es ajena a la esfera de los intercambios económicos (...) no está sujeta a la aplicación de las normas sobre la competencia del Tratado”, circunstancia ésta que no se da pues la actividad de la que se trata tiene trascendencia económica y afecta al mercado de los profesionales de la abogacía por lo ya dicho.

Del carácter justificado de las restricciones territoriales para el acceso a las listas. Dicho lo anterior en nuestro caso el reproche que el organismo de la competencia autonómica dirige al Colegio de Abogados recurrente, consiste en una limitación del derecho de acceso a las listas de profesionales al turno de asistencia jurídica gratuita por razones territoriales, y concretamente la posibilidad de acceder al turno se condiciona en el art. 5 de los acuerdos de 7 de julio de 2009 a un doble requisito, por una parte el abogado debe estar colegiado en el Colegio de Abogados de Málaga, y de otra parte, debe estar domiciliado en Málaga y debe tener despacho profesional abierto en el partido judicial donde haya de prestar el servicio. No cabe indagar demasiado en la naturaleza restrictiva de estas medidas que inciden negativamente en el mercado interior fragmentándolo territorialmente, limitando por ende de manera sustancial la oferta de profesionales con posibilidades de servir en el

turno de asistencia jurídica gratuita, práctica que el regulador sanciona en la resolución que se recurre. Por su parte el art. 1 de la Ley 15/2007, que reza “Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en: c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento. Objetivamente estamos ante una restricción de la libre competencia, pero como apunta la recurrente el derecho de la competencia admite supuestos en los que limitación puede venir justificada, ya sea en base a la concurrencia de razones imperiosas de interés general aplicadas de acuerdo a criterios de necesidad y proporcionalidad, de acuerdo con la jurisprudencia elaborada al efecto por el TJUE, ya sea a partir del expediente previsto en el art. 1.3 de LDC (art. 101.3 TFUE), cuando de una restricción puntual resulten eficiencias constatables para el desarrollo del sector de actividad de que se trate. Desde el punto de vista de la primera de estas construcciones excepcionales no resulta dificultoso apreciar la presencia de un interés general preponderante que justifica la limitación territorial que aquí se cuestiona, que pueda calificarse de razón imperiosa de interés general incardinable en la definición del art. 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, por la que se traspone la directiva europea del Parlamento y del Consejo 2006/123/CE, de 12 de diciembre, sobre servicios en el mercado interior, conocida como directiva servicios. En particular concurre aquí la afectación a derechos fundamentales de usuarios del servicio de asistencia jurídica gratuita. Esta se relaciona con la existencia de unas demarcaciones judiciales en cuyo ámbito se hace efectiva la prestación del servicio, y que invitan a pensar en lo idóneo de una cierta correspondencia territorial en la organización del servicio de asistencia jurídica gratuita coadyuvante imprescindible del servicio público esencial de la Administración de Justicia. Pero no radica aquí el fundamento de la justificación de la medida limitativa estudiada. El regulador autonómico en el epígrafe b) del fundamento tercero de la resolución sancionadora que se combate realiza un esfuerzo argumentativo para descartar el carácter proporcionado de la restricción a la libre competencia que se imputa al Colegio profesional actor, y así entiende que la exigencia de inmediatez en la atención a detenidos se puede satisfacer sin necesidad de unas limitaciones territoriales tan exigentes acudiendo a las propias reglas del Colegio de Abogados y a lo previsto en la LECrim, que contemplan un plazo máximo de ocho horas desde que el abogado es contactado hasta la efectiva atención al detenido, plazo que admite una mayor apertura de los contornos territoriales de los requisitos de acceso al turno según el re-

gulador. Este razonamiento es incompleto, sesgado y debe ser rechazado por la Sala. En esta modalidad de prestación del servicio de asistencia jurídica gratuita, la atención al detenido o preso, así como a las víctimas de violencia de género, que de suyo es servicio que también se vincula en no pocas ocasiones con la privación de libertad del imputado, la prioridad que informa el requisito de la perentoriedad es la resolución de la situación personal de la persona privada de libertad, Aquí entre en juego un derecho fundamental de máxima trascendencia cual es el derecho a la libertad deambulatoria consagrado en el art. 17 de CE, cuya privación sólo puede extenderse durante el tiempo estrictamente indispensable. No encontramos que case con esta exigencia constitucional avalar la posibilidad de dispersión geográfica de los profesionales del turno, convirtiendo la excepción en regla y asumiendo como criterio de normalidad la eventualidad del agotamiento de los plazos de máximos previstos legalmente para la asistencia letrada, por la evidente merma que significa para el derecho del detenido la exposición a mayores períodos de espera generalizados. Este potencial compromiso para un derecho fundamental de la trascendencia del que nos ocupa es el fundamento y justificación de la limitación territorial que se impone, que es indispensable, y que a priori, y a falta de mayores razonamientos por parte del regulador es medida proporcionada, para asegurar la correcta atención al detenido con la exigencia de inmediatez inherente, pues aparentemente la exigencia de domiciliación en la Provincia y de titularidad de un despacho profesional en la demarcación, son medidas aptas orientadas a este fin, máxime si se atiende como hace el propio Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía, a la futura reducción de los plazos máximos de respuesta que sustancialmente se restringen de ocho a tres horas, evidenciando la necesidad de que el letrado de guardia se encuentre a una distancia muy reducida del centro de detención. Se favorece con estas medidas colegiales organizativas del servicio la operatividad de los derechos de los justiciables privados de libertad y la más eficaz coordinación con el servicio de guardia judicial aspectos prioritarios que no es viable supe- ditar a las más prosaicas exigencias del mercado con las que no guardan tér- mino de comparación. La jurisprudencia europea, entre otras desde la tan citada sentencia del asunto Wouters vino admitiendo la compatibilidad con el mercado interior de aquellas medidas restrictivas de la competencia que obede- cieran a fines de interés general, siempre que tales medidas se mostraran indispensables para tal fin, y así en sus párrafos 97, 109 y 110 la sentencia del TJUE de 19 de febrero de 2002 concluye “97 Sin embargo, debe señalar- se que no todo acuerdo entre empresas ni toda decisión de una asociación de empresas que restrinjan la libertad de acción de las partes o de una de ellas están comprendidos necesariamente en la prohibición del artículo 85, aparta-

do 1, del Tratado, En efecto, para aplicar esta disposición a un caso concreto, debe tenerse en cuenta el contexto global en que se adoptó la decisión de la asociación de empresas de que se trate y en la que produce sus efectos, y más en particular, sus objetivos, relacionados en el presente caso con la necesidad de establecer normas de organización, capacitación, deontología, control y responsabilidad, que proporcionen la necesaria garantía de honorabilidad y competencia a los usuarios finales de los servicios jurídicos y a la buena administración de justicia (véase, en este sentido, la sentencia de 12 Dic. 1996, Reisebüro Broede, C-3/95, Rec. p. 1-6511, apartado 38). A continuación deberá examinarse si los efectos restrictivos de la competencia que resultan son inherentes a la consecución de dichos objetivos. 109. En vista de estos elementos, no se puede afirmar que los efectos restrictivos de la competencia como los impuestos a los abogados que ejercen en los Países Bajos por un reglamento como el Samenwerkingsverordening 1993 vayan más allá de lo necesario para garantizar el buen ejercicio de la abogacía (véase en este sentido, la sentencia de 15 Dic. 1994, DLG, C-250/92, Rec. p. 1-5641, apartado 35). 110. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la segunda cuestión que una normativa nacional como el Samenwerkingsverordening 1993, adoptada por un organismo como el Colegio de Abogados de los Países Bajos, no infringe el artículo 85, apartado 1, del Tratado, dado que dicho organismo pudo considerar razonablemente que tal normativa, a pesar de los efectos restrictivos de la competencia que le son inherentes, era necesaria para el buen ejercicio de la abogacía tal y como está organizada en el Estado miembro de que se trata. “ En otro orden de cosas, para aquellas modalidades asistenciales desprovistas de la nota de la perentoriedad que se vincula a la asistencia a personas privadas de libertad, se puede admitir una mayor flexibilización de la coma realización del servicio, pero en cualquier caso la territorialización, en mayor o menor grado, es recurso preciso para garantizar la correcta prestación del servicio en términos de eficacia de modo que se posibilite la relación directa, personal y periódica entre abogado y beneficiario del derecho a la asistencia jurídica gratuita, en condiciones de intimidad y soporte material y técnico adecuados. En este punto la limitación territorial contemplada permite el correcto desarrollo del servicio en esos términos, y no se cuestiona de modo concreto por el órgano de defensa de la competencia que se trate de medidas desproporcionadas, pues para emitir este juicio es necesario razonar la facilidad de comunicación entre letrado designado y beneficiario pese a una mayor distancia geográfica, lo que se vincula a la existencia de condiciones objetivas relativas a la extensión territorial de los partidos judiciales, calidad de las vías de comunicación, medios de transporte públicos al alcance de los titulares del derecho cuyo presupuesto es la situación

económicamente desfavorecida, circunstancias que han de ser ponderadas para emitir un juicio de proporcionalidad/utilidad que de otro modo no es posible validar, ante la libérrima facultad que la LAJG concede en su art 22 a los Colegios Profesionales para la regulación de la organización del servicio, lo que nos invita a concluir que a priori y a falta de un examen fáctico más exhaustivo, las medidas restrictivas adoptadas por el ICAM responden a la finalidad de dotar de una mayor eficiencia al servicio - en la línea de lo contemplado por el art. 1.3 de LDC y 101.3 de TFUE -, sin que de otro lado se haya logrado evidenciar su desproporción o inadecuación en aras a la consecución de esta finalidad, ni una afectación al mercado de la intensidad de la que tratan los subapartados 1), 2) y 3) del art. 1.3 de LDC, por lo que se excluye en este caso la presencia de una finalidad espuria de segmentación territorial del mercado con el ánimo de falsear la libre competencia favoreciendo a los propios colegiados respecto de otros profesionales, con la consecuente limitación de la oferta de profesionales no incluidos dentro del campo de las restricciones territoriales, por lo que en suma no concurre en fundamento de la sanción impuesta que debe ser anulada estimando el recurso contencioso administrativo interpuesto en base a los razonamientos que preceden, sin que se estime preciso indagar en el resto de motivos impugnatorios blandidos por la actora.

De las costas del proceso. Conforme a lo codificado en el artículo 139.1 de LJCA en su redacción dada por la Ley 37/2011 de medidas de Agilización Procesal, que impone el criterio del vencimiento objetivo, las costas del proceso correrán de cargo de la parte que vea enteramente desestimadas sus pretensiones, en nuestro caso la parte demandada. Vistos los preceptos legales y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS Estimar el recurso contencioso-administrativo sostenido por Procurador de los Tribunales D., en nombre y representación de **ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MÁLAGA** contra la resolución del Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía de fecha 29 de septiembre de 2014 que se anula por no ser conforme a derecho, con expresa imposición de costas a cargo de la parte demandada.

St. de 28 de marzo de 2016. Sala de Málaga. Ponente D. Carlos García de la Rosa

X DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Vertidos al dominio hídrico. Criterio de la contaminación potencial.

- El objeto del presente recurso contencioso administrativo se centra en determinar la conformidad o disconformidad a derecho de la resolución de fecha 24-1-13 de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir, por la que se imponía sanción en materia de aguas, por vertido no autorizado al terreno y al cauce del arroyo “La Marota”, con capacidad de afección a la calidad de las aguas, en término municipal de Almodóvar del Río (Córdoba). 2 Segundo.- Sustancialmente, la parte recurrente basa su recurso en: infracción de la presunción de inocencia, ya que no se tomaron muestras y por ello no se puede saber si el vertido era contaminante; el vertido era mínimo y, a lo sumo, podría ser constitutivo de infracción leve. Tercero. - No existe la pretendida infracción del principio de presunción de inocencia, que supone la carencia absoluta de cualquier tipo de acreditación incriminatoria. De forma que, existiendo una mínima prueba de cargo, el principio de presunción de inocencia ya no despliega su eficacia. En el presente caso, existe prueba indiciaria suficiente para considerar probado el hecho del vertido y la imputación a X S.L. En el presente caso, del contenido de la denuncia-informe presentada, de fecha 20-10-11 (f.41), en la que se hace constar por el guarda fluvial actuante que en la balsa existe un tubo de desagüe que vierte las aguas de los patios de la gravera a la cuneta, discurriendo seguidamente por dicha cuneta y terminando en la parcela vecina, propiedad de la Sra. Almudena, constatándose en ella una mancha de unos 200 m² que inunda la parcela, y que, por otro lado, una de las balsas está prácticamente llena de lodos, procedentes del lavado de los camiones de hormigón y lodos, cuyos reboses habían terminado en el cauce del arroyo “La Marota”, en el cual se encuentran petrificados en cantidad de unos 7 m³, se deduce la realidad del vertido y la ilegitimidad del mismo. En cuanto a la no realización de análisis, en el presente caso no es imprescindible tal requisito, pues, tratándose de aguas residuales y de lodos sin depurar, necesariamente tienen carácter potencialmente contaminante, como bien informa el área de calidad de aguas (f. 114 del expediente administrativo), que expresa que se trata de una concentración de sólidos en suspensión muy superior al contenido habitual de un agua residual y muy superior a los 35 mg/l, que es el máximo autorizable. Conviene aclarar, a mayor abundamiento, que, la imputada, es una infracción de riesgo que no requiere la efectividad de la contaminación, sino solo la posibilidad de que se produzca la misma o la degradación del entorno. Por ello, si se han producido vertidos de aguas residuales; si tales vertidos son contaminantes, y así hay que calificar a los producidos; si no se

posee autorización alguna de vertido, es evidente que los hechos denunciados son sancionables. Por último, no puede ser estimada para eliminar la sancionabilidad del hecho, o rebajar su calificación a la de infracción leve, el hecho de que los daños producidos se hayan considerado no cuantificables o el vertido no extenso, ya que lo que se sanciona en el art. 116.3.f) de la Ley de Aguas, cuando considera acción constitutiva de infracción “los vertidos que puedan deteriorar la calidad del agua...” es la actividad potencialmente dañina, creadora de riesgo, sin necesidad de que ese riesgo se actualice en un daño real, concreto y cuantificable. La contravención en ilícitos de esta naturaleza es el hecho en sí de realizar vertidos contaminantes sin autorización, con independencia del daño que se produzca. Daño que, en caso de producirse, daría lugar, además, a la pertinente obligación de indemnizar. Por lo demás, la calificación de la concreta infracción ha de ser llevada a cabo por el Reglamento del Dominio Público Hidráulico aprobado por RD 849/1986 de 11 de abril, que contiene el catalogo de infracciones leves y menos graves, por lo que, tratándose los hechos sancionados de un vertido no autorizado, la calificación no puede ser otra que la de infracción menos grave, prevista en el art. 316.g) del R.D.P.H., que tipifica expresamente estos vertidos. El recurso, así, ha de ser desestimado. Cuarto.- Las costas han de ser impuestas a la parte demandante por disposición del artículo 139.1 LJCA tras la modificación operada por Ley 37/2011. VISTOS los preceptos citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación FALLAMOS Que desestimando el recurso contencioso administrativo interpuesto contra las resoluciones expresadas en el fundamento de derecho primero de esta sentencia, debemos declarar, y declaramos, dichas resoluciones ajustadas a derecho, condenando al actor expresamente en costas.

St. de 19 de mayo de 2016 sala de Sevilla, Ponente Eloy Méndez Martínez.

XII EXPROPIACIÓN FORZOSA

Utilización del método de comparación. Indemnización por demérito de la finca: criterios de determinación

Se interpone recurso contra la resolución del Jurado Provincial de Expropiación de Almería que desestimo el recurso de reposición interpuesto frente a la resolución de 15-4-2010 que fijó el valor de los bienes expropiados a Don Jose Antonio y otra, procedentes de la finca parcelaria n ° NUM000 en el seno del procedimiento expropiatorio derivado de la Obra “Proyecto de Trazado de Autopista de Peaje AP-7. Tramo Vera-Cartagena” (Clave T8-MU-9903), siendo concesionaria la entidad AUCOSTA. Alega la recurrente

en esencia que la resolución aplica injustificadamente el método de comparación de forma arbitraria e inmotivada y que el justiprecio es muy superior al previsto en el proyecto de trazado aprobado por el Ministerio de Fomento para fincas análogas, concretamente se ha fijado el precio de 3,6 euros/m², y debería acudir al método de capitalización de rentas caso de no ser posible aplicar el método de comparación. Además en la escritura de compraventa de una finca ubicada a menos de 1 km de la expropiada, figura un precio de adquisición de 1,65 euros/m². Tampoco se han tenido en cuenta las encuestas de precios de la tierra. Que se infringe la doctrina sobre la valoración del demérito de la finca como consecuencia de la aminoración de la finca, ya que la superficie de la finca es de 58.798 m² y ha sido expropiada una superficie de 7.910 m², no apreciándose daños en la parcela como consecuencia de la aminoración, ya que los dos restos de parcela están perfectamente comunicados y con acceso rodado a través del paso inferior construido bajo la autopista para la reposición del camino agrícola que discurría por el lindero o este de la parcela.

Se apoya el presente recurso en varios motivos, referido el primero de ellos a la infracción del artículo 62.1.a) de la Ley 30/1992 en relación con los artículos 9.3 y 24 de la Constitución española y 35 de la Ley de expropiación Forzosa. En concreto, estima la actora que la resolución impugnada carece de toda motivación, carencia que le ha impedido conocer las razones del acto administrativo impugnado pues "... el Jurado de Expropiación Forzosa no realiza ningún cálculo aritmético, ni utiliza fórmula alguna para obtener el precio de la tierra, obviando ofrecer cualquier tipo de información sobre las fuentes utilizadas que avalan sus precios, así como sobre los parámetros manejados por el propio Jurado que le han servido de base en la determinación final del justiprecio ". Este primer motivo debe desestimarse. Ciertamente la motivación del acuerdo impugnado es concisa; sin embargo, ello no significa que no exista motivación ni que la misma no sea suficiente como para poder conocer las razones que han llevado al Jurado a la fijación del justiprecio. Así, del citado fundamento se infiere que el Jurado ha tenido en cuenta las Hojas de Aprecio formuladas por las partes y, especialmente, la información y valoración propuesta por el Vocal Técnico Ingeniero Agrónomo tras su visita a la finca. Valoración ésta que, a su vez, se ha realizado a partir de la realidad de la finca y de su potencialidad intrínseca y extrínseca, vinculada a los factores climatológicos, edafológicos y orográficos. Esto significa que la actora ha tenido posibilidad de conocer, y por tanto, combatir, los criterios que subyacen en la resolución impugnada, debiéndose en consecuencia -y como ya hemos apuntado- desestimar esta primera alegación.

Como segundo motivo de impugnación se alega la infracción del artículo 62.2 de la Ley 30/1992 en relación con los criterios de valoración previstos en el artículo 26 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones. Entiende la actora al respecto que el Jurado ha infringido el citado precepto al no haber aplicado, para la fijación del justiprecio, el método de comparación; método éste que es el que con carácter preferente señala la Ley 6/1998 en relación al suelo no urbanizable. Entendemos que la resolución no aplica el método comparativo y que además ello es acorde a la alegación de la recurrente sobre la inexistencia de mercado. Y en este caso lo que se ha tenido en cuenta es exclusivamente factores vinculados a la potencialidad agraria de la explotación de la finca, al igual que en otros expedientes de fijación de justiprecio abiertos con motivo de la misma obra, y esta Sala ya ha observado. Aunque sin referencia expresa al método utilizado, el Jurado determina un precio de acuerdo con el método subsidiario de valoración (según la legislación invocada por las partes) ante la inexistencia de valores comparables de tal manera que el valor del suelo no urbanizable se determinaría mediante la capitalización de las rentas reales o potenciales del suelo, y conforme a su estado en el momento de la valoración, haciéndose referencia a la potencialidad intrínseca y extrínseca agronómica de la finca y atendiendo a la información aportada por el vocal técnico ingeniero agrónomo tras su visita a la finca. Por otra parte la insuficiencia de los datos extraídos de las adquisiciones en escritura pública de terrenos y de las encuestas de precios para fijar el valor real o de mercado del suelo ha sido ampliamente declarada por la jurisprudencia de nuestros tribunales. En cuanto a los segundos, señala la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, de 20 de noviembre de 2008, que “...la mera apelación a la Encuesta Media de Precios de la Tierra o a cuadros publicados a efectos del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales como factor clave de comparación (que es lo que se contenía en el recurso de reposición) resulta inadecuada, pues los valores allí recogidos no son sino valores generales por provincias que no atienden a las peculiares razones de situación -absolutamente claves a la hora de valorar una finca- u otras que puedan afectar a los terrenos; esto no quiere decir que dicha Encuesta no pueda ser tomada en cuenta, caso de ser preciso, como orientación o complemento, pero cuando hablamos de “método de comparación” nos referimos a una comparación con fincas concretas de la zona, de similares circunstancias, y no a una mera apelación a la genérica Encuesta de Precios Medios de la Tierra. En este sentido, asiste plenamente al razón al Jurado cuando, al resolver la reposición, niega que la apelación a tal Encuesta de Precios suponga la aplicación real del “método de comparación”, pues no la supone”. Y como ya decíamos aun cuando la resolución impugnada no

declara expresamente haber utilizado el método de capitalización de rentas, de la argumentación contenida en su Consideración Cuarta -y, en particular, la mención a la potencialidad intrínseca y extrínseca de la finca- se infiere que dicho método es el utilizado por el Vocal Técnico, cuyas apreciaciones han sido asumidas en el Acuerdo recurrido. Tal apreciación goza -como es sabido- de la presunción de acierto y corrección, presunción que en modo alguno ha sido combatida por la actora. Razón por la cual debe desestimarse, como anunciábamos, el presente recurso.

En cuanto al demérito de la finca debemos traer a colación la STS de 23-9-2013 que resume la jurisprudencia relativa a esta cuestión, señalando: “Como ha señalado esta Sala en la sentencia de 3 de diciembre de 2012 (recurso 1242/2010), es un principio general contenido en el artículo 1 LEF, reiteradamente proclamado por la jurisprudencia de esta Sala, que la indemnización del expediente expropiatorio debe compensar no sólo la pérdida del bien, sino asimismo los demás perjuicios o consecuencias dañosas que el propietario experimente con ocasión de la privación coactiva de la propiedad. Entre tales perjuicios se encuentra la depreciación o demérito que sufre la finca como consecuencia de la expropiación parcial, respecto de la parte no expropiada, cuya explotación, sin llegar a ser antieconómica, puede experimentar una minusvaloración en su aprovechamiento. En relación con estos casos, la jurisprudencia de esta Sala, recogida entre otras en sentencias de 9 mayo 1994 (recurso 2905/1991), 25 de noviembre de 1997 (recurso 1455/92), 17 de mayo de 1999 (recurso 12095/1991) y 26 abril 2005 (recurso 5586/2001), viene manteniendo que en los supuestos de expropiación parcial de una finca, “el demérito de la porción de finca restante, producido como consecuencia directa de la expropiación, debe ser compensado adecuadamente mediante una indemnización proporcionada al perjuicio”, habiendo señalado también la sentencia de esta Sala de 3 de octubre de 2000 (recurso 2234/1996), en un caso similar al presente en el que la expropiación de unos terrenos para la construcción de una carretera ocasionó la división en dos partes de la finca afectada, que quedaban separadas por la nueva carretera, que la indemnización por división tiene entidad propia y distinta de la que se establece en el artículo 46 LEF como consecuencia de rechazar la Administración la expropiación total de la finca afectada por resultar antieconómica su conservación. Si bien la jurisprudencia es unánime al reconocer que debe incluirse en el justiprecio la indemnización de todos los perjuicios que ocasione la expropiación, incluyendo por tanto el demérito ocasionado a la porción no expropiada, sin embargo, no existe tal unanimidad a la hora de fijar un concreto y único método de valoración del perjuicio, pues como señalan las STS de 9 de mayo

de 2001 (recurso 3689/2000) y 15 de mayo de 2001 (recurso 3399/2000), la determinación del perjuicio se deja al prudente arbitrio de los Tribunales, que suelen recurrir a la fijación de un porcentaje, normalmente sobre el valor de la parte no expropiada de la finca, pero sin que pueda considerarse ilícito que el Tribunal aplique el porcentaje sobre el valor de la parte expropiada, pues como se ha dicho, la LEF no predetermina un método de cálculo, siendo lo verdaderamente esencial el establecimiento de una indemnización proporcionada al perjuicio real. Así resulta de las dos STS que acabamos de citar, que establecen: 4...lo que la LEF (art. 46) previene es únicamente esto: que “se incluirá en el justiprecio la indemnización por los perjuicios que se produzcan a consecuencia de la expropiación parcial de la finca», pero no establece método alguno para calcular el monto de esa indemnización. Ha sido la jurisprudencia la que ha creado ese método de aplicar un porcentaje cuya determinación se deja al prudente arbitrio (arbitrio decimos, no arbitrariedad) del Tribunal. Y en uso de esa libertad estimativa los porcentajes aplicados pueden ser -y de hecho han sido- muy variados. Por ejemplo: el 12,25% (STS de 22 de marzo de 1993), el 25% (STS de 16 de noviembre de 1984 y STS de 19 de noviembre de 1997), el 50% (STS, de 20 de abril de 1983), e incluso el 90% (STS de 12 de diciembre de 1984). Por lo que hace a la superficie sobre la que ese porcentaje ha de girarse, suele ser la de la parte de finca no expropiada. E incluso, nuestra Sala tiene dicho que ésa es la fórmula más adecuada (así en la STS de 22 de marzo de 1993). Sin embargo, y precisamente porque la ley no impone un concreto método para valorar el demérito, lo verdaderamente esencial es que se reconozca «una indemnización proporcionada al perjuicio real» (como dice la STS de 19 de noviembre de 1997). Y porque esto es así, y porque la ley no establece ningún otro límite al ejercicio de la potestad estimativa del juzgador, es perfectamente lícito que, atendiendo a las circunstancias del caso, el Tribunal decida girar el porcentaje que ha tomado sobre el valor de la superficie expropiada, en vez de girarlo sobre el valor de la superficie sobrante. A la vista de lo anterior, no cabe apreciar la infracción de la jurisprudencia que denuncia la parte recurrente, pues como se ha visto esta Sala estima procedente, a efectos de la cuantificación de los perjuicios ocasionados por la expropiación parcial o por la división de la finca, el método empleado por la sentencia impugnada de aplicar un porcentaje sobre el valor de la parte de la finca no expropiada, siendo lo relevante en el establecimiento de esta indemnización que la misma sea proporcionada al perjuicio real. El artículo 46 del Reglamento de Expropiación Forzosa establece, en los casos de los perjuicios a que se refiere el artículo 46 LEF que sean consecuencia de la expropiación parcial de la finca, que la indemnización en ningún caso podrá ser igual o superior a la que la Administración habría debido satisfacer de

haber expropiado la totalidad de la finca de que se trate, pues ello significaría equiparar dichos perjuicios con la privación del derecho de propiedad, pero en este caso ya hemos visto que tales límites no se superan, pues la indemnización por expropiación parcial y división de la finca se fijó en un 25% del valor de los terrenos...”. Procede en este caso valorar la depreciación de superficie restante y no es suficiente decir para omitir su valoración genéricamente, que no se aprecian daños económicos por consecuencia de la minoración ni por lo ya expuesto, que la expropiada no solicitó la expropiación total de la finca, no siendo excesivo el porcentaje aplicado del 15% sobre el precio del suelo restante. Y no es exigible, para que sea procedente resarcir el demérito derivado de la expropiación parcial, ni que se solicite la expropiación total ni que se acredite que la explotación de la parte restante es antieconómica. Así lo ha declarado el Tribunal Supremo en sentencia, entre otras, de 27 de abril de 2015 en la que, transcribiendo el criterio contenido en las anteriores de 27 de febrero de 2013 y 6 de mayo de 2013, señala que “...la expropiación parcial de una finca puede originar otros perjuicios para el propietario que también deben ser indemnizados. Estos supuestos, en principio, no guardan relación con los supuestos contemplados en los artículos 23 y 46 de la LEF, pues operan al margen de que la parte no expropiada resulta antieconómica. Se producen cuando la expropiación parcial disminuye el valor de la parte no expropiada. Estos daños y perjuicios no son incardinables propiamente en la previsión del art. 46 de la LEF sino en la obligación general de indemnizar por todos los perjuicios que le cause la expropiación, contenido en el art. 33.3 de la CE y en el art. 1º de la LEF, aunque alguna sentencia ha entendido que eran incluíbles dentro de la previsión contenida en el artículo 46 de la LEF. De forma que cuando el rendimiento económico del resto no expropiado, sin resultar antieconómico, se ve disminuido como consecuencia de la división o expropiación parcial de la finca también tiene que ser indemnizado”. Procede la desestimación del recurso contencioso administrativo interpuesto. A tenor del artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y no apreciándose la concurrencia de circunstancias de especial relieve, no ha lugar a la expresa condena en costas. Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación, la Sala dicta el siguiente

FALLO Que debemos desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de AUTOPISTA frente a la resolución del Jurado Provincial de Expropiación de Almería que desestimó el recurso de reposición interpuesto frente a la resolución de 15-4-2010 que fijó el valor de los bienes expropiados a Don José Antonio y otra, procedentes de la finca parcelaria nº NUM000 en el seno del procedimiento expropiatorio derivado de la Obra “Proyecto de Trazado

de Autopista de Peaje AP-7. Tramo Vera-Cartagena” (Clave T8-MU-9903), siendo concesionaria la entidad.

St. de 31 de mayo de 2016. Sala de Granada Sección Ponente: Beatriz Galindo Sacristán

XII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

Valoraciones. Costas. Hay cuestiones que no puede ser articuladas en el proceso de revisión de justiprecio sino que deben referirse al procedimiento expropiatorio.

Se impugna en el presente proceso el acuerdo de la Comisión Provincial de Valoraciones de Huelva, en sesión celebrada el día 23 de abril de 2014, confirmado en reposición por otro ulterior cuya fecha no figura en el acuerdo, fijando en la cantidad de 1.548,81 €, el justiprecio correspondiente a la expropiación por la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo de la Junta de Andalucía, siendo beneficiaria la entidad E para la ejecución del proyecto “Línea eléctrica aérea a 66 KV D/S E/S en subestación Moleona desde la línea aérea S/C Riotinto, Dehesa, Embalse Presur en el término municipal de Aracena y Puerto Moral”, del pleno dominio en 29 m² de extensión, constitución de servidumbre de paso y ocupación temporal de la finca n^o NUM000, identificada catastralmente como parcela NUM001 polígono NUM002 de Aracena. 2

En la demanda se articula una doble pretensión. Por un lado se solicita que el poste ubicado en su finca para llevar la línea eléctrica a la subestación transformadora sea retirado y en su lugar se ubique a lo largo de la pared de la finca colindante con la finalidad de no imposibilitar el uso del resto de la finca. La desestimación de una pretensión de tal naturaleza deriva, al margen de la no aportación de elementos probatorios acreditativos de que esa solución alternativa fuera posible y razonable, del impedimento inicial de que la misma no puede ser articulada al amparo de un proceso cuyo objeto es la impugnación del acuerdo de fijación de justiprecio. Es a lo largo del procedimiento expropiatorio, en fase de aprobación del correspondiente proyecto técnico, el momento de efectuar las correspondientes alegaciones en pro de una solución alternativa y cuyo no acogimiento podría dar lugar a su impugnación, pero nunca en la pieza de justiprecio. La segunda pretensión es la de que el justiprecio se incremente hasta alcanzar los 147.987 € y ello al considerar la expropiada que la Comisión Provincial de Valoraciones ha incurrido en un error al valorar el suelo expropiado como rústico cuando en realidad se trata de suelo urbanizable sectorizado identificado como área

PP12A, Ampliación de “La Moleona”, siendo su uso industrial, circunstancia que ya puso de relieve al recurrente al formular alegaciones al levantamiento del acta de ocupación y se acreditaría con cédula urbanística que acompaña con la demanda. Es indudable la trascendencia de la clasificación y uso del suelo a fin de la valoración del mismo. En este aspecto cuestión fundamental es la de determinar a qué momento hay que referir la valoración y la concreta clasificación y calificación urbanística del suelo en esa fecha. En este sentido el art. 36 LEF obliga a valorar el suelo conforme a su situación a la fecha de inicio del expediente de justiprecio, o lo que es lo mismo, a la fecha del requerimiento para la presentación de hoja de aprecio. Por lo tanto no es, como erróneamente indica el órgano de valoración, al momento del levantamiento del acta de ocupación, pero tampoco puede ir referido, como pretende la actora, a una fecha posterior a la ya indicada del inicio de expediente de justiprecio. Precisamente la presencia de esta última circunstancia es la que determina la desestimación de la demanda en cuanto que la presentación de la hoja de aprecio de la expropiada data de 20 de noviembre de 2012. Así, ya en el propio informe suscrito por Ingeniero Técnico Agrícola, acompañando a su hoja de aprecio, se indica que el suelo se identifica como de uso industrial para la ampliación del polígono industrial “La Moleona”, dentro del área PP12A, en el marco de un PGOU cuya aprobación definitiva está prevista dentro de un año y que, en realidad, no tuvo lugar hasta el 7 de mayo de 2014, con publicación oficial el 19 de junio de 2014, es decir, incluso con posterioridad a la fecha en que la Comisión Provincial de Valoraciones dictó su acuerdo de fijación del justiprecio. Hay que estar a la clasificación del suelo afectada a la fecha de requerimiento de aportación de la hoja de aprecio, o la de presentación de la misma dado que no figura la del requerimiento, y en ese momento nos encontramos ante un suelo rural, en particular de olivar secano, y cuya valoración, de conformidad con el art. 23 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo, se calculará mediante la capitalización de la renta anual real o potencial, la que sea superior, siendo éste el método de valoración seguido por la Comisión Provincial de Huelva y que no ha sido en sus conclusiones cuestionado por la expropiada al limitarse ésta a instar un mayor valor sobre la errónea base de una distinta clasificación del suelo.

No proceda la imposición de costas a ninguna de las partes por cuanto, no obstante la íntegra desestimación de la demanda, el acuerdo impugnado también contiene un error en el hecho determinante de la fijación del momento al que debe ir referido la valoración del bien expropiado, tal y como se indica en el fundamento jurídico anterior.

St. de 28 de marzo de 2016. Sala de Sevilla Ponente D. José Ángel Vázquez García.

XIII FUENTES

Decreto-Ley reducción de retribuciones en aplicación del Real Decreto Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público. No procede cuestión de inconstitucionalidad. Examen de la extraordinaria y urgente necesidad.

El recurso se interpone contra Resolución del Ministerio de Trabajo e Inmigración que acuerda declarar inadmisibile el recurso de reposición interpuesto por la actora contra la nómina del mes de julio de 2010; nómina en las que se refleja la reducción de sus retribuciones en aplicación del Real Decreto Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público.

En el Escrito de demanda, solicita el actor que por este Tribunal se plantee la cuestión de inconstitucionalidad del Real Decreto Ley 8/2010 y, caso de ser declarada dicha inconstitucionalidad, se estime el recurso contencioso administrativo y se condene a la Administración demanda a restituir las cantidades indebidamente impagadas. Se apoya el recurso en varios motivos, referidos todos ellos a la vulneración -por parte del Real Decreto ley 8/2010- de determinados preceptos constitucionales.

El recurso debe ser desestimado pues todos y cada uno de los motivos esgrimidos han sido ya enjuiciados por el Tribunal Supremo en recursos prácticamente idénticos al que nos ocupa. Así, en sentencias -entre otras- de 30 de enero, 12 de marzo y 1 de junio (todas ellas de 2012), el Alto Tribunal, apoyándose en distintos autos del Tribunal Constitucional en los que se ha inadmilito la cuestión de inconstitucionalidad elevada por distintos juzgados y tribunales, ha desestimado todos y cada uno de los argumentos en que apoya su pretensión el recurrente. Por tal razón, procedemos aquí a reproducir el contenido de la sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de junio de 2012, en la que se da cumplida respuesta a las distintas cuestiones planteadas:

“... en cuanto a la alegada vulneración del Art. 37.1 CE podemos citar los autos 85, 101 a 106, 109 a 115 y 179, todos de 2011, en los que el Tribunal Constitucional ha excluido que el Real Decreto-Ley 8/2010 afecte en términos prohibidos por ese precepto al derecho a la negociación colectiva reconocido en el su artículo 37. En el auto 115/2011 señala que:«(...) del art. 37.1 CE no emana ni deriva la supuesta intangibilidad o inalterabilidad del

convenio colectivo frente a la norma legal, incluso aunque se trate de una norma sobrevenida” puesto que “en virtud del principio de jerarquía normativa, es el convenio colectivo el que debe respetar y someterse no sólo a la ley formal, sino, más genéricamente, a las normas de mayor rango jerárquico y no al contrario”. En consecuencia, “los preceptos legales cuestionados no suponen una ‘afectación’ en el sentido constitucional del término, del derecho a la negociación colectiva reconocido en el art. 37.1 CE, en cuanto ni regulan el régimen general de dicho derecho, ni la intangibilidad del convenio colectivo se configura como uno de sus elementos esenciales, por lo que no han franqueado el límite material que al Decreto-ley impone el art. 86.1 CE de no afectar a los derechos, deberes y libertades del título I CE».

En cuanto a la alegada vulneración por el Real Decreto-Ley del artículo 86.1 CE el Tribunal Constitucional en los autos 179 y 184/2011) ha convalidado el uso de un Real Decreto-Ley, confirmado la concurrencia del presupuesto de la extraordinaria y urgente necesidad, exigido por el artículo 86.1 de la Constitución, diciendo que: «(...) por lo que se refiere a las dudas del órgano judicial relativas al pretendido carácter no imprevisible o sobrevenido de la situación económica a la que el Real Decreto-ley 8/2010 trata de dar respuesta, baste señalar que, al margen de que nada impide, claro está, que una determinada situación extraordinaria que se hubiera producido en el pasado pueda volver a presentarse, demandando de nuevo -incluso con mayor motivo- una respuesta urgente mediante las medidas que se aprecien como necesarias, como ha señalado este Tribunal en diversas ocasiones la valoración de la extraordinaria y urgente necesidad de una medida puede ser independiente de su imprevisibilidad e, incluso, de que tenga su origen en la previa inactividad del propio Gobierno siempre que concurra efectivamente la excepcionalidad de la situación, pues ‘lo que aquí debe importar no es tanto la causa de las circunstancias que justifican la legislación de urgencia cuanto el hecho de que tales circunstancias efectivamente concurren’ (SSTC 11/2002, de 17 de enero, FJ 6 ; y 68/2007, de 28 de marzo, FJ 8, por todas), que es justamente lo que resulta acreditado en el presente caso.

En consecuencia, que la gravísima situación económica en general y de las finanzas públicas en particular pudiera haberse previsto de alguna manera por la Unión Europea desde unos meses antes, o que el Gobierno pudiera haber adoptado ya medidas al respecto cuando remitió a las Cortes los presupuestos generales del Estado para 2010, constituyen hipótesis que, aun cuando fueren ciertas, no tienen por qué afectar a la constatación de la existencia unos meses más tarde de una situación de extraordinaria y urgente necesidad que legitima la adopción de medidas urgentes para hacer frente a la misma, como

las contenidas en el art. 1 del Real Decreto-ley 8/2010.

En fin, cabe señalar que tampoco concurren razones para dudar de la existencia de la necesaria conexión exigida por nuestra doctrina entre la situación de extraordinaria y urgente necesidad de reducción del déficit público definida y las medidas que el Real Decreto-ley 8/2010 adopta para afrontarla, en particular la reducción de la masa salarial del sector público en un 5 por 100 en términos anuales, máxime desde la perspectiva que nos otorga en estos momentos el conocimiento de la evolución de la situación, en España y en otros países de la Unión Europea, dado el tiempo transcurrido desde la aprobación del Real Decreto- ley 8/2010.”

En suma, por lo expuesto, hemos de rechazar que el Real Decreto-ley 8/2010 haya excedido los límites impuestos por el art. 86.1 CE en lo que se refiere al requisito del presupuesto habilitante».

Por lo que hace a las alegaciones relativas a la infracción del artículo 134 de la Constitución, se impone su rechazo, -con lo que decaen igualmente las relativas a los preceptos del Reglamento del Congreso de los Diputados invocados por la demanda- siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional. Al respecto se manifiestan expresamente los autos 179 y 184/2011). En términos de este último:«(...) aunque en la parte dispositiva del Auto de planteamiento de la cuestión no se alude a la supuesta infracción del art. 134 CE por el Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, sí lo hace en la fundamentación del mismo, considerando el órgano judicial que la Ley de presupuestos no puede modificarse mediante decreto-ley porque el art. 134 CE exige que los presupuestos se aprueben mediante una ley ordinaria, que tiene la consideración en la doctrina constitucional de “ley singular”. Pues bien, esta duda de constitucionalidad resulta, asimismo, notoriamente infundada, por las razones que ya indicamos en el ATC 179/2011, FJ 8, al que ahora procede remitirse y en el que consideramos que “[l]a medida de reducción de la cuantía global de las retribuciones de los empleados públicos que introduce el art. 1 del Real Decreto-ley 8/2010, modificandolos preceptos correspondientes de la Ley 26/2009, de presupuestos generales del Estado para 2010, no vulnera el art. 134 CE, pues no invade materia reservada a la ley de presupuestos generales del Estado».

En lo relativo a la vulneración de los arts. 14 y 31 CE por el RDL 8/2010, el Tribunal Constitucional ha negado que infrinja dichos preceptos. Los argumentos del Auto 184/2001 que sustentan su juicio son éstos: « (...) el Juzgado promotor de la presente cuestión entiende que la reducción de retribuciones de los empleados públicos impuesta por el Real Decreto-ley 8/2010 afecta

al derecho reconocido en el art. 33 CE por cuanto considera que tiene carácter expropiatorio de un derecho adquirido como sería la percepción de una determinada cuantía del salario futuro. Reducción de retribuciones que sería, además, discriminatoria y contraria al art. 14 CE. Por ambas razones considera que resulta infringido el art. 86.1 CE en cuanto prohíbe que los Decretos-leyes puedan afectar a derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I CE. Pues bien, el Real Decreto-ley cuestionado no “afecta” a los derechos reconocidos en los arts. 14 y 33 CE, en el sentido que a dicha expresión ha dado la doctrina constitucional como límite material negativo del art. 86.1 CE ya que, como ha recordado muy recientemente el Tribunal en el citado ATC 179/2011, de 13 de diciembre, FJ 8 indicando que “lo que le está vedado al Decreto-ley es la regulación del ‘régimen general de los derechos, deberes y libertades del título I CE’ o que ‘vaya en contra del contenido o elementos esenciales de alguno de tales derechos’” (STC 111/1983, de 2 de diciembre, FJ 8, doctrina que se reitera en las SSTC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 7 ; 137/2003, de 3 de julio, FJ 6 ; 108/2004, de 30 de junio, FJ 7 ; y 189/2005, de 7 de julio, FJ 7, por todas).

Igualmente por remisión a lo ya decidido en el citado ATC 179/2011, de 13 de septiembre, procede descartar la duda de constitucionalidad planteada en cuanto a la pretendida vulneración del art. 33 CE en cuanto que el Real Decreto-ley 8/2010 recortaría derechos económicos adquiridos de los funcionarios públicos reconocidos para toda la anualidad presupuestaria por la Ley 26/2009 de presupuestos generales del Estado para 2010. En efecto, como ya señalamos en el ATC 179/2011, FJ 7 c) “tal argumento carece de fundamento, por cuanto la reducción de retribuciones impuesta por el art. 1 del Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, mediante la modificación de los arts. 22, 24 y 28 de la Ley 26/2009, de presupuestos generales del Estado para 2010, lo es con efectos de 1 de junio de 2010 respecto de las retribuciones vigentes a 31 de mayo de 2010, esto es, afecta a derechos económicos aún no devengados por corresponder a mensualidades en las que aún no se ha prestado el servicio público y, en consecuencia, no se encuentran incorporados al patrimonio del funcionario, por lo que no cabe hablar de derechos adquiridos de los que los funcionarios hayan sido privados sin indemnización (art. 33.3 CE), ni de una regulación que afecta retroactivamente a derechos ya nacidos”. Y con respecto a la pretendida afectación a un derecho adquirido de los funcionarios y empleados públicos indicamos que “conviene recordar al respecto que, como advertimos en la STC 99/1987, de 11 de junio, FJ 6 a), resulta inapropiado el intento de aplicar la controvertida teoría de los derechos adquiridos en el ámbito estatutario, toda vez que ‘en el campo de

la relación funcional, el funcionario adquiere y tiene derechos subjetivos que la ley ha de respetar... Pero una cosa es o son esos derechos y otra la pretensión de que aparezcan como inmodificables en su contenido concreto. El funcionario que ingresa al servicio de la Administración pública se coloca en una situación jurídica objetiva, definida legal y reglamentariamente y, por ello, modificable por uno u otro instrumento normativo de acuerdo con los principios de reserva de ley y de legalidad, sin que, consecuentemente, pueda exigir que la situación estatutaria quede congelada en los términos en que se hallaba regulada al tiempo de su ingreso..., porque ello se integra en las determinaciones unilaterales lícitas del legislador, al margen de la voluntad de quien entra al servicio de la Administración, quien, al hacerlo, acepta el régimen que configura la relación estatutaria funcional (art. 103.3 CE).

Por ello no cabe sino concluir que “la reducción de las retribuciones no devengadas de los empleados públicos, cuando concurra una situación de extraordinaria y urgente necesidad derivada de una alteración sustancial en las circunstancias económicas, es una decisión que puede ser legítimamente adoptada mediante la figura del decreto-ley”. [ATC 179/2011, FJ 7 c)].

Además, tampoco se aprecia la alegada lesión del art. 14 CE porque la reducción de las retribuciones de los empleados públicos que realiza el real decreto-ley cuestionado se haga de manera “discriminatoria”, como afirma el Auto de planteamiento, ya que no se indica que preceptos producen la aducida lesión ni tampoco porqué motivo o respecto de qué colectivos, con lo que no es posible realizar el enjuiciamiento solicitado».

Y en cuanto a la imputada vulneración del art. 31 de la CE por el RDL cuestionado, también existe rechazo explícito del Tribunal Constitucional en el auto 180/2001 con estos razonamientos :

«Entiende asimismo el Juzgado proponente de la cuestión que la reducción de retribuciones impuesta por el Real Decreto-ley 8/2010 (y por extensión la Ley de la Comunidad de Extremadura 6/2010) vulnera la reserva de ley establecida en el art. 31 CE, porque la verdadera naturaleza de esta medida es la de una prestación patrimonial de carácter público, determinada con arreglo a la capacidad económica de los funcionarios, de alcance progresivo, que supone en la práctica la creación de un impuesto encubierto (que tendría, además, un alcance casi confiscatorio, al incidir sobre derechos adquiridos y gravar por segunda vez las rentas de trabajo del empleado público).

Esta duda de constitucionalidad del órgano judicial carece por completo de fundamento, puesto que, como acertadamente señala el Fiscal General del Estado, la reducción de retribuciones de los empleados públicos impuesta

por el Real Decreto-ley 8/2010 (y aplicada en Extremadura por la Ley 6/2010) no configura un tributo encubierto, por cuanto no establece un hecho imponible al que se anude una obligación de contribuir, de acuerdo con el deber constitucional de los ciudadanos de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, por lo que no cabe considerar que se haya producido lesión alguna de lo dispuesto en el art. 31 CE. Obvió es que la reducción de retribuciones cuestionada es una medida dirigida a la contención de los gastos de personal que afecta a la partida de gastos del presupuesto de las distintas Administraciones públicas, no al presupuesto de ingresos, mientras que para los empleados públicos significa la percepción de retribuciones en cuantía inferior a la anteriormente percibida, que nada tiene que ver con la obligación de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos mediante el pago de tributos configurados mediante ley (art. 31.3 CE) conforme a los principios establecidos en el art. 31.1 CE, en contra de lo afirmado con argumentos sofisticados por el órgano judicial promotor de la presente cuestión».

En lo relativo a la vulneración del art. 35 CE, procede también su rechazo. En primer lugar el recurrente no argumenta ni razona cómo y en que medida la reducción salarial puede afectar a ese derecho, que, en su caso, y en lo que respecta a la cuestión suscitada en el proceso sería en relación con la “remuneración suficiente”, siendo este concepto el que hipotéticamente pudiera ser concernido. Y no cabe dar por sentado sin una argumentación singularizada al respecto que la reducción del salario pueda suponer sin más que el salario reducido pueda calificarse de insuficiente, a los efectos de poder poner en juego en la impugnación de la norma que obliga a la reducción el art. 35.1 CE.

Pero es que además, como indica el Letrado de las Cortes en su oposición, en el ámbito de la función pública no cabe acudir como norma rectora, al art. 35 CE, pues la normativa aplicable es el art. 103.3 CE. Así lo tiene dicho el Tribunal Constitucional en su sentencia 178/1989, de 2 de noviembre, F.D. 8, con invocación en esta de otras anteriores en que se dice:

«En primer lugar, conviene recordar que este Tribunal ha señalado - STC 108/1986, fundamento jurídico 21- que la aplicación del art. 35.1 de la Constitución al ámbito de la función pública, que tiene una regulación específica en la Norma fundamental, «no puede hacerse de forma automática». Doctrina esta que ha sido posteriormente reiterada, en términos aún más precisos, al declarar que «el campo de aplicación del derecho al trabajo en la Función Pública está regulado en el art. 103.3 de la Norma fundamental y no en el 35» (STC 99/1987, fundamento jurídico 6.o).

El derecho al trabajo no es vulnerado o menoscabado por el hecho de que para su ejercicio -en concreto, en el ámbito de la función pública entendida en sentido amplio- se impongan por el legislador determinados requisitos o limitaciones para garantizar la consecución de determinados objetivos fijados en la propia Constitución».

Según hemos visto, el propio Tribunal Constitucional ha afrontado directamente todos los argumentos que se han hecho valer en la demanda y ha confirmado la improcedencia de fundamentar en ellos pretensiones dirigidas a sostener la inconstitucionalidad del Real decreto-Ley 8/2010, incluido el relativo a la infracción de la seguridad jurídica, pues la demanda lo esgrime en relación con el carácter de derechos consolidados que atribuye a los derivados del acuerdo de 29 de septiembre de 2009 y de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2010. Seguridad jurídica que para la demanda conlleva la seguridad económica y también la seguridad tributaria, dada la naturaleza de la medida adoptada, que impide cambiar el régimen de los impuestos de declaración anual en medio del ejercicio, pues las personas planifican anticipadamente sus posibilidades de tributación y de ahorro fiscal para todo el año.

Es evidente que de las consideraciones expuestas en los razonamientos jurídicos de los autos que hemos recogido, en particular, de los referentes a los derechos adquiridos, se desprende sin dificultad que el Real Decreto-Ley 8/2010 no ha vulnerado el principio de seguridad jurídica”.

A tenor del artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y no apreciándose la concurrencia de circunstancias de especial relieve, no ha lugar a la expresa condena en costas.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación, la Sala dicta el siguiente

FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de D^a Adela contra Resolución del Ministerio de Trabajo e Inmigración que acuerda declarar inadmisibile el recurso de reposición interpuesto por la actora contra la nómina del mes de julio de 2010; nómina en las que se refleja la reducción de sus retribuciones en aplicación del Real Decreto Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público y en consecuencia, se confirma dicha Resolución por ser ajustada a Derecho.

Sin especial pronunciamiento sobre condena en costas.

St. de 31 de mayo de 2016. Sede de Granada. Ponente: Beatriz Galindo Sacristán

XIV HACIENDA PÚBLICA

Impuesto de sociedades. Deducibilidad de dietas y trabajos para terceros. Pruebas y presunciones.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Se recurre el acuerdo del TEARA, recaído en las reclamaciones 41/7924/2010 y acumulada, por el que se desestima reclamación económica administrativa formulada por la actora contra acuerdos dictados por la Dependencia Regional de Inspección Financiera y Tributaria de Andalucía de la 2 Agencia Estatal de la Administración Tributaria por los que se practicaron liquidaciones del Impuesto sobre Sociedades de los ejercicios 2003 y 2004. La cuestión sometida a nuestra consideración consiste en decidir acerca de dos cuestiones. En primer lugar respecto de determinadas dietas abonadas a los trabajadores de la empresa y, en segundo lugar, los gastos por servicios prestados por terceras personas.

Respecto de las dietas, la actora pretende su deducción en base a: a) Estar contempladas en el convenio, y en consecuencia, estar obligada a su abono. b) Se encuentran declaradas en el modelo 190. c) Constar en las nóminas. d) Aportar la justificación bancaria de su pago. Sin embargo la Administración rechaza que estas pruebas sean de la entidad suficiente como para acreditar el abono de las dietas, cuya deducibilidad se pretende.

Nosotros sin embargo hemos de mostrarnos de acuerdo, en lo que a la deducibilidad de las dietas se refiere, con lo sostenido en la demanda, por cuanto si bien el Convenio por sí solo no puede considerarse prueba suficiente de su abono, tal hecho unido al resto de los mas arriba mencionados, nos conduce a declarar probado que efectivamente las dietas cuestionadas fueron satisfechas. Así, la objeción que se hace al modelo 190 por la Administración no podemos compartirla, puesto que el hecho de no haberse justificado ni declarado con anterioridad al resumen anual, en absoluto supone prueba de su no abono, máxime si, como veremos, existen otras pruebas que si lo acreditan. Y desde luego lo que no es admisible es que, tal como se sostiene en la contestación a la demanda, sea determinante para no considerar el contenido del modelo 190 como prueba el hecho de que no hayan sido objeto de retención, puesto que precisamente por ello es por lo que han de ser consideradas como dietas. Asimismo consideramos que constituye un contrasentido en el discurrir de la Administración cuando afirma que el hecho de que las firmas

se encuentren firmadas por los trabajadores indican el abono en metálico, mientras que posteriormente proceda a analizar las transferencias efectuadas, para concluir en que no coinciden con estas. Tal como señala la demanda, la no coincidencia de las transferencias con las nóminas se debe a que en estas se consigna el sueldo bruto, mientras que en la transferencia se realiza por el neto, tras las oportunas deducciones y ninguna trascendencia tiene, a los efectos que tratamos, que las algunas nóminas se encuentren firmadas por trabajadores distintos a los consignados en las mismas. Así pues no podemos compartir lo que se dice en el acta de las nóminas no acreditan por si solas la realidad del gasto, puesto que no ha sido este el único elemento de prueba aportado, sino que se debió valorar desde la perspectiva del resto de la prueba que estamos analizando. Por todo ello procede estimar la demanda en lo que hace a la deducibilidad de las dietas.

Distinta suerte ha de correr lo referente a los trabajos efectuados por terceras personas, por cuanto, contra lo que se dice en la demanda, la Administración no se basa exclusivamente en las manifestaciones de estas personas en el sentido de que dichos trabajos no se llevaron a cabo, sino que existen otros elementos, como se recogen en la resolución recurrida, a los que la demanda hace caso omiso. Pero es mas, aún siendo cierto que hay dos personas, de las seis que manifiestan que no prestaron los servicios que se consignan en las facturas, que eran socios de R. S.L. Y que por desavenencia con los actuales socios, existe animadversión acreditada en el hecho de que fueron estos socios los que denunciaron a la sociedad ante la Inspección, lo cierto es que respecto del testimonio de las otras cuatro personas la demanda guarda el mas absoluto silencio, limitándose a poner de manifiesto las desavenencias societarias y animadversión solo respecto de dos. Así las cosas hemos de concluir en la existencia de prueba suficiente, por lo que hemos de rechazar la demanda y confirmar el criterio de la Administración en lo que a este aspecto se refiere.

Procede la estimación parcial del presente recurso interpuesto contra la resolución que se dice en los antecedentes de esta sentencia, en el sentido de dejar sin efecto la misma en lo que a la deducibilidad de las dietas referidas en la demanda, confirmándose en cuanto al resto.

De acuerdo con el criterio del vencimiento establecido por el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no procede hacer expresa imposición de las costas.

FALLAMOS: Estimamos parcialmente el presente recurso interpuesto contra la resolución que se dice en los antecedentes de esta sentencia, en el sentido de dejar sin efecto la misma en lo que a la deducibilidad de las dietas se refiere, confirmándose en cuanto al resto, sin costas.

St. de 28 de marzo de 2016. Sala de Sevilla ponente Heriberto Asensio Cantisan.