

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía¹

VIII. CULTURA, EDUCACIÓN Y PATRIMONIO HISTÓRICO

Centros concertados. Denegación de acceso. Doctrina general. Enseñanza mixta. Gestión de inconstitucionalidad pendiente; medidas cautelares

El sistema de enseñanza mixta, en el caso de los centros concertados, es una manifestación o faceta más de la competencia sobre la admisión del alumnado que corresponde a la Administración educativa que financia dichos centros concertados; esto es, forma parte de esa intervención estatal que limita el derecho de dirección en los centros privados que reciben ayudas públicas en virtud del art. 27.9 CE”

“Constituye el objeto del presente recurso la Orden de 27 de febrero de 2014 de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía, por la que se acuerda:

“1. Denegar el acceso al régimen de conciertos educativos al centro docente privado “Elcható”, código 41000465, de Brenes (Sevilla) , que dejó de ser un centro concertado en el curso 2013/2014, para las enseñanzas y unidades que se relacionan en el anexo I de la presente Orden, a partir del curso académico 2014/15, por no cumplir con lo establecido en el artículo 14 de la Constitución Española y en el artículo 84.3 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación , en lo que se refiere a la no discriminación por razón de sexo, puesto que al no tratarse de un establecimiento que ofrezca facilidades equivalentes de acceso a la enseñanza al alumnado de sexo masculino, no cumple lo establecido en el artículo 2 de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, aprobada por la Conferencia General de la Unesco el 14 de diciembre de 1960, y, además, por no dar cumplimiento efectivo a lo dispuesto en el artículo 4, apartados 5 y 13 de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre , para la Promoción de la Igualdad de género en Andalucía, al no comprometerse a escolarizar alumnos de ambos sexos.

¹ Subsección preparada por JOSÉ LUIS RIVERO YSERN.

2. Asimismo, se deniega el acceso al régimen de conciertos educativos solicitado, para las unidades que se indican en el citado Anexo I, por no cumplir con el requisito de satisfacer necesidades de escolarización, teniendo en cuenta igualmente, las disponibilidades presupuestarias.

Dicho acto se impugna por los siguientes motivos: Por vulnerar el art. 84.3 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, en la nueva redacción dada por la L.O. 8/2013, de 9 diciembre de 2013, para la mejora de la calidad educativa, y vigente desde 30 de diciembre de 2013. Según dicho precepto: “En ningún caso habrá discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

No constituye discriminación la admisión de alumnos y alumnas o la organización de la enseñanza diferenciadas por sexos, siempre que la enseñanza que impartan se desarrolle conforme a lo dispuesto en el art. 2 de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 14 de diciembre de 1960.

En ningún caso la elección de la educación diferenciada por sexos podrá implicar para las familias, alumnos y alumnas y centros correspondientes un trato menos favorable, ni una desventaja, a la hora de suscribir conciertos con las Administraciones educativas o en cualquier otro aspecto. A estos efectos, los 3 centros deberán exponer en su proyecto educativo las razones educativas de la elección de dicho sistema, así como las medidas académicas que desarrollan para favorecer la igualdad”.

Dispone el artículo 1 de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, adoptada el 14 de diciembre de 1960 por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la educación, la ciencia y la cultura, “se entiende por «discriminación» toda distinción, exclusión, limitación o preferencia fundada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica o el nacimiento, que tenga por finalidad o por defecto destruir o alterar la igualdad de trato en la esfera de la enseñanza y, en especial:

- a) Excluir a una persona o a un grupo del acceso a los diversos grados y tipos de enseñanza.
- b) Limitar a un nivel inferior la educación de una persona o de un grupo.
- c) A reserva de lo previsto en el art. 2 de la presente Convención, instituir o mantener sistemas o establecimientos de enseñanza separados para personas o grupos;
- d) Colocar a una persona o a un grupo en una situación incompatible con la dignidad humana.

2. A los efectos de la presente Convención, la palabra «enseñanza» se refiere a la enseñanza en sus diversos tipos y grados, y comprende el acce-

so a la enseñanza, el nivel y la calidad de ésta y las condiciones en que se da.

Según su artículo 2: “En el caso de que el Estado las admita, las situaciones siguientes no serán consideradas como constitutivas de discriminación en el sentido del art. 1 de la presente Convención:

a) La creación o el mantenimiento de sistemas o establecimientos de enseñanza separados para los alumnos sexo masculino y para los de sexo femenino, siempre que estos sistemas o establecimientos ofrezcan facilidades equivalentes de acceso a la enseñanza, dispongan de un personal docente igualmente calificado así como de locales escolares y de un equipo de igual calidad y permitan seguir los mismos programas de estudio o programas equivalentes.

b) La creación o el mantenimiento, por motivos de orden religioso o lingüístico, de sistemas o establecimientos separados que proporcionen una enseñanza conforme a los deseos de los padres o tutores legales de los alumnos, si la participación en estos sistemas o la asistencia a esos establecimientos es facultativa y si la enseñanza en ellos proporcionada se ajusta a las normas que las autoridades competentes puedan haber fijado o aprobado, particularmente para la enseñanza del mismo grado.

c) La creación o el mantenimiento de establecimientos de enseñanza privados, siempre que la finalidad de estos establecimientos no sea la de lograr la exclusión de cualquier grupo, sino la de añadir nuevas posibilidades de enseñanza a las que proporciona el poder público, y siempre que funcionen de conformidad con esa finalidad, y que la enseñanza dada corresponda a las normas que hayan podido prescribir o aprobar las autoridades competentes, particularmente para la enseñanza del mismo grado”.

Añade la recurrente que, por tanto, “la facilidad equivalente de acceso tiene que ser ofrecida por los sistemas educativos o por los establecimientos”, alternativamente.

También cita la recurrente el art. 116.1 de la Ley Orgánica 2/2006, en la nueva redacción dada por la L.O. 8/2013: “Los centros privados que ofrezcan enseñanzas declaradas gratuitas en esta Ley y satisfagan necesidades de escolarización, en el marco de lo dispuesto en los arts. 108 y 109 , podrán acogerse al régimen de conciertos en los términos legalmente establecidos, sin que la elección de centro por razón de su carácter propio pueda representar para las familias, alumnos y alumnas y centros un trato menos favorable, ni una desventaja, a la hora de suscribir conciertos con las Administraciones educativas o en cualquier otro aspecto. Los centros que accedan al régimen de concertación educativa deberán formalizar con la Administración educativa que proceda el correspondiente concierto”.

Del mismo modo cita la recurrente la Disposición Transitoria Segunda de la citada L.O. 8/2013 , según la cual “los centros privados a los que en 2013 se les haya denegado la renovación del concierto educativo o reducido las

unidades escolares concertadas por el único motivo de ofrecer educación diferenciada por sexos podrán solicitar que se les aplique lo indicado en el art. 84.3 de esta Ley Orgánica para el resto del actual periodo de conciertos en el plazo de dos meses desde su entrada en vigor”; y tal solicitud, cuya copia se acompaña al escrito de demanda, la formularon el 22 de enero de 2014.

Igualmente invoca la recurrente los arts. 9, 10.2, 14, 16, 27, 53.1 y 96 de la Constitución; y la Directiva del Consejo 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y suministros.

Alega también la recurrente que la exigencia de las aulas mixtas con el objeto de evitar la discriminación por razón de sexo no se recoge ni en la Ley Orgánica, 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva entre mujeres y hombres, ni en la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía, no obstante tener ambas preceptos dedicados a la educación y a las medidas a contemplar por los centros educativos.

Por último, se alega por la recurrente que nada se argumenta en la Orden impugnada sobre la falta de necesidades de escolarización, sin que conste en el expediente ni un solo dato que acredite dicha falta, que no se pone de manifiesto en ninguno de los informes que incorpora. Tilda tal aseveración, que carece de toda justificación, de injusta y arbitraria, máxime si se tiene en cuenta la lista de espera que tenía el centro, lo que demuestra la demanda social habida, que es criterio contenido en el art. 109 de la Ley Orgánica de Educación.

La Administración de la Junta de Andalucía, en su escrito de contestación a la demanda articula como cuestión previa que las presentes actuaciones han de suspenderse hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre el recurso de inconstitucionalidad presentado por la Comunidad Autónoma de Andalucía en relación con el citado art. 84.3 de la Ley Orgánica de Educación y la Disposición Transitoria Segunda de la citada Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa, cuya diligencia de admisión por el Tribunal Constitucional de fecha 8 de abril de 2014 aportó en la pieza de medidas cautelares.

El examen de la cuestión de fondo pues, debe venir precedido por el de las causas de inadmisibilidad opuestas en la contestación a la demanda por la Administración autonómica, siendo la primera articulada que las presentes actuaciones han de suspenderse hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre el recurso de inconstitucionalidad presentado por la Comunidad Autónoma de Andalucía y, como hemos dicho en sentencia de esta Sala y Sección de fecha 2 de julio del presente año (recurso 151/2014), en caso idéntico al que nos ocupa: “Tal petición ya fue rechazada por esta Sala

precisamente en las propias piezas de medidas cautelares que se abrieron en suspensión de Órdenes semejantes a la hora recurrida. Se invoca ahora por la Administración dos autos del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2006 (rec. 2 y 3/2005) en los que, con cita del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , que establece que los Jueces y Tribunales interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos, se indica ser de lógica consecuencia que “si en un proceso determinado se discute la legalidad de un reglamento que es desarrollo de una norma con rango de ley, parece aconsejable suspender su decisión hasta que el Tribunal Constitucional resuelva sobre el ajuste o desajuste a la Constitución de esta última norma, para evitar la posibilidad de pronunciamientos contradictorios, con el gran detrimento que esto comportaría para la unidad del ordenamiento jurídico”. Allí se cuestionaba “la legalidad de la Disposición Final Segunda del Real Decreto 2402/2004, de 30 de diciembre. En ella se establecen los márgenes comerciales de los farmacéuticos, siguiendo la técnica introducida por el Real Decreto-ley 5/2000, de 23 de junio, crítica que se basa entre otras razones en que el mencionado precepto constituye un impuesto encubierto, cuya determinación no puede realizarse mediante Real Decreto-ley, llegando incluso a pedirse el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad de dicho RDL. Y es en relación con este mismo tema que se pronuncia el auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad núm. 3169/2005 por el Juzgado de lo Contencioso- Administrativo núm. 3 de Las Palmas , según se expresa en sus fundamentos 3º, 4º y 5º”. Concluye el Tribunal Supremo que “aunque en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no se establece esta suspensión para los supuestos de planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad, sino para los supuestos de conflictos de competencias, no hay inconveniente en entenderlo también aplicable a este caso, por mor de lo establecido en el art. 42.3 de la LEC, de aplicación supletoria a esta jurisdicción. Aunque este precepto se refiere a cuestiones prejudiciales en otros órdenes diferentes, no hay duda de que es perfectamente aplicable a las cuestiones de inconstitucionalidad, pues en definitiva, la finalidad que el precepto persigue, que no es otra que el evitar la contradicción de resoluciones, es la misma que la que ha motivado en este caso la suspensión que en la súplica se cuestiona”.

Sin embargo, como esta Sala sólo puede entrar a conocer de la legalidad de la actuación administrativa y de la potestad reglamentaria (artículo 106 de la Constitución), nunca de la legislativa, cuya adecuación a la suprema norma queda en manos exclusivamente del Tribunal Constitucional (artículo 161 de la Constitución y concordantes), tan sólo para el supuesto de que la Sala considerase que los citados art. 84.3 de la Ley Orgánica de Educación

y Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica 8/2013 pudieran vulnerar 5 algún precepto de la Constitución y esta contradicción no pudiera salvarse por vía interpretativa, cabría plantear, a lo sumo, la cuestión de constitucionalidad ante el máximo intérprete de la Norma Fundamental, que conllevaría, en efecto, la suspensión de las actuaciones hasta el pronunciamiento del Tribunal Constitucional (ver artículo 35.3 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/79, de 3 de octubre). La invocación que se hace a la existencia de un recurso de inconstitucionalidad pendiente, admitido a trámite efectivamente, no suspende la vigencia ni la aplicación de dichas normas legales (ver artículo 30 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).

La segunda causa de inadmisión se refiere a lo dispuesto en el art. 69.c) en relación con el art. 28, ambos de la misma Ley Jurisdiccional , al entender que como la recurrente no impugnó el art. 19 de la Orden de 26 de diciembre de 2013 que establece las normas que rigen la convocatoria para solicitar acogerse al régimen de conciertos educativos o la renovación de los mismos, a partir del curso académico 2014/15, según el cual “la persona física o jurídica titular del centro se obliga al cumplimiento de lo establecido en la normativa vigente sobre escolarización del alumnado, especialmente en lo relativo a la no discriminación por las razones que en dicha normativa se contemplan en desarrollo del artículo 84.3 de la LOE “, que no es una disposición de carácter general sino un acto administrativo dirigido a una pluralidad indeterminada de centros escolares, estamos ante un acto firme y consentido.

Esta alegación es inestimable pues como se dijo en la aludida sentencia de esta Sala, al margen de otras consideraciones, la recurrente precisamente apela en su demanda, como hemos señalado, a lo dispuesto en el art. 84.3 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, en la nueva redacción dada por la L.O. 8/2013, de 9 diciembre de 2013, para la mejora de la calidad educativa, así como en la Disposición Transitoria Segunda de esta última. Por tanto, difícilmente puede aceptarse que la recurrente mostrara con su aquietamiento a la Orden de 26 de diciembre de 2013 lo contrario de lo que pretende con este recurso, de modo que se ha de entrar en el fondo del asunto. Despejados los obstáculos procesales, cabe decir que las cuestiones de fondo aquí planteadas han sido resueltas por ésta Sala en sentencia de 2 de julio de 2015, recurso 151/2014, en sentido estimatorio. Así, decíamos en esa primera sentencia: “...se ha repasar cuál ha sido la doctrina del Tribunal Supremo al conocer del recurso de casación interpuesto contra sentencias de esta Sala.

Así, impugnándose las Órdenes de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía, por la que se acordaba aprobar con determinados centros de educación diferenciada el concierto educativo para el curso académico

2009/2010, con la indicación de “que si el centro escolariza alumnado de ambos sexos a partir del curso 2010/2011, dando así cumplimiento efectivo a lo establecido en el art. 4.5 de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la Promoción de la Igualdad de género en Andalucía, y en el art. 84.3 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, el concierto educativo se renovará para los cursos restantes del período de concertación al que se refiere la Orden de la Consejería de Educación de 22 de diciembre de 2008, por la que se establecen las normas que regirán la convocatoria para solicitar acogerse al régimen de conciertos educativos o la renovación de los mismos, a partir del curso académico 2009/2010”, impugnándose, como decimos, tales Órdenes, esta Sala resolvió que con la fórmula empleada se introducía una especie de causa de rescisión del concierto en un procedimiento de renovación, que operaba como condición para que produzca efectos por cuatro años, la cual no sólo carecía de las garantías que para aquel procedimiento están previstas en el Real Decreto 2377/1985, sino que también se consideró que vulneraba la normativa básica que exige que la renovación lo sea por cuatro años, por lo que declaró la nulidad de la expresada condición. Sin embargo, el Tribunal Supremo, anulando las sentencias de esta Sala que contenían este parecer, confirmó la actuación administrativa porque era ajustada a derecho la condición impuesta para la renovación del concierto a partir del curso 2010/2011.

Así, en la de 22 de enero de 2013 (rec. 5414/2011) se dice por el Alto Tribunal: “(...) resulta oportuno reproducir lo vertido por esta Sala y Sección en su Sentencia de 26 de junio de 2012, recurso de casación 4591/2011 en que la denegación administrativa, en el citado supuesto del Gobierno de Cantabria, se amparaba también en el art. 84.3 de la LO 2/2006 de 3 de mayo, de Educación respecto a la prohibición de discriminación por razón de sexo, engarzado con el art. 20.2 de la Ley 8/1985, de 3 de julio y el art. 72.3 de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre de calidad de la Educación y los arts. 43 y 44 del RD 2377/1985.

Se dijo en el FJ TERCERO que la decisión de la Administración, anulada por la sentencia de instancia, “no cuestiona la existencia de la educación diferenciada, tan legítima como el modelo de coeducación que preconiza la Ley, pero sí se ajusta al mandato legal que descarta que la misma pueda acogerse al sistema de enseñanza gratuita de centros concertados sostenidos con fondos públicos. Y ello porque esa es la opción legítima que adopta el legislador y que no contraría el artículo 27.9 de la Constitución que dispone que “los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca”. De modo que ese derecho que es de configuración legal no alcanza de conformidad con lo que dispone la Ley Orgánica de Educación, Ley 2/2.006, de 3 de mayo, a los centros docentes que opten por el modelo de educación diferenciada que

no pueden ser concertados, y por ello no pueden ser sostenidos con fondos públicos.

Y si ello puede predicarse de la no concertación de las seis nuevas unidades de Educación Infantil pretendidas, lo mismo puede decirse de la renovación del concierto para las unidades de Educación Primaria y Secundaria Obligatoria, que en número de seis y cuatro, respectivamente, se pretendían mantener y que fueron denegadas por idéntica razón, y para cuya denegación sirven las razones ya expuestas, para rechazar la concesión de las nuevas.

Sin que esta conclusión pueda enervarse con la mención que efectúa el motivo de los artículos 43 y 44 del Real Decreto 2.377/1985, de 18 de diciembre, puesto que si bien el primero de ellos declara que: “Los conciertos se renovarán siempre que el centro siga cumpliendo los requisitos que determinaron su aprobación, no se haya incurrido en las causas de no renovación previstas en el art. 62.3 de la ley orgánica reguladora del Derecho a la Educación y existan consignaciones presupuestarias disponibles. En este último supuesto se aplicarán los criterios de preferencia del art. 48.3 de la citada ley orgánica”, no es menos cierto que esos criterios que permitían la renovación del concierto se aplicaban una vez que el artículo 20.2 de la misma Ley Orgánica 8/1985, había excluido con carácter previo la existencia de discriminación en la admisión por los centros de los alumnos por “razones ideológicas, religiosas, morales, sociales, de raza o nacimiento”, prohibiciones que mantuvo inalterables la Ley Orgánica 10/2.002, de Calidad de la Educación, de 23 de diciembre, y a los que añadió la Ley Orgánica 2/2006, el del sexo, de modo que teniendo eso en consideración una vez concluida la vigencia del concierto su renovación no era posible al introducirse esa causa prohibitiva de discriminación por sexo en relación con la admisión de alumnos en los centros privados sostenidos con fondos públicos. También el motivo se remite a la Disposición Adicional Vigésima Quinta de la Ley Orgánica 2/2.006 que se rubrica como “fomento de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres” y dispone que: “Con el fin de favorecer la igualdad de derechos y oportunidades y fomentar la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, los centros que desarrollen el principio de coeducación en todas las etapas educativas, serán objeto de atención preferente y prioritaria en la aplicación de las previsiones recogidas en la presente Ley, sin perjuicio de lo dispuesto en los convenios internacionales suscritos por España”...../.....

Sin embargo lo que la Disposición Adicional Vigésima Quinta de la Ley Orgánica 2/2006 pretende, y así resulta de su rúbrica “fomento de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres”, es “favorecer la igualdad de derechos y oportunidades y fomentar la igualdad efectiva entre hombre y mujeres” y conseguir que “los centros que desarrollen el principio de coeducación en todas las etapas educativas” sean “objeto de atención preferente y prioritaria en la aplicación de las previsiones recogidas en la Ley”. En el bien entendi-

do que para ello deben mantener ese modelo en todas las etapas educativas y que se refiere a las previsiones recogidas en la Ley y que, por tanto, no se refiere solo a la preferencia en la posibilidad de obtener conciertos con la Administración Educativa. Y desde luego de ese trato preferente y prioritario a esos centros no se deduce que España desconozca lo dispuesto en los convenios internacionales suscritos en materia de educación, y en concreto aquél al que se refieren las recurrentes.

Sin embargo, y por las razones ya señaladas, y sin que ello sea consecuencia de la Disposición Adicional citada, si bien se reconoce la legitimidad del sistema docente de educación diferenciada por sexos, se excluye a esos centros de la posibilidad de concertar con la Administración competente su sostenimiento con fondos públicos. Así resulta del artículo 116.1 de la Ley Orgánica 2/2.006 que dispone que “Los centros privados que ofrezcan enseñanzas declaradas gratuitas en esta Ley y satisfagan necesidades de escolarización, en el marco de lo dispuesto en los arts. 108 y 109, podrán acogerse al régimen de conciertos en los términos legalmente establecidos”. Artículo que en su número 2 añade que: “Entre los centros que cumplan los requisitos establecidos en el apartado anterior, tendrán preferencia para acogerse al régimen de conciertos aquellos que, atiendan a poblaciones escolares de condiciones económicas desfavorables o los que realicen experiencias de interés pedagógico para el sistema educativo. En todo caso, tendrán preferencia los centros que, cumpliendo los criterios anteriormente señalados, estén constituidos y funcionen en régimen de cooperativa”. En modo alguno se menciona entre esos criterios que permiten la concertación el que los centros se acojan al sistema de coeducación. Pero, es obvio, que, previamente, el artículo 84 de la Ley 2/2006 que expresamente se refiere a “la admisión de alumnos” ha excluido de la posibilidad de concertación a los centros de educación diferenciada por sexos, al prohibir en su número 3 la discriminación por sexo en la admisión de alumnos, existencia de discriminación que es previa al cumplimiento del resto de las condiciones que se exigen para lograr la suscripción del concierto.

...../..... Por otra parte nadie puso en duda la legitimidad del sistema de educación diferenciada; cuestión distinta es que a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 2/2.006 sea posible que esos centros privados puedan tener la condición de concertados sostenidos con fondos públicos, cuando expresamente en el régimen de admisión de alumnos se prohíbe la discriminación por razón de sexo, artículo 84.3 de la Ley. Precepto que por otra parte en nada se separa del contenido del artículo 14 de la Constitución del que es trasunto fiel a la hora de enumerar las discriminaciones que proscribire. Y esa imposibilidad de obtener conciertos esos centros docentes que optan por la educación separada por sexos tampoco perturba ningún derecho constitucional de los padres que conservan el derecho de libre elección

de centro y el de los titulares de la creación de centros con ideario o carácter propio, y sin que se vulnere el número 9 del artículo 27 de la Constitución porque determinados centros no puedan acceder al concierto si no reúnen los requisitos que la Ley establece.

Ya esta Sala en sentencia de 11 de junio de 2.008, recurso de casación núm. 689/2005, citando sentencias anteriores, manifestó que “Ni la LODE ni la LOCE reconocen a los titulares de los centros concertados el derecho a establecer en ellos un sistema de enseñanza diferenciada como parte integrante de su derecho de creación y dirección de centros privados y que, por esta razón, deba ser aceptado como un contenido adicional de lo directamente establecido en el artículo 27 CE.

Consiguientemente, carece de fundamento esa vulneración a la configuración legal del derecho fundamental reconocido en dicho artículo 27 CE que la sentencia recurrida viene a atribuir a las normas reglamentarias impugnadas por esa mención del “sexo” contenida en ellas que anula.

El sistema de enseñanza mixta, en el caso de los centros concertados, es una manifestación o faceta más de esa competencia sobre la admisión del alumnado que corresponde a la Administración educativa que financia dichos centros concertados; esto es, forma parte de esa intervención estatal que limita el derecho de dirección en los centros privados que reciben ayudas públicas en virtud de lo establecido en el artículo 27.9 CE”.

También en sentencia de 26 de junio de 2006, recurso 3.356/2.000 , tras mencionar y transcribir la misma, tanto el artículo 10.c) de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer al que se refería la Central Sindical recurrente, así como el artículo 2 a) de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza de 14 de diciembre de 1.960 de la UNESCO que citaba la Sociedad recurrida, mantuvimos que sobre la educación separada por sexos “las normas internacionales dejan abierta la cuestión” si bien también expresamos que: “Es significativo a este respecto que las normas reguladoras del régimen de admisión de alumnos en los centros públicos -y en los concertados- no hayan incluido hasta ahora al sexo entre los motivos por los que no se puede discriminar a los alumnos (artículos 20.2 y 53 de la LODE, 3 del Real Decreto y, posteriormente, el artículo 72.3 de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación). Es verdad que el artículo 84.3 de la Ley Orgánica, 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, actualmente en vigor, sí incluye al sexo entre las causas por las que no se podrá discriminar a los alumnos en la admisión a los centros públicos y a los concertados. Y que su disposición adicional vigésimo quinta asegura una atención preferente y prioritaria a los centros que desarrollen el principio de la coeducación en todas las etapas educativas. No obstante, esta novedad, cuyo alcance no es el caso determinar ahora, no puede proyectarse sobre la

Sentencia recurrida que se dictó a la vista de las normas entonces vigentes. Y, por último, en sentencia 24 de febrero de 2.010, recurso de casación núm. 2.223/2008 mantuvimos “que la educación separada por sexos era conforme en España y estaba autorizada de acuerdo con la Convención (de la UNESCO aprobada el 14 de diciembre de 1960) puesto que el Estado la admitía, y desde luego así resultaba hasta la derogación de la Ley Orgánica 10/2.002 (...)”. Para seguidamente añadir que: “hay que admitir que dejó de serlo para los Centros Docentes sostenidos con fondos públicos una vez que la Ley Orgánica 2/2.006 introdujo como criterio de no discriminación en el art. 84 que regula el proceso de admisión de alumnos, el relativo al sexo imponiendo definitivamente en esos centros el criterio de la coeducación”.

...../..... Lo acabado de exponer es aplicable al supuesto de autos tal como se dijo en STS 24 de julio 2012, rec. casación 5423/2011, luego reiterada en STS 9 de octubre 2012. La particularidad de todas éstas últimas SSTS radica en la invocación añadida del Decreto autonómico 53/2007, de 20 de febrero, que se atiene a la normativa estatal más arriba expuesta. Significa, pues, que la Sala de instancia ha contravenido la interpretación de los preceptos invocados dado que, para la renovación del concierto educativo, han de tenerse en cuenta, no solo las normas educativas esgrimidas sino también la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo y la correlativa andaluza, Ley 12/2007, de 26 de noviembre que, por su carácter de normas legales ulteriores pueden incidir en la regulación previa del RD 2377/1985. La estimación del motivo anterior, conlleva de acuerdo con el art. 95.2. d) LJCA resolver en los términos planteados en la instancia. Ya hemos expuesto en el fundamento anterior que no contraria a la legislación vigente la enseñanza separada por sexos más cuestión distinta es que tal actividad pueda ser objeto de concertación con fondos públicos. Significa, pues, que debe confirmarse la actuación administrativa al entenderse ajustada a derecho la condición impuesta para la renovación del concierto a partir del curso 2010/2011...”.

El estado de la cuestión cambió, primeramente, con la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado, cuyo artículo 17, relativo al “módulo económico de distribución de fondos públicos para sostenimiento de centros concertados”, estableció en su apartado ocho que: “Lo establecido en este artículo será plenamente aplicable a la financiación de todos los centros concertados incluidos los de educación diferenciada que escolarizan alumnos de un solo sexo, y ello, con independencia del modelo de agrupamiento de alumnos que realicen los centros docentes en el ejercicio de sus competencias”. En efecto, si, conforme al criterio jurisprudencial antes expuesto, tras la expresada Ley Orgánica de Educación los centros privados de educación diferenciada por razón de sexo no podían acogerse al sistema de enseñanza gratuita de centros concertados sostenidos con fondos públi-

cos, el precepto recién transcrito de la Ley 17/2012 preveía justamente lo contrario, la financiación pública propia de un concierto a centros de educación diferenciada.

Al impugnarse, pues, las Órdenes de 27 de febrero de 2013 de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía, por las que se acuerda denegar el concierto educativo a los centros docentes de educación diferenciada, esta Sala planteó la cuestión de constitucionalidad del referido artículo 17.8 de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado, al ser incuestionable que de su validez dependía la decisión judicial a tomar, y suscitarse algunas dudas sobre su constitucionalidad. En concreto, con el art. 81.1 de la Constitución, así como que dicho precepto de aplicación pueda ser encuadrado en lo que se ha definido como núcleo mínimo, necesario e indisponible de las Leyes de Presupuestos Generales, dado que la singularidad de la Ley de Presupuestos radica en el hecho de que es una ley con una función específica y constitucionalmente definida (art. 134.2 C.E.), expresión de una de las potestades o competencias que, singular y expresamente, la Constitución encomienda a las Cortes Generales (art. 66.1. C.E.).

En la actualidad la normativa legal también es distinta, de modo que no puede compartirse el alegato de la demandada según el cual la cuestión está ya resuelta por el Tribunal Supremo. Así viene a confirmarlo la nueva redacción dada al artículo 84.3 de la Ley Orgánica 2/2006 por la Ley Orgánica 8/2013, de 9 diciembre, cuando después de reproducir que “en ningún caso habrá discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, agrega en los dos párrafos siguientes: “No constituye discriminación la admisión de alumnos y alumnas o la organización de la enseñanza diferenciadas por sexos, siempre que la enseñanza que impartan se desarrolle conforme a lo dispuesto en el art. 2 de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 14 de diciembre de 1960”; y, en otro párrafo, “en ningún caso la elección de la educación diferenciada por sexos podrá implicar para las familias, alumnos y alumnas y centros correspondientes un trato menos favorable, ni una desventaja, a la hora de suscribir conciertos con las Administraciones educativas o en cualquier otro aspecto. A estos efectos, los centros deberán exponer en su proyecto educativo las razones educativas de la elección de dicho sistema, así como las medidas académicas que desarrollan para favorecer la igualdad”.

Por su parte, la Disposición Transitoria Segunda de la citada L.O. 8/2013 establece que “los centros privados a los que en 2013 se les haya denegado la renovación del concierto educativo o reducido las unidades escolares concertadas por el único motivo de ofrecer educación diferenciada por sexos podrán solicitar que se les aplique lo indicado en el art. 84.3 de esta Ley Or-

gánica para el resto del actual periodo de conciertos en el plazo de dos meses desde su entrada en vigor”.

Estos preceptos estaban ya en vigor al dictarse la Orden de 27 de febrero de 2014 de la Consejera de Educación de la Junta de Andalucía aquí impugnada, y su constitucionalidad no ofrece dudas a esta Sala a la luz de la doctrina jurisprudencial antes expuesta, que reconoce la legitimidad del sistema docente de educación diferenciada por sexos.

Se opone por la Administración que el centro docente no cumple con lo establecido en el artículo 84.3 de la Ley Orgánica 2/2006 puesto que como no ofrece facilidades equivalentes de acceso a la enseñanza al alumnado del otro sexo, incumple lo establecido en el artículo 2 de la Convención aprobada por la Conferencia General de la Unesco el 14 de diciembre de 1960. Alega que deben existir dos locales escolares pertenecientes al mismo centro y en la misma zona, uno para el sexo masculino y otro para el femenino pues de lo contrario no se ofrecería la facilidad equivalente de acceso a la enseñanza, y, además, aun cuando el centro tenga dos locales escolares para cada sexo, el ideario y proyecto del centro tendrán que ser idénticos para ambos, a fin de no propiciar un trato menos favorable o cualquier desventaja a uno de ellos.

De adverso se alega que la Administración fuerza los preceptos a aplicar con esta interpretación. El citado artículo 2 de la Convención, en su apartado a), establece que “en el caso de que el Estado las admita”, no será considerada como constitutiva de discriminación “la creación o el mantenimiento de sistemas o establecimientos de enseñanza separados para los alumnos de sexo masculino y para los de sexo femenino, siempre que estos sistemas o establecimientos ofrezcan facilidades equivalentes de acceso a la enseñanza, dispongan de un personal docente igualmente calificado así como de locales escolares y de un equipo de igual calidad y permitan seguir los mismos programas de estudio o programas equivalentes”. A su entender, lo que se quiere exponer en este precepto con la conjunción “o” utilizada en su redacción, es que la facilidad equivalente de acceso a la enseñanza ha de ser ofrecida por el sistema educativo o por los establecimientos de enseñanza, no que tenga que ser ofrecida tanto por el sistema educativo como por todo establecimiento de enseñanza diferenciada. Esta interpretación es la que cohonestamente con la realidad de estos centros de enseñanza diferenciada, y, en particular, con el centro que nos ocupa, que fue creado y ha estado concertado una vez vigente la Convención Internacional citada, aceptada por España el 20 de agosto de 1969 (B.O.E. de 1 de diciembre) y en vigor desde el 20 de noviembre de 1969. Estos centros están especializados en alumnos de un solo sexo, o bien masculino o bien femenino, sin que ninguno de ellos, por lo que ahora corresponde decir, quede fuera del sistema educativo español vigente. A dicha realidad es a la que sin duda se asoma la nueva dicción

del artículo 84.3 de la Ley Orgánica 2/2006 cuando afirma, sin rastro de la condición alegada por la Administración, que en ningún caso la elección de la educación diferenciada por sexos podrá implicar para las familias, alumnos y alumnas, y también para los “centros correspondientes”, un trato menos favorable, ni una desventaja, a la hora de suscribir conciertos con las Administraciones educativas o en cualquier otro aspecto.

Afirmaba también la recurrente en la demanda que nada dice la Orden recurrida sobre el Proyecto educativo del centro, ni sobre las medidas académicas para favorecer la igualdad. Así es. El artículo 84.3 de la Ley Orgánica 2/2006 añade que “los centros deberán exponer en su proyecto educativo las razones educativas de la elección de dicho sistema, así como las medidas académicas que desarrollan para favorecer la igualdad”, y nada se alega tampoco en el escrito de contestación a la demanda, o en el escrito de conclusiones de la Administración, sobre la falta o insuficiencia de tales razones y medidas en la documentación aportada por la recurrente.

También se afirma en la demanda que nada argumenta la Orden recurrida sobre las necesidades de escolarización alegadas. Efectivamente, en la Orden sólo se dice que el centro no cumple con el requisito de satisfacer necesidades de escolarización, teniendo en cuenta “las disponibilidades presupuestarias”, sin más explicaciones. La Administración al contestar la demanda sostiene que no se da tal falta de motivación porque estas razones vienen incorporadas en el informe obrante al folio 1 del expediente. Ahora bien, dicho informe es elaborado por la Dirección General de Planificación y Centros una vez formulado el recurso jurisdiccional, y el motivo en él expresado no está incorporado en el informe de la misma Dirección General de Planificación y Centros emitido en la tramitación de la solicitud del centro, informe este que nada dice al respecto. Se ofrece ahora como motivo del incumplimiento de tal requisito que como el centro dejó de ser concertado en el curso 2013/2014, y su oferta fue cubierta por otros centros públicos o concertados, la solicitud del concierto para el curso siguiente sencillamente deja de ser necesaria pues no se ha contado con estas plazas escolares en la nueva planificación, de modo que concederlo ahora significaría una duplicidad del gasto público. Ahora bien, además de que esta razón que ofrece ahora la Administración no sólo bastaría alegarla sino demostrarla, y ni siquiera se ha intentado, máxime cuando no se llegan a discutir ni contradecir las necesidades de escolarización aducidas por la recurrente en su solicitud, sobre las cuales se insiste en la demanda; además de esto, como decimos, la razón que ofrece ahora la Administración está desautorizada por la misma Disposición Transitoria Segunda de la citada L.O. 8/2013, al establecer que “los centros privados a los que en 2013 se les haya denegado la renovación del concierto educativo o reducido las unidades escolares concertadas por el único motivo de ofrecer educación diferenciada por sexos podrán solicitar que se les

aplique lo indicado en el art. 84.3 de esta Ley Orgánica para el resto del actual periodo de conciertos en el plazo de dos meses desde su entrada en vigor”. Esta disposición no autoriza, pues, cuando la pérdida o reducción del concierto tuvo lugar por el único motivo de ofrecer educación diferenciada por sexos, como ocurrió en el presente caso, el que se pueda denegar su ulterior solicitud al amparo de la reforma legal debido a que esa pérdida o reducción, y su consecuente impacto en la planificación realizada por la Administración a partir de ese curso, ha alterado por sí las necesidades de escolarización que hasta entonces cubría el centro”.

Por todo ello procede la estimación íntegra del recurso.

De conformidad con el artículo 139.1 de la L.J.C.A. procede la condena de la Administración al pago de las costas causadas, si bien la Sala, haciendo uso de la facultad que le otorga el apartado 3 del mismo precepto señala que la cifra máxima que en concepto de honorarios de abogado podrá incluirse en la tasación de costas alcanza la suma de mil euros (1.000 euros).”

(St. de 16 de julio de 2015. Sala de Sevilla. Ponente P. Vargas Cabrera)

XI. DERECHO FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS

Facultades de la Tesorería de la Seguridad Social en orden a la calificación de la cesación de los contratos de trabajo en los ERE. La extinción del contrato de trabajo de las personas incluidas en el ERE, tiene carácter involuntario y la situación legal igualmente ha de considerarse de desempleo, pues la situación legal de desempleo se produjo en virtud de despido colectivo, adoptado por decisión del empresario al amparo de lo establecido en el art. 51 del Estatuto de los Trabajadores. El expediente de regulación de empleo se llevó a cabo por el procedimiento de despido colectivo y la causa de extinción fue involuntaria, pues fue impuesta por decisión empresarial.

“Se interpone recurso contencioso administrativo contra la resolución de 24 de febrero de 2014, de la Dirección Provincial de Sevilla de la Tesorería General de la Seguridad Social, desestimatoria del recurso de alzada interpuesto contra resolución de 13 de septiembre de 2013, por la que se denegó la modificación de la causa de la baja que fue transmitida por el Sistema Red por la empresa B.C. S.A.

La parte actora alega en esencia lo siguiente:

Según consta en certificado emitido por la Dirección General de Empleo, B.C. S.A. procedió a la extinción de la relación laboral dentro del marco de un expediente de regulación de empleo. La parte actora consta como afectado por dicho expediente de regulación de empleo. La propia palabra em-

pelada por la Dirección General de Empleo (afectado) deja bien a las claras que el elemento de la voluntariedad deba quedar excluido. La condición del trabajador afectado por el ERE fue comunicado por la propia empresa a la Dirección General de Empleo (según comunicado efectuado por la empresa). No se entiende, pues, cómo la empresa pudo comunicar a través del Sistema Red a la Servicio Público de Empleo Estatal que la baja del trabajador fue “voluntaria”. La mercantil B.C. S.A. en los certificados de empresa que ha remitido telemáticamente al SEPE, ha hecho constar como causa de la baja: Dimisión/baja voluntaria. Sin embargo, la baja se ha desarrollado dentro del marco de un expediente de regulación de empleo, por lo que a la extinción del contrato de trabajo correspondería como causa de la baja: (Despido Colectivo o Extinción del Contrato por ERE), tal como consta reflejado en el certificado emitido por la Dirección General de Empleo. El trabajador extinguió su contrato en el seno del Expediente de Regulación de Empleo n.º NUM000, que la empresa B.C. S.A. tramitó, adecuándose a las reglas del despido colectivo. Tanto la Dirección General de Empleo como la Dirección Especial de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social concluyeron que la extinción del contrato de trabajo tiene el carácter de involuntaria y se justifica en las causas de despido colectivo, previstas en el art. 51 del Estatuto de los Trabajadores. Procede el cambio de código del trabajador recurrente, reconociendo la baja involuntaria del trabajador derivada de un expediente de regulación de empleo, y asignándole el código y la condición jurídica que por tal circunstancia le corresponde (clave 77 baja no voluntaria por despido colectivo).

Por la Sra. Letrada de la Administración de la Seguridad Social, en su contestación a la demanda, alega que la comunicación de la baja del recurrente en su condición de trabajador de B.C. S.A., fue realizada por dicha empresa a través del sistema RED, legitimada para ello en su condición de autorizado en virtud del art. 38 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, no constando que se haya aportado ningún pronunciamiento judicial que declare expresamente que el motivo o causa de dicha baja deba ser la de despido en vez de la voluntaria consignada por la empresa ni tampoco documentación alguna que acredite estar incluido en el ERE NUM000. La propia empresa en sus alegaciones obrantes en los folios 44 a 48 del expediente administrativo ha manifestado que “las causas de las bajas de los meritados trabajadores obedecen a extinciones laborales efectuadas de mutuo acuerdo en el marco de un acuerdo colectivo, sin que en modo alguno pueda encuadrarse en la figura de despido colectivo, por cuanto que las mismas se instrumentaron fuera del expediente de regulación de empleo, a través de acuerdos individuales concertados con la empresa con absoluta voluntariedad de los trabajadores que se acogieron a la medida de prejubilación”.

Por la dirección jurídica de la parte codemandada, en su contestación a la

demandase alega en síntesis que la Tesorería General de la Seguridad Social, no puede, a partir de la comunicación empresarial de finalización del contrato de trabajo, resolver otra cosa que la baja en el Régimen General de la Seguridad Social a partir de una fecha concreta, que es lo que hizo de acuerdo con sus competencias legales en esta situación, pues la ley no le autoriza para cambiar ningún dato contenido en la comunicación salvo que se evidencie por todos los interesados la existencia de un error. La causa del cese del recurrente sólo está en la voluntad de las partes que suscriben los documentos, mientras que es innegable, que B.C. tenía un interés legítimo en conseguir la extinción de un número concreto de contratos en el contexto de una situación económica y organizativa que a la vez servía de base para la instrumentación de un proceso de despido colectivo. La voluntariedad o involuntariedad del cese del actor no puede derivarse del acto de afectación a un ERE, que corresponde a la empresa y es una simple comunicación, sino del acto de extinción, que en este caso tiene su causa y manifestación en un pacto de mutuo acuerdo donde concurre la oferta y la aceptación de las partes sobre el efecto extintivo del contrato y a partir del cual, y no antes, se extingue un contrato de trabajo cuya continuidad o eficacia no estaba amenazada por el despido colectivo según la exclusión expresa pactada en el Acuerdo de 6 de junio de 2012, por razón de la edad del trabajador.

Como cuestión previa debe indicarse que el escrito de interposición de recurso se dirige contra la desestimación por silencio del recurso de alzada interpuesto contra la denegación de modificación de la causa de la baja. Sin embargo, como quiera que la resolución expresa del recurso de alzada no difiere en cuanto al sentido desestimatorio del silencio del recurso de alzada, en los supuestos en los que transcurre el plazo de resolución de tres meses, debe entenderse innecesaria la ampliación del recurso a la resolución expresa desestimatoria del recurso de alzada y enjuiciar la indicada resolución. En este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en sentencia de 16 de Febrero de 2009 (EDJ2009/15205), que afirma la siguiente doctrina: *“el artículo 36 de la Ley 29/1998 regula la llamada «acumulación por inserción» o «ampliación del objeto del recurso», de modo que, conocida la existencia de algún acto, disposición o actuación que guarde con el que 3 sea objeto del recurso la relación prevista en el artículo 34, el demandante puede pedir, dentro del plazo para interponer recurso contencioso administrativo, que se amplíe el ya iniciado a la nueva actuación administrativa (apartado 1). Ahora bien, en el caso de que esta nueva actuación constituya la respuesta explícita a una petición cuya desestimación presunta por silencio es objeto de una impugnación contencioso administrativa en trámite, el recurrente, además de conducirse como indica el apartado 1, puede aceptar el pronunciamiento expreso, desistir de la impugnación contra el acto presunto y, en el plazo para recurrir, instar otra contra aquel primero (apartado 4). En los términos de la Ley 29/1998 cabe una tercera posibilidad consistente en interponer un recurso*

contencioso administrativo independiente contra el acto expreso y después pedir su acumulación al que ya está en marcha contra el presunto, conforme a lo dispuesto en el artículo 37. La primera nota que salta a la vista de la regulación descrita es que el legislador ha configurado las distintas reacciones del recurrente (ampliación, desistimiento y nuevo recurso o interposición independiente y posterior acumulación) con carácter potestativo, como lo evidencia el repetido uso del verbo «poder». Ahora bien, (1) o amplía, (2) o desiste e insta otro proceso, (3) o impugna y pide la acumulación en los plazos que contempla el artículo 46 de la propia Ley, pues si no lo hace así la nueva actuación administrativa quedará consentida, firme y, por consiguiente, inatacable con arreglo a los artículos 51, apartado 1, letra d), y 69, letra c), de la Ley de la jurisdicción. Surge, sin embargo la duda de si esta última afirmación rige para todos los casos. Dicho de otra forma, si el apartado 4 del artículo 36, inexistente en su precedente (el artículo 46 de la vieja Ley reguladora de esta jurisdicción de 27 de diciembre de 1956 y que no estaba previsto en el proyecto de Ley remitido a las Cortes (fue introducido en sede parlamentaria como enmienda 112 para «solucionar los problemas derivados de las notificaciones tardías»), obliga en toda circunstancia a ampliar o a desistir e impugnar, de modo que si el recurrente no opta por ninguno de ambos caminos su pretensión quedará en vía muerta, habida cuenta de que la decisión expresa tardía resultará inatacable por no haber sido recurrida en tiempo, mientras que la presunta ya no existe, pues la ficción que representa ha sido reemplazada por la ulterior explícita resolución. Esta es la interpretación que ha llevado a la Sala madrileña a no admitir el recurso. Pues bien, no compartimos esa forma de decidir, por dos razones, una más general y otra más apegada a las circunstancias concretas del caso debatido. La primera consiste en que la letra del precepto permite entender que la opción por el desistimiento y la ulterior promoción de un nueva acción procesal, que ofrece al recurrente el artículo 36, apartado 4, de la Ley 29/1998, parte del presupuesto de que la decisión expresa retrasada modifique o altere el contenido desestimatorio del silencio. En efecto, si se autoriza al actor a desistir con fundamento en la aceptación de la resolución expresa es porque su contenido es distinto (parcialmente estimatorio) del puramente negativo del silencio, supuesto en el que la lógica impone apartarse del proceso y, en su caso, proponer uno nuevo o, si se elige la otra solución, la ampliación, entendiéndose sustituida la decisión negativa presunta por la nueva resolución expresa. Ahora bien, tal exigencia resulta superflua cuando la explícita resolución intempestiva es totalmente desestimatoria y, por consiguiente, viene a reproducir el contenido negativo del silencio, si bien con motivación. Esta es la razón que llevó a la jurisprudencia, bajo la vigencia de la Ley de 1956, a considerar innecesaria la ampliación si el acto administrativo expreso, realizado fuera de tiempo, era de idéntico contenido al producido por silencio administrativo, pues venía a hacer explícito y real lo que ya anteriormente se había tenido por existente, sin añadir nada ni modificar el contenido implícito de la voluntad administrativa. En congruencia con tal forma de plantear el problema, el Tribunal Supremo únicamente consideró imprescindible la ampliación cuando el acuerdo dictado enmendaba el contenido del silencio, coyuntura en la que si no se extendía la acción al acto expreso, como ya hemos apuntado, llegaba a ser firme y consentido, quedando sustraído a la jurisdicción sin que, por consiguiente, la sentencia que se dictase con respecto al

presunto pudiera alcanzarle en sus consecuencias. Existe en este sentido un importante acervo jurisprudencial del que son exponentes las sentencias de 7 de mayo de 1990 (apelación 268/88, FJ 2º), 30 de septiembre de 1991 (apelación 6559/92, FJ 2º), 27 de febrero de 1997 (apelación 10636/1991, FJ 1º), 24 de febrero de 1998 (apelación 2699/92, FJ 1º) y 5 de diciembre de 2002 (casación 6498/98, FJ 1º). En la sentencia 98/1988 (FJ 5º), el Tribunal Constitucional, al resolver un recurso de amparo, ha hecho propia la tesis del Tribunal Supremo, quien la ha conservado bajo la vigencia de la Ley 29/1998, teniendo su artículo 46 a la vista [sentencia de 31 de mayo de 2006 (casación 1643/03, FJ 2º)]. Esta misma Sala y Sección ha aplicado la doctrina expuesta en sentencia de 13 de marzo de 2009, dictada en el recurso de apelación 439/2007.

La esencia de la resolución desestimatoria del recurso de alzada radica en que la Tesorería General de la Seguridad Social, carece de competencia para pronunciarse sobre la procedencia o no de la causa que motiva la baja de los trabajadores en el régimen de la Seguridad Social correspondiente, es decir, su ámbito competencial no alcanza la verdadera causa extintiva de la relación laboral, limitándose a constatar la extinción de la relación laboral en virtud de la comunicación efectuada por el empresario, a quien le incumbe la obligación no solo de comunicar la baja de los trabajadores que cesan en la prestación de servicios en su 4 empresa, sino también la causa de dicha baja, conforme establece el art. 30 del Real Decreto 84/1996, sin que tal manifestación pueda interferir el verdadero alcance y naturaleza de aquella, ya que la determinación de la causa real de dicha baja en caso de existir discrepancias entre el trabajador y empresario, únicamente puede venir determinada por la declaración expresa que sobre la extinción del contrato pueda emitir el órgano administrativo o judicial competente en la materia, por ser esta una materia de orden estrictamente laboral. Sin embargo las consideraciones anteriormente referidas olvidan que la Tesorería General de la Seguridad Social, en materias de su competencia puede actuar de oficio en todo momento para comprobar la exactitud de los datos correspondientes a las mencionadas materias que a continuación se expondrán, e igualmente puede acudir a la revisión de oficio y adoptar las medidas y actos necesarios necesarias de adecuación a la normativa. Efectivamente el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en su art. 13, otorga competencia a la Dirección Provincial de la Seguridad Social, en materia de inscripción, afiliación, altas y bajas, pudiendo en materia de afiliación, altas y bajas actuar de oficio para el caso de incumplimiento del empresario de sus obligaciones legales. Por su parte, el art. 54 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, dispone: 1. La autoridad laboral competente pondrá en conocimiento de la entidad gestora o colaboradora interesada y de la Tesorería Gene-

ral de la Seguridad Social aquellos hechos de los que, por razón de su competencia, tenga conocimiento, cuando afecten al cumplimiento de obligaciones establecidas en el presente Reglamento, para que puedan adoptarse de oficio las medidas conducentes a la garantía de los derechos de todas aquellas así como de las personas incluidas en el campo de aplicación de los regímenes de la misma. 2. La Tesorería General de la Seguridad Social podrá comprobar en todo momento la exactitud de los datos obrantes en sus sistemas de documentación respecto de las materias a que se refiere este Reglamento. Por lo que se refiere a la potestad de revisión de oficio de la Tesorería General de la Seguridad Social, el art. 55 de la normativa referida, establece: Cuando la inscripción, protección de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, tarificación, cobertura de la prestación por incapacidad temporal, afiliación, altas, bajas y variaciones obrantes en los sistemas de documentación de la Tesorería General de la Seguridad Social no sean conformes con lo establecido en las leyes, en este Reglamento y demás disposiciones complementarias, si así resultare del ejercicio de sus facultades de control o por cualquiera otra circunstancia, dicha Tesorería General podrá adoptar las medidas y realizar los actos necesarios para su adecuación a las normas establecidas, incluida la revisión de oficio de sus propios actos en la forma y con el alcance previstos en este artículo y los siguientes.

Lo expuesto con anterioridad no se compadece con la afirmación de la resolución impugnada, referente a que al existir la comunicación de baja voluntaria por la empresa B.C. S.A. y sin que exista un pronunciamiento del orden jurisdiccional competente o se haya aportado alguna documentación que desvirtúe la causa de la baja comunicada por la empresa, a la Tesorería General de la Seguridad Social, sólo le corresponde registrar en sus archivos la comunicación realizada por la empresa. Es evidente que una resolución jurisdiccional vincula a la Tesorería General, si bien, la ausencia de la misma no puede petrificar a la Administración, pues como se ha expuesto anteriormente, la indicada normativa le exige actuar de oficio e incluso le otorga la potestad de revisión de oficio. Mas allende y atendiendo al razonamiento de la resolución impugnada, se aportó documentación que ha de calificarse de determinante para el enjuiciamiento de la pretensión, pues es la propia Administración a través de la Dirección General de Empleo y la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, la que en sus respectivos informes sustancialmente se avienen a las razones que en defensa de su pretensión postula la parte actora. Efectivamente del informe el informe de la Dirección General de Empleo, de 11 de febrero de 2014, interesa resaltar destacar su apartado 4º, en el que se indica: Por lo expuesto, y teniendo en cuenta que los trabajadores afectados de la empresa en cuestión causaron baja en la empresa por prejubilación, como consecuencia del expediente de regulación de

empleo NUM000 , desde nuestra óptica no se puede considerar que la extinción de sus contratos sea por la libre voluntad del trabajador o el mutuo acuerdo de las partes, sino que en todo caso, los trabajadores tuvieron que elegir entre una u otra medida, dado que el expediente de regulación de empleo fue presentado por la parte empresarial, fundamentado en las causas económicas, técnicas, organizativas y productivas establecidas en el art. 51 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de Trabajadores -ajenas a la voluntad de los trabajadores- donde ya se habían establecido unos excedentes de plantilla. Así pues, a nuestro entender, ha de considerarse que los ceses de la empresa deben tener el carácter de involuntarios, y realizados de conformidad con lo establecido en el art. 51 del Estatuto de los Trabajadores y su normativa de desarrollo, con todas las consecuencias y efectos que tales extinciones producen en orden al reconocimiento de posibles prestaciones.

El informe del Inspector de Trabajo y Seguridad Social de 23 de septiembre de 2014, constata como hechos comprobados los siguientes: La empresa tramitó el expediente de despido colectivo y de suspensión de contratos, ERE NUM000 , basado en causas económicas, organizativas y productivas, y 5 que afectaba a un máximo de 1.500 trabajadores de su plantilla. El procedimiento de despido colectivo y suspensión de contratos NUM000, finalizó con Acuerdo entre las partes en reunión de 6 de junio de 2012. En dicho acuerdo se recogían las medidas a adoptar para la reestructuración de la empresa B.C. S.A.: Capítulo I. Prejubilaciones. Para empleados que tuvieran una antigüedad mínima de 6 años y tuvieran cumplidos 54 años a 31 de diciembre de 2012. Capítulo II. Bajas indemnizadas. Capítulo III. Suspensiones de contrato. La extinción de los contratos mediante prejubilación se ha formalizado mediante: Propuesta de la empresa a los posibles prejubilados para acogimiento a la medida de prejubilación establecida en el Acuerdo Laboral de 6 de junio de 2012; acuerdo de extinción de contrato de trabajo, de carácter individual, firmado por la empresa y el trabajador afectado, en cuyas estipulaciones se recoge que la extinción de contrato se realiza al amparo del art. 49.1.a) del Estatuto de los Trabajadores , y que ambas partes acuerdan la extinción de la relación laboral que les unía , por mutuo acuerdo entre las partes. El Acuerdo recoge la compensación por prejubilación, a abonar por la empresa bien en forma de renta o bien en forma de capital elegida por el trabajador. Adicionalmente recoge el Acuerdo el abono por la empresa del importe del Convenio Especial con la Seguridad Social, que deberá suscribir el prejubilado desde la fecha de la extinción del contrato y hasta cumplir los 63 años de edad. Asimismo el compromiso de la empresa de efectuar las aportaciones necesarias para atender las prestaciones de jubilación, fallecimiento e incapacidad en el Plan de Pensiones de empleados, desde la fecha de extinción del contrato y hasta el momento de la jubilación a los 63 años. En base a todo ello, los trabajadores afectados no han pasado a

la situación de desempleo, habiendo comunicado la empresa al SEPE en los certificados de empresa la causa de la baja de los prejubilados como baja voluntaria. A las referidas comprobaciones el informe de Inspección anuda las siguientes conclusiones:

1^a) las bajas mediante prejubilaciones a que se refieren los denunciantes tienen causa en la situación descrita por B.C. S.A. en la Memoria del ERE NUM000 , causas económicas, organizativas y productivas, conforme al art.51 del Estatuto de los Trabajadores y no el art. 49.1.a) de la norma citada .

2^a) La empresa y los representantes de los trabajadores, en el Acuerdo Definitivo de 6 de junio de 2012, que pone fin al período de consultas del mencionado ERE NUM000 , recogen entre las medidas acordadas para la reestructuración de B.C. S.A., expresamente, en el Capítulo I del Acuerdo, las Prejubilaciones.

3^a) La empresa comunicó expresamente a la Dirección General de Empleo con fecha de 7-9-2012, la aplicación de dicho Acuerdo que ponía fin al período de consultas del ERE NUM000 , adjuntado como Anexo la relación de trabajadores afectados mediante prejubilaciones.

4^a) La STS 6920/2006, en unificación de doctrina, es muy clarificadora. La adscripción a las medias pactadas en un ERE es voluntaria, pero la causa de la extinción del contrato es el ERE, basado en causa económica, organizativa o productiva, y por tanto involuntaria, sea cual sea la formalización que haya realizado la empresa.

En consecuencia se estima que las bajas mediante Prejubilaciones habidas con ocasión del ERE NUM000 tienen carácter de involuntarias, realizadas de conformidad con el art. 51 del Estatuto de los Trabajadores.

La aludida sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2006, es significativa, en su fundamento de derecho tercero, que expresa: “ Este razonamiento no respeta los hechos probados, porque, con independencia de que hubiera en el marco del ERE un acuerdo sobre prejubilaciones, lo cierto es que el cese del actor está dentro de las extinciones autorizadas en el expediente. Por ello, el contrato no se ha extinguido “por la libre voluntad del trabajador que decide poner fin a la relación”. Por el contrario, el contrato se ha extinguido por una causa por completo independiente de la voluntad del trabajador; en concreto, por una causa económica, técnica, organizativa o productiva, que ha sido constatada por la Administración y que ha determinado un despido colectivo autorizado, como se recoge en los hechos probados 2º y 3º, en los que consta la extinción del contrato de trabajo y la opción del trabajador por la prejubilación, pero en el marco de la extinción de los contratos autorizada en el ERE. La propia fundamentación de la sentencia recurrida lo afirma con valor fáctico cuando señala que el cese del demandante se produjo al estar incluido en el ERE NUM001, conforme al des-

glose de trabajadores afectados. Y el dato puede comprobarse además en los folios 101 y siguientes de las actuaciones. Es cierto que la opción por la jubilación ha sido voluntaria, pero eso no significa que el cese lo sea. En el régimen actual de los despidos colectivos se viene admitiendo una práctica administrativa, en virtud de la cual los trabajadores afectados por un despido colectivo pueden determinarse:

1º) De forma directa y nominal en la propia resolución administrativa.

2º) Por el empresario sin una aceptación previa de la designación por el trabajador.

Y 3º) por el empresario con una aceptación previa del trabajador, que se acoge así a determinadas contrapartidas previstas en el plan social. En cualquiera de estos casos el cese es involuntario para el trabajador. Esta conclusión es obvia en los primeros supuestos, pues la voluntad del trabajador no interviene de ninguna forma en el cese. Pero tampoco hay voluntariedad en el tercer supuesto, porque el cese sigue produciéndose como consecuencia de una causa independiente de la voluntad del trabajador y lo único que sucede es que la concreción de esa causa sobre uno de los trabajadores afectados se realiza teniendo en cuenta la voluntad de éstos.

Puede haber voluntariedad en la fase de selección de los afectados, pero no la hay en la causa que determina el cese. Si el actor no hubiese aceptado la jubilación, el mismo u otro trabajador hubiera tenido que cesar para completar el número de extinciones autorizadas. En el presente caso, de los términos de la resolución administrativa que autoriza el expediente de regulación de empleo se deduce que la conformidad de los trabajadores afectados se produjo antes de la autorización administrativa. Pero este dato no afecta a la voluntariedad de la causa extintiva, que es el elemento decisivo en orden a la calificación del cese.

Por el contrario, la selección de los afectados por éste, sea anterior o posterior al acto administrativo de autorización del despido colectivo, es irrelevante para calificar la causa extintiva. La Ley 52/2003, que por razones temporales no resulta aquí aplicable, viene, sin embargo, a reconocer que ésta es la interpretación correcta, cuando introduce un nuevo inciso para aclarar que “se presumirá que el cese en la relación laboral se produjo de forma involuntaria cuando la extinción se haya producido por alguna de las causas previstas en el artículo 208.1.1 de esta Ley”. En el apartado a) de este precepto se enumera como situación legal de desempleo la derivada de una extinción de la relación laboral “en virtud de expediente de regulación de empleo” y ésta era la situación del actor.”

Por todo lo anteriormente expuesto debe concluirse de conformidad con el art. 161 bis del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en la versión vigente en el momento de la producción del ERE, que el cese en el trabajo, como consecuencia de la extinción del contrato de trabajo, no se pro-

dujo por causa imputable a la libre voluntad del trabajador, pues no se produjo una inequívoca manifestación de voluntad del mismo de cesación en el trabajo pudiendo continuar su relación laboral. En definitiva la extinción del contrato de trabajo de las personas incluidas en el ERE, tiene carácter involuntario y la situación legal igualmente ha de considerarse de desempleo, a tenor de lo dispuesto en el art. 208 de la normativa citada, pues la situación legal de desempleo se produjo en virtud de despido colectivo, adoptado por decisión del empresario al amparo de lo establecido en el art. 51 del Estatuto de los Trabajadores. El expediente de regulación de empleo se llevó a cabo por el procedimiento de despido colectivo y la causa de extinción fue involuntaria, pues fue impuesta por decisión empresarial. Solo resta añadir que la Tesorería General de la Seguridad Social, disponía de los medios normativos a los que se hizo mención en el fundamento de derecho tercero de la presente sentencia, para modificar la causa consignada como baja en la extinción de la relación laboral del actor con B.C. S.A. y resolver el carácter involuntario de la misma a través de la revisión de oficio, como por otra parte, han resuelto las Direcciones Provinciales de Huelva y Cádiz, por lo que procede la estimación del recurso.

Procede la imposición de costas a las partes demandadas, sin que los honorarios del Sr. Letrado de la parte actora, dada la repetición de demandas de la misma índole, puedan superar la cantidad de 500 euros, por cada una de ellas”.

(St. de 9 de julio de 2015. Sala de Sevilla. Ponente J. Santos Gómez).

XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS

Extranjería. Examen de la procedencia de las medidas cautelares positivas y negativas en los casos de suspensión de denegación de prórroga del permiso de residencia con orden de expulsión.

“La parte apelante basó su recurso, en resumen, en que no puede acordarse, según criterio mantenido por los distintos Tribunales Superiores de Justicia, la suspensión de la resolución de la denegación del permiso de trabajo y residencia, porque constituye un acto negativo, que de ser suspendido, produciría el efecto de otorgar en vía jurisdiccional cautelar lo denegado por la Administración, siendo, en su caso, admisible la suspensión del acto en lo referente al abandono del territorio nacional, en atención al vínculo familiar. Por la parte apelada se alegó en resumen que procede confirmar el auto apelado por sus propios fundamentos.

Sentadas las posturas discrepantes, este recurso de apelación va a tener favorable acogida, y ello sobre la base de las siguientes consideraciones:

Primera.- Dispone el artículo 129 de la L.J.C.A. , que los interesados podrán solicitar, en cualquier estado del proceso, la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia, añadiendo el artículo siguiente, que el órgano jurisdiccional, previa valoración circunstanciada de todo los intereses en conflicto, podrá acordar las medidas únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición general pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso, esto es, cuando hubiera el riesgo de una eventual sentencia estimatoria pero inoperante para restablecer el ordenamiento jurídico infringido. Los intereses en conflicto no son otros que los del interés público, que representa la Administración, y los privados, del ciudadano que impugna un acto administrativo que entiende le perjudica. Los intereses generales no cabe duda de que deben tener preferencia, pero frente a ellos debe alzarse la protección de los intereses particulares cuando la actividad administrativa puede producir un perjuicio de imposible o difícil indemnización, pues resultaría absurdo acudir a los Tribunales para solicitar la protección de los derechos que se entienden violados, para después no poderlos hacer efectivos, violando el principio de la efectividad de la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución .

Segunda.- Previamente al examen de si existen o no los perjuicios de difícil o imposible reparación alegados, sí debe llamarse la atención sobre la circunstancia de ser dos las medidas cautelares solicitadas al solicitarse la suspensión del acto administrativo impugnado, no procediendo la suspensión cautelar de la denegación de la solicitud de renovación de residencia y, por el contrario, si la suspensión de la salida obligatoria y ello por los siguientes argumentos: basta examinar dicha resolución para observar que si bien se deniega la solicitud de renovación de residencia, lo que llevaría a la doctrina de los actos negativos de los que no cabe predicar suspensión, también conlleva dicha resolución la obligación abandonar el territorio nacional. Y procede aquí recordar los argumentos de la Sentencia del TS de fecha 8 de noviembre de 1995 que afirma que es evidente que, salvo que se interesase la adopción de una medida cautelar positiva, no cabe acceder a la suspensión de actos denegatorios de licencias, autorizaciones o permisos porque, de lo contrario, se concederían éstos sin haberse tramitado el proceso principal, pero, en este caso, la Sala de instancia se limitó a suspender meramente la obligación, que se le había hecho saber al interesado de abandonar el territorio español y si bien es cierto que la efectiva expulsión requeriría eventualmente un nuevo acto administrativo, emanado del órgano competente de la Administración para ordenarla, conforme a lo establecido legalmente, sin embargo no se puede ignorar que igualmente se dispone la salida del territorio español del ciudadano extranjero al que se hubiera denegado el permiso de residencia, por lo que, aunque el acto denegatorio del mismo tenga, evidentemente, un contenido negativo, la obligatoria salida, que tal denega-

ción conlleva, puede ser objeto de suspensión al no tratarse, lógicamente, de un acto de contenido negativo. Doctrina que esta Sala asume y aplica al presente supuesto de hecho y que en principio conlleva a denegar la concesión provisional de residencia y a analizar los requisitos exigidos sobre la suspensión de expulsión del territorio nacional.

Tercera.- Habiendo declarado el Tribunal Supremo de manera reiterada (STS de 8 de noviembre de 1995 y de 17 de diciembre de 1996 , entre otras), que la suspensión de la ejecución de decisiones administrativas de expulsión de extranjeros del territorio nacional, o mediante las que se impone el deber de abandonar el mismo, como consecuencia o en relación con la denegación de la exención de visado o de la expedición de un documento que autorice la estancia en España, resulta procedente cuando la persona afectada tiene arraigo en España, por razón de sus intereses familiares, sociales o económicos, y habría de producirle unos perjuicios de difícil reparación, que en parte afectarían a su esfera personal. Sólo restará analizar si en el caso concreto se acreditan o no los perjuicios de difícil o imposible reparación que podría ocasionar la expulsión, por el arraigo del recurrente. En el presente supuesto, de la documentación aportada, si se pueden deducir esos perjuicios de muy difícil o imposible reparación debido a su arraigo, sin que la suspensión afecte negativamente a los intereses públicos, dado que el recurrente tiene en España mujer y cuatro hijos menores de edad, encontrándose los mismos escolarizados. Aporta igualmente, a fin de acreditar el arraigo pretendido, contrato de trabajo de su mujer, certificado de empadronamiento desde el año 2.009, contrato de alquiler e informe de la vida laboral. Por lo expuesto y en aplicación de la jurisprudencia mencionada, procede que, mientras se sustancia el proceso principal, la parte recurrente no sea expulsada del territorio español por carecer de autorización de residencia.

En cuanto al pago de las costas procesales causadas en el recurso de apelación, y visto lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional, no se hace especial pronunciamiento sobre las costas causadas en ésta instancia”

(St. de 30 de junio de 2015. Sala de Granada. Ponente B. Sánchez Vallejo).

XIV. HACIENDA PÚBLICA

Impuesto de sucesiones. Doctrina general. Función de la Orden de 12 de febrero de la Consejería de Economía y Hacienda de la Junta de Andalucía.

“Se interpone recurso contencioso administrativo contra la Resolución de 31 de octubre de 2013 del Tribunal Económico-Administrativo Regional de

Andalucía, desestimatoria de la reclamación tramitada con el número NUM000 deducida contra liquidación por impuesto de sucesiones.

Respecto a la valoración de los bienes transmitidos, sea por actos inter vivos o mortis causa, la Sala ha tenido ocasión de pronunciarse en relación al supuesto aquí contemplado en numerosas sentencias, cuyo tenor se reproduce a continuación: “La Administración ha utilizado el medio referido en el artículo 57.1 de la LGT y en el 37.2 del T.R. de las disposiciones distadas por la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de tributos cedidos, aprobado por Decreto Legislativo 1/2009, de 1 de septiembre.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley del Impuesto de Sucesiones y Donaciones, Ley 29/87, y 10 del Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, la base imponible del Impuesto está constituida por el valor real del bien transmitido o del derecho que se constituya o ceda.

La Administración podrá, en todo caso, comprobar el valor real de los bienes y derechos transmitidos, comprobación que se llevará a cabo por los medios establecidos en el artículo 57 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria), y si de la comprobación resultasen valores superiores a los declarados por los interesados, éstos podrán impugnarlos en los plazos de reclamación de las liquidaciones que hayan de tener en cuenta los nuevos valores. Como resulta de la comprobación de valores obrante en el expediente, que se encuentra en el origen de la liquidación impugnada y de la propuesta de liquidación que le precede, la valoración asignada al bien transmitido se obtiene mediante la aplicación a su valor catastral actualizado a la fecha de realización del hecho imponible de los coeficientes que para estimar su valor real se recogen para cada municipio, junto a las reglas para su aplicación y el método a seguir, en la Orden de 10 de febrero de 2012 de la Consejería de Economía y Hacienda de la Junta de Andalucía, que fija para el municipio de S. un coeficiente multiplicador del valor catastral de 2,20.

Este modo de proceder de la Administración, cuya verificación no precisa a la vista de los parámetros utilizados una visita al inmueble valorado, es acorde con la normativa aplicable, pues siendo cierto que el artículo 57.1 de la Ley 58/2003, General Tributaria (al que como veíamos se remite el artículo 46 del TRITP y 18 de la LISD), establece diversos métodos para comprobar el valor de los bienes determinantes de la obligación tributaria (entre los que se encuentra el de estimación por referencia a los valores que figuren en los registros oficiales de carácter fiscal aplicado por la Administración -apartado b -, o el de precios medios de mercado -apartado c-, al que parece referirse la parte demandante); no lo es menos que para dicha actividad la Administración puede utilizar indistintamente cualquiera de estos medios, como establece el artículo 23 de la Ley andaluza 10/2002, de 21 de diciembre,

por la que se aprueban normas en materia de tributos cedidos y otras medidas tributarias, administrativas y financieras, en orden a efectuar la comprobación de valores a efectos del ITP, hoy 37.2 del Decreto Legislativo 1/09, de 1 de septiembre.

En consecuencia, nada impide que la Administración, a la hora de efectuar la comprobación de valores se atenga al método del artículo 57.1 de la Ley General Tributaria, con las precisiones contenidas en el artículo 37.2 del Decreto Legislativo citado, en cuya virtud, cuando se utilice el medio referido en el artículo 57.1.b) de la Ley General Tributaria, el valor real de los bienes inmuebles de naturaleza urbana se podrá estimar a partir del valor catastral que figure en el correspondiente registro fiscal; a tal efecto, al valor catastral actualizado a la fecha de realización del hecho imponible se le aplicará un coeficiente multiplicador que tendrá en cuenta el coeficiente de referencia al mercado establecido en la normativa reguladora del citado valor y la evolución del mercado inmobiliario desde el año de aprobación de la ponencia de valores; y la Consejería de Economía y Hacienda publicará anualmente los coeficientes aplicables al valor catastral y la metodología seguida para su obtención.

La liquidación recurrida se ajusta sin duda a la regulación expuesta al valorar el bien a partir del valor catastral actualizado a la fecha del devengo, multiplicando el mismo por el coeficiente de 2,2 previsto para el municipio de Salteras en la citada Orden de 10 de febrero de 2012 de la Consejería de Economía y Hacienda de la Junta de Andalucía.

Pues bien, como viene diciendo esta Sala en diversas Sentencias, dada la claridad de los preceptos y de la Orden en cuestión, así como la certificación catastral, la escritura de herencia, la liquidación y el impreso de comprobación que obran en el expediente, debe rechazarse rotundamente la denuncia de falta de motivación que se imputa a la Administración que, por tanto, ninguna indefensión ha provocado al recurrente; pues constan en dicha documentación debidamente explicitados los datos tenidos en cuenta para realizar la valoración relativos a la referencia catastral del inmueble, su valor catastral en el año del hecho imponible, su uso principal, y más adelante la operación practicada al amparo del artículo 37, con el resultado que arroja y la indicación del coeficiente multiplicador utilizado con cita de la Orden que lo sustenta.

Nada ni nadie ha impedido por tanto al demandante demostrar, bien que era inadecuado a Derecho la utilización de ese medio de comprobación, bien que no era ese el valor catastral, bien que la Administración erró en la aplicación del coeficiente de referencia, bien que sufrió error en la operación de multiplicación, o incluso que se equivocó al hallar el montante a que ascendía la liquidación; basándose además la actuación de la Administración en el resultado de un método cuyas prescripciones aparecen consignadas en normas de rango legal.

Por lo demás, la citada Orden de 10 de febrero de 2012, de la que resulta el coeficiente multiplicador aplicado, tiene por objetivo determinar el valor real de determinados bienes inmuebles de naturaleza urbana radicados en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, a efectos de la liquidación, entre otros, del Impuesto sobre Sucesiones, publicando en su Anexo I la metodología empleada para su obtención para su posterior individualización por municipios y años en su Anexo II, método que tiene en cuenta el coeficiente de actualización del valor catastral, el coeficiente de referencia al mercado (relación entre el valor catastral y el de mercado), y el coeficiente de variación del mercado inmobiliario (a partir de estadísticas de Administraciones competentes en materia de vivienda sobre el índice de precios del metro cuadrado de las viviendas, con datos obtenidos de las tasaciones hipotecarias, calculándose los coeficientes a partir de los criterios de media nacional y de Andalucía, tamaño del municipio, áreas geográficas homogéneas, localización o situación geográfica). De suerte que para cada municipio se calculan varios valores del coeficiente multiplicador del valor catastral, atendiendo a los criterios de presentación de las estadísticas (media nacional, media de Andalucía, tamaño del municipio, localización y áreas geográficas) y, a su vez, utilizando datos medios anuales y trimestrales, considerándose el valor mínimo de los valores obtenidos. Lo anterior pone de manifiesto que el método utilizado para determinar el coeficiente multiplicador tiene en cuenta una pluralidad de factores objetivos inmediatamente relacionados con el valor real de los inmuebles urbanos, como su situación, estado, uso, ubicación, fecha de construcción, área geográfica, y, junto a los valores catastrales y datos estadísticos, cuya adecuación, procedencia y alcance no han sido debidamente desvirtuados por la parte actora.

Esta tesis es aplicable al impuesto de sucesiones y sólo quiebra cuando el bien o la propia transmisión presentan singularidades que requieren una más fundada motivación. No es el caso presente. La práctica aplicada por la Administración tributaria tiene una clara base legal y es por ello compatible con la exigencia de motivación del artículo 102.2.c) de la LGT. Así se expone, además, en el preámbulo de la Orden de 10 de febrero de 2012. Todas las consideraciones que la demanda contiene al respecto no resultan aplicables pues no ensombrecen el discurso administrativo ni acreditan error en el cálculo o que la comprobación en los términos propuestos resultaba improcedente.

Afirma el recurrente que si bien el solar era privativo de su fallecida esposa, la vivienda construida sobre él tiene carácter ganancial.

Los datos tomados en consideración en la resolución del TEARA y que resultan del expediente revelan lo contrario y el recurrente no ha logrado desvirtuarlos ni con el álbum fotográfico, ni con la documentación que ahora aporta con su demanda, ni con las alegaciones al respecto contenidas en és-

ta, que, de ser ciertas, debieron determinar que en la escritura de manifiestación y adjudicación de herencia se consignara entre los bienes gananciales el valor de la construcción, lo que no hizo el recurrente y por ello ha de considerarse que los razonamientos al respecto del TEARA, que damos por reproducidos para evitar innecesarias reiteraciones, son acertados.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción Contencioso administrativa procede imponer a la parte recurrente las costas procesales causadas, si bien limitamos a 1.200 euros la suma total a repercutir por dicho concepto por las partes demandada y codemandada”.

(St. de 17 de julio de 2015. Sala de Sevilla. Se transcribe completa. Ponentes. A. Salas Gallego).

XVI. MEDIO AMBIENTE

Clasificación del suelo. Discrecionalidad y motivación. PORN A y Plan Rector del Parque Natural Cabo de Gata Níjar.

“En cuanto a la causa de inadmisibilidad formulada por la Administración autonómica - relativa a la ausencia de autorización corporativa para recurrir - ha de ser desestimada desde este mismo momento, porque la entidad actora, mediante escrito de 20-10-2009, presentó certificación del acta de la asamblea de socios celebrada el día 16-4-2008 por la que se acuerda la interposición de las acciones que procedan frente a la aprobación del PORN. Antes de abordar la cuestión material o de fondo hemos de relatar los hechos acreditados en el proceso judicial. Sintéticamente son los siguientes:

1. Las fincas propiedad de la entidad demandante quedaron enclavadas en terreno declarado como suelo urbanizable por las NNSS del Ayuntamiento de Níjar de 1987. Esta clasificación se respeta en el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales del Parque Natural Cabo de Gata - Níjar de 1992 (en adelante PORG) y en el Proyecto del PORG publicado en 2005; sin embargo, finalmente fueron clasificados por el PORG definitivo (Decreto 37/2008 impugnado) como terrenos no urbanizables y de especial protección. Esta decisión final afecta a los tres sectores siguientes, en los que la sociedad demandante posee parcelas de su propiedad:

- a) El identificado en la demanda como Sector I, SAU AA-5 de Agua Amarga, calificado como suelo no urbanizable de especial protección (Zona B1), al que se refiere el Art. 3.2.4 del Decreto impugnado, cuya nulidad pretende la sociedad demandante. Se trata de 48 hectáreas.
- b) El Sector II, que son suelos de titularidad de la sociedad demandante no incluidos en el SAU AA-5 que fueron calificados como zona C1 por el

PORN 1994 y en el PORN 2008 se califican como zona de protección B1: esto es, área de importante valor.

c) El Sector III, que son suelos de titularidad de la sociedad demandante no incluidos en el SAU AA-5 que fueron calificados como zona D2 por el PORN 1994, área urbanizable al este del núcleo urbano de Agua Amarga, y el PORN 2008 califica como zona grado de protección B1 y B2.

2. Entre los años 2005 (Proyecto de PORG) y 2008 (redacción final del PORG impugnado) ocurrieron los siguientes hechos relevantes: el 12 y 13 de diciembre de 2007 el Tribunal Supremo publica sendas sentencias (recurso 652/2004 y 688/2004), que declaran conforme a derecho las resoluciones de la Comisión Provincial de Ordenación del Territorio y Urbanismo de 2 de mayo de 1996, sobre Revisión de las Normas Subsidiarias de Planeamiento Urbanístico de dicha localidad de 1987, el primero, y de 29 de noviembre de 1996 de aprobación del Texto Refundido de dicha Revisión, el segundo, que excluyen el Sector SAU AA-5 de los suelos urbanizables. Esta exclusión estaba motivada por la Declaración de Impacto Ambiental (BOJA 95, 17 de mayo de 1996) - dictada con ocasión de la referida Revisión de las Normas de Planeamiento de Níjar de 1996 - en la cual se proponía la supresión de la calificación de urbanizable del Sector SAU AA-5 y su consideración como Suelo No Urbanizable Especialmente Protegido, a la vista del índice de naturalidad elevado que presenta y para la defensa de la fachada lateral.

Expuestos los antecedentes fácticos que afectan al Sector I, SAU AA-5 de Agua Amarga, en el plano jurídico necesariamente hemos de tener en cuenta la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2014, dictada en recurso de casación núm 3091/2012, que acuerda traer al debate y someter a la consideración de las partes - por la vía del artículo 33.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa - la incidencia sobre la cuestión debatida de la revisión de las NNSS de Níjar de 1996 - norma de carácter general - y las sentencias del Tribunal Supremo de 12 y 13 de diciembre de 2007 (recursos de casación Núm 652 de 2004 y 688/2004). Literalmente declara en su Fundamento de Derecho Segundo, párrafo último: "Así las cosas, el planteamiento efectuado por la Sala de instancia, que ha dado lugar a la sentencia objeto del presente recurso de casación, no se corresponde con la realidad normativa expuesta, dado que no se ha tenido en cuenta la revisión de las NNSS de Níjar, de 1996, y ello, pese a que dicha situación no era desconocida ni para la Junta de Andalucía, que también fue parte en los referidos recursos, ni para la mercantil recurrente en la instancia -B.O.P. de la Provincia de Almería de 9 de octubre de 2009, en el que consta que dicha entidad formuló reclamación patrimonial con base precisamente en las indicadas sentencias de este Tribunal Supremo -ni debió serlo para la propia Sala de instancia, al haber sido anuladas las sentencias por

ella dictadas por las tan reiteradas resoluciones de este Tribunal de 12 y 13 de diciembre de 2007.”

Pues bien, este nuevo escenario jurídico está configurado por las sentencias de fecha 12 y 13 de diciembre de 2007 (recurso de casación 652 de 2004 y 688/2004) que declararon haber lugar a los recursos interpuestos por la Junta de Andalucía contra las sentencias dictadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, sede en Granada, en fecha 24 de noviembre de 2003 y 1 de diciembre de 2003 .Y, en consecuencia, confirmaron la decisión de la Comisión Provincial de Ordenación del Territorio y Urbanismo de 2 de mayo de 1996, sobre Revisión de las Normas Subsidiarias de Planeamiento Urbanístico de dicha localidad de 1987, la primera, y de 29 de noviembre de 1996 de aprobación del Texto Refundido de dicha Revisión, la segunda. Y declararon conforme a derecho las disposiciones que, por su valor ecológico, excluían de las NNSS las actuaciones que afectaban a los siguientes sectores de Agua Amarga: “Hortichuelas UEHO-1.3 y 4, Pozo de los Frailes SAU-PF-3 Agua Amarga; SAU-AA-5; San José y SAU-SJ-5”

En las citadas sentencias el Tribunal Supremo precisa que la cuestión a decidir es si aquellos suelos que, clasificados aptos para urbanizar en las NNSS de Níjar de 1987 y respetada tal clasificación en el PORNA de 1994, pueden ser clasificados como no urbanizables de especial protección por la Revisión de las referidas NNSS de 1996. Responde afirmativamente a dicha cuestión declarando, que tanto los PORNA como las Declaraciones de Impacto Ambiental -DIA- son herramientas jurídicas al servicio de la mejor protección del medio ambiente, lo que determina, desde la perspectiva ambiental, que las primeras no sólo no excluyen la necesidad de las segundas, sino también, y sobre todo, que éstas pueden, sin que por ello entren en contradicción con aquellas, ni vulneren por tanto lo dispuesto en el citado art. 5 de la Ley 4/1989, entender necesario u oportuno que determinados suelos queden preservados temporal o definitivamente de un desarrollo urbanístico o de un modelo de desarrollo que sin embargo no excluyó el PORNA. En definitiva, concluye la primera de las sentencias citadas: “este permite, por no entrar en contradicción con él sino todo lo contrario, que el instrumento de ordenación urbana prevee una preservación medioambiental más extensa que lo que aquel consideró necesario para proteger el concreto recurso natural objeto del mismo”.

Así las cosas hemos de concluir, en seguimiento de estas sentencias, que el Art. 4.2.4 del Decreto 37/2008 , por el que se declaran no urbanizables y de especial protección los suelos del Sector SA-AA-5 Agua Amarga, resulta conforme a derecho; y, además, se encuentra plenamente justificada tal decisión por la naturaleza propia de los terrenos que ya fueron calificados como de especial protección en la Revisión de las Normas Subsidiarias de Níjar en 1996, siguiendo la recomendación de la Declaración de Impacto Ambiental dictada con ocasión de tales NNSS.

En consecuencia, no hay infracción de los principios de seguridad jurídica, audiencia o de confianza legítima - en contra de lo alegado por la sociedad demandante - perfecta conocedora de este nuevo escenario jurídico, como lo demuestra que formuló reclamación patrimonial con base precisamente en las indicadas sentencias de este Tribunal Supremo, tal y como consta publicado en el BOP. de la Provincia de Almería de 9 de octubre de 2009.

Tampoco existe excepción procesal de cosa juzgada, ni en su vertiente procesal ni material - argumento desplegado por la mercantil en el trámite del Art. 33.2 de la Ley Jurisdicción Contencioso Administrativo - y ello habida cuenta que no concurre uno de los requisitos necesarios para ello, cual es la identidad del objeto del proceso. En este proceso es el Decreto 37/2008, dictado por la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía; mientras que los dos recursos contenciosos administrativos que cita (el número 2710/96 y número 2521/1997) tenían por objeto anteriores resoluciones del Ayuntamiento de Níjar en relación con la Revisión de Normas Subsidiarias de Planeamiento Urbanístico de Níjar en 1987, Normas que fueron revisadas en 1996 en uso de la discrecionalidad de las administraciones en el planeamiento urbanístico.

En resumen, el artículo 4.2.4 del Decreto 37/2008 de 5 de febrero por el que se aprueba el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales del Parque Natural del Cabo de Gata-Níjar, es ajustado a derecho porque se dicta por la Administración medioambiental en uso de su potestad y discrecionalidad para planificar de los recursos naturales; y en especial de los espacios naturales y de las especies a proteger dentro de su ámbito específico. Su mandato de protección del área como suelo no urbanizable de especial protección está plenamente justificado y motivado en el escenario fáctico y jurídico que se produce con la Revisión de las Normas Subsidiarias de Níjar de 1996 que considera tales suelos como No Urbanizables de Especial Protección y así lo ratificó el Tribunal Supremo.

En cuanto al resto de terrenos de su propiedad que la sociedad pretende excluir de las zonas de protección - esto es, los denominados en la demanda como Sector II y Sector III, calificados como zona C1 y zona D2 por el PORN 1994 - se denuncia actuación ilegal de la Administración por arbitrariedad en los cambios de calificación respecto de los criterios seguidos en el PORN 1994. Estas alegaciones han de ser desestimadas por las siguientes razones.

1.- El Sector II - son suelos de titularidad de la sociedad demandante no incluidos en el SAU AA-5 - fueron calificados como zona C1 por el PORN 1994 y en el PORN 2008 se califican como zona de protección B1; esto es, área de importante valor.

En esta materia ha de recordarse la discrecionalidad de la Administración medioambiental en la planificación de los recursos naturales, y que la modificación está justificada por la propia administración en base a que los terrenos tienen marcado carácter forestal. Por ello se incluyen dentro de la zona

B1 “Áreas naturales de interés general”. Así resulta de la hoja nº 1046 (4-2), plano 10 (caja 2). En consecuencia, se trata de una decisión motivada y ajustada a derecho, no aportándose prueba alguna en contrario, como podría ser la relativa a la concurrencia de las condiciones del punto 4.2.3 del Plan Director que incluyen en esta categoría las áreas con un mayor grado de intervención humana del Parque Natural, en las que tienen lugar usos y actividades de diversa naturaleza, en cuanto a calidad e intensidad.

2. El Sector III - suelos de titularidad de la sociedad demandante no incluidos en el SAU AA-5 – fueron calificados como zona D2 por el PORN 1994, área urbanizable al este del núcleo urbano de Agua Amarga, y el PORN 2008 califica como zona grado de protección B1 y B2.

Consta escrito de alegaciones de la actora de 17-1-2006 (caja 3) y que la Administración motivó su decisión - página 5337 de 6408 (caja 40) - explicando que el PORN establece una zonificación del espacio en función de los valores ambientales que alberga y por eso incluye determinadas zonas clasificadas por los planeamientos urbanísticos como urbanizables, en aquella categoría de ordenación que más se adecua a sus características. En cuanto a la parcela que nos ocupa, el cambio se ha producido por albergar la zona hábitats de interés comunitario. En definitiva, también está justificada la decisión de la administración medioambiental y ajustada a derecho.

Razones todas estas que determina la desestimación de la pretensión principal de la demanda de nulidad del Decreto impugnado en los extremos analizados, que se declaran conformes a derecho.

La mercantil solicita en este proceso judicial - como pretensiones subsidiarias a la principal de nulidad del Decreto 37/2008 - la declaración de lesión en sus bienes y derechos por el cambio de calificación del sector S.A.U. AA-5 de Agua Amarga; así como el reconocimiento del derecho a ser indemnizada, en la cantidad de 24.594.524,97 euros por tal motivo. También de manera subsidiaria solicita que se declare haber lugar al oportuno expediente expropiatorio, a fin de ser indemnizada por haberse producido una auténtica expropiación de terrenos pertenecientes al sector S.A.U. AA-5 de Agua Amarga.

Pretensiones subsidiarias que se desestiman porque incurren en desviación procesal; y ello en atención a que el objeto del presente recurso es el Decreto 37/2008 y la mercantil no identificó ningún otro acto administrativo relacionado con su pretensión de reparación de daños y perjuicios o de expropiación. De hecho, tal y como se expuso en los fundamentos de derecho anteriores, la entidad demandante ha formulado reclamación patrimonial respecto del sector S.A.U. AA-5 de Agua Amarga; así consta en el B.O.P. de la Provincia de Almería de 9 de octubre de 2009.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 139 LJCA no ha lugar a efectuar pronunciamiento respecto de las costas procesales que se hubiesen causado.

(St. de 9 de octubre. Sala de Granda. Ponente I. Montalbán Huertas).