

Tribunal Supremo y Tribunal Superior de Justicia de Andalucía

Tribunal Supremo¹

I. ACTO ADMINISTRATIVO

EJECUTIVIDAD DEL ACTO Y APARIENCIA DE BUEN DERECHO

La apariencia de buen derecho como criterio positivo para determinar la procedencia de la medida cautelar.

“En el Derecho público las prerrogativas exorbitantes de la Administración y la consiguiente necesidad de la justicia cautelar de constituir un contrapeso o límite a dichas prerrogativas, especialmente a la ejecutividad de la actuación administrativa, ha determinado, entre otras consecuencias, que el *fumus bonis iuris* o apariencia de buen derecho se desdibuje como requisito de carácter negativo (limitándose a casos extraordinarios) y se convierta en un criterio positivo, junto con otros, para determinar la procedencia de la medida cautelar.

La doctrina del «*fumus bonis iuris*» o «apariencia del buen derecho» supone una gran innovación respecto a los criterios que tradicionalmente venían siendo considerados a la hora de acordar o denegar la suspensión. Dicha doctrina permite valorar con carácter provisional, dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día se declare en la sentencia definitiva, entre otros factores, las posiciones de las partes y los fundamentos jurídicos de su pretensión a los meros fines de la tutela cautelar.

Este Tribunal Supremo ha admitido este criterio en algunas resoluciones a veces con gran amplitud (ATS 20 diciembre de 1990 (RJ 1990 ,10412), 17 enero 1991 , 23 abril 1991 (RJ 1991, 3423), 16 julio 1991 ,19 diciembre 1991 (RJ 1992 , 310), 11 marzo 1992 ,14 mayo 1992 (RJ 1992 , 4455), 22 marzo 1996 y 7 junio 1996 (RJ 1996, 5382)), si bien en el actual estado de la jurisprudencia prevalece una doctrina que acentúa sus límites y aconseja prudencia y restricción en su aplicación.

¹ Subsección preparada por JOSÉ I. LÓPEZ GONZÁLEZ Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.

La LJCA suprime todo apoyo normativo al criterio de *fumus bonis iuris*, cuya aplicación queda confiada a esta jurisprudencia. Se elimina, en efecto, del Proyecto LJCA el precepto que disponía que «la adopción de las medidas cautelares podrá acordarse cuando existan dudas razonables sobre la legalidad de la actividad administrativa a que se refieran» (art. 124.2 Proyecto LJCA). En su lugar, la LJCA dispone que «previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso» (art. 130.1 LJCA). El sentido restrictivo de esta omisión respecto al criterio de *fumus bonis iuris* resulta subrayado por la palabra «únicamente» y confirmado por el art. 132.2 LJCA (también introducido en el trámite parlamentario), en el cual se dispone que «no podrán modificarse o revocarse las medidas cautelares en razón de los distintos avances que se vayan haciendo durante el proceso respecto al análisis de las cuestiones formales o de fondo que configuran el debate; y, tampoco, en razón de la modificación de los criterios de valoración que el Juez o Tribunal aplicó a los hechos al decidir el incidente cautelar». Esto equivale a decir que si durante el transcurso del proceso se produce o incrementa la apariencia de buen derecho del demandante el tribunal no podrá fundar en esta modificación la adopción de una medida cautelar antes denegada.

Pues bien, en la actualidad, la jurisprudencia del Tribunal Supremo admite el criterio de apariencia de buen derecho, entre otros, en supuestos de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta; de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula; de existencia de una sentencia que anula el acto en una anterior instancia aunque no sea firme; de existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz o, de modo muy excepcional, de prosperabilidad ostensible de la demanda.

En efecto, nuestra jurisprudencia advierte frente a los riesgos de perjuicio (*Dogma vom Vorwegnahmeverbot* en la doctrina alemana), declarando que «la doctrina de la apariencia de buen derecho, tan difundida, cuan necesitada de prudente aplicación, debe ser tenida en cuenta al solicitarse la nulidad de un acto dictado en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general, declarada previamente nula de pleno derecho o bien cuando se impugna un acto idéntico a otro que ya fue anulado jurisdiccionalmente, pero no al predicarse la nulidad de un acto, en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión en el proceso principal, pues de lo contrario se prejuzgaría la cuestión de fondo, de manera que por amparar el derecho a una efectiva tutela judicial se vulneraría otro derecho, también fundamental y recogido en el

propio artículo 24 de la Constitución (RCL 1978, 2836), cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba, porque el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito».

En definitiva, no es la pieza de suspensión el lugar indicado para enjuiciar de manera definitiva la legalidad de la actuación administrativa impugnada. Ahora bien, la doctrina de que se trata permite valorar la existencia del derecho con carácter provisional, dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza, y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, a los meros fines de la tutela cautelar.

Y es que existen supuestos singulares en los que la apariencia de buen derecho, dentro de los límites en que cabe realizar en la pieza de medidas cautelares, se impone con tal intensidad que si con carácter general la pérdida de la finalidad legítima del recurso es el elemento central de la decisión cautelar, debe ponderarse el posible resultado del asunto principal y el desvalor que representa desde el punto de vista de la tutela judicial efectiva la ejecución del acto administrativo impugnado”.

(STS de 24 de marzo de 2017. Sala 3ª, Secc. 2ª. F. D. 4º. Magistrado Ponente Sr. Martínez Mico).

(ROJ: STS 1089/2017. Nº Recurso: 1296/2016. <http://www.poderjudicial.es>)

III. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

VÍA DE HECHO Y MEDIDAS CAUTELARES DE TIPO POSITIVO

Las medidas de tipo positivo representan, en ocasiones, el único modo de impedir por vía cautelar el cese de situaciones ilegales.

“Aunque no resulta fácil hallar el hilo conductor del motivo casacional esgrimido por el Sr. Abogado del Estado, es claro que el motivo debe ser rechazado, porque los argumentos específicos en que se funda no son atendibles. Y así:

A) No lo es el de que la Sala debió denegar la medida cautelar solicitada al amparo de la excepción que prevé el artículo 136.1 de la Ley Jurisdiccional 29/98, cuyo precepto dispone que, en los supuestos de vía de hecho (artículo 30), como el que en este caso alegó la parte recurrente y la Sala aplicó, la medida cautelar podrá ser denegada cuando “se aprecie con evidencia que no se da la situación de vía de hecho, o la medida ocasione una perturbación grave de los intereses generales o de tercero”, que es, dice el Sr. Abogado del Estado, lo que ocurre en este caso, ya que el particular, dice, no prueba ni justifica de ninguna manera

los supuestos daños alegados, sino que, por el contrario, es evidente el daño al interés público que se produce con la autorización de residencia provisional concedida.

Pero tal argumento no puede ser aceptado, por las siguientes razones:

1a.- Los daños que alega el recurrente son los derivados de una situación dañosa, como es su mantenimiento obligatorio en el aeropuerto de Madrid-Barajas más allá del plazo de los cuatro días previstos en el artículo 21.5 (en relación con el artículo 21.2) de la Ley 12/2009, de forma que los daños se refieren a la libertad deambulatoria del solicitante, lo que obligó a la Sala de la Audiencia Nacional a hacer uso por vía cautelar del artículo 21.5 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, Reguladora del derecho de asilo; pues de otra forma la Administración hubiera devuelto al interesado a su país de origen sin resolver su petición de protección internacional.

El daño alegado era, pues, la libertad deambulatoria del interesado que (aunque sea en forma provisional) está prevista en el artículo 21.5 de la Ley 12/2009 para el caso de silencio de la Administración.

Ese daño no se veía contrarrestado por una afectación al interés público, ya que:

a) Ni lo era la posible dificultad para hallar al interesado posteriormente, una vez concedida la autorización provisional; porque, si así fueran las cosas, el propio artículo 21.5 de la Ley 12/2009 resultaría inútil. Y es este precepto el que quiere que la no resolución en plazo se traduzca en la concesión de una autorización de entrada y permanencia provisionales.

b) Ni lo era la utilización de la normativa de asilo para perseguir una finalidad distinta, cual es la inaplicación de la legislación de extranjería; porque es la normativa de asilo la que regula los efectos de la solicitud de protección internacional y las consecuencias de su no resolución en plazo. Son los efectos de la legislación de asilo los que el interesado (y la Sala de instancia) han procurado, y no la inaplicación de una legislación distinta, como lo es la general de extranjería.

B) En cuanto a la forma de computar el plazo de cuatro días para la resolución de la solicitud de protección internacional, la constante jurisprudencia de esta Sala ha declarado que el cómputo debe ser de hora a hora y sin descontar los días inhábiles (STS de 5 de diciembre de 2007 -casación 4050/2004 -, de 30 de junio de 2006 -casación 5386/2003 -, y 6 de noviembre de 2006 -casación 4964/2003 -, entre otras muchas).

Y debemos aquí responder al argumento utilizado en la instancia por el Sr. Abogado del Estado acerca de que la concesión de la medida cautelar en este caso

equivale a una decisión sobre la cuestión de fondo, en decir, sobre la presentación en plazo de la solicitud de reexamen (según dice). A lo cual debe precisarse:

1º.- Que este caso no se refiere a una solicitud de reexamen, sino a una petición originaria de protección internacional.

2º.- Que el sistema de justicia cautelar instaurado por la Ley Jurisdiccional 29/98 no se limita -como el anterior-a la suspensión de la eficacia del acto recurrido, sino que admite las medidas cautelares de tipo positivo, como la aquí adoptada, sin ninguna limitación. Si las cosas no fueran así, el resultado final significaría que los Tribunales no podrían impedir por vía cautelar el cese de situaciones posiblemente ilegales y que el privilegio de autoejecución de la Administración (devolución) podría impedir siempre el control judicial”.

(STS de 16 de febrero de 2017. Sala 3ª, Secc. 3ª. F. D. 4ª y 5ª. Magistrado Ponente Sr. Yagüe Gil)

(ROJ: STS 498/2017. N° Recurso: 1349/2016. <http://www.poderjudicial.es>)

IV. BIENES PÚBLICOS

CONCESIONES DE LA LEY DE COSTAS

En relación con la aplicación de la Disposición Transitoria Primera de la Ley de Costas, el Tribunal Supremo recuerda la distinción entre la incongruencia omisiva y la ausencia de motivación de las sentencias.

“Debemos reiterar nuestra jurisprudencia en relación con dichos defectos formales: incongruencia omisiva y ausencia de motivación:

1º. Por lo que hace referencia a la incongruencia omisiva, la misma se produce “cuando, por dejar imprejuzgada la pretensión oportunamente planteada, el órgano judicial no tutela los derechos e intereses legítimos sometidos a su jurisdicción provocando una denegación de justicia”, lo cual requiere la comprobación de que “existe un desajuste externo entre el fallo judicial y las pretensiones de las partes”, debiendo, no obstante, tenerse en cuenta “que no toda falta de respuesta a las cuestiones planteadas por las partes produce una vulneración del derecho a la tutela efectiva” pues resulta “preciso ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso para determinar, primero, si la cuestión fue suscitada realmente en el momento oportuno ... y, segundo, si el silencio de la resolución judicial representa una auténtica lesión del derecho reconocido en el art. 24.1 CE o si, por el contrario, puede interpretarse razonablemente como una desestimación tácita que satisface las exigencias de la tutela judicial efectiva”. En consecuen-

cia, se insiste en que “debe distinguirse entre lo que son meras alegaciones o argumentaciones aportadas por las partes en defensa de sus pretensiones”, sin que las primeras requieran “una respuesta explícita y pormenorizada”, mientras que, por el contrario, las pretensiones si exigen “de respuesta congruente ... sin más excepción que la de una desestimación tácita de la pretensión, de modo que del conjunto de razonamientos de la decisión pueda deducirse”. Y, a todo lo anterior, habremos de añadir que “la incongruencia omisiva es un quebrantamiento de forma que sólo determina vulneración del art. 24.1 CE si provoca la indefensión de alguno de los justiciables” (extractado de la STC 8/2004, de 9 de febrero).

2º.- En relación con la exigencia de motivación, diremos, con la STC 6/2002 de 14 de enero, que “la obligación de motivar las Sentencias no es sólo una obligación impuesta a los órganos judiciales por el art. 120.3 CE, sino también, y principalmente, un derecho de los intervinientes en el proceso que forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva proclamado por el art. 24.1 CE, que únicamente se satisface si la resolución judicial, de modo explícito o implícito, contiene los elementos de juicio suficientes para que el destinatario y, eventualmente, los órganos encargados de revisar sus decisiones puedan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión”; a ello, sin embargo, añadiremos, con la STC 301/2000 de 13 de noviembre, que “el deber de motivación de las resoluciones judiciales no autoriza a exigir un razonamiento jurídico exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles hayan sido los criterios jurídicos fundamentadores de la decisión, es decir, la “*ratio decidendi*” que ha determinado aquélla”.

Partiendo de la doctrina jurisprudencial anteriormente citada y, vistas las concretas y claras razones y respuestas de la Sala de instancia en relación con la pretensión de referencia, tal y como hemos anticipado, es evidente que no puede accederse a la estimación del motivo fundamentado en tal argumentación. La Sala de instancia, comenzando por la congruencia, da cumplida respuesta a la mencionada y concreta alegación —que ni siquiera pretensión— de la parte recurrente en relación con la aplicación al supuesto de autos de las doctrinas jurisprudenciales de los actos propios y de la desviación de poder. El contenido y sentido de las respuestas, que hemos pormenorizado en cuatro puntos, podrá ser tomado en consideración por la parte recurrente, discutirse o rechazarse, pero el pronunciamiento jurisdiccional ha existido, en los términos requeridos por la jurisprudencia, y ha constituido una respuesta motivada y razonada a las pretensiones de admisión formulada.

A mayor abundamiento, y siguiendo el dato expuesto en la sentencia de instancia, en relación con la solicitud efectuada el 23 de marzo de 2012 por la recurrente de otorgamiento de la concesión establecida en la Disposición Transitoria 1ª.4 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas , debemos dejar constancia de que la STSJ de Galicia de 5 de noviembre de 2015 (Sentencia 676/2015, RCA 4926/2012) desestimó el Recurso contencioso administrativo 4926/2012 seguido por la misma contra la desestimación por silencio administrativo de la citada solicitud de la entidad recurrente al amparo de la DT 1ª de la Ley de Costas ante la Demarcación de Costas en Galicia , de concesión sobre los terrenos concernidos, los cuales habían quedado incluidos dentro de la zona de dominio público marítimo-terrestre por el deslinde aprobado por la Orden del Ministerio de Medio ambiente de 30 de octubre de 2006, jurisdiccionalmente confirmada por SAN de 3 de diciembre de 2006 y, posteriormente, por STS de 23 de febrero de 2012 .

A ello añadiremos que por ATS de 2 de junio de 2016 (RC 131/2016) fue inadmitido el recurso de casación formulado contra STSJ de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Galicia de fecha 5 de noviembre de 2015, STSJ de Galicia en la que, entre otros extremos, se decía:

“Por consecuencia de lo expuesto, no nos encontramos con terrenos declarados de propiedad particular, en los términos exigidos por la DT 1ª más arriba transcrita. Y a ello ha de añadirse que por acuerdo de 17 de julio de 2014, se declaró la extinción de la concesión de 1933, que se encuentra recurrida ante la Audiencia Nacional en autos de PO 283/2014. Sin esa concesión, extinta, no se puede conceder la concesión de la DT 1ª de la Ley de Costas , de forma que la concesión interesada se encuentra dependiendo, a results, de aquella caducidad, puesto que de lo contrario se produciría una superposición. Y no se puede compartir que sea la Orden Ministerial que aprueba el deslinde en 2006 la que ordena se le dé la concesión, puesto que lo único que decía es que se otorgaba el plazo de un año para solicitar la concesión a los titulares de terrenos que pudieran acreditar su inclusión en algunos de los supuestos de la DT Ia de la Ley 22/1988, de Costas, pero no que sea automático, de forma que no concurriendo las condiciones precisas, es lo que conduce a la desestimación de la demanda”.

(STS de 21 de marzo de 2017. Sala 3ª, Secc. 5ª. F. D. 3º. Magistrado Ponente Sr. Fernández Valverde)

(ROJ: STS 1107/2017. Nº Recurso: 1553/2016. <http://www.poderjudicial.es>)

IX. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO

SUBVENCIONES

Si un Tribunal considera bien aplicado por la Administración el artículo 106 de la Ley 30/92 (actual artículo 110 de la Ley 39/2015), no es posible que el propio precepto le faculte al Tribunal para limitar los efectos de la nulidad previamente acordada.

“En el supuesto que nos ocupa, la sentencia de instancia confirmó la Orden de 21 de febrero de 2013 del Consejero de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo en lo referente a la revisión de oficio y consiguiente declaración de la nulidad de las ayudas concedidas en su día por la Junta de Andalucía a la empresa “Corchos y Tapones de Andalucía SL”, al entender que la subvención se habían otorgado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. El Tribunal de instancia llega a calificar dicha nulidad de “inequívoca” por no haber existido ni la solicitud de ayuda ni su aceptación y por cuanto la Administración eludió todos los trámites de la Ley General de Subvenciones previstos para su concesión y gestión, afectando dicha nulidad a los posteriores Convenios para materializar el pago.

La sentencia, sin embargo, invocando razones de seguridad jurídica, aplicó el art. 106 de la Ley 30/1992 y anuló el apartado segundo de dicha Orden en la que se acordaba iniciar el procedimiento para la devolución de las cantidades indebidamente percibidas. A tal efecto, consideró que el plazo de cuatro años de prescripción para la restitución de la ayuda, previsto tanto en la Ley General de Subvenciones (art. 39) como en la Ley General Presupuestaria o la Ley de Hacienda Pública Andaluza, había sido superado desde la fecha del último pago el 5 de junio de 2007, por lo que los efectos de la nulidad declarada debían quedar atemperados.

Varias son las razones por las que no puede compartirse la interpretación y aplicación que del art. 106 de la ley 30/1992 realiza el tribunal de instancia.

1) En primer lugar, porque no es posible asimilar el mero transcurso del plazo de prescripción de las acciones para exigir el reintegro de la subvención con los límites excepcionales que pueden oponerse a las facultades de revisión de oficio de un acto nulo de pleno derecho.

Conviene empezar por recordar que no nos encontramos ante un supuesto de reintegro por incumplimiento, previsto en el artículo 37 de la Ley General de Subvenciones, sino ante la declaración de nulidad de la concesión de la ayuda, (artículo 36.1 a) de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones) por concurrir algunos de los motivos de nulidad de pleno derecho

contemplados en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992 . Nulidad que determina conforme el apartado 4 del art. 36 de la ley de Subvenciones la devolución de las cantidades percibidas.

La acción destinada a instar la nulidad de pleno derecho, a diferencia de las acciones para exigir el reintegro, no está sujeta a plazo alguno de prescripción y precisamente por ello el art. 106 de la Ley 30/1992 permite que solo puede impedirse su ejercicio en supuestos excepcionales. Es por ello que el lapso temporal utilizado para el ejercicio de la acción de revisión no se ha identificado con los plazos de prescripción de las acciones frente actos anulables sino que ha recibido una interpretación mucho más restrictiva, reservándose para aquellos supuestos en los que el plazo transcurrido resulta excesivo y desproporcionado afectando a la seguridad jurídica generada y muy especialmente cuando afecta a terceros. Normalmente en aquellos casos en los que el lapso de tiempo transcurrido desde que se conocieron las irregularidades o vicios del acto y la actitud de pasividad mostrada desde entonces permite entender que debe primar el principio de seguridad jurídica frente al de legalidad, pues la equidad y buena fe hacen improcedente su revisión. Así se ha considerado por la jurisprudencia, aplicando la excepción prevista en el art. 106 cuando se ha pretendido la anulación de deslindes aprobados décadas antes de su revisión (SSTS de 21 de febrero de 2006, rec. 62/2003 y de 20 de febrero de 2008 (rec. 1205/2006) ; o en los casos de anulación de un acuerdo de colegiación instado veinte años después (STS 16-7-2003, sección. 4a, recurso 6245/1999), por entender que resulta contraria a la equidad; o cuando habían transcurrido 58 años desde la aprobación del deslinde que se pretendía impugnar (STS de 17 de noviembre de 2008 (rec. 1200/2006) entre otros.

En todo caso, la aplicación de este precepto exige que el tribunal hubiese razonado sobre las razones excepcionales relacionadas con la equidad, buena fe o derechos de los particulares que se verían afectados por la nulidad del acto declarada, sin que la sentencia contenga razonamiento alguno al respecto. Antes al contrario, descarta expresamente, y este aspecto no es controvertido en casación, que el cambio de propietarios de la sociedad tenga influencia en el caso de autos. Sin que, por lo tanto, baste con vincular el transcurso del previsto en el ordenamiento jurídico para ejercer la acción de anulación o para solicitar el reintegro, con el límite excepcional previsto en el art. 106 de la Ley 30/1992 para impedir el ejercicio de la revisión de un acto nulo de pleno derecho, pues este razonamiento confunde el plazo de prescripción de la acción para solicitar el reintegro de la subvención por incumplimiento de la misma, con el límite excepcional que opera cuando existe un ejercicio desproporcionado de la facultad de revisión de oficio.

2) En segundo lugar, tampoco puede compartirse el alcance anulatorio pretendido por la sentencia de instancia, que afectó al apartado segundo de dicha Orden en la que se acordaba iniciar el procedimiento para la restitución de la ayuda indebidamente percibida.

Cuando concurren las circunstancias excepcionales previstas en el art. 106 de la Ley 30/92 lo que procede es excluir la revisión y consecuentemente la declaración de nulidad del acto, pero si el Tribunal considera que la acción de revisión ha sido ejercida correctamente y procede declarar la nulidad de pleno derecho del acto en cuestión, lo que no puede es limitar los efectos de la nulidad apreciada desprovéyéndola de toda consecuencia jurídica.

Es el ejercicio de la acción de revisión la que puede limitarse (“no pueden ser ejercitadas”) por razones excepcionales, sin que los límites a la revisión previstos en el art. 106 de la Ley 30/1992 se extienda, tal como parece entender el tribunal de instancia, a los efectos de la nulidad previamente declarada. Una vez ejercitada esta acción de revisión de oficio y habiendo considerado el tribunal que estaba correctamente ejercida, y consiguientemente que el acto debía declararse nulo de pleno derecho, el art. 106 no permite al tribunal limitar los efectos de la nulidad previamente acordada, el citado precepto no le faculta para ello.

La revisión de oficio de un acto administrativo, acordada por órgano competente y confirmada por un tribunal, que lo declara nulo de pleno derecho, trae como consecuencia que dicho acto no produjo, o no debió hacerlo, ningún efecto jurídico. Específicamente en materia de subvenciones la declaración, judicial o administrativa, de nulidad de una subvención lleva consigo la obligación de devolver las cantidades percibidas, según dispone el artículo 36.4 de la Ley General de Subvenciones, sin que esta consecuencia legal pueda verse modificada por la aplicación del art. 106 de la Ley 30/1992.

Es más, si se considera que el exceso en la actuación de la Administración no se produjo por el ejercicio de la acción destinada a obtener la revisión de oficio del acto sino por el retraso en el ejercicio de la acción destinada a obtener el reintegro de la cantidad indebidamente percibida, la conclusión alcanzada por la sentencia tampoco podría ser aceptada.

En esta hipótesis el cómputo del plazo para que la Administración pudiese ejercer la acción destinada a reclamar las cantidades indebidamente percibidas no puede empezar a computarse sino desde el momento en que la declaración de nulidad es firme, pues solo a partir de ese momento la Administración está legitimada para solicitar el reintegro de las cantidades que a la postre se consideraron indebidamente percibidas. Así lo apuntamos ya, aunque de forma

incidental, en nuestra sentencia de 14 de julio de 2015 (rec. 2223 / 201) afirmando que «[...] aunque ciertamente tiene razón la Administración recurrente en que difícilmente podría correr el plazo de prescripción para reclamar una cantidad cuya percepción ha sido declarada nula de pleno derecho antes de dicha declaración de nulidad». Sin que tampoco se pueda confundir este supuesto con la prescripción de la acción destinada a reclamar el importe de las subvenciones por incumplimiento de las condiciones que, como ya hemos señalado en una numerosa jurisprudencia, no requiere el ejercicio previo de una revisión de oficio.

Por todo ello, procede estimar el recurso de casación, al entender que la sentencia de instancia incurrió en una indebida aplicación de la previsión contenida en el art. 106 de la ley 30/1992, al anular el apartado segundo de la Orden impugnada en el que se acordaba iniciar el procedimiento para la restitución de la ayuda indebidamente percibida. Y en consecuencia procede desestimar el recurso contencioso interpuesto por la entidad “Corchos y Taponos de Andalucía SL” contra la Orden de 21 de febrero de 2013 dictada por el Consejero de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo”.

(STS de 11 de enero de 2017. Sala 3ª, Secc. 3ª. F. D. 3º. Magistrado Ponente Sr. Cordoba Castoverde)

(ROJ: STS 57/2017. Nº Recurso: 1934/2014. <http://www.poderjudicial.es>)

X. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

EXIGENCIA DE CULPABILIDAD

El principio de culpabilidad constituye un elemento básico para calificar la conducta de una persona como sancionable.

“Por último, en el cuarto motivo (88.1 .d de la LRJCA) la entidad recurrente considera producida la infracción de la jurisprudencia que exige la concurrencia de culpabilidad para que puede entenderse cometida la infracción o incumplimiento de sus obligaciones por parte del administrado.

Debe entenderse por culpabilidad —a la que se refiere la recurrente— el juicio personal de reprochabilidad dirigido al autor (por acción u omisión) de un hecho típico y antijurídico; ello implica y requiere que el autor sea causa de la acción u omisión que supone la conducta ilícita —a título de autor, cómplice o encubridor—; que sea imputable, sin que concurren circunstancias que alteren su capacidad de obrar; y que sea culpable, esto es que haya actuado con conciencia y voluntariedad, bien a título intencional bien a título culposo.

La LRJPA no contempla expresamente este requisito para la comisión de las infracciones administrativas, aunque en dos puntos concretos parece no tomar en consideración los aspectos subjetivos de la conducta realizada como constitutiva de infracción. De una parte cuando en el artículo 130.1 “in fine” se refiere a que las personas responsables de las infracciones lo han podido ser “a título de mera inobservancia”, parece deducirse la posibilidad de la inexigencia del requisito subjetivo de la culpabilidad, o lo que es lo mismo, la posibilidad de responsabilidad sin culpa. Por otra parte, en el artículo 131.3.a), cuando se ocupa de los criterios de graduación de las sanciones, hace referencia, como uno de ellos, a la “intencionalidad”, desdénando, quizá, a la culpabilidad como elemento determinante de la infracción.

Sin embargo, como estamos implícitamente exponiendo, la exigencia de la culpabilidad, hoy, no ofrece ninguna duda en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador. Se trata, pues, de un requisito esencial para la existencia de una infracción administrativa, habiéndolo reconocido así una reiterada jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como del Constitucional, que ha consolidado, sin discusión, su exigencia. Pero no es esa la situación en la que nos encontramos, en modo alguno sancionadora, y que sólo implica una declaración de caducidad de una concesión. En consecuencia, la apreciación de la culpabilidad en la conducta del sujeto infractor es una exigencia que surge directamente de los principios constitucionales de la seguridad jurídica y de legalidad, pero en cuanto al ejercicio de potestades sancionadoras de cualquier naturaleza, y no ante el supuesto en el que nos encontramos. El principio de culpabilidad constituye un elemento básico a la hora de calificar la conducta de una persona como sancionables, es decir, es un elemento esencial en todo ilícito administrativo, y es un principio que opera a la hora de analizar la conducta determinante de la infracción, que, se insiste, no es el supuesto en que nos encontramos.

A mayor abundamiento, nos encontramos ante una situación nueva no planteada en la instancia y que, en consecuencia, no resulta posible tomarla en consideración en esta sede casacional. Así lo ha señalado esta Sala Tercera del Tribunal Supremo en la sentencia de 24 de marzo de 2009 (casación 3419/2005) al indicar: “...el recurso de casación, por su carácter extraordinario, tiene por objeto la revisión de la aplicación de la ley efectuada en la instancia y no pueden suscitarse cuestiones que no se plantearon ante el Tribunal a quo y por lo tanto no se produjo pronunciamiento alguno del mismo susceptible de revisión en casación. “

(STS de 21 de marzo de 2017. Sala 3ª, Secc. 5ª. F. D. 7º. Magistrado Ponente Sr. Fernández Valverde)

(ROJ: STS 1107/2017. Nº Recurso: 1553/2016. <http://www.poderjudicial.es>)

XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES

DOMICILIO CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO

Tratándose de personas jurídicas, la protección constitucional del domicilio sólo se extiende a los espacios físicos que son indispensables para que puedan desarrollar su actividad sin intromisiones ajenas.

“En el motivo tercero, también bajo lo previsto en el art. 88.1 .d) de la LJCA, la recurrente desarrolla la infracción del art. 18.2 CE y de «la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional (y de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo) dictada en su interpretación y aplicación (cfr. entre otras muchas, sentencias del Tribunal Constitucional número 10/2002 , número 50/1995 , número 160/1991 y número 22/1984)» (pág. 15).

Esta Sala, recogiendo la Jurisprudencia constitucional ha declarado [por todas, sentencia de 30 de octubre de 2008 (rea cas. núm. 5900/2006)] que el ámbito espacial de protección domiciliaria que se reconoce a las personas jurídicas, en tanto que son titulares del derecho del artículo 18.2 de la Constitución , lo es en la medida en que lo sean también de ciertos espacios que por la actividad que en ellos se lleva a cabo, requieren una protección frente a la intromisión ajena, por constituir el centro de dirección de la sociedad o de un establecimiento dependiente de la misma o servir a la custodia de los documentos u otros soportes de la vida diaria de la sociedad o de su establecimiento que quedan reservados al conocimiento de terceros. En cambio, no son objeto de protección los establecimientos abiertos al público o en que se lleve a cabo una actividad laboral o comercial por cuenta de una sociedad mercantil que no está vinculada con la dirección de la sociedad, o de un establecimiento, ni sirva a la custodia de su documentación.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional 69/1999, de 26 de abril , tiene declarado que: «2. Respecto al concepto de domicilio y a los titulares del derecho a su inviolabilidad ha de tenerse presente que no todo local sobre cuyo acceso posee poder de disposición su titular debe ser considerado como domicilio a los fines de la protección que el art. 18.2 CE garantiza [SSTC 149/1991, fundamento jurídico 6 ° y 76/1992, fundamento jurídico 3o b), así como, respecto a distintos locales, los AATC 272/1985,349/1988, 171/1989,198/1991,58/1992,223/1993 y 333/1993]. Y la razón que impide esta extensión es que el derecho fundamental aquí considerado no puede confundirse con la protección de la propiedad de los inmuebles ni de otras titularidades reales u obligacionales relativas a dichos bienes que puedan otorgar una facultad de exclusión de los terceros.

De otra parte, tampoco existe una plena correlación entre el concepto legal de domicilio de las personas jurídicas en el presente caso el establecido por la legislación mercantil, con el del domicilio constitucionalmente protegido, ya que éste es un concepto “de mayor amplitud que el concepto jurídico privado o jurídico administrativo” (SSTC 22/1984 fundamentos 2º y 5º, 160/1991, fundamento jurídico 8º, y 50/1995, fundamento jurídico 5o, entre otras).

En lo que respecta a la titularidad del derecho que el art. 18.2 CE reconoce, necesariamente hemos de partir de la STC 137/1985, ampliamente citada tanto en la demanda de amparo como en las alegaciones del Ministerio Fiscal. Decisión en la que hemos declarado que la Constitución, «al establecer el derecho a la inviolabilidad del domicilio, no lo circunscribe a las personas físicas, siendo pues extensivo o predicable igualmente de las personas jurídicas» (en el mismo sentido, SSTC 144/1987 y 64/1988). Si bien esta afirmación de principio se ha hecho no sin matizaciones relevantes, entre ellas la consideración de la “naturaleza y especialidad de fines” de dichas personas (STC 137/1985, fundamento jurídico 5o).

Tal afirmación no implica, pues, que el mencionado derecho fundamental tenga un contenido enteramente idéntico con el que se predica de las personas físicas. Basta reparar, en efecto, que, respecto a éstas, el domicilio constitucionalmente protegido, en cuanto morada o habitación de la persona, entraña una estrecha vinculación con su ámbito de intimidad, como hemos declarado desde la STC 22/1984, fundamento jurídico 5o (asimismo, SSTC 160/1991 y 50/1995, entre otras); pues lo que se protege no es sólo un espacio físico sino también lo que en él hay de emanación de una persona física y de su esfera privada (STC 22/1984 y ATC 171/1989), lo que indudablemente no concurre en el caso de las personas jurídicas. Aunque no es menos cierto, sin embargo, que éstas también son titulares de ciertos espacios que, por la actividad que en ellos se lleva a cabo, requieren una protección frente a la intromisión ajena.

Cabe entender que el núcleo esencial del domicilio constitucionalmente protegido es el domicilio en cuanto morada de las personas físicas y reducto último de su intimidad personal y familiar. Si bien existen otros ámbitos que gozan de una intensidad menor de protección, como ocurre en el caso de las personas jurídicas, precisamente por faltar esa estrecha vinculación con un ámbito de intimidad en su sentido originario; esto es, el referido a la vida personal y familiar, sólo predicable de las personas físicas. De suerte que, en atención a la naturaleza y la especificidad de los fines de los entes aquí considerados, ha de entenderse que en este ámbito la protección constitucional del domicilio de las personas jurídicas y, en lo que aquí importa, de las sociedades mercantiles,

sólo se extiende a los espacios físicos que son indispensables para que puedan desarrollar su actividad sin intromisiones ajenas, por constituir el centro de dirección de la sociedad o de un establecimiento dependiente de la misma o servir a la custodia de los documentos u otros soportes de la vida diaria de la sociedad o de su establecimiento que quedan reservados al conocimiento de terceros».

Pues bien, no concurren las notas que caracterizan la condición de domicilio constitucionalmente protegido en el despacho arrendado por Fhisa a Fhisastur S.L., por más que fuera su sede social. Como declara en los hechos probados la sentencia recurrida, aquel despacho constituye un pequeño reducto situado en el interior del local donde tiene su sede la empresa inspeccionada, Fhisa, del que no se ha acreditado más que su destino al servicio de Fhisa, y desde luego, se ha constatado que no es un espacio del que la arrendataria, Fhisastur haya constituido un espacio cerrado y con exclusión de terceros, para tener la custodia de su documentación y desarrollar en el mismo los aspectos propios de su gestión societaria o mercantil. Recordemos que la sentencia recurrida afirma que «no consta centralizada definitivamente su gestión administrativa [de Fhisastur] ni la dirección de sus negocios, ni que sea el centro de la dirección de la sociedad o que sirva a la custodia de los documentos u otros soportes de la vida diaria de la misma, sino todo lo contrario, en el despacho que utiliza D. Ovidio y tal y como este reconoce expresamente, lleva la contabilidad de Fhisa y está integrado en la organización de la vida de dicha sociedad, pues tiene conocimiento de la identidad de los socios y apoderados, se comunica con todos los socios, es reconocido por el resto de los trabajadores y tiene conocimiento exacto del organigrama y estructura de la empresa, la cuenta de correo como hemos dicho es de Fhisa y no de Fhisastur y la documentación incautada se refiere a la primera y no a la segunda. Debe añadirse que los directivos y trabajadores de Fhisa entran en el despacho del Sr. Ovidio, cuando no está, lo que sería impensable si se tratase de otra empresa distinta».

Por tanto, el despacho no resulta ser ni el centro de dirección de la sociedad -para llegar a tal conclusión hay que estar a lo que en aquel espacio se realizaba, y no a que la sociedad carezca de otras dependencias a su disposición- ni servía a la custodia de los documentos u otros soportes de la vida diaria de la sociedad Fhisastur, sino antes bien, a la custodia y llevanza de documentos y contabilidad de la empresa inspeccionada, Fhisa, hasta el punto de que sus empleados y directivos tenía pleno acceso al despacho, de lo que se desprende que no existía, por parte de Fhisastur, el designio de constituir el despacho en un ámbito excluido del conocimiento y entrada de terceros ajenos, sino antes bien, lo tenía en disposición de uso y acceso del personal de Fhisa y a los fines de esta última, por lo que la conclusión de la sentencia de instancia cuando lo considera parte

integrante de Fhisa, son correctas. Se trataba por tanto de un espacio sometido a la orden de investigación y el acceso fue autorizado por quién representaba a la sociedad que realmente tenía la disposición del despacho. En consecuencia, la sentencia recurrida ha aplicado correctamente el art. 18.2 de la CE y la doctrina del Tribunal Constitucional que interpreta la configuración del derecho en el ámbito de las personas jurídicas, siendo plenamente conforme con la jurisprudencia de esta Sala.

En consecuencia, el motivo de casación no puede prosperar”.

(STS de 21 de marzo de 2017. Sala 3ª, Secc. 4ª. F. D. 5º. Magistrado Ponente Sr. Toledano Cantero).

(ROJ: STS 1103/2017. Nº Recurso: 613/2016. <http://www.poderjudicial.es>)

XII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

RETASACIÓN

El derecho del expropiado a una nueva evaluación de las cosas o derechos objeto de expropiación por el transcurso (actualmente de cuatro años) sin que se haga efectivo el pago del justiprecio fijado, se ve enervado cuando el beneficiario ha pagado la cantidad concurrente entre las hojas de aprecio y consignado a disposición del Tribunal –en beneficio de la expropiada- la diferencia entre el aprecio de la beneficiaria y el acuerdo del Jurado.

“Como ya se dijo, el único motivo del recurso, al amparo de lo establecido en el párrafo d) del artículo 88.1º de la Ley Jurisdiccional, denuncia que la sentencia de instancia vulnera los artículos 50 y 58 de la Ley de Expropiación Forzosa; 51 de su Reglamento; 1176 a 1181 del Código Civil, 53 a 57 y 94 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, aun aplicable al caso de autos, y los artículos 9,24 y 103 de la Constitución .

En la fundamentación del motivo se hace una crítica a los argumentos en que se funda la sentencia de instancia para concluir en el fallo desestimatorio de la pretensión; esto es, en la improcedencia de la retasación por considerar que la consignación efectuada había impedido que surgiera el mencionado derecho. En efecto, se señala por la parte recurrente que la consignación realizada sin el ofrecimiento de pago previo, como en este caso, no es eficaz para liberar de responsabilidad al deudor ni puede interpretarse de otra forma el requisito de hacer el ofrecimiento previo de pago. Tampoco es razonable interpretar, como hace la sentencia, que dentro de los supuestos del apartado segundo del 1176 del

Código Civil se encuentra la previsión del artículo 50.1º Ley de Expropiación Forzosa ; salvo en los supuestos de imposibilidad jurídica de previo ofrecimiento de pago al expropiado, es preciso, dada la ejecutividad de los actos administrativos, entre ellos las resoluciones del Jurado, para que la consignación surta efectos liberatorios, que se haga a favor del expropiado, siempre previo el correspondiente ofrecimiento de pago. Señala que la Jurisprudencia distingue entre el supuesto litigioso en cuanto al justiprecio entre la Administración y el expropiado, lo que exige que se produzca el ofrecimiento de pago al expropiado (sentencias de éste Tribunal de 19 de diciembre de 2002 y 22 de febrero de 1993 , entre otras). Por otra parte, se argumenta que la sentencia yerra al considerar que la resolución del Jurado se concreta a la cantidad en la que haya conformidad entre las partes, lo que es totalmente contrario al artículo 94 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, pues la ejecutividad de un acto no es divisible. Sin perjuicio de lo anterior, entiende que la consignación es extemporánea porque se ha producido una vez transcurrido el plazo de dos años desde que se dictara y notificara la resolución del Jurado. De todo ello se concluye que no ha existido ofrecimiento de pago previamente a la consignación ni actitud pasiva del expropiado; tampoco se ha puesto a su disposición el justiprecio, sino a favor de la Sala de instancia, por lo que la consignación es irregular e ineficaz. En consecuencia, defiende que, habiendo transcurrido el plazo de dos años legalmente establecido, procede la retasación de la finca.

Centrado el debate en los estrictos términos expuestos y a la vista de la fundamentación de la sentencia de instancia y los hechos de que se parte en ella, es decir, que se había procedido a la consignación que autoriza el mencionado artículo 50 de la Ley de Expropiación Forzosa, que no se cuestionan, hemos de poner de manifiesto que el debate que se suscita en este recurso ha sido ya examinado reiteradamente por esta Sala y Sección al conocer de recursos de casación contra sentencias de la misma Sala Territorial, en todo punto coincidente con lo que se suscita en el presente, por lo que con fundamento en los principios de unidad de doctrina y de igualdad en la aplicación e interpretación hemos de estar a lo declarado en dichas sentencias. En este sentido hemos de seguir lo declarado en la última de las referidas, la sentencia 230/2017, de 10 de febrero, siguiendo lo ya declarado en la 81 /2017, de 23 de enero, dictada en el recurso 2217/2015 y 2620/2016, de 15 de diciembre, conforme a la cual:

«El art. 58 de la Ley de Expropiación Forzosa contempla el derecho del expropiado a una nueva evaluación de las cosas o derechos objeto de expropiación (retasación), por el mero transcurso de dos años sin que el pago de la cantidad fijada como justiprecio se haga efectivo o se consigne, plazo de caducidad, cuyo

cómputo se inicia en la fecha del acuerdo del Jurado de Expropiación Forzosa fijando el justiprecio, como señala el art. 35.3 de la dicha LEF y declara abundante jurisprudencia (a título de ejemplo sentencia de la extinta Sección Sexta de 17 de enero de 2007, casación 1096/04, y las que en ella se citan).

Es también reiterada la jurisprudencia que declara que dicho plazo no se interrumpe por la interposición de recursos jurisdiccionales, solo por el pago o consignación del justiprecio fijado por el Jurado. Los acuerdos del Jurado, como los actos administrativos en general, son ejecutivos, de forma que, una vez determinado por el Jurado de Expropiación el justiprecio, debe ser pagado por el beneficiario de la expropiación, según dispone el art. 48.1 de la LEF, obligación que subsiste - art. 50.2 LEF - aunque exista litigio o recurso pendiente, si bien en estos casos, limitada a la parte del justiprecio en la que exista acuerdo entre las contendientes, y dado que las hojas de aprecio formuladas por las partes de la expropiación, constituyen los límites mínimo y máximo de la definitiva cuantificación del justo precio, ese límite mínimo será el que (art. 50.2 LEF) ha de satisfacerse en estos supuestos .

En este sentido se pronuncia la sentencia de 25 de enero de 2001 (casación 617/99): «hemos de precisar que si bien el acto de fijación del justiprecio es ejecutivo, su ejecutividad se concreta en los efectos que la legislación de expropiación forzosa hace derivar del mismo, caso de que el beneficiario de la expropiación interponga recurso contencioso contra el mismo, dichos efectos son el pago al expropiado de la cantidad concurrente, art. 50.2 y el abono de los intereses establecidos en los arts. 52,56 y 57 sobre la cantidad que resulte definitivamente fijada en vía jurisdiccional menos la efectivamente pagada. No alcanza por tanto la ejecutividad del acto recurrido al pago del total del justiprecio establecido en la resolución administrativa objeto de recurso contencioso, tal abono únicamente procederá si el beneficiario asilo decide de forma voluntaria a fin de liberarse del abono de los intereses establecido en los arts. 52, 56 y 57 a que nos hemos referido» .

Consiguientemente, cuando haya litigio sobre la cuantía del justiprecio, para interrumpir el plazo de la retasación es imprescindible el pago al expropiado de la parte del justiprecio en la que se exista conformidad (arts. 50.2 LEF y 51.4 Reglamento) y la consignación de la cantidad cuestionada.

En este caso, al haber sido impugnado por la beneficiaría, el límite mínimo sería el justiprecio fijado en la hoja de aprecio de dicha beneficiaría, cantidad que debía satisfacerse a la aquí recurrente, y, solo si hubiera rehusado -lo que implica la necesidad del previo ofrecimiento de pago de dicha cantidad-, procedería la consignación, a disposición del expropiado, de dicho límite mínimo.

La consignación de la cantidad « que sea objeto de la discordia, en la Caja General de Depósitos, a disposición de la autoridad o Tribunal competente» , a la que alude el art. 50.1 LEF , nada tiene que ver con ese límite mínimo del justiprecio que es ejecutivo y al que no afecta la existencia del pleito, y no tiene otra finalidad que la de garantizar al expropiado el cobro del justiprecio íntegro en el caso de que, como así acaeció en este caso, se desestime el recurso y confirme el justiprecio fijado por el Jurado, pues al estar ante una expropiación tramitada por el procedimiento de urgencia, dicha consignación no podía tener como finalidad la de posibilitar la ocupación de la finca (art. 51 LEF).

Luego, el art. 50.1 LEF contempla dos supuestos distintos: 1) Que, sin existir litigio, el propietario expropiado rehuse el pago, en cuyo caso para que la beneficiaría quede liberada de su obligación de pago, es imprescindible que haga el ofrecimiento de pago, y, rehusado éste, consigne el justiprecio, a disposición del expropiado. Requisitos ambos para que la consignación, en estos casos, tenga eficacia liberatoria (arts. 1176 y ss. CC). Y lo mismo cabe decir, como más arriba anticipábamos en relación con el límite mínimo del justiprecio cuando el expropiado se niega a recibir su importe; 2) Que exista litigio -como aquí acaece- en relación con el importe del justiprecio. En este supuesto entra en juego el apartado 2 del citado art. 50 LEF, conforme al cual el expropiado tiene derecho -y obligación la beneficiaría-recurrente- de recibir ese límite mínimo del justiprecio, representado, aquí, por el justiprecio ofrecido por AENA en su hoja de aprecio (parte del justiprecio plenamente ejecutiva al margen de su impugnación jurisdiccional).

... La actuación de AENA en los términos legalmente establecidos enerva la retasación al haber pagado la cantidad concurrente entre las hojas de aprecio y consignado a disposición del Tribunal -en beneficio de la expropiada- la diferencia entre el aprecio de la beneficiaría y el acuerdo del jurado, y que, como hemos dicho, le fue entregada una vez se confirmó jurisdiccionalmente dicho acuerdo, sin que respecto de la consignación a la que se refiere el art. 50.2 sea preciso el previo ofrecimiento de pago, pues su finalidad no es realizar el pago en ese momento sino garantizarlo a resultas del pleito pendiente.

En este sentido, y respecto de un supuesto prácticamente idéntico, se pronunció la sentencia de la extinta Sección Sexta de 23 de enero de 2007 (casación 1096/04):”

Y a los anteriores razonamientos ha de añadirse, por lo que se refiere al presente supuesto, que la fijación del justiprecio lo fue por acuerdo del Jurado, como ya se dijo, habiéndose efectuado la consignación por la beneficiaría de la expropiación, que le fue notificada al expropiado con posterioridad a los dos años;

sin embargo, como declaramos en las mencionadas sentencias antes transcritas, la demora en la notificación de la realización de la consignación, no impide acoger la solución adoptada en la sentencia recurrida que, con absoluto acierto y en atención a la naturaleza de la consignación realizada, porque esa demora ha de imputarse a la normativa reguladora de los actos de comunicación procesales; dado que la mencionada consignación, por su propia naturaleza, no tiene carácter liberatorio, como se razona en los fundamentos de la Sentencia recurrida”.

(STS de 9 de marzo de 2017. Sala 3ª, Secc. 5ª. F. D. 2º. Magistrado Ponente Sr. Olea Godoy).

(ROJ: STS 939/2017. Nº Recurso 2902/2015. <http://www.poderjudicial.es>)

XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

INDEFENSIÓN

En el marco del artículo 24.1 de la Constitución la esencia de la indefensión significa una limitación de los medios de defensa con privación de las facultades de alegar y justificar derechos e intereses en aplicación del indispensable principio de contradicción.

“La recurrente, por último, ni siquiera alega la existencia de indefensión como consecuencia de la supuesta falta de información pública. Efectivamente, en el artículo 24.1 de la Constitución ocupa un lugar central, y extraordinariamente significativo, la idea de indefensión.

Como ha señalado el Tribunal Constitucional (STC 48/1989, de 4 de Abril) “la interdicción de la indefensión, que el precepto establece, constituye ‘prima facie’ una especie de fórmula o cláusula de cierre («sin que en ningún caso pueda producirse indefensión»)”. Como la propia jurisprudencia constitucional señala “la idea de indefensión contiene, enunciándola de manera negativa, la definición del derecho a la defensa jurídica de la que se ha dicho supone el empleo de los medios lícitos necesarios para preservar o restablecer una situación jurídica perturbada o violada, consiguiendo una modificación jurídica que sea debida tras un debate (proceso) decidido por un órgano imparcial (jurisdicción)”.

El propio Tribunal Constitucional se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre lo que constituye la “esencia de la indefensión, esto es, una limitación de los medios de defensa producida por una indebida actuación de los órganos judiciales, o, en otras palabras, aquella situación en la que se impide a una parte, por el órgano judicial en el curso del proceso, el ejercicio del derecho de

defensa, privándole de las facultades de alegar y, en su caso, de justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias, en aplicación del indispensable principio de contradicción” (Auto TC 1110/1986, de 22 de diciembre). Del mismo modo se ha puesto de manifiesto que las denominadas “irregularidades procesales” no suponen “necesariamente indefensión, si le quedan al afectado posibilidades razonables de defenderse, que deja voluntariamente —por error o falta de diligencia— inaprovechados” (Auto TC 484/1983, de 19 de octubre).

En versión más sencilla, el derecho de defensa implica “la oportunidad para las partes litigantes de alegar y probar cuanto estimasen conveniente para la defensa de sus tesis en pie de igualdad” (Auto TC 275/1985, de 24 de abril). Por tanto, lo que en el artículo 24.1 “garantiza la Constitución no es la corrección jurídica de todas las actuaciones de los órganos judiciales, sino, estrictamente, la posibilidad misma de acceder al proceso, de hacer valer ante el órgano judicial los propios derechos e intereses, mediante la necesaria defensa contradictoria, y de obtener, en fin, una respuesta judicial fundada en derecho y de contenido no irrazonable sobre la propia pretensión” (STC 41/1986, de 2 de abril y Auto TC 914/1987, de 15 de junio).

(STS de 7 de marzo, de 2017. Sala 3ª, Secc. 5ª. F. D. 5º. Magistrado Ponente Sr. Fernández Valverde).

(ROJ: STS 838/2017. Nº Recurso: 906/2016. <http://www.poderjudicial.es>)

XVIII. PERSONAL

COBERTURA LEGAL DEL RÉGIMEN DISCIPLINARIO

En resolución de un recurso de casación en interés de la ley, el Tribunal Supremo fija como doctrina legal que “La aplicación de los artículos 7 y 8 del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios Civiles del Estado aprobado por RD 33/1986, de 10 de enero para sancionar las faltas disciplinarias graves y leves en que incurran los empleados públicos, no resulta contraria al principio de legalidad, sino que tal norma tiene la cobertura legal que resulta de la aplicación integradora de los artículos 94 apartado 3º, 95 apartados 3º y 4º, Disposición Derogatoria Única, apartado g) y Disposición Final Cuarta, apartado 3º de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, que mantienen en vigor el citado Reglamento hasta tanto se produzca el desarrollo legislativo en el ámbito de cada Administración Pública”.

“Acorde con la indicada caracterización de este recurso, debemos seguidamente determinar si el mismo responde a dicha finalidad, esto es, si la interpretación y aplicación de las normas controvertidas, los citados artículos 7 y 8 del Reglamento de 1986, en la sentencia que se impugna, es susceptible de proyectarse y reiterarse en el futuro, ocasionando ese grave daño para el interés general, a que se refiere el artículo 100.1 “in fine” de la LRJCA, y, además, si la sentencia es errónea, en atención a la doctrina que expresa.

La sentencia recurrida señala, al transcribir una Sentencia de la Sala de nuestro orden jurisdiccional, en Málaga, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que «La falta de toda previsión legal en las Disposiciones Transitorias de la reiterada Ley 7/2007, finalmente, y de excepciones a la fecha de entrada en vigor del Estatuto Básico tratándose de los preceptos ubicados sistemáticamente en el Título VII de dicho Cuerpo legal, sobre Régimen Disciplinario (pues las especialidades que se contemplan en la Disposición final cuarta del Estatuto Básico afectan, en exclusiva, a las normas contenidas en los Capítulos II y III del Título III del Título III, en el Capítulo III del Título V, en la disposición final tercera 2 y a las “normas vigentes sobre ordenación, planificación y gestión de recursos humanos”, en cuyo concepto no cabe incluir el régimen de responsabilidad de los empleados públicos) impide reputar en vigor la regulación contenida en el Real Decreto 33/1986 siquiera con carácter transitorio, en tanto sean dictadas las Leyes que desarrollen el Estatuto Básico del Empleado Público en materia de régimen disciplinario. (...) Fuera o no la específica intención del legislador lo cierto es que la actual normativa en vigor impide reputar subsistente la posibilidad de que un mero reglamento tipifique infracciones administrativas y ha generado un vacío normativo en la materia que no corresponde a los Tribunales de Justicia solventar, sino al propio legislador autonómico o estatal, máxime teniendo en cuenta el ámbito sancionador en que nos encontramos, compartiendo esta Sala, en suma y por las consideraciones expuestas, el criterio acogido en las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 28 de julio de 2010 (apelación 403/2010) y 28 de marzo y 4 de abril de 2014 (recursos 25/2011 y 682/2011) y las que en ellas se citan y de Murcia de 10 de diciembre de 2012 (recurso 133/2012). (...) La consecuencia necesaria de cuando ha quedado dicho no es sino reputar que la resolución administrativa impugnada vulnera el principio de legalidad, con la consecuente estimación del recurso interpuesto, sin necesidad de abordar el análisis de las demás cuestiones suscitadas”. (...) En este mismo sentido se pronuncia la Sección Segunda de la Sala de lo contencioso administrativo del TSJ de Valencia en sentencia de fecha 28/7/2010, o la sección primera del TSJ de Murcia en sentencia de fecha 10/12/2012.(...) Aplicando los anteriores

razonamientos al caso que nos ocupa, procede anular la resolución recurrida por vulnerar el principio de legalidad, sin necesidad de abordar el análisis de las demás cuestiones suscitadas».

La naturaleza de la impugnación revela que concurre el daño grave para el interés general, pues nos encontramos ante una materia, el derecho administrativo sancionador en el ámbito de la función pública, que impide sancionar, por lesión al principio de legalidad, las conductas que incurren en los tipos previstos como infracciones leves y graves, en los artículos 7 y 8 del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado de 1986 . Lo que se traduce en una afectación de los intereses generales que reviste el carácter de grave al aplicarse inexorablemente a una infinidad, pluralidad y generalidad de asuntos.

Esta situación, además, se mantiene hasta la fecha si tenemos en cuenta que si la sentencia concluye que dichos preceptos carecen de cobertura legal en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (artículo 95, apartados 3 y 4), también se considerará la misma falta de cobertura con el vigente TR del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (artículo 95, apartados 3 y 4), al ser un texto refundido, y no haber alterado el régimen jurídico al que nos referimos.

En definitiva, y a los efectos de las exigencias de este recurso de casación en interés de la ley, la tesis que sostiene la sentencia deja impunes las conductas transgresoras de estos dos tipos de infracciones disciplinarias, leves y graves, en que puedan incurrir los funcionarios públicos, impidiendo el ejercicio de la potestad sancionadora en tales casos, lo que erosiona gravemente los intereses generales, y afecta al normal funcionamiento de la Administración Pública, como organización servicial de la comunidad.

Téngase en cuenta que el ámbito de aplicación que describe el artículo 2 del EBEP , ya derogado por el Texto Refundido, comprende, al margen de su aplicación supletoria y del personal estatutario, al personal funcionario y en lo que proceda al personal laboral al servicio de la Administración General del Estado, de las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla, de las Administraciones de las Entidades Locales, de los Organismos Públicos, Agencias y demás Entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas, y de las Universidades Públicas. De manera que la reiteración de este tipo de situaciones es más que evidente, y resulta innegable el riesgo de repetición de la doctrina que contiene la sentencia recurrida, y que

la Administración recurrente pretende corregir mediante este recurso de casación en interés de la ley.

El grave daño al interés general, en definitiva, aparece justificado y concurrente, al margen de cualquier tipo de estadísticas o impacto en el ámbito territorial de la Administración recurrente, pues afecta a todas las Administraciones Públicas y a todo el territorio nacional, siempre, claro está, que no se haya realizado el correspondiente desarrollo legislativo en los términos que señala el artículo 95, apartados 3 y 4, del EBEP . Además, este grave daño, atendido el ámbito en el que se produce, supone privar a la Administración, como antes señalamos y ahora insistimos, del ejercicio de la potestad sancionadora cuando las conductas no estén tipificadas como faltas muy graves.

Una vez señalado que efectivamente concurre ese grave daño al interés general, nos corresponde seguidamente examinar si estamos o no ante una doctrina errónea .

La sentencia impugnada, como hemos transcrito en fundamento anterior, considera que el EBEP ha dejado sin cobertura legal, aunque no se trate de una derogación expresa, al Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado de 1986, lo que determina que al regularse únicamente las faltas muy graves en dicho EBEP, las faltas graves y leves carecen de esa cobertura legal.

Para la resolución de esta cuestión, sobre el carácter erróneo de la sentencia impugnada, puede resultar de utilidad hacer un breve repaso sobre los antecedentes normativos del régimen disciplinario.

La Ley de Funcionarios Civiles del Estado, aprobada por Decreto 315/1964, de 7 de febrero, ya regulaba las faltas muy graves en el artículo 88 , pero en las graves y leves se remitía, concretamente en el artículo 89, al reglamento (aunque estableciendo determinados “elementos” que debía observar la norma reglamentaria de

desarrollo). Posteriormente, se dicta el Decreto 2088/1969, de 16 de agosto , que aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración Civil del Estado.

La Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, regulaba las faltas muy graves en el artículo 31 , sin que se hiciera referencia alguna al régimen jurídico general de las faltas graves y leves. Posteriormente se dicta el tantas veces mentado Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado de 1986, en cuyos artículos 7 y

8 se establece el listado de las faltas graves y leves, que tenía la correspondiente cobertura legal en el artículo 89 de la Ley de 1964.

La Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público establece la relación de faltas muy graves en el artículo 95.2. Y las faltas graves y las leves se regulan en los apartados 3 y 4, respectivamente, del citado artículo 95 con el siguiente contenido. Respecto de las graves se señala que serán establecidas por Ley de las Cortes Generales o de la Asamblea legislativa de la Comunidad Autónoma correspondiente o por los convenios colectivos en el caso del personal laboral, atendiendo a una serie de circunstancias (el grado de la vulneración de la legalidad, la gravedad de los daños al interés público, y el descrédito de la imagen de la Administración). Y respecto de las leves, se indica que las leyes de la función pública también tendrán en cuenta las anteriores circunstancias previstas para las graves. En fin, también la disposición derogatoria única, apartado g), dispone que quedan derogadas todas las normas de igual o inferior rango que contradigan o se opongan a lo dispuesto en dicho Estatuto básico, y la disposición final cuarta mantiene en vigor, hasta que se dicten las leyes de la función pública y las normas reglamentaria de desarrollo, las normas vigentes sobre ordenación, planificación y gestión de recursos, en tanto no se opongan al Estatuto básico.

Debemos concluir este escueto repaso, señalando, aunque no hace al caso, que el TR del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, no contiene ninguna innovación al respecto, pues mantiene ese mismo régimen jurídico previsto en el EBEP de 2007.

Pues bien, la cobertura legal de dichos artículos 7 y 8 del Reglamento de 1986 se encontraba, efectivamente, ante el silencio de la Ley 30/1984, en el artículo 89 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964 . Y el problema ha surgido precisamente con la derogación de dicho artículo 89 en el EBEP .

Ciertamente, la derogación expresa de dicho artículo 89 en la disposición derogatoria única, apartado a), del EBEP , además de evidenciar una descuidada técnica legislativa por la confusión que ha generado entre los juzgados y tribunales, no determina sin más la automática falta de cobertura legal del Reglamento de 1986, ni su derogación. Así es, la expresa derogación del artículo 89 se realiza, otra explicación no tiene, porque se considera que tras la entrada en vigor de dicho EBEP, es éste el que presta ahora la cobertura legal que hasta entonces había venido prestando la Ley de 1964. Conviene reparar que la relación de disposiciones derogadas que hace la disposición derogatoria única del EBEP obedece a causa variada, unas lo son por incompatibilidad con

su contenido y otras simplemente por la asunción del mismo en el EBEP, como es el caso.

La solución contraria a la expuesta supondría que el legislador ha querido crear un vacío legal en relación con el ejercicio de la potestad sancionadora, en el ámbito de la función pública, que no podemos compartir. En efecto, no consideramos que se haya producido el olvido de la exigencia constitucional del principio de legalidad en materia sancionadora que establecen los artículos 25.1 de la CE, 127.1 y 129.1 de la Ley 30/1992, y 94.2.a) del propio EBEP, que subyace en la doctrina que sostiene la sentencia que se impugna.

Lo cierto es que el EBEP no ha derogado expresamente el citado Reglamento de 1986, como ha hecho con la norma que hasta entonces prestaba cobertura legal, y con otras que se relacionan respecto de la Ley de 1964 y de la Ley 30/1984, en la disposición derogatoria única, apartados a) y b) del EBEP. Y no puede considerarse que el Reglamento de 1986 sea una norma de rango inferior que contradice o se opone al EBEP, a los efectos del apartado g) de la disposición derogatoria única de dicho Estatuto.

El Reglamento de 1986 no puede entenderse ayuno de cobertura legal, porque la derogación del artículo 89 de la Ley de 1964, no es una derogación sin más, toda vez que se establece que quedan derogadas “ con el alcance establecido en la disposición final cuarta”, según se indica al inicio de la disposición derogatoria única del EBEP , las normas que allí se relacionan. Lo que se traduce, si atendemos a la disposición final cuarta apartado 3, es que hasta que se dicten esas leyes de la función pública (Leyes de las Cortes Generales y de las Asambleas Legislativas) y las normas reglamentarias de desarrollo, se mantendrán las “ normas vigentes”, lo que comprende tanto las normas legales como las reglamentarias, sobre ordenación, planificación y gestión de recursos humanos , entre las que debemos incluir el régimen disciplinario, en tanto no se opongan a lo establecido en el EBEP. Y el contenido, por lo que aquí interesa, del Reglamento de 1986, no contradice ni se opone, sino que complementa, lo dispuesto en dicho EBEP, respecto de las faltas graves o leves.

La interpretación que hace la sentencia recurrida, en fin, supondría que el legislador no sólo ha creado un vacío legal, sino que se empeña en mantenerlo, en la regulación del régimen disciplinario del empleado público, al haber desaprovechado las oportunidades que ha tenido para corregirlo. Nos referimos tanto a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, como al vigente TR del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, pues no ha alterado, por lo que ahora importa, el régimen disciplinario de aplicación.”.

(STS de 30 de marzo de 2017. Sala 3ª, Secc. 4ª, F. D. 5º, 6º y 7º. Magistrada Ponente Sra. Teso Gamella).

(ROJ: STS 1455/2017. Nº Recurso: 3300/2015. <http://www.poderjudicial.es>)

XIX. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

LA CADUCIDAD EN EL PROCEDIMIENTO DE LESIVIDAD

A los efectos de evitar la caducidad por el transcurso del plazo de seis meses legalmente previsto, es suficiente con que la adopción del acuerdo declarando la lesividad tenga lugar antes de transcurrir el plazo legal previsto, con independencia de que ese acuerdo se notifique al interesado. A estos efectos existe coincidencia entre el artículo 103.3 de la Ley 30/92 y el actual 107.3 de la Ley 39/2015.

“Constatado con lo precedentemente expuesto la inexistencia de un pacífico criterio a la hora de decidir si en el cómputo del plazo de caducidad del procedimiento de lesividad, el día final es aquel en el que se acuerda la declaración de lesividad o aquel en el que al interesado se le notifica el acuerdo o tiene conocimiento de la declaración, parece oportuno resaltar que las razones esgrimidas para el acogimiento del motivo por la Abogacía del Estado se contraen a sostener que para el supuesto específico de caducidad del procedimiento de lesividad la Jurisprudencia opta claramente por la fecha de declaración de lesividad, con cita al efecto de la sentencia ya referenciada y parcialmente transcrita de 11 de junio de 2012, que dice se corrobora con la de 12 de julio de 2012 (recurso de casación 5020/2009), en la que se concluye que el plazo de seis meses no se ha incumplido, pues el procedimiento de lesividad se incoó el 1 de junio de 2006 y fue resuelto el 22 de septiembre de 2006.

Puntualiza que esa doctrina jurisprudencial «[...] es acorde con la propia naturaleza del procedimiento de lesividad como presupuesto procesal de admisibilidad de la acción en el posterior proceso judicial, no siendo susceptible de recurso esa declaración de lesividad a los interesados aun cuando pudiera notificarse a los mismos a los meros efectos informativos. Es decir, nada tiene que ver la notificación a los interesados de la declaración de lesividad con la notificación de otros actos administrativos susceptibles de ser recurridos por aquellos».

Pues bien, constreñida la cuestión suscitada en el motivo a una cuestión estrictamente jurídica, se está ya en condiciones de afirmar que a los efectos de evitar la caducidad por el transcurso del plazo de seis meses legalmente previsto, es suficiente con que la adopción del acuerdo declarando la lesividad tenga lugar

antes de transcurrir el plazo legal previsto, con independencia de que ese acuerdo se notifique al interesado.

Las razones de seguridad jurídica a las que apelan las sentencias citadas de 31 de marzo de 2008 y 4 de diciembre de 2012 tendrían sentido si el acuerdo de declaración de lesividad fuera susceptible de recurso autónomo por los interesados, pero no siéndolo, conforme ya ha declarado esta Sala en varias sentencias, como son las de 18 de junio de 2015 y 6 de octubre de 2015 (recursos de casación 2064/2013 y 4022/2013), la notificación del acuerdo de lesividad se presenta como diligencia innecesaria y, como consecuencia, sin relevancia a los efectos del cómputo de la caducidad.

En efecto, no siendo susceptible de impugnación de forma autónoma el acuerdo de declaración de lesividad y sí con ocasión del proceso contencioso instado como consecuencia de la declaración de lesividad, la notificación de dicho acuerdo carece de toda virtualidad a efectos del cómputo del plazo legal de seis meses que específicamente prevé como de caducidad el artículo 103.3

Téngase en cuenta, como con razón alega la Abogacía del Estado, que a diferencia de aquellos actos administrativos que sí son susceptibles de interposición del recurso por los interesados, el de declaración de lesividad solo actúa como presupuesto procesal de admisibilidad de la acción en el posterior proceso judicial.

Sin desconocer que la notificación de la actuación administrativa, como diligencia necesaria para la interrupción del plazo de caducidad, constituye una exigencia recogida en reiterada doctrina jurisprudencial anterior a la reforma de la Ley 30/1992 por la Ley 4/1999, Ley 30/1992 que no contemplaba de manera explícita la notificación de la resolución como la culminación de la obligación de resolver el expediente en el plazo máximo establecido por la Ley, y sin desconocer tampoco que tras la reforma, para los procedimientos iniciados de oficio y susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se establece expresamente como día final del cómputo, a efectos de la caducidad, el de la notificación de la resolución expresa (artículos 42.2 y 3 y 44.2), lo que ahora sostenemos es que la especificidad del plazo previsto en el artículo 103.3, en conexión con lo ya expuesto sobre la no impugnabilidad autónoma de la declaración de lesividad y la finalidad de esa declaración, hace inaplicable al caso el régimen común referenciado.

Puntualizar que si el legislador hubiera querido que el día final del cómputo del plazo del artículo 103.3 fuera el de notificación, hubiera aprovechado la reforma de los artículos 42 y 44 para hacerlo.”.

(STS de 2 de marzo de 2017. Sala 3ª, Secc. 5ª. F. D. 2º. Magistrado Ponente Sr. Trillo Alonso).

(ROJ: STS 785/2017. N° Recurso: 2377/2015. <http://www.poderjudicial.es>)