

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía¹

IX DERECHO ADMINISTRATIVO

Venta ambulante. Simulación laboral.

Se recurre la decisión de la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social de Córdoba, determinante de la declaración de indebididad del periodo de 9.8.2011 a 10.2.2012 por una simulación laboral entre la actora y la empresa S.C.A. Eventosur.

Sobre cuestiones similares la Sala ha tenido ocasión de pronunciarse y es lo cierto que, frente al esfuerzo probatorio de la Tesorería General de la Seguridad Social, la actora limita su demanda a generalidades. Se trata de la fijación de un salario mínimo a la actora, como a una pluralidad de personas, ascendente a más de 300, determinante de una bases de cotización igualmente mínimas, siempre con contratos de tiempo muy limitado. La inspección que se realiza a la empresa demuestra que los contratos son 2 ficticios; se trata de surtir de géneros de venta a vendedores ambulantes, simulándose contratos por cuenta ajena, que generan beneficios indebidos para los supuestos trabajadores, que se limitan a proveer por su cuenta a mercadillos. La empresa tiene su domicilio en el de uno de sus miembros, carece de calendario laboral y de plan de riesgos laborales, carece igualmente de almacenes y oficinas, corriendo a cargo de los vendedores los gastos de transportes y los riegos; incluso los salarios son fingidos, configurados sólo para obtener beneficios a cargo del sistema de la SS. Por todas estas circunstancias, y como ocurriera en los casos anteriores, la demanda debe ser desestimada.

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 las costas procesales causadas. No obstante esta Sala, haciendo uso de la facultad reconocida en el apartado 3 del mismo, fija en 600 euros la cantidad máxima a repercutir en concepto de honorarios de la defensa de cada una de las partes recurridas, atendiendo a tal efecto a las circunstancias y complejidad del asunto, a su actividad procesal, y a la dedicación requerida para su

¹ Subsección preparada por JOSÉ LUIS RIVERO YSERN.

desempeño. VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

F A L L A M O S Con desestimación del recurso contencioso administrativo interpuesto por dona Raquel contra la referida resolución de la Tesorería General de la Seguridad Social, debemos confirmarla y la confirmamos, dada su adecuación al Orden jurídico. Por imperio de la Ley se imponen las costas causadas a la parte con la limitación antes expuesta.

(St. de 16 de enero de 2015. Sala de Sevilla. Se transcribe completa. Ponente A. Moreno Andrade).

XI. DERECHO FUNDAMENTALES Y LIBERTADES

Extranjería. Necesaria continuidad de los contratos de trabajo para justificar el arraigo como criterio para conseguir la residencia.

El presente recurso de apelación tiene por objeto la Sentencia de 28 de mayo de 2013, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº Dos de Almería, por la que se estimó el recurso contencioso administrativo formulado por D^a Ariadna frente a la Resolución de 9 de mayo de 2012, de la Subdelegación del Gobierno en Almería (Expediente NUM000), por la que se desestima el Recurso de Reposición interpuesto frente a anterior Resolución de 24 de octubre de 2011. La Resolución aquí impugnada denegó la solicitud de Autorización de Residencia Temporal por Circunstancias Excepcionales realizada por la actora al amparo del artículo 45.2.b) (arraigo social) del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Extranjería. La denegación se justificaba en la aplicación del artículo 53.1.f) del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, que aprobó el Reglamento de Desarrollo de la Ley Orgánica 4/2000. Así, disponiendo dicho precepto que los empleadores de los contratos presentados para la obtención de autorizaciones de residencia y trabajo deben garantizar la actividad continuada durante la vigencia de los mismos así como acreditar los medios económicos, personales y materiales de que dispone para hacer frente a las obligaciones derivadas de tales contratos, se afirma en la resolución recurrida que con la documentación aportada por D^a Ariadna no se garantizaba la capacidad del empleador de hacer frente a las obligaciones dimanantes del contrato de trabajo.

Se apoya el presente recurso de apelación, en esencia, en un único motivo, mediante el que el Abogado del Estado, reiterando los argumentos contenidos en el Escrito de Contestación a la Demanda, insiste en que la documen-

tación aportada por el actor no acredita la duración continuada durante un año de la actividad que constituye el objeto del contrato de trabajo. El motivo debe desestimarse y con ello el recurso de apelación. Así, es doctrina ya muy consolidada de esta Sala la que señala que la distinta ubicación sistemática que en el Reglamento 2393/2004 tienen los artículos 53.1.f) (referido a la exigencia de acreditación de la capacidad económica del empresario) y 45.2 (referida a la autorización de residencia temporal por circunstancia extraordinaria de arraigo, y a cuyo amparo formuló el actor su solicitud) significa que los requisitos establecidos en el primero de los preceptos citados son únicamente exigibles cuando la solicitud de residencia es formulada directamente por el empresario según los artículos 49 y siguiente del Reglamento (residencia temporal y trabajo por cuenta ajena); pero no desde luego cuando la solicitud la formula el propio trabajador. De lo que acabamos de exponer se infiere que la exigencia contenida en el párrafo segundo del artículo 45 del Real Decreto 2393/2004 (“extranjeros que...cuenten con un contrato de trabajo firmado por el trabajador y el empresario en el momento de la solicitud cuya duración no sea inferior a un año...”) queda suficientemente satisfecha con el contrato de trabajo de duración determinada que obra al folio 8 del Expediente, mediante el cual la actora y D. Jesús Miguel acuerdan que aquélla preste servicios, a tiempo completo y durante un año, como peón agrícola. No habiéndose alegado ni acreditado por la Administración la concurrencia de circunstancia alguna que permita dudar de la duración real del citado contrato o de la capacidad económica del empleador. Además, ello no obsta a que -como acertadamente puntualizó el juzgador de instancia la Administración pueda iniciar las actuaciones correctivas que estime oportunas si con posterioridad a la celebración del contrato - y a la obtención de la autorización de residencia- se comprobare el incumplimiento de aquél.

(St. de 9 de febrero de 2015. Sala de Granada. Ponente M. Rosa López Barajas Mira).

XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES

Extranjería Principio de provisionalidad. Se sustituye la expulsión por una multa.

La Sentencia apelada, de fecha 24 de septiembre de 2012, desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación D. Calixto y confirma la Resolución de la Subdelegación del Gobierno en Jaén, de

fecha 1 de marzo de 2012, dictada en el expediente NUM000. En su recurso de apelación la parte apelante indica, en síntesis, como motivos del recurso, que la sanción de expulsión es desproporcionada, ya que se podría sustituir por una multa según la Ley, y que el expediente se incoó por encontrarse irregularmente en el territorio español, pero no se motivó de forma suficiente la razón por la que se impone la sanción de expulsión y no la de multa. La Abogacía del Estado, en la contestación al recurso de apelación, indica que la Sentencia debe ser confirmada, al entender que la actuación de la Subdelegación ha sido conforme a Derecho.

De acuerdo con la Ley Orgánica de extranjería, en su redacción vigente en la fecha de los hechos, la Administración puede optar según los artículos 49, 51, 53, 55 y 57, en casos como el del recurrente D. Calixto, que se encuentra ilegalmente en España, por la imposición de una sanción de multa o de la expulsión. En este caso se opta por la Administración por la expulsión, pero por el simple hecho de la entrada y permanencia ilegal en España, sin que conste que se haya intentado la legalización en España, y no constan antecedentes policiales ni judiciales, ni ninguna otra razón acreditada en el expediente administrativo o alegada en el mismo para justificar por qué se opta por la expulsión y no por una sanción de multa. La resolución de la Administración no es ajustada a Derecho por cuanto que es contraria al principio de proporcionalidad y no está suficientemente motivada en los términos que a continuación se exponen. La cuestión sometida a debate -principio de proporcionalidad en procedimiento sancionador de extranjería- ha sido objeto de tratamiento por este Tribunal Contencioso Administrativo con sede en Granada (entre otras, sentencia 1528/12 de 14 de mayo de la Sección Cuarta y Sentencia 397/12 de 6 febrero de la Sección Primera), o la más reciente Sentencia de 12 de mayo de 2014, dictada en el rollo nº 330/2013. Y ello en coherencia con la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo - entre otras la sentencia de la Sección Quinta de la Sala Tercera, de fecha 30 de junio de 2006 (recurso de casación número 5101/2003 ; ponente, Excmo. Sr. D. Pedro José Yagüe Gil) y de fecha 28 de junio de 2007 (recurso número 10265/2003, ponente, Excmo. Sr. D. Mariano de Oro Pulido y López) - según la cual “la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero (artículos 49 -a), 51-1-b) y 53- 1), en regulación mantenida por la reforma operada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre (artículos 53 -a), 55-1-b) y 57-1), cambia la concepción de que la expulsión no era considerada una sanción; y prescribe que en el caso de infracciones muy graves y graves de las letras a), b), c), d) y f) del artículo 53 “podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español”, además de introducir unas previsiones a cuyo tenor “para la graduación de las sanciones, el órgano competente en im-

ponerlas (sic) se ajustará a criterios de proporcionalidad, valorando el grado de culpabilidad, y, en su caso, el daño producido o el riesgo derivado de la infracción y su trascendencia. De esta regulación se deduce:

1.º- Que el encontrarse ilegalmente en España (una vez transcurridos los noventa días previstos en el artículo 30-1 y 2 de la Ley 4/2000, reformada por la Ley 8/2000 ya que durante los primeros noventa días no procede la expulsión sino la devolución), repetimos ese encontrarse ilegalmente en España, según el artículo 53.a), puede ser sancionado o con multa o con expulsión. No sólo se deduce esto del artículo 53 -a) sino también del artículo 63-2 y 3, que expresamente admite que la expulsión puede no ser oportuna (artículo 63-2) o puede no proceder (artículo 63-3), y ello tratándose, como se trata, del caso del artículo 53 -a), es decir, de la permanencia ilegal. Por su parte, el Reglamento 864/2001, de 20 de julio, expresamente habla de la elección entre multa o expulsión, pues prescribe en su artículo 115 que podrá acordarse la expulsión del territorio nacional, salvo que el órgano competente para resolver determine la procedencia de la sanción de multa.(...) Lo que importa ahora es retener que, en los casos de permanencia ilegal, la Administración, según los casos, puede imponer o bien la sanción de multa o bien la sanción de expulsión.

2.º- En el sistema de la Ley la sanción principal es la de multa, pues así se deduce de su artículo 55-1 y de la propia literalidad de su artículo 57- 1, a cuyo tenor, y en los casos, (entre otros) de permanencia ilegal, “podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio nacional”.

3.º- En cuanto sanción más grave y secundaria, la expulsión requiere una motivación específica, y distinta o complementaria de la pura permanencia ilegal, ya que ésta es castigada simplemente, como hemos 3 visto, con multa. Según lo que dispone el artículo 55-3, (que alude a la graduación de las sanciones, pero que ha de entenderse que resulta aplicable también para elegir entre multa y expulsión), la Administración ha de especificar, si impone la expulsión, cuáles son las razones de proporcionalidad, de grado de subjetividad, de daño o riesgo derivado de la infracción y, en general, añadimos nosotros, cuáles son las circunstancias jurídicas o fácticas que concurren para la expulsión y prohibición de entrada, que es una sanción más grave que la de multa.

4.º- Sin embargo, resultaría en exceso formalista despreciar esa motivación por el hecho de que no conste en la resolución misma, siempre que conste en el expediente administrativo. En efecto: A) Tratándose de supuestos en que la causa de expulsión es, pura y simplemente, la permanencia ilegal, sin otros hechos negativos, es claro que la Administración habrá de motivar de forma expresa por qué acude a la sanción de expulsión, ya que la perma-

nencia ilegal, en principio, como veíamos, se sanciona con multa. B) Pero en los supuestos en que en el expediente administrativo consten, además de la permanencia ilegal, otros datos negativos sobre la conducta del interesado o sus circunstancias, y esos datos sean de tal entidad que, unidos a la permanencia ilegal, justifiquen la expulsión, no dejará ésta de estar motivada porque no se haga mención de ellos en la propia resolución sancionadora”. Pues bien enlazando la anterior doctrina jurisprudencial con el supuesto sometido a nuestra revisión, se ha de concluir que se aprecia error en la valoración de la prueba -denunciado por el apelante- en cuanto a la concurrencia de circunstancias negativas adicionales o concurrentes a la estancia irregular del recurrente que hace desproporcionada la sanción de expulsión. Y ello en atención a los hechos acreditados en el proceso, como son que el apelante carece de antecedentes judicial o policiales, y que manifiesta llevar residiendo en España varios años, y que se inició el expediente sancionador en un control rutinario. En atención a tales hechos se desprende, de manera lógica y natural, que existen indicios de un arraigo social suficiente que revela como desproporcionada la medida de expulsión; y, de conformidad con la doctrina jurisprudencial antes expuesta, procede su sustitución por la sanción de multa de 501,00 euros, conforme a lo previsto en el art. 55.1.b) de la LO 4/2000, al no constar suficientes datos sobre la capacidad económica del infractor. Por todo lo anterior, el recurso de apelación debe ser estimado y revocada la Sentencia apelada, lo que obliga a anular el acto administrativo recurrido en lo relativo a la expulsión, expulsión que será sustituida por una sanción de multa en la cuantía de 501 euros.

No procede la imposición de costas de esta instancia a la parte apelante pues se ha estimado íntegramente el recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional, ya en su redacción dada por la Ley 37/2011. De tal manera que al haberse estimado el recurso de apelación, no procede imposición de costas a la parte apelante.

(St. de 9 de febrero de 2015. Sala de Granada. Ponente Luis Gollonet Teruel).

XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Violación del principio de congruencia. Teoría general. Improcedencia. Extranjería.

Denuncia el apelante la incongruencia de la sentencia que, a su entender, no ha resuelto todas las cuestiones debatidas en el recurso, ex art 67.1 LJ. Ello es así porque, nos dice, planteó que en la resolución que acordó la devolu-

ción no constaba referencia alguna al expediente de expulsión en virtud del cual estaba en vigor la prohibición de entrada. Por ello, a su juicio, la sentencia es incongruente y, por ende, nula. La reciente STS de 10 de Marzo de 2014 nos indica que “se incurre en incongruencia tanto cuando la sentencia omite resolver sobre alguna de las pretensiones y cuestiones planteadas en la demanda -incongruencia omisiva o por defecto-, como cuando resuelve ultra petita partium (más allá de las peticiones de las partes) sobre pretensiones no formuladas -incongruencia positiva o por exceso-, y, en fin, cuando se pronuncia extra petita partium (fuera de las peticiones de las partes) sobre cuestiones diferentes a las planteadas -incongruencia mixta o por desviación- (entre otras muchas, sentencias del Tribunal Supremo 18 de noviembre de 1998 y 4 de abril de 2002). No incurre en incongruencia la sentencia que otorga menos de lo pedido, razonando por qué no se concede el exceso. Según la jurisprudencia la congruencia exigida por los preceptos cuya vulneración se denuncia no requiere una correlación literal entre el desarrollo dialéctico de los escritos de las partes y la redacción de la sentencia. Basta con que ésta se pronuncie categóricamente sobre las pretensiones formuladas (sentencias del Tribunal Supremo de 11 de abril de 1991, 3 de julio de 1991, 27 de septiembre de 1991, 25 de junio de 1996 y 13 de octubre de 2000, entre otras muchas). El principio de congruencia no se vulnera por el hecho de que los Tribunales basen sus fallos en fundamentos jurídicos distintos de los aducidos por las partes (sentencias del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1991, 18 de octubre de 1991 y 25 de junio de 1996). Pero la falta de consideración, expresa o tácita, en la sentencia, de alguno de los motivos de nulidad -de suficiente entidad y sustantividad- esgrimidos por la parte recurrente puede ser también determinante en este orden jurisdiccional de la incongruencia de la sentencia (v. gr., sentencia de 8 de abril de 1996). Para apreciar lesión constitucional por incongruencia, que consiste en la ausencia de respuesta a las pretensiones de las partes, debe distinguirse, en primer lugar, entre lo que son meras alegaciones aportadas por las partes en defensa de sus pretensiones y estas últimas en sí mismas consideradas. Con respecto a las primeras puede no ser necesaria una respuesta explícita y pormenorizada a todas ellas. Respecto de las segundas la exigencia de respuesta congruente se muestra con todo rigor”. En el caso examinado, el recurrente alegó que no constaba en la resolución de devolución referencia alguna al de expulsión del que derivaba la prohibición de entrada. La sentencia implícitamente rechazó tal argumentación al considerar que el recurrente entró ilegalmente en España. Argumento del recurrente, además, carente del más mínimo soporte probatorio. Es decir, lo que pretende simplemente es sembrar una duda acerca de la adecuación a Derecho de la actuación ad-

ministrativa, sin articular prueba alguna que acredite su aserto. Ello es insuficiente a los efectos pretendidos, máxime cuando en absoluto nos encontramos ante un procedimiento sancionador. No existe, pues, incongruencia y la sentencia ha de ser confirmada.

(St. de 16 de enero de 2015. Sala de Sevilla. Se transcribe completa. Ponentes. A. Sala Gallego).

XV. JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Naturaleza del recurso de apelación.

Se recurre en apelación la sentencia número 239/2012 de fecha 11 de junio, por la que se desestimó el recurso contencioso administrativo número 893/2011 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número tres de Granada, confirmando la resolución de la Dirección Provincial en Granada de la Tesorería General de la Seguridad Social, de fecha 26 de septiembre de 2010, por la que se inadmite a trámite el recurso de revisión interpuesto por la entidad mercantil Construcciones P. H. S.L. contra la resolución de 16 de marzo de 2011, que desestimó el recurso de alzada formulado por la misma contra la reclamación de deuda número 18/11/14365285 por recargo de prestaciones de Seguridad Social derivadas de accidente de trabajo.

Frente a los sólidos argumentos de la sentencia de instancia, el recurso de apelación se limita a reiterar los argumentos expuestos en la demanda, y que han sido puntual y precisamente analizados en la sentencia apelada con pronunciamiento desestimatorio, sin que se produzca variación sustancial los argumentos de la demanda, ni se efectúe una crítica de los argumentaciones jurídicas de la sentencia que desestimaron punto por punto todos los alegatos de impugnación contenidos en la demanda y como decimos reiterados ahora en los mismos términos en la apelación. Con ello, la parte apelante desnaturaliza por completo el recurso de apelación, pues como ha señalado una jurisprudencia constante del Tribunal Supremo, expresada por todas en la sentencia de 11 de marzo de 1999 (recurso 11433/1991) “ Los recursos de apelación deben contener una argumentación dirigida a combatir los razonamientos jurídicos en los que se basa la sentencia de instancia. No es admisible, en esta fase del proceso, plantear, sin más, el debate sobre los mismos términos en que lo fue en primera instancia, como si en ella no hubiera recaído sentencia, pues con ello se desnaturaliza la función del recurso.

Tal doctrina jurisprudencial viene siendo reiterada de modo constante por esta Sala que, entre otras muchas, afirmó en la sentencia de 4 de mayo de 1998 : “Las alegaciones formuladas en el escrito correspondiente por la parte actora al evacuar el trámite previsto en el anterior art. 100 LJCA, son una mera reproducción de las efectuadas en primera instancia, y aun cuando el recurso de apelación transmite al tribunal ad quem la plenitud de competencia para revisar y decidir todas las cuestiones planteadas en primera instancia, en la fase de apelación se exige un examen crítico de la sentencia, para llegar a demostrar o bien la errónea aplicación de una norma, la incongruencia, la indebida o defectuosa apreciación de la prueba o cualesquiera otras razones que se invoquen para obtener la revocación de la sentencia apelada, sin que se suficiente como acontece en el presente caso la mera reproducción del escrito de demanda, lo que podría justificar que resultara suficiente reproducir los argumentos del Tribunal de primera instancia si se entienden que se adecuan a una correcta aplicación del ordenamiento jurídico (en este sentido, las Sentencias de esta Sala de 10 de febrero, 25 de abril, 6 de junio y 31 de octubre de 1997 y 12 de enero y 20 de febrero y 17 de abril de 1998)“.

Por tanto, y de conformidad con dicha doctrina jurisprudencial, el presente recurso debe ser desestimado reiterando los fundamentos jurídicos de la sentencia de instancia, en la que se analizan las diversas cuestiones que suscitó el hoy apelante. Así, la sentencia apelada desestimó el recurso contencioso administrativo concluyendo que los motivos alegados por el recurrente no integran ninguno de los motivos del recurso de revisión previstos en el art. 118 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Pública y Procedimiento Administrativo Común, así como que no era de apreciar la duplicidad de liquidaciones que venía alegando, puesto que la que era objeto de la resolución de recurso de revisión se refería a la exigencia del incremento del 30 % en la prestación por incapacidad permanente total concedida al trabajador que lo fue de la empresa, al haberse apreciado la omisión de medidas de seguridad a cargo de la empresa como causa determinante del accidente laboral sufrido por aquel. Por tanto, declarada la existencia de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad conforme a las resoluciones administrativas que alcanzaron firmeza, extremo que no se ha desvirtuado, es evidente que aquellas prestaciones son diversas pues no se limitan a las de incapacidad temporal, sino también a la incapacidad permanente total para profesión habitual, extendiéndose el recargo impuesto como consecuencia de la aplicación del art. 123 de la Ley General de la Seguridad Social, y del que resulta responsable la empresa, tanto a una como a otra. Por tanto, el Juzgado analizó y descartó mo-

tivamente los argumentos de impugnación. Siendo plenamente ajustada la sentencia apelada, procede desestimar el recurso de apelación y confirmarla íntegramente.

(St. de 2 de febrero de 2015. Sala de Granda. Ponente María R. Torres Do-
naire. Se transcribe completa)

XVIII. PERSONAL

Personal estatutario del SAS. Computo de los trienios de servicios anteriores al RDL 3/87.

La sentencia apelada se basa, en especial en la dictada por este Tribunal en la apelación 424/2013 de quince de enero de 2014. Asimismo se hace eco de otra del T.S.J. de Galicia de 24 de noviembre de 2010. La parte apelante estima que la sentencia impugnada infringe el artículo 32. uno y dos de la ley 17/2012 de Presupuestos Generales del Estado, en relación con el artículo 42 del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud. El primero establece que Uno. En el año 2013 las retribuciones del personal funcionario de la Administración de la Seguridad Social, ya homologado con el resto del personal de la Administración General del Estado, serán las establecidas en el artículo 26 de esta Ley. Dos. En el año 2013 el personal incluido en el ámbito de aplicación del Real Decreto-Ley 3/1987, de 11 de septiembre, sobre retribuciones del personal estatutario del Instituto Nacional de la Salud, percibirá las retribuciones básicas y el complemento de destino, en las cuantías señaladas para dichos conceptos retributivos en el artículo 26. Uno. A), B) y C) de esta Ley, sin perjuicio de lo establecido en la disposición transitoria segunda, dos, de dicho Real Decreto -Ley y de que la cuantía anual del complemento de destino, fijado en la letra C) del citado artículo 26. Uno se satisfaga en catorce mensualidades.” Y el 42 del Estatuto Marco, en lo que interesa, Las retribuciones básicas son: a) El sueldo asignado a cada categoría en función del título exigido para su desempeño conforme a lo previsto en los artículos 6.2 y 7.2 de esta ley. b) Los trienios, que consisten en una cantidad determinada para cada categoría en función de lo previsto en el párrafo anterior, por cada tres años de servicios. Sostiene la apelante que según el artículo 2 del RDL 3/1987 Son retribuciones básicas: El sueldo, que será igual para todo el personal de cada uno de los grupos de clasificación a que se refiere el artículo 3 de este Real Decreto -ley. Los trienios, consistentes en una cantidad igual para cada uno de los grupos de cla-

sificación, por cada tres años de servicios. Asimismo se invoca la disposición transitoria segunda del citado R.D.L. que dispone: 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 2.2.b), el importe de los trienios reconocidos al personal que a la entrada en vigor de este Real Decreto-ley tenga la condición de personal estatutario fijo, se mantendrá en las cuantías vigentes con anterioridad. Igualmente, el primer trienio que totalice dicho personal a partir de la entrada en vigor de este Real Decreto-ley lo será en dichas cuantías. Y concluye la apelante que aunque el Estatuto Marco no contenga disposición similar a la transitoria segunda citada, como ha reconocido el TS en Auto de 12 de junio de 2014, ello no significa que los tres primeros trienios del actor deban ser retribuidos a módulo fijo, pues las leyes de presupuestos de cada anualidad mantiene la cuantía de esos trienios en los términos fijados en la Disposición transitoria segunda del RDL 3/1987.

Continúa la apelante sosteniendo que al conllevar el R.D.L. 3/1987 una minoración en la cuantía de los trienios, para dejar indemne la cuantía consolidada, establece que aquellos trienios correspondientes al tiempo de servicios prestados con anterioridad a su entrada en vigor (la del R.D.L. 3/1987) “mantendrán las cuantías vigentes con anterioridad”. Así pues, la referida disposición transitoria segunda no regula un complemento personal absorbible, sino una fórmula de cuantificación distinta y especial de la regulada en el artículo 2.2 del propio R.D.L. para los trienios. Lo que sucede, añade la apelante, es que coinciden en la nómina dos tipos de trienios distintos, los reconocidos con anterioridad a la entrada en vigor del RDL y el primero realizado con posterioridad, de cuantía congelada, y los posteriores, y ello tiene un reflejo distinto en la nómina, uno, estos, con clave “trienios” y otros, aquellos, con clave “antigüedad”. Pero ambos conceptos retribuyen trienios, como retribución básica. Acceder a la pretensión actora, como hace la sentencia apelada comportaría un enriquecimiento injusto para el actor y en perjuicio de la administración.

La apelación no puede ser estimada en su pretensión principal. En efecto, hemos de mantener la esencia de la doctrina expuesta en la sentencia de 15 de enero de 2014. La parte recurrente solicitó el reconocimiento, por los servicios prestados, de once trienios, y no los ocho que se le acreditan en nómina. Y, en efecto, ninguna duda cabe de que, como dijimos en la sentencia de 15 de enero de 2014, el tiempo de servicios prestados a la administración comporta que por cada tres años haya de acreditarse un trienio. Así pues, al actor le corresponden once. En la medida en que lo solicitó y no se le reconoció por la administración, la sentencia apelada, con base en la ya citada de este tribunal, accede a lo pretendido y reconoce que han de ser once los trienios que, como retribución básica corresponden al actor. Este pronun-

ciamiento no puede más que ser mantenido por cuanto está fundado en derecho, incluso siguiendo la tesis de la parte apelante: y con independencia de que la retribución “congelada” de los periodos de tres años de servicios anteriores al RDL 3/1987 se consideren trienios o no. Si son trienios -como parece deducirse de la transitoria segunda cuando afirma “ 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 2.2.b), el importe de los trienios reconocidos al personal que a la entrada en vigor de este Real Decreto -ley tenga la condición de personal estatutario fijo....”- como tal retribución básica deben reconocerse al actor apelado. Si no fueran formalmente trienios, como quiera que retribuían los periodos de servicio de tres años prestados a la administración, también son materialmente trienios y, como tales, retribuciones básicas. Así pues, no hay duda de que los trienios reclamados por el actor deben ser reconocidos; así lo hizo la sentencia y, en este particular debe ser confirmada. Cuestión distinta es la condena al abono de cantidad que contiene el fallo apelado. En efecto, si partimos, como lo hacemos, de que los conceptos que en nómina figuran como trienios y antigüedad, aunque con dos claves distintas son materialmente lo mismo, trienios, hemos de concluir que la administración ya ha retribuido al actor aquello que le debía en tal concepto, si bien esta distinta denominación de los conceptos en la nómina ha podido llevar a una confusión al personal estatutario. En definitiva, la antigüedad se estaba retribuyendo en la cuantía congelada por el R.D.L. 3/1987, y lo nuevos trienios por el sistema implantado entonces y actualmente según el Estatuto Marco. Ciertamente hemos de matizar la afirmación contenida en nuestra anterior sentencia en el sentido de que el “complemento de antigüedad no es incompatible con la retribución básica reconocida en la ley”. En efecto, la anterior afirmación ha de entenderse en el sentido de que aquél “complemento de antigüedad”, puede y debe ser calificado, en cuanto a su finalidad como trienio. Pero si el recurrente ha percibido ya como “complemento” la cantidad correspondiente a cada periodo de tres años, es obvio que no podrá percibir, por aquellos periodos de tiempo anteriores otras cantidades como trienios, pues sería tanto como admitir que cobrara dos veces por el mismo concepto; por indebido, ese enriquecimiento no puede ser consagrado por el ordenamiento jurídico. Es muy probable que si la administración hubiera aclarado en las nóminas estas cuestiones desde el principio, no se hubieran producido las consiguientes reclamaciones. En todo caso, en el presente asunto debe ser revocado el fallo en el sentido de que no procede el abono de cantidad alguna por trienios atrasados y no abonados pues, como decimos, aun con otro nombre la retribución básica que corresponde al servicio cada tres años, ya ha sido abonada. De futuro sería muy deseable que la administración adoptara las decisiones convenientes a esclarecer an-

te el personal los conceptos reales que esta retribuyendo para evitar confusiones. A cuanto llevamos expuesto no es óbice la alegación del apelante de que el recurrente es personal estatutario fijo solo desde octubre de 1987. La problemática surgida sobre sus trienios tiene la base precisamente en que la propia administración le ha aplicado el régimen previsto en el RDL 3/1987 para los trienios perfeccionados antes de la entrada en vigor de dicha norma. Luego la propia administración admite que antes de 1987 el actor tenía derecho a aquella retribución. No puede ir ahora contra sus propios actos.

(St. de 29 de abril de 2015. Sala de Sevilla. Ponente J. Moreno Retamino)

XXII. URBANISMO Y VIVIENDA

Convenio urbanístico de reversión de beneficios al Ayuntamiento por edificar el particular con excesivo aprovechamiento.

El presente recurso de apelación tiene por objeto la Sentencia de 16 de mayo de 2011, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. Uno de Almería, que desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por PROMOCIONES E INVERSIONES HERMANOS M. F. S.L. contra Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Garrucha (Almería) de 22 de septiembre de 2006. Dicho Acuerdo aprobaba definitivamente el Convenio suscrito, el 11 de agosto de 2006, entre la actora y la corporación demandada y en virtud del cual -y por lo que aquí interesa- la mercantil actora se obligaba a abonar a la citada corporación la cantidad de 2.017.918 euros en concepto de “reversión de beneficios”. Son hechos relevantes para la comprensión del recurso de apelación los siguientes:

- 1.- El 19/11/01 el Ayuntamiento de Garrucha suscribió un convenio urbanístico con la sociedad “Urbanización Costa Cálida S.A.” en relación a los terrenos propiedad de esta última que -integrados en la finca registral número 22.757- constituían la totalidad de la superficie de la Unidad de Ejecución número 6 (UE-6) de las Normas Subsidiarias de dicho Ayuntamiento - normas que, en aquél momento, se encontraban en fase de aprobación inicial-. En el apartado primero de la parte expositiva del convenio se decía que la finca 22.757 tenía una superficie de 26.692 m², si bien más adelante se afirmaba que su superficie aproximada era de 2,1 hectáreas.
- 2.- El 26/02/03 la actora adquirió la propiedad de la finca 22.757.
- 3.- El 12/06/03 la Comisión Provincial de Ordenación del Territorio y Urbanismo de la Junta de Andalucía aprobó definitivamente el Texto Refun-

dido de las Normas Subsidiarias de Garrucha. En la ficha correspondiente a la UE-6 se hacía constar que la superficie bruta de la misma era de 26.692 m2, correspondiéndole una edificabilidad de 0'5 m2/m2.

4.- Tras la aprobación -el 27/02/03- del estudio de detalle, con fecha 03/09/03 el Ayuntamiento apelado concedió a la actora licencia de obras para la construcción de 134 viviendas, aparcamiento y piscina en la UE-6.

5.- A resultas de las denuncias formuladas por algunos vecinos, el Ayuntamiento constató que existía una diferencia entre la superficie real de la UE-6 (2,1 hectáreas) y la que aparecía consignada en la ficha urbanística (26.692 m2), superficie esta última que fue la tenida en cuenta para la concesión de la licencia de obras. Como consecuencia de dicho desfase, de las 134 viviendas autorizadas sólo 106 eran ajustadas a la normativa, careciendo las 28 restantes de cobertura legal.

6.- Con fecha 06/10/04 el Ayuntamiento inició el procedimiento de revisión de oficio de la licencia de obras. En el seno de dicho procedimiento se emitió informe desfavorable por el Consejo Consultivo de Andalucía, y ello sobre la base de que la licencia se había otorgado de conformidad con el estudio de detalle y con la ficha urbanística de la UE-6, por lo que no era posible la anulación de la primera sin la previa anulación de estos dos.

7.- Con fecha 02/03/06 el Pleno del Ayuntamiento de Garrucha acordó solicitar de la Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía la rectificación del error material existente en la ficha de la UE-6 (error referido, como se ha expuesto, a su superficie), así como iniciar el procedimiento de revisión de oficio del estudio de detalle.

8.- Con fecha 27/04/06 la recurrente solicitó licencia de primera ocupación para las 134 viviendas, siendo esta denegada parcialmente en relación a las 28 viviendas que a juicio del ayuntamiento carecían de cobertura legal. Recurrida esta denegación, se dictó el 02/07/08 sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número Dos de Almería (procedimiento 827/06) que, estimando le recurso, declaró que las licencias de primera ocupación referidas a las ya citadas 28 viviendas se había adquirido por silencio positivo. La sentencia del Juzgado ha sido confirmada por la de esta Sala, de 14/11/14, recaída en el recurso de apelación 1818/2008.

9.- Tras la solicitud de la licencia de primera ocupación, apelante y apelado firmaron el convenio urbanístico aquí impugnado cuyo objeto era -como ya se ha señalado- la reversión de beneficios al ayuntamiento. En definitiva, el abono por parte de la promotora del beneficio económico derivado del exceso 3 de aprovechamiento correspondiente a las 28 viviendas. Dicho beneficio económico se cifraba -según informe técnico de la Diputación de Almería obrante en el Expediente Administrativo- en 2.017.918 euros.

Se apoya el presente recurso de apelación en varios motivos mediante los cuales viene la actora, en esencia, a reiterar los ya esgrimidos en la instancia y que fueron suficiente y correctamente desestimados por la sentencia apelada. Así, y en primer lugar, se denuncia la incorrecta valoración de la prueba realizada por el juzgador de instancia pues - según afirma la actora- solo ha tenido en cuenta el tenor literal de convenio omitiendo, por tanto, cualquier valoración sobre el resto del material probatorio aportado. El motivo debe desestimarse. Es conocida la jurisprudencia -que por pacífica exime de la cita concreta de sentencias- que afirma que la valoración de la prueba es competencia de los órganos judiciales de instancia, estando revestido el resultado de dicha valoración de las presunciones de acierto y corrección. Es cierto que tal presunción puede romperse mediante la cumplida prueba de que dicha valoración ha incurrido en error manifiesto, arbitrariedad o desviación de poder. Sin embargo, en el caso que nos ocupa, la actora se limita a alegar la “hipervaloración” del convenio, pero lo cierto es que no alude a ninguna otra prueba, no identifica cuál sea ese otro material probatorio, ni existe, por tanto, en relación a este motivo de apelación, razonamiento alguno de por qué deba interpretarse el convenio en un sentido distinto del que claramente se desprende de su tenor literal.

Se invoca en segundo lugar la vulneración de los artículos 1.274 y 1.275 del C.C, de los artículos 49.2, 59, 102.1.b) y 148 de la LOUA, así como de los artículos 3.1, 53.2, 62.1.f), 63 y 88.1 de la ley 30/1992. En concreto, afirma la apelante que la causa del convenio suscrito es ilícita, pues el pago de los 2.017.918 euros se produce, en realidad, como contraprestación al compromiso del Ayuntamiento de otorgar las licencia de primera ocupación que fueron inicialmente denegadas y de modificar la delimitación de la UE-6. Ambas actividades son el objeto de potestades administrativas regladas cuyo ejercicio no puede llevarse a cabo, por tanto, mediante un convenio ni sujetarse a un precio. El motivo debe desestimarse pues contrariamente a los sostenido por la promotora recurrente, el objeto del convenio no lo constituían las licencias de primera ocupación, ni el mismo supone per se una modificación de la delimitación del ámbito de la UE-6. Su finalidad era, como se ha expuesto, compensar el beneficio económico obtenido por la recurrente al edificar y, por tanto, adquirir un aprovechamiento que era superior al que legalmente debía corresponderle. La compensación económica del exceso de aprovechamiento no sólo es una posibilidad que está admitida por la normativa urbanística, sino que, además, en el caso que nos ocupa, evitó el enriquecimiento injusto que de otra forma se produciría para la actora. En cuanto a la alegación de la recurrente referida a que se ha vulnerado su derecho a la titularidad de los aprovechamiento urbanísticos, es cierto que con

fecha 01/02/05 propuso al Ayuntamiento resolver el problema del exceso de aprovechamiento mediante una nueva delimitación de la UE-6, incorporando a la misma terrenos que eran de su propiedad. Ciertamente, si tal modificación se hubiera llevado a cabo -el Capítulo IV del convenio recogía el compromiso del Ayuntamiento de tramitar esa modificación- correspondería a la actora el aprovechamiento de tales terrenos que, lógicamente, podría compensarse con el exceso obtenido anteriormente y, en su caso, minorar parcial o totalmente la compensación económica que debía abonar a la corporación demandada. Ahora bien, no consta ni en el expediente ni en Autos -ni la actora lo ha probado- que tal modificación se llegara a producir, desconociéndose totalmente cuál era la superficie de los terrenos que la recurrente ofrecía para su incorporación a la UE-6 y cuál el aprovechamiento que les correspondía. Resulta por tal razón imposible de acoger la alegación referida a la vulneración del derecho a los aprovechamientos urbanísticos.

En tercer lugar argumenta la actora la inexistencia de consentimiento contractual, con vulneración del artículo 1267 del C.C. Y ello por cuanto la firma por su parte del citado convenio obedeció, como causa principal, a las amenazas vertidas por el Alcalde -incluso en medios de comunicación- sobre la denegación de las licencias de primera ocupación. También este motivo debe desestimarse. Como acertadamente expone la sentencia apelada, la intimidación, como vicio del consentimiento, exige -para tener efectos invalidantes- que se concrete en la amenaza de un mal inminente y grave contra el contratante o su familia, capaz de inducir al sujeto a emitir una declaración de voluntad no deseada. En el caso que nos ocupa, no se ha acreditado por la recurrente que el temor de no obtener la licencia de primera ocupación de 28 de las 134 viviendas fuera la única causa para celebrar el convenio, ni tampoco que fuera tal la intención de la corporación apelada. Prueba de ello es que impugnó jurisdiccionalmente la denegación de dichas licencias, impugnación que no tendría sentido si la actora hubiera tenido el convencimiento de que sólo con el abono de la suma aquí discutida podría conseguirlas. En consecuencia, resulta irrelevante a los efectos de este proceso cuál haya sido el resultado final de aquélla impugnación.

Consecuencia de todo lo expuesto es la desestimación del recurso de apelación. Con expresa imposición de las costas a la apelante, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 139.2 de la LJCA.

(St. de 2 de febrero de 2015. Sala de Granada. Ponente. M. Rosa López Barajas Mira).