

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía(*)

XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES

Educación escolar. Derecho a la educación y ratio de alumnos. La Sala cambia el criterio hasta la fecha mantenido tras examinar la doctrina del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2012 y del Tribunal Constitucional. No es posible el aumento de la ratio para educación primaria en los centros escolares sostenidos con fondos públicos por encima del límite fijado por el art. 157.1 a) de la ley orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación, con fundamento en el derecho a la libre elección de centro escolar ni en el derecho de los padres a que los hijos reciban la educación moral y religiosa que esté acorde a sus propias convicciones.

La sentencia apelada, desestimó la demanda cuyas pretensiones versaban sobre la anulación del acto impugnado así como que se declarase el derecho de la recurrente a que su hijo menor sea escolarizado en el centro concertado citado, en el curso indicado.

La sentencia argumenta la aplicación al caso de autos de la doctrina legal fijada por el Tribunal Supremo en sentencia de 30 de marzo de 2012 relativa a la imposibilidad de los órganos judiciales de aumentar la ratio por alumnos en las aulas, reservando esta competencia como potestad discrecional de la administración autonómica.

Frente a esta decisión se alza el recurso de apelación interpuesto por la parte recurrente en el cual se esgrimen los siguientes argumentos: inaplicación de la doctrina legal establecida por el Tribunal Supremo, arbitrariedad en la actuación de la administración al no aumentar la ratio, existencia de dilaciones indebidas en la tramitación del recurso, derecho a la educación de los hijos que justifica el aumento de ratio a la vista de las circunstancias concurrentes en el caso del menor.

Esta Sala en ocasiones ha primado aquel derecho sobre la ratio por aula, y ante las múltiples reclamaciones judiciales efectuadas por los padres en los procesos de admisión de alumnos a centros concertados ha exigido acentuar el examen pormenorizado de cada caso. En efecto, se transcriben en la resolución apelada sentencias dictadas por esta Sala, en las

(*) Subsección preparada por JOSÉ LUIS RIVERO YSERN.

que se venía a primar aquel derecho justificando con ello el aumento de la ratio para la escolarización de menores en centros en los que habían sido excluidos y ello frente a la negativa de la Administración a dicha ampliación.

Ahora bien hemos tener en cuenta la reciente doctrina legal establecida por Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2012 (artículo 100.7 de la Ley Jurisdiccional) que declara que “la limitación, por prescripción legal, de la ratio de alumnos por curso ha gozado, pues, de cobertura en la interpretación constitucional. Significa, por tanto, que cualquier discrepancia con tal regulación habría de comportar el planteamiento de cuestión de constitucionalidad mas no una interpretación que llevara aparejada la preferencia de los derechos de los padres sobre la regulación legalmente establecida so pretexto de una lesión de derecho constitucional que el máximo intérprete no ha reputado absoluto”; aceptándose en dicha Sentencia como doctrina legal que “No es posible el aumento judicial de la ratio para Educación Primaria en los centros escolares sostenidos con fondos públicos por encima del límite fijado por el art. 157.1 a) de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, con fundamento en el derecho a la libre elección de centro escolar ni en el derecho de los padres a que los hijos reciban la educación moral y religiosa que esté acorde a sus propias convicciones.”

Por tanto, no se puede considerar vulnerado el derecho a la elección de Centro, pues ninguna cortapisa existe a que los padres puedan ejercitar ese derecho, siendo cosa distinta el que la elección pueda o no ser satisfecha, en función de la existencia o no de plazas, y para ello ha de procederse a la baremación de las solicitudes conforme a los criterios de admisión previamente establecidos y cuya procedencia en modo alguno se cuestiona. De modo, que la proximidad del domicilio familiar, la facilidad en cuanto a la conciliación de la vida familiar y laboral, el derecho a la educación religiosa, y los demás motivos alegados como el tener un hermano admitido, no permiten a este Tribunal ampliar la ratio de alumnos por clase.

La doctrina legal fijada por el Tribunal Supremo es vinculante para los órganos judiciales, en cuanto que garantiza la aplicación correcta de la ley, así como su uniformidad. No hay pues aplicación retroactiva alguna, y si aplicación correcta de la ley vigente que debe regir el acto administrativo y la pretensión del recurrente. De modo que ninguna de las circunstancias expuestas, que pudieran favorecer la admisión del menor en el centro, nos habilitan para acordar el aumento de ratio; ni el hecho que por la administración en ocasiones anteriores sí se haya aumentado la ratio, permiten concluir como quiere el recurrente ni la arbitrariedad de la actuación administrativa, ni la nulidad de la actuación impugnada. Y no

es causa de nulidad el que pueda existir indicios de una baremación incorrecta de alguno de los alumnos citados por el demandante, cuando su posición en la lista de inadmitidos es la número NUM000.

Por otra parte, no podemos tampoco compartir la existencia de dilaciones en el procedimiento, siendo la duración del mismo similar a los recursos de naturaleza similar, y obedeciendo en cualquier caso su duración en el tiempo a la necesidad de practicar las diversas pruebas solicitadas por las partes personadas. Sin que la existencia de una medida cautelar solicitada por el propio recurrente puede operar como justificación de la admisión del menor en el centro.

(St. de 22 de julio de 2014 Sala de Sevilla. Sección tercera. Ponente Juan María Jiménez Jiménez)

XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

Inadmisidad. Admisión de los escritos de las personas jurídicas, especialmente en el caso de sociedades de capital. La ley jurisdiccional remite a lo que puedan disponer sobre la adopción de los acuerdos las normas o estatutos; necesidad de examinar lo que sobre este punto señalan esas normas que no son otras que las leyes societarias, en este caso concreto el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Cuantía del recurso.

La inadmisión del recurso obedece a que no habría quedado cumplimentado el presupuesto legal previsto en el artículo 45.2 d) de la ley jurisdiccional, al no constar la voluntad de la sociedad recurrente de ejercitar la acción.

Señala la sentencia en su fundamento segundo in fine, tras la cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que en el caso de autos lo que consta es la comunicación dirigida por el secretario general de la sociedad recurrente a la Abogacía del Estado para interponer el recurso contencioso (documento 1 del escrito de recurso). Así como que de la escritura de 27 de julio de 2012 de elevación a público de los acuerdos sociales adoptados el día anterior por el consejo de la administración de la sociedad, lo que se atribuye a dicho secretario general es la facultad de comparecer y representar a la sociedad ante los Juzgados y Tribunales, ejercitar toda clase de pretensiones y acciones, e interponer toda clase de reclamaciones y recursos judiciales. Ahora bien, señala la sentencia que una cosa es el ejercicio de acciones o la interposición de recursos, y otra distinta sería acordar y decidir el ejercicio concreto de las acciones,

por lo que no constando que dicho secretario general tenga facultad para decidir o acordar el ejercicio de la acción, procede la inadmisión del recurso.

Por la sociedad recurrente se argumenta para revocar la sentencia dictada que ya consta en el documento 1 referenciado, por el que se insta a la Abogacía del Estado a interponer recurso contra los acuerdos impugnados, el acuerdo del órgano competente de la sociedad para interponer los recursos. Así como que de la aludida escritura pública, resulta claramente las facultades del secretario general para ejercitar acciones e interponer toda clase de recursos judiciales.

Por el Ayuntamiento se defiende la corrección de la sentencia dictada, señalando que una cosa sería el ejercicio de acciones por parte de quien esté legalmente habilitado para ello, y otra el acuerdo o decisión de accionar, que exige la toma de voluntad por el órgano societario competente, y sin que conste que por el secretario general de la recurrente se pueda suplir dicha voluntad.

A la hora de resolver la cuestión discutida, debemos señalar brevemente la posición que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha adoptado respecto al presupuesto previsto en el artículo 45.2.d) de la ley jurisdiccional que exige acompañar con el escrito de recurso: “El documento o documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas con arreglo a las normas o estatutos que les sean de aplicación, salvo que se hubieran incorporado o insertado en lo pertinente dentro del cuerpo del documento mencionado en la letra a) de este mismo apartado.”

La posición mantenida en la sentencia del Pleno de 5 de noviembre de 2008 descansaba en los siguientes principios: es un presupuesto exigible a todo tipo de personas jurídicas; no se trata de la representación otorgada al procurador por la persona jurídica, sino de la voluntad de esta de ejercitar la acción; decisión que por tanto debe ser tomada por el órgano legal o estatutariamente competente.

Si bien estos criterios fueron flexibilizados por sentencias posteriores, básicamente, en orden e excluir a las sociedades mercantiles de este presupuesto, y en ocasiones, admitiendo la validez de los acuerdos adoptados por órganos de administración, lo cierto es que la posterior jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido a confirmar los criterios plasmados en la primera sentencia, adoptada en Pleno. La sentencia de 3 de marzo de 2010 en su Fundamento Cuarto, y de forma sucinta pero precisa señala: “Las asociaciones recurrentes no han acreditado ni quién era, según sus estatutos, el órgano o persona física con capacidad y facultades bastantes para adoptar aquella decisión, ni la propia decisión o acuerdo social de presentar este concreto recurso.”

Resulta de este modo que la posición más ortodoxa exige que además del documento que formaliza el acuerdo, se acompañen los estatutos que rigen el ente para conocer que el órgano que adopta dicho acuerdo es el competente. Con la única salvedad que la escritura que recoja el acuerdo transcriba los estatutos en este particular. Y estos estatutos serían imprescindible aún en el caso de administradores únicos o solidarios, por cuanto que sin los mismos, desconocemos si efectivamente la facultad de acordar o decidir la interposición de recursos está o no delegada en los administradores sociales. Con lo que la mera existencia de un acuerdo de administrador único o solidario no sería suficiente para entender cumplido el presupuesto, si no se acompañan estatutos sociales que contemplen esta previsión.

Lo anterior constituye la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que si bien no unánime por la existencia de algunas sentencias discrepantes, sí es la recogida primero en Pleno, y luego de forma mayoritaria y reiterada por las distintas secciones.

No obstante, y respetando como no podía ser de otro modo los principios básicos de esta doctrina, si cabría adoptar una postura algo más flexible en orden a la admisión de los escritos de las personas jurídicas, especialmente en el caso de sociedades de capital. Atendiendo que la ley jurisdiccional remite a lo que puedan disponer sobre la adopción de los acuerdos las normas o estatutos, podríamos examinar lo que sobre este punto señalan esas normas. Y que no son otras que las leyes societarias, en este caso concreto el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Cuyo artículo 160 establece: Es competencia de la junta general deliberar y acordar sobre los siguientes asuntos: i) Cualesquiera otros asuntos que determinen la ley o los estatutos.

De lo expuesto se ha entendido que si la ley no atribuye expresamente a la junta general esta facultad, y los estatutos particulares de cada sociedad tampoco lo hacen, por exclusión correspondería al órgano de administración, dado que el artículo 209 señala: “Es competencia de los administradores la gestión y la representación de la sociedad en los términos establecidos en esta ley”; y los artículos 233.1 y 234.1 señalan respectivamente: En la sociedad de capital la representación de la sociedad, en juicio o fuera de él, corresponde a los administradores en la forma determinada por los estatutos, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado siguiente. La representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos.

De estos artículos podríamos concluir manteniendo los requisitos exigidos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que aportados los estatutos sociales, carga que pesa sobre el recurrente, puede el Tribunal tras

examinarlos y comprobar que ni los mismos ni la norma aplicable publicada en boletín oficial (de sociedades de capital, asociaciones, sindicatos, corporaciones, instituciones, etc) atribuyen la facultad de recurrir a la junta, la misma corresponde al órgano de administración. Quien a su vez la puede ejercer por sí, o por delegación los órganos dependientes del mismo.

Solo de esta forma, se salva el inevitable escollo que supone exigir el acuerdo de la junta general a las denominadas grandes compañías, y, de no exigírselos por ser excesivo, la contradicción de hacer de peor condición que estas a las pequeñas sociedades integradas por un pequeño número de socios, y en los que ciertamente sí resulta más fácil la constitución de la junta general.

Desarrollando aún más esta línea, algunos autores, entienden que si las norma o los estatutos no exigen una forma especial de exteriorizar la voluntad de recurrir, no sería de aplicación el presupuesto procesal estudiado, bastando con el mero poder otorgado al procurador por quien tenga representación de la sociedad. Aun cuando para llegar a esta conclusión, sería necesario insistir en la necesaria aportación de los estatutos sociales.

Dicho lo anterior, el caso de autos, presenta no obstante una circunstancia que permite a este Tribunal hacer una salvedad en orden a la carga que pesa sobre el recurrente de aportar los estatutos. Y es que si comprobamos como la contestación opone la causa de inadmisión, lo que se dice es que no consta el documento acreditativo del acuerdo para recurrir. Pero sin que expresamente, ni la administración local demandada, ni el órgano judicial de oficio, haya suscitado duda alguna sobre que órgano societario es el expresamente competente para adoptar dicho acuerdo para recurrir. Se discute pues si se aporta o no dicho acuerdo, pero no que el documento aportado con el escrito de recurso no sea expedido por el órgano competente.

En el caso de autos, no se discute que el órgano que delega sus facultades en el secretario general de la recurrente, esto es, el consejo de administración de la misma, sea el competente para ejercitar en la sociedad la adopción de dichos acuerdos societarios. No discutido esto en la instancia, el paso siguiente es comprobar que delegó entre otras las facultades antes trascrita por la sentencia de instancia. Y de estas, este Tribunal tras examinar detenidamente la redacción de las mismas sí concluye que dicho secretario general tenga habilitación para interponer acciones y que haya exteriorizado o documentado dicho voluntad mediante el certificado acompañado con el escrito de recurso. No cabe otra opción, que respetando los términos legales y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, al mismo tiempo no garantice adecuadamente el principio pro actione,

manifestación de la tutela judicial efectiva de la que goza la entidad recurrente.

Estimado el recurso de apelación, y siendo la cuantía del recurso inferior a 30.000 euros, procede una vez revocada la sentencia, devolver las actuaciones la órgano de procedencia, juez competente por razón de la cuantía, para conocer del fondo del asunto. Así lo hemos señalado reiteradamente, siguiendo entre otras la sentencia de la Sala de contencioso de Castilla-La Mancha de 24 de octubre de 2011 que dispone: “Segundo. Ahora bien, el segundo pronunciamiento de la sentencia recurrida tampoco se puede asumir, toda vez que sería procesalmente inútil que se retrotrajeran actuaciones para que el Ayuntamiento indicara correctamente el pie de recurso, si resulta que se habría de reiterar el contrasentido antes aludido. Es más bien procedente destacar -siguiendo y asumiendo en este particular la doctrina contenida, entre otras, en Sentencia de veintitrés de octubre de 2006, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid funcionando en Pleno, o del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de once de marzo de 2011, que tal cuestión pasa por la correcta interpretación del art. 85.10 de la Ley Jurisdiccional 29/1.998 (“Cuando la Sala revoque en apelación la sentencia impugnada que hubiere declarado la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo, resolverá al mismo tiempo sobre el fondo del asunto”), interpretación que no puede ser otra que la sistemática en relación con otros preceptos del propio texto legal, pues la puramente gramatical llevaría a conclusiones contrarias a las que el legislador expresó cuando formuló el ámbito competencial, tanto en su vertiente objetiva como funcional de los diferentes órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Así, el art. 81.1.a) de la Ley 29/1998 EDL 1998/44323 establece como regla general que serán susceptibles de recurso de apelación, entre otras, las sentencias dictadas por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo cuya cuantía exceda de 18.030'36 euros, y, a continuación, como excepción a la regla anterior, dispone en su apartado 2.a) que serán siempre apelables las sentencias que declaren la inadmisibilidad del recurso aunque no excedan de 18.030'36 euros. Resulta evidente que una interpretación literal sujeta a la dicción de los arts. 85.10 y 81.2.a) de la Ley Jurisdiccional lleva a dos conclusiones contrarias, y que determinar la aplicación en toda su expresión del primero de los citados supone la expresa abrogación del segundo, de ahí que la interpretación lógica nos lleve a limitar la posibilidad de enjuiciamiento de fondo en apelación por la Sala a aquellos supuestos en los que el conocimiento del litigio no viene determinado competencialmente en única instancia a los Juzgados.

En definitiva, la aplicación de este criterio supone que revocada en apelación la inadmisibilidad del recurso contencioso declarada por el Juzgado, ha de acudir a la cuantía litigiosa para determinar la competencia sobre el fondo del asunto, y como en el caso concreto de los presentes autos la cuantía discutida era inferior a la cantidad antes citada, pues no se alcanzaban los 18.030'36 euros habilitantes del enjuiciamiento de fondo por la Sala a través de resolución de recurso de apelación contra sentencia de primera instancia, procede remitir las actuaciones al Juzgado de origen para que dicte la de fondo que corresponda, pues lo contrario supondría arrebatar a los Juzgados de lo Contencioso- Administrativo el conocimiento en exclusiva (en única instancia), siempre en cuanto al fondo, de los asuntos cuya cuantía no exceda de 18.030'36 euros, regla ésta general que no admite excepciones, de tal manera que el art. 85.10 de la Ley Jurisdiccional pretende únicamente evitar la posibilidad, sin duda perniciosa, de que la Sala, una vez revocada en apelación la declaración por el Juzgado de inadmisibilidad de recurso contencioso en asunto con cuantía superior a 18.030'36 euros, reenvíe el mismo al Juzgado para que se pronuncie sobre el fondo, cuando la Sala puede y debe dictar tal pronunciamiento al tener competencia para ello en apelación por razón de la cuantía.”

(St. de 24 de julio de 2014. Sala de Sevilla. Ponente. Juan María Jiménez Jiménez)

XVIII. PERSONAL

Universidades. Personal contratado. Subsanación de defectos en procesos de selección. Evolución de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el tema: conveniencia de evitar, en los procesos selectivos, exclusiones que puedan resultar desproporcionadas. Amplitud en la aplicabilidad del art. 71 de la Ley 30/1992 en procedimientos selectivos, no solo respecto de las omisiones en la solicitud inicial, sino en ulteriores fases del procedimiento.

La sentencia expone en su fundamento primero cuales son las dos actuaciones administrativas impugnadas: resolución de 26 de octubre de 2009 de la Universidad de Sevilla que desestima los recursos de reposición interpuestos por el recurrente contra sendas resoluciones, de 30 de julio y 7 de septiembre de 2009, por las que se fijaban de forma provisional y definitiva los admitidos para la adjudicación de una plaza de profesor contratado del área de botánica de la misma Universidad; y desestimación presunta y luego resolución expresa desestimatoria de 8 de

marzo de 2011 del recurso de reposición formulado contra propuesta de adjudicación de la anterior plaza.

Tras señalar en el fundamento segundo la normativa aplicable, constituida por las bases de la convocatoria del concurso aprobada mediante resolución de 17 de abril de 2009, publicada en el BOJA de 20 de mayo de ese mismo año, fija los hechos de la controversia. Estos consisten en que por la codemandada, D^a Adoración, no se presentó con su solicitud ni certificado de evaluación positiva de la ANECA ni justificante de pago de los derechos de examen. Es tras la publicación de la inadmisión de la solicitud, cuando pretende subsanar esa omisión, aportando (folio 40) resguardo de abono de los derechos de fecha 21 de julio de 2009 y el informe de 13 de mayo de 2009 de evaluación positiva de la ANECA.

La conclusión a la que se llega por la juez a quo conforme a las bases 1^a y 2- de la convocatoria es que dicha solicitud de la condenada y adjudicataria de la plaza debió ser inadmitida por considerar ambos defectos como insubsanables, en cuanto debían acompañarse con la solicitud de participación. De forma consecuente acuerda excluir del proceso de adjudicación a la codemandada anterior.

Por la apelante codemandada, D^a Adoración, se parte del carácter plenamente subsanable de los dos defectos apreciados en su solicitud, procediendo ella a subsanarlos en plazo y forma. Asimismo insiste en el error que se produjo por parte de la Universidad de Sevilla cuando calificó la primera inadmisión como definitiva cuando era meramente provisional, debiendo por tanto haber concedido plazo para subsanar como finalmente así se acordó por la primera de las dos resoluciones impugnadas.

Por parte de la Universidad de Sevilla se impugna la sentencia señalando básicamente los mismos argumentos que los ya señalados antes por la codemandada, relativos a la subsanabilidad de los dos defectos aludidos. Asimismo alega que la sentencia guarda silencio sobre la segunda de las resoluciones impugnadas, en las que se confirmaba la propuesta de adjudicación de la plaza ofertada a la codemandada.

Por el recurrente apelado se opone al recurso de apelación defendiendo la plena validez de la sentencia en lo que respecta a la exclusión de la codemandada recurrente del proceso de participación. No obstante, se adhiere al recurso impugnando la sentencia en cuanto que no resuelve de forma expresa sus argumentos relativos a la existencia de desviación de poder en la actuación impugnada, recusación del vocal primero de la comisión, impugnación de los criterios de evaluación de los ejercicios, así como esencialmente, la ausencia de adjudicación expresa al recurrente de la plaza convocada, por ser el único candidato final a la misma.

Por la demandada y la codemandada se oponen a la adjudicación de la plaza solicitada por el recurrente señalando que no obtuvo el número

mínimo de votos requeridos, sin que pueda admitirse la interpretación que hace del voto de una de las vocales, impugnado el resto de sus argumentos.

Comenzando por analizar los recursos de apelación contra el contenido de la sentencia en cuanto estima la pretensión del recurrente por considerar insubsanable los defectos advertidos en la solicitud de las otras dos participantes, debemos acudir primero a lo que señalan las bases de la convocatoria.

La Resolución de 17 de abril de 2009, de la Universidad de Sevilla, por la que se convoca concurso público de méritos para la contratación de Profesores Contratados Doctores establece en su Base 1ª relativa a los requisitos de los aspirantes: 1.3. Los concursantes deberán disponer de evaluación positiva de la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (ANECA en lo sucesivo) o de la Agencia Andaluza de Evaluación de la Calidad y Acreditación (AAECAU en lo sucesivo) para desarrollar tareas docentes e investigadoras de acuerdo con lo establecido en el artículo 52 de la LOU Dicho informe se aportará junto con la correspondiente documentación, siendo causa de exclusión la no aportación del mismo.

Por su parte, la Base 2ª sobre la presentación de las solicitudes, establece: 2.4. Los aspirantes deberán abonar a la Universidad de Sevilla, la cantidad de 20 euros en concepto de derechos de examen. El ingreso deberá efectuarse a través de la entidad bancaria Santander Central Hispano, en la cuenta núm. 0049.2588.71.2114241655 (dígito bancario: 750), a nombre de «Universidad de Sevilla», haciéndose constar los siguientes datos: Nombre y apellidos del interesado, DNI y número de la plaza a la que se concursa. A la solicitud se adjuntará el justificante acreditativo original del pago de los derechos. La falta de dicho justificante determinará la exclusión del aspirante. En ningún caso la realización del ingreso supondrá sustitución del trámite de presentación en tiempo y forma de la solicitud.

La simple lectura de las bases permite concluir con toda claridad que la presentación con la solicitud de esos dos documentos era requisito esencial para la admisión de la misma. Sancionando la ausencia de ellos con la inadmisión de cada una de las dos solicitudes.

Es cierto como señalan los apelantes, universidad y codemandada, que la Ley 30/92, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo, en su artículo 71 contempla la subsanación de las solicitudes, y ello incluso en procedimientos selectivos o de concurrencia como el de autos. Ahora bien, lo que la jurisprudencia ha señalado con toda claridad es que en ningún caso el trámite de subsanación puede ser admitido como remedio para acreditar requisitos o méri-

tos que por causa imputable a los solicitantes hayan sido omitidos o incumplidos.

Así desde la posición inicial de la jurisprudencia que rechazaba cualquier posibilidad de subsanación, se ha ido de forma progresiva elaborando una nueva jurisprudencia en orden a admitirla, con ciertos límites, en los procedimientos selectivos. Así el primer paso consistió en admitir que sí cabía admitir trámite de subsanación en procedimiento de concurrencia competitiva como los de selección de personal para acceso a la función pública. Por otra parte, esta subsanación, debía ser siempre de defectos formales y accesorios a los méritos previamente alegados en la fase de concurso, sin que en ningún caso fuera posible sustituir por la subsanación, la alegación extemporánea de nuevos méritos. Por último, y en cuanto al momento preclusivo de la subsanación, de las posiciones iniciales que entendían que solo cabía con las alegaciones a la baremación provisional, la jurisprudencia más reciente la admite incluso en el trámite del recurso de reposición, obligando con ello a la administración convocante, a que sí deba tener en cuenta los méritos alegados en su momento, y subsanados en fase de recurso.

Muestra de esta jurisprudencia, transcribimos entre otras muchas, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2012 (recurso 1532/2012), en cuyo Fundamento Cuarto se señala: “Planteado en los expresados términos el objeto de debate, el presente recurso debe ser desestimado, en aplicación de la doctrina sentada por esta Sala respecto del art. 71 de la Ley 30/92, en supuestos en los que no se contempla una extemporánea presentación de los méritos alegados, sino su defectuosa acreditación o, como en este caso, un error en la identificación en un concreto extremo de una de las pruebas que integran el ejercicio de oposición.

En efecto, la Sentencia de este Tribunal, de 4 de febrero de 2003, dictada en recurso de casación en interés de ley número 3437/01, admite expresamente que el trámite de subsanación de defectos a que se refiere el artículo 71 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Comunes plenamente aplicable en los procesos selectivos, al considerar en su fundamento de derecho sexto que “resulta aplicable en la cuestión examinada el artículo 71 de la Ley 30/92, como antes exigía el antiguo artículo 71 de la Ley de Procedimiento Administrativo en la redacción de 1958, pues se impone en ambos preceptos el deber de la Administración de requerir al interesado para que se subsanen las deficiencias cuando se aprecie que el mismo no cumple los requisitos que exige el ordenamiento en vigor y como señala en este punto el Ministerio Fiscal, la redacción del apartado segundo del artículo 71 excluye los procedimientos selectivos o de concurrencia com-

petitiva para la ampliación prudencial hasta cinco días del plazo cuando la aportación presente dificultades especiales, luego si se prohíbe dicha ampliación, es claro que el precepto autoriza la concesión del plazo de los diez días cuando se trate de un procedimiento selectivo de concurrencia competitiva, como es el caso planteado”.

Con posterioridad, son varios los pronunciamientos de esta Sala que se ratifican en la anterior doctrina. Así, cabe citar la Sentencia, de 14 de septiembre de 2004, dictada en el recurso de casación 2400/99, en la que se cuestiona la aplicación del artículo 71 de la Ley 30/92 en un recurso administrativo, cuyo fundamento de derecho tercero sostiene lo siguiente:

«La infracción denunciada no puede ser compartida, ya que el razonamiento que la Sala de instancia ha seguido no significa ignorar o desatender el carácter vinculante de las bases de la convocatoria.

Lo que hace la sentencia recurrida es interpretar aquel requisito con un criterio de racionalidad (deducible de lo que dispone el artículo 9.3 de la Constitución) y ponderar las singulares circunstancias del caso enjuiciado, para, en función de todo ello, permitir que el recurso administrativo sea una posibilidad de completar lo exigido en la convocatoria por apreciar razones que así lo aconsejaban.

Por otra parte, la decisión que adopta, como expresamente señala, es coincidente con el criterio sentado por esta Sala en la sentencia de 11 de octubre de 1991 y representado por la conveniencia de evitar, en los procesos selectivos, exclusiones que puedan resultar desproporcionadas.

En relación con lo que antecede, conviene subrayar que ciertamente los participantes en procesos selectivos están obligados a cumplir con las bases de la convocatoria y recae sobre ellos la carga de aportar la documentación en los términos que establezcan dichas bases, ya que así resulta conveniente para que el funcionamiento de esos procesos sea igual para todos los participantes y se desarrolle con la normal regularidad que exige el principio constitucional de eficacia administrativa (artículo 103 CE). Pero debe destacarse también que esos criterios de racionalidad y proporcionalidad, que antes se han apuntado, no permiten valorar como incumplimiento de las repetidas bases aquellos comportamientos de los aspirantes que no respondan a una resistencia a observarlas, sino a una razonable duda sobre su significado o alcance. Cuando esto último suceda lo procedente será permitir subsanar el error inicial en que se pueda haber ocurrido».

Esa misma línea jurisprudencial de amplitud en la aplicabilidad del art. 71 de la Ley 30/1992 en procedimientos selectivos, no solo respecto de las omisiones en la solicitud inicial, sino en ulteriores fases del procedimiento, se continúa y refuerza, entre otras, en las sentencias, de fecha 30

de diciembre de 2009 (recurso de casación 1842/07) y de 20 de mayo de 2011 (recurso de casación 3481/09), dictadas en sendos supuestos en los que la subsanación cuestionada se refería, dentro de un proceso selectivo, a su fase de concurso y a la acreditación de méritos alegados en él. En la segunda de las sentencias reseñadas, se sostiene lo siguiente:

«En el proceso selectivo de autos eran perfectamente distinguibles dos fases: una primera de oposición, en la que los aspirantes deberían presentar sus solicitudes para participar en las pruebas selectivas, y una segunda fase concurso, fase de concurso a la que solo tenían acceso los que habían superado la primera fase. La fase de concurso daba comienzo con la presentación del “impreso de autobaremación” al que debían de acompañarse la acreditación de los méritos correspondientes.

En línea con la jurisprudencia referida puede considerarse que la idea de iniciación que emplea el artículo 70, no es incompatible con un concepto de la misma según el cual el “impreso de autobaremación” puede estimarse como iniciación de una fase del concurso, respecto a la que no ha razón para que el artículo 71 de la Ley 30/1992 no sea aplicable. La jurisprudencia referida, que aquí seguimos, permite sostener que el artículo 71 de la Ley 30/1992 debe aplicarse a cada una de las fases de estos procedimientos. Ello sentado, y habida cuenta de que en este caso no estamos ante un supuesto de presentación extemporánea de unos méritos, sino ante su defectuosa acreditación, pues la actora adujo esos méritos cuando solicitó ser admitida al concurso-oposición, y los justificó mediante los certificados correspondientes, aunque no constaba la homologación del curso, se da el presupuesto suficiente para que, conforme al citado artículo 71, se le hubiere requerido para que aportara el documento exigido por las bases: la homologación del curso. Es preciso insistir en que no se trata de autorizar la presentación de nuevos méritos fuera de plazo, ya que los discutidos constaban todos en el expediente. Por el contrario, se trata, simplemente, de superar la deficiencia meramente formal del concreto documento justificativo presentado».

La anterior solución es acorde con la que han mantenido, entre otras, las sentencias de 28 de septiembre de 2010 (casación 1756/07), 31 de diciembre y 4 de mayo de 2009 (casación 1842/07 y 5279/05); 22 de noviembre de 2011 (casación 6984/10), y 25 de noviembre de 2011 (casación 6455/11).

Por último, las más recientes sentencias de esta Sala y Sección, de 25 de abril de 2012 (recurso de casación 1222/11) y 16 de mayo de 2012 (recurso de casación 4664/11), reiteran la anterior doctrina, en el sentido de que procederá admitir la subsanación de posibles omisiones de los méritos ya alegados, en la fase del recurso de alzada o reposición, en su caso, sin necesidad de requerimiento previo.

Asimismo, la Sentencia de este Tribunal, de 22 de mayo de 2012 (recurso de casación 4752/2011), dictada en un supuesto similar al que nos ocupa, en el que se constató la omisión de un dato esencial de la unidad didáctica, señala: “En multitud de ocasiones ha tenido ocasión de señalarse el carácter subsanable de los errores materiales y omisiones de hecho que pudieran tener lugar en la fase de aportación documental dentro de los procesos selectivos de acceso de personal iniciados por la Administración’. Y, tras reseñar determinados pronunciamientos jurisprudenciales, concluye: “Y que por ello, considerar, como parece que se hace por la Comisión Provincial de valoración, que la inclusión de la indicación del curso en el Anexo y no en la Memoria, constituye un defecto sustancial determinante de la no valoración de la unidad, es rigorismo injustificado que nada tiene que ver con la discrecionalidad técnica a la que alude la Administración demandada en su contestación, y que no se acomoda a las bases de la convocatoria”.

En el caso de autos, la omisión completa es del certificado de evaluación positiva por la ANECA y del justificante de abono de los derechos de examen. No hay defectos formales o presentación incompleta de los documentos, y si ausencia completa de los mismos.

En cuanto a las irregularidades que la propia codemandada denuncia sobre el orden de la lista de inadmitidos, primero definitiva y luego provisional, está claro que las misma en ningún caso le pueden resultar perjudiciales. Pero lo que tampoco cabe es que la misma pueda beneficiarse de esas irregularidades no invalidantes en el caso de autos, para pretender corregir unos defectos que como hemos dicho no son susceptibles de subsanación.

Desestimados los recursos de apelación de la codemandada y la Universidad de Sevilla, procede ahora entrar a resolver la adhesión a la apelación del recurrente, que si bien está conforme con la sentencia en cuanto excluye a la codemandada, solicitaba efectivamente en su escrito de demanda no solo la anulación de la admisión de aquella, sino también una pretensión de reconocimiento de situación jurídica individualizada. Solicitaba en su escrito de demanda contra la desestimación presunta y luego resolución expresa desestimatoria de 8 de marzo de 2011 del recurso de reposición formulado contra propuesta de adjudicación de la plaza convocada, lo siguiente: a) adjudicación directa en sentencia de la plaza convocada; b) subsidiariamente, retroacción del procedimiento para realizar de nuevo las pruebas con sustitución del vocal D Fausto por estimar su recusación; y c) ordenar la valoración como criterio de evaluación del mérito preferente por él poseído.

Por lo que respecta a la pretensión del recurrente de que se le adjudique de forma definitiva la plaza convocada, señala en su demanda que al ser

el único candidato, el voto de la vocal Sra. Soledad, inicialmente desfavorable por existir la otra candidata ahora excluida, debe considerarse que le es favorable.

Esta pretensión debe ser rechazada y ello desde el momento que por lo que hemos concluido más arriba sobre la inadmisión de la otra candidata, el recurrente debió ser el único participante. Esto que le beneficia en cuanto que no tiene competidor, no puede llegar a convertir lo que en principio era voto desfavorable en voto favorable, sobre todo por cuanto que las propias bases (6^a) permiten declarar desierto el concurso. De modo que no podemos sin más como el quiere sustituir la valoración técnica de una vocal por otra de signo contrario. Ahora bien, tampoco podemos dejar de advertir que sí lleva razón el recurrente cuando pretende retroacción de las actuaciones para que se realice una nueva prueba completa conforme a la base 5^a. Y ello por cuanto que es indudable que el ser el único aspirante a la plaza convocada le coloca en una posición mucho más favorable que si tuviera que competir por esa plaza con otro aspirante.

De modo que si como hemos concluido, la codemandada y la otra solicitante no debieron ser admitidas, y la primera no debió participar en las pruebas, habría que acordar la realización de nuevo de esas pruebas con la participación exclusiva del recurrente, único candidato que presentó en forma la solicitud.

Desestimada su pretensión de adjudicación de la plaza, y estimada no obstante su pretensión de retroacción de las actuaciones al momento anterior a la realización de las pruebas previstas en la base 5^a, resta por resolver las dos últimas pretensiones del recurrente recogidas efectivamente en su demanda y sobre las que nada se resolvió en sentencia. De estas pretensiones excluimos la relativa a la desviación de poder por cuanto que esta como subsidiaria respecto de la anulabilidad, deja de tener sentido al estimarse por otros motivos la pretensión anulatoria del recurrente.

La primera pretensión es la relativa a la recusación del vocal D Fausto, quien ya fue recusado por el recurrente mediante escrito de 30 de septiembre de 2009 (folio 69 del expediente). Esta pretensión fue informado por el vocal recusado (folios 72 a 74), siendo finalmente desestimada la recusación mediante resolución de 16 de octubre de 2009 (folios 77 y 78). Se funda la recusación en que este vocal estaría incurso en amistad íntima con la aspirante finalmente inadmitida y enemistad manifiesta con el recurrente por lo que con arreglo a la causa prevista en el artículo 28.2 c) de la ley 30/92, debería quedar excluido de la comisión de selección. En el caso de autos no se discute por así admitirlo el vocal recusado, cuales son las circunstancias de su relación profesional con la aspirante inad-

mitida. Admite que fue director de su tesis doctoral; que colaboró en todos los diseños experimentales y firmó todos sus trabajos científicos, así como es coautor de otros trabajos publicados que él mismo había diseñado: finalmente admite ser el director del grupo de investigación al que pertenece la aspirante inadmitida. Negando eso sí la enemistad manifiesta con el recurrente que le recusa.

La resolución desestimatoria señala además del momento en que se alega la recusación, tiempo después de conocer la composición del tribunal, que la existencia de relaciones de colaboración entre el vocal y la aspirante no justifican la recusación al ser una situación difícil de evitar en el ámbito universitario.

En cuanto al obstáculo temporal de la recusación debe ser rechazado toda vez que el artículo 28 de la ley 30/92 permite que se promueva en cualquier momento. En todo caso, lo cierto es que dicha recusación es inmediatamente posterior a la resolución rectoral que desestimó la suspensión del procedimiento por la inadmisión de la codemandada. Está claro que el recurrente, puesto a tener que competir con la otra aspirante, es en ese momento cuando promueve la recusación de quien considera que por su relación debe quedar excluido de la comisión. Con lo que no se aprecia que en la solicitud de la recusación concurra causa alguna que justifique su inadmisión. En cuanto al fondo, la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia, ha ido formando unos criterios, que si bien atienden a las circunstancias especiales existente en el ámbito universitario, no dejan de olvidar los principios de igualdad, mérito y capacidad que deben regir necesariamente por mandato constitucional la adjudicación de plazas. Así podemos citar la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso (n.º de recurso: 55/2013) de fecha 6 de noviembre de 2013, en la que se ha señalado:

“TERCERO.- La primera impugnación no puede prosperar por los siguientes motivos:

1) Sostiene la apelante que el otro aspirante recusó a una de las vocales una vez celebradas las pruebas y hecha pública la propuesta de la Comisión Evaluadora de la candidata para la plaza en favor de la recurrente, frente a la apreciación de la Sentencia de que se planteó la recusación una vez celebradas las pruebas. Pues bien, tal afirmación, siendo cierta, carece de relevancia a los efectos pretendidos de que la recusación se presentó fuera de plazo, pues como acertadamente resuelve la Juez a quo, en vía administrativa la recusación se puede plantear en cualquier momento durante la tramitación del procedimiento (art. 29 de la Ley 30/1992). Y la recusación se formuló antes de finalizar el procedimiento, por lo que no resultaba extemporáneo.

2) Cuestiona también, tachando de subjetividad, determinados razonamientos de la Sentencia derivados de una valoración de las pruebas.

Frente a tal valoración, que este Tribunal no considera subjetiva, pretende hacer valer su propia valoración probatoria. En definitiva, la Sentencia nos dice que “La falta de objetividad de la vocal recusada en el concurso de provisión de plaza docente es clara y concurrente. La colaboración entre la actora y la Sra. Gema se da en 35 de sus 36 publicaciones, como coautoras, y la 36 es referida a su Tesis Doctoral también dirigida por Doña Gema. Por tanto no es solo evidente la relación constante y positiva entre ambas, sino que al evaluar el currículum de la actora, en definitiva está valorando su propio trabajo.

A ello se suma que dicha colaboración fluida más allá de lo casual, e incluso de lo normal, evidencian una fuerte relación entre ambas. Así Doña Gema no debe ser la única persona en el departamento en el que colaboraba la actora, en cambio toda su producción científica la realiza exclusivamente con ella y con nadie más. No puede sino desprenderse cuanto menos una consideración profunda y un conocimiento de las vicisitudes de los méritos de la actora muy superiores a los de cualquier otro candidato. El quiebro cuanto menos a la imparcialidad subjetiva es más que evidente. No puede desarrollarse el concurso con la garantía para el resto de candidatos de evaluación independiente. Es además destacable que mientras en la evaluación de la Sra. Vanesa, la recusada muestra total coincidencia con el resto de los miembros del tribunal, en el caso de la valoración del otro candidato se aparta de tal criterio con hasta dos puntos a la baja, con una disparidad de criterios que resulta irreconciliable, así mientras el presidente del tribunal reconoce un mérito en la actividad y cualificación docente por su variedad y nivel, incluyendo el área de plantas, Doña Gema alega la total falta de experiencia docente. Es decir se presenta una pérdida de objetividad en la minusvaloración de los competidores de Doña Vanesa, y por ende y de facto, competidores con el propio desarrollo de su trabajo y de aquella que ha estado bajo su dirección y con la que llevaba en 2008, 15 años de relación continua. Resulta llamativo que precisamente de aquella relación Doña Gema no pudiera conocer o deducir el interés de la actora por una plaza como la ofertada, aun así al haber conocido de su candidatura podría haberse abstenido.” Estamos ante una cuestión de valoración; la apelante entiende que la colaboración profesional existente entre ella y la vocal no era más que eso y, por ello, no constituía causa de recusación. Pero tanto la Rectora de la Universidad como la Juez a quo han valorado las pruebas y circunstancias concurrentes de forma distinta. Por lo demás, no es necesario determinar en la Sentencia cada una de las publicaciones por ser sobradamente conocidas por la parte, en consecuencia, resulta plenamente motivado el razonamiento derivado de los presupuestos fácticos que concurren en el proceso.

Pretende también extraer una incidencia de la normativa que regula la composición de las Comisiones, pero es que aquí lo único que se estaba dilucidando es si concurría causa de recusación de una de las vocales (la cual se apreció en base a pruebas objetivas), de modo que estas alegaciones no afectan al acto ni pueden constituir un motivo de impugnación. Ello nos lleva también a concluir que no tiene relevancia alguna el informe de la observadora porque lo relevante aquí no es el comportamiento externo de la vocal y la aspirante sino el interno (cuya dificultad de prueba obliga a acudir a la prueba de presunciones) y previo a la realización de las pruebas. Del mismo modo, carece de relevancia las alegaciones de la parte recusada negando cualquier parcialidad en su actuación no solo porque, en otro caso, hubiera incumplido su deber de abstenerse, sino también porque la vocal podía no ser consciente de la falta de imparcialidad y objetividad.

La circunstancia de que la vocal fuera la única persona docente, doctorada, del Departamento que podía ser designada con un “perfil adecuado a la plaza”, es una alegación que no es de recibo pues las normas de abstención y recusación son imperativas cualquiera que sea la situación táctica que se plantee al designar a los miembros de la comisión calificadora. De ahí que, como señala la Administración, subyace en la actividad administrativa previa una posible desviación de poder. Por estas mismas razones, tampoco tienen relevancia las alegaciones referentes al orden cronológico de la convocatoria, designación de miembros de la comisión y presentación de las candidaturas por los aspirantes.

3) Como hemos dicho más arriba, la resolución administrativa que se impugnaba en este proceso únicamente hacía referencia a la recusación planteada por el otro aspirante y cuya concurrencia de causa legal fue estimada por la Rectora. Luego, cualquier alegación sobre la doctrina de la discrecionalidad técnica de los órganos calificadores debe ser absolutamente rechazada. Estamos aquí ante una cuestión previa: la determinación de la idoneidad de uno de los miembros de la comisión evaluadora, por posible falta de imparcialidad y objetividad, al existir una relación personal -derivada de la relación profesional- con una de las aspirantes que pudiera vulnerar los principios de igualdad, mérito y capacidad (art. 23.2 de la CE).

4) Señala también que se han infringido los criterios que definen la imparcialidad, citando la SAN, de 23 de diciembre de 2008 (JUR 2008,47424) y la STSJ de Galicia, n.º 392/2002, de 13 de marzo. No podemos olvidar que aquí fue la propia Rectora quien admitió la recusación; es decir, que estamos ante una Resolución estimatoria de una causa legal. Por lo demás, la primera Sentencia citada nos dice que la “simple existencia” de la relación académica y profesional carece de la suficiente

entidad para ser considerada causa de recusación; pero también que las causas “han de ser probadas caso por caso y acreditando los elementos que permiten apreciar la concurrencia de cada una”, sin bastar la alegación genérica del art. 28.1 y 2 de la Ley 30/1992. Pero es que aquí, tanto la Recusadora como la Juez a quo, han coincidido en que existía una relación personal entre la vocal y la actora constante, no meramente coyuntural, de donde puede suponerse de forma razonable que hubiera también una relación personal estrecha suficiente para perder la imparcialidad y objetividad en el momento de valorar los méritos de los dos aspirantes que se presentaron, que es lo que la norma persigue.

Del mismo modo, la STSJ de Galicia, n^o 392/2002, de 13 de marzo, nos dice que ni la codirección de la tesis, bien doctoral bien de licenciatura o la colaboración en publicaciones es suficiente para que pueda entenderse que existe interés porque es una situación común en el ámbito universitario. Ahora bien, en este caso, se observa que la vocal no solo dirigió la tesis doctoral de la aspirante finalmente seleccionada, sino que participó en todas las publicaciones de la misma e incluso que en su actuación como miembro de la comisión calificadora mostró una parcialidad al efectuar una comparativa con la actuación de los otros miembros del órgano de selección separándose injustificadamente con su valoración de la efectuada por los demás vocales, actuación que no está amparada en la discrecionalidad técnica puesto que cualquier valoración que entre dentro del núcleo de la misma -que, como veremos más adelante, no es el caso- debe obedecer a unos criterios objetivos, imparciales, lógicos y racionales pues solo así se puede controlar y revisar si se destruye la presunción “*iuris tantum*” de certeza y razonabilidad de la actuación apoyada en la especialización e imparcialidad.

El propio recusante, en su escrito presentado el 29 de abril de 2010, señalaba como hechos justificantes del motivo aducido que en la totalidad de la producción científica de la ganadora (a excepción obviamente de la tesis doctoral) figuraba como coautora la vocal recusada (folio 33 del EA), además de ser la directora del laboratorio don de la seleccionada había trabajado ininterrumpidamente desde 1993. En definitiva, en materia de recusación ha de estarse caso por caso y resolver en función de las circunstancias concurrentes.”

Pues bien, volviendo al caso de autos, tenemos de un lado que el vocal recusado ha estado presente y ha participado en la práctica totalidad de la producción científica de la candidata inadmitida. Solo se refiere una publicación en la que no ha participado. Asimismo actualmente el recusado es director del proyecto o programa de investigación en el que participaba la aspirante. Lo expuesto, con arreglo a la jurisprudencia trascrita, implica una relación de especial intensidad para apreciar en este

caso que sí haya motivos para estimar la recusación por la relación de amistad íntima que se infiere de la relación laboral entre el recusado y la codemandada. Por si ello fuera poco, debe llamarse la atención que en la valoración que el vocal recusado hace de la primera prueba del recurrente, fue el único que entendió que merecía una nota desfavorable (folio 113) además de repetir esta nota en la calificación definitiva. Cuando lo cierto es que el resto de miembros de la comisión sí valoraron de forma favorable al recurrente en ese primer ejercicio.

Podría pensarse que excluida la otra aspirante del procedimiento selectivo el motivo de recusación deja de operar y no habría que excluir a este vocal de la comisión. Ahora bien, debemos advertir que la base 6ª permite que el concurso sea declarado desierto. De modo que la garantía de respeto a los principios que deben presidir la adjudicación en su caso de la plaza, justifica que el vocal recusado por amistad íntima con quien ya no puede aspirar a esa plaza, salvo en un futuro y en caso de quedar desierta, quede apartado de la comisión y sustituido por quien corresponda.

Con ello la retroacción del procedimiento debe realizarse al momento de constitución de la comisión en la que habrá de sustituirse al vocal recusado como ya se ha dicho. Respecto a la última pretensión relativa a la anulación de los criterios de valoración, corresponderá a esta nueva comisión, por cuanto que se incluye a un nuevo miembro, proceder en los términos legales a fijar los criterios de valoración que procedan. Ello claro está y como no podría ser de otra forma, respetando en todo caso los criterios recogidos en la ley y en las bases, de los que destaca especialmente por así venir establecido el reconocimiento del mérito preferente en los términos que proceda. Será en su caso respecto a la valoración que se haga de los méritos del recurrente en esta nueva prueba, contra la que podrá alegar lo que a su derecho convenga mediante un nuevo recurso.

(St. de 29 de julio de dos mil catorce. Sala de Sevilla. Ponente: Juan María Jiménez Jiménez)

XIX. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. POTESTAD SANCIONADORA. SUSPENSIÓN CAUTELAR DE LA EJECUCIÓN DE LA MULTA. IMPROCEDENCIA SIN ACREDITACIÓN DE INSOLVENCIA Y DE NEGATIVA DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS A CONCEDER CREDITO. AMINORACIÓN DE LA SANCIÓN POR FALTA DE MOTIVACIÓN

Se impugna en el presente Recurso Contencioso-Administrativo el Auto que acuerda la adopción de la medida cautelar solicitada consistente en la suspensión de la resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de Marbella de fecha 6 de agosto de 2012, por la que se impone al recurrente una multa de 130.492,17 euros por la comisión de una infracción urbanística, siempre que se garantice por el recurrente el importe de la multa impuesta más un 20% en cualquiera de las formas admitidas en derecho, estableciendo un plazo de 15 días para su cumplimiento.

Discrepa el apelante de la necesidad de prestar caución por cuanto puede causar perjuicios irreparables sobre su economía así como la pérdida de la finalidad legítima del recurso, alega la imposibilidad de prestar la fianza exigida y la no causación de perjuicios al interés público. Como pretensión subsidiaria, se alega que se suprima la necesidad de afianzar con un 20% más la cantidad correspondiente a la sanción pecuniaria.

El artículo 133 LJCA establece que podrá exigirse la presentación de caución o garantía suficiente para responder de los perjuicios de cualquier naturaleza que pudieran derivarse de la adopción de la medida cautelar; mientras que el apartado 2 del mismo artículo 133 dispone por su parte que esa caución o garantía podrá constituirse en cualquiera de las formas admitidas en Derecho. La suspensión sin más de la ejecución del acto impugnado comportaría para el interés general importantes perjuicios derivados de la demora en el ingreso de la multa a la vista de su muy elevado importe; más aún si tenemos en cuenta que durante la sustanciación de este proceso la demandante podría venir a peor fortuna impidiendo o dificultando así la ejecución del acto impugnado caso de desestimarse el recurso. Es por ello que a fin de evitar dichos perjuicios para el interés general en previsión de esa hipótesis desestimatoria resulta procedente el establecimiento de la caución destinada a garantizar la inmediata entrega a la demandada del importe de la sanción, asegurando así para tal supuesto la inmediata ejecución del acto impugnado, y evitando cualquier menoscabo o perjuicio derivado de la adopción de la medida para ese interés general, que es fundamental para garantizar el correcto funcionamiento de la Administración, y en definitiva de las ins-

tituciones y poderes públicos, debiendo tomarse asimismo en consideración los fines de prevención general y especial perseguidos por actuaciones como la impugnada de naturaleza sancionadora. y, si bien es cierto que ante supuestos de sanciones pecuniarias de gran entidad como la que es objeto de la resolución impugnada en el proceso la medida cautelar puede acordarse sin exigir la prestación de caución, para ello quien debería prestarla está obligado a demostrar indubitadamente y la imposibilidad de prestar aquélla y la negativa expresa de las entidades crediticias a favorecer la misma; en definitiva, se trata de probar - como tiene declarado la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de fecha 18 de diciembre de 2.007- que por su situación financiera y endeudamiento y la negativa de las entidades bancarias no se está en condiciones de satisfacer caución bastante para asegurar las resultas de la suspensión del acto administrativo impugnado, so pena de causar un derrumbe financiero de la entidad y de situarla ante una posible situación de insolvencia. Y como esta prueba no se ha producido en el caso de autos pues la parte apelante se ha limitado a alegar la imposibilidad de prestar fianza sin expresar las causas de ello y, consiguientemente, sin aportar justificación alguna de las mismas se está en el caso de rechazar su pretensión referente a la supresión de la exigencia de fianza efectuada en el Auto apelado.

Sin embargo, asiste la razón a la apelante cuando manifiesta que el incremento de la fianza establecida en un 20% no se ha justificado en atención a las circunstancias existentes en las actuaciones, por lo que no es posible valorar dichas condiciones, entendiéndose que ese incremento, teniendo en cuenta el importe de la sanción, sí que puede generar perjuicios de grave índole para el recurrente, por lo que ante tal situación, debemos acceder a la petición subsidiaria realizada de suprimir el citado incremento al no quedar debidamente justificado.

De acuerdo con lo anterior, el recurso de apelación debe ser parcialmente estimado en lo que respecta a la determinación de la caución por parte del Juzgador de Instancia. Pues debe consistir ésta en garantizar el importe de la multa impuesta en cualquiera de las formas admitidas en derecho, estableciendo un plazo de 15 días para su cumplimiento.

(St. de 31 de julio de 2014. Sala de Málaga. Ponente María de las Mercedes Delgado López)

XIX. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. POTESTAD SAN- CIONADORA. MEDIDAS CAUTELARES. SUSPENSIÓN. DOCTRINA GENERAL

La resolución recurrida acuerda no haber lugar a la adopción de la medida cautelar de suspensión de la resolución impugnada de fecha 16 de septiembre de 2011, por la que se acuerda la entrega de los edificios destinados a la actividad museística a desarrollar en el complejo “Tabacalera” de Málaga, y el comienzo del cómputo del plazo de 120 días para dar inicio a tal actividad en cumplimiento del contrato administrativo especial suscrito con la entidad recurrente con fecha 21 de noviembre de 2006.

El auto apelado razona de un lado la falta de acreditación de la imposibilidad efectiva de dar cumplimiento a las prestaciones propias por parte de la entidad recurrente en el marco del contrato suscrito con el Ayuntamiento de Málaga, y en su consecuencia la falta de demostración de apariencia de buen derecho de la solicitud con las exigencias de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que restringen en examen de las cuestiones de fondo en este incidente cautelar.

De otra parte se argumenta en la resolución de instancia la ausencia del riesgo de pérdida de la finalidad del recurso, ante la eventualidad del éxito del recurso que se sigue en el Juzgado de lo Contencioso Administrativo num. 1 de Málaga como procedimiento ordinario 326/2011, cuyo fallo estimatorio resultaría de imposible cumplimiento en el caso de no estimarse la medida cautelar de suspensión de la resolución ejecutiva recurrida de fecha 16 de septiembre de 2011.

El recurso de apelación sostiene la errática valoración de las circunstancias del caso en la resolución recurrida. De este modo entiende que realiza un indebido examen de la buena apariencia del recurso para concluir que no concurren los elementos para entender de manera palmaria la nulidad del acto combatido, refiriendo su examen a la viabilidad del contrato que se discute en otro recurso, cuando lo que en este se controvierte es si es posible que el Ayuntamiento dicte un acto de carácter ejecutivo cuando está en liza la resolución del mismo contrato administrativo en otro recurso contencioso administrativo. Es decir la presencia del requisito del periculum in mora que derivaría de la obligación de asumir la ejecución del contrato mientras pende la propia resolución del mismo. La Administración apelada se opone a la estimación del recurso, sostiene la corrección del auto impugnado en base a la preponderancia del interés público concernido, frente al interés privado de la recurrente correctamente ponderado por el juez a quo, y apunta la eventual pérdida de finalidad de esta medida cautelar.

En cuanto a la presencia de los requisitos que para la adopción de una medida cautelar en el seno del procedimiento contencioso administrativo exige el artículo 130 de LJCA y sus concordantes, Tal y como se ha expuesto por el Tribunal Supremo en Sentencias de fechas 14 de octubre de 2005, o en la de 13 de mayo del mismo año, la vigente regulación de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo de la Ley 29/1998, de 13 de julio (Capítulo II del Título VI) se integra, como se ha expresado, por un sistema general (artículos 129 a 134) y dos supuestos especiales (artículos 135 y 136), caracterizándose el sistema general por las siguientes notas:

1^a. Constituye un sistema de amplio ámbito, por cuanto resulta de aplicación al procedimiento ordinario, al abreviado (artículo 78 LJCA), así como al de protección de los derechos fundamentales (artículos 114 y siguientes LJCA); y las medidas pueden adoptarse tanto respecto de actos administrativos como de disposiciones generales, si bien respecto de estas sólo es posible la clásica medida de suspensión y cuenta con algunas especialidades procesales (arts. 129.2 y 134.2 LJCA).

2^a. Se fundamenta en un presupuesto claro y evidente: la existencia del *periculum in mora*. En el artículo 130.1, inciso segundo, se señala que “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”.

3^a. Como contrapeso o parámetro de contención del anterior criterio, el nuevo sistema exige, al mismo tiempo, una detallada valoración o ponderación del interés general o de tercero. En concreto, en el artículo 130.2 se señala que, no obstante la concurrencia del *periculum in mora*, “la medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero”.

4^a. Desde una perspectiva procedimental la nueva ley apuesta decididamente por la motivación de la medida cautelar, consecuencia de la previa ponderación de los intereses en conflicto; así, en el artículo 130.1.1^o exige para su adopción la “previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto”; expresión que reitera en el artículo 130.2 “in fine”, al exigir también una ponderación “en forma circunstanciada” de los citados intereses generales o de tercero.

5^a. Con la nueva regulación concluye el monopolio legal de la medida cautelar de suspensión, pasándose a un sistema de “*numerus apertus*”, de medidas innominadas, entre las que sin duda se encuentran las de carácter positivo. El artículo 129.1 se remite a “cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia”.

6^a. Se establece con precisión el ámbito temporal de las medidas: La solicitud podrá llevarse a cabo “en cualquier estado del proceso” (129.1,

con la excepción del núm. 2 para las disposiciones generales), extendiéndose, en cuanto a su duración, “hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en que se hayan acordado, o hasta que este finalice por cualquiera de las causas previstas en esta Ley” (132.1), contemplándose, no obstante, su modificación por cambio de circunstancias (132.1 y 2).

7ª. Por último, y en correspondencia con la apertura de las medidas cautelares, la nueva Ley lleva a cabo una ampliación de las contra cautelas, permitiéndose, sin límite alguno, que puedan acordarse “las medidas que sean adecuadas” para evitar o paliar “los perjuicios de cualquier naturaleza” que pudieran derivarse de la medida cautelar que se adopte (133.1); añadiéndose además que la misma “podrá constituirse en cualquiera de las formas admitidas en derecho” (133.3).

Como viene anticipado el elemento sustancial sobre el que descansa la tutela cautelar en la regulación contenida en los artículo 129 y concordantes de LJCA es la existencia de un riesgo cierto de pérdida de la finalidad legítima del recurso, que puede entenderse concurre para el caso de que la ejecución del acto administrativo impugnado apareje para el recurrente un perjuicio de imposible o muy difícil reparación, solo para este supuesto puede entenderse vencido el principio general de ejecutividad de los actos administrativos que consagran los artículos 57 y 93 de la LRJAP y PAC.

Es por lo tanto preceptivo valorar si concurren los presupuestos de la suspensión del acto administrativo, para lo cual debemos examinar la concurrencia de un perjuicio ostensible para la recurrente en caso de ejecución inmediata del acuerdo impugnado.

Tras la reforma operada por la Ley 13/1998 reguladora de la jurisdicción Contencioso Administrativa, se consagran dos regímenes diferenciados de tutela cautelar, el que podríamos denominar general que descansa en la apreciación de un peligro en la mora procesal que en términos del artículo 130 LJCA pueda hacer perder al recurso su finalidad legítima para el caso de ejecución del acto administrativo impugnado, y un régimen especial, privilegiado si se quiere, que regula el artículo 136 de LJCA en los casos en los que el recurso se dirige frente a la inactividad de la administración o frente a actividad constitutiva de vía de hecho, en estos casos lo relevante es enfatizar la naturaleza del objeto de la impugnación, su inclusión en la casuística descrita en los arts. 29 y 30 de LJCA, de modo que cuando se evidencia que no estamos ante ninguno de estos supuestos procede la denegación de la cautela solicitada. En síntesis, el régimen general de tutela cautelar hace especial hincapié en la verificación del requisito del *periculum in mora*, mientras que el régimen especial parece otorgar prioridad a una indiciaría acreditación de la irregular ac-

tuación administrativa, esto es, exige la concurrencia del requisito del *fumus boni iuris* como premisa para la adopción de la medida cautelar.

De otro lado es preciso descartar el examen en este momento de las cuestiones sustantivas que se refieren a la adecuación del acto combatido a la legalidad, cuestión que será objeto de examen en el curso del procedimiento principal, y que no cabe anticipar en este incidente de cognición limitada. En lo que se refiere al *fumus boni iuris*, conviene hacer referencia a la doctrina de la Sala 3ª del Tribunal Supremo (AATS de 19 de Mayo y 12 de Noviembre de 1998 y STS de 10 de Julio de 1998), según la cual la apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris*, sólo puede ser un factor importante para dilucidar la prevalencia del interés que podría dar lugar a la procedencia de la suspensión, siempre que concurra la existencia de daños o perjuicios acreditados por quien solicita la suspensión. Este elemento, el *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, exige su prudente aplicación y significa que sólo cabe considerar su alegación como determinante de la procedencia de la suspensión cuando el acto haya recaído en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general que haya sido previamente declarada nula o cuando se impugna un acto o una disposición idénticos a otros que ya fueron jurisdiccionalmente anulados, por cuanto que cuando se postula la nulidad en virtud de causas que han de ser por primera vez objeto de valoración o decisión en el proceso principal, lo que se pretende es que se prejuzgue la cuestión de fondo, con infracción del artículo 24 de la Constitución, al no ser el incidente de suspensión el cauce procesal idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito (STS Sala 3- de 26 de Septiembre y 25 de Julio de 2006). Siguiendo estos postulados, que son los que resultan de la actualmente vigente regulación de las medidas cautelares y de la más reciente jurisprudencia que la interpreta, lo que aquí interesa para acceder a la cautela interesada por aplicación del régimen general antes expuesto es la verificación de tres requisitos relacionados a su vez con la exigencia más amplia del riesgo de mora procesal, a saber, 1) la producción de un perjuicio al recurrente consecuencia de la ejecución del acto administrativo impugnado. 2) Que este perjuicio sea irreparable o de muy difícil reparación, única situación en la que se compromete la virtualidad del recurso. 3) Que la suspensión del acto administrativo no produzca perturbación grave a los intereses generales o de terceros.

La apariencia de buen derecho como acierta a destacar la resolución de instancia es un criterio de aplicación residual, que solo se toma en consideración en aquellos supuestos en los que la ilegalidad del acto resulte clara por ser el acto combatido ejecución de una norma o disposición general que haya sido previamente declarada nula o cuando se impugna un acto o una disposición idénticos a otros que ya fueron jurisdiccionalmente

te anulados, en los demás casos supondría una anticipación del sentido del fallo que superaría los estrechos límites de cognición del incidente cautelar, de lo que resultaría la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, por ventilar la cuestión de fondo careciendo del completo material de juicio, expresando por lo tanto prejuicio inconciliable con el recto e imparcial ejercicio de la función de juzgar.

Pues bien, el peligro de pérdida de la finalidad legítima del recurso en nuestro caso se asocia a la imposibilidad de llevar a puro efecto la eventual sentencia estimatoria del recurso contencioso administrativo PO 326/2011 del Juzgado num. 1 de lo Contencioso Administrativo de Málaga, al que viene acumulada la pretensión de anulación de la resolución de 16 de septiembre de 2011 cuya suspensión se interesa. En el citado recurso se sustancia la pretensión de la entidad recurrente de que sea resuelto en contrato especial de fecha 21 de noviembre de 2006, para el desarrollo de una actividad museística en el complejo de “Tabacalera”, al concurrir al entender de la actora un incumplimiento sustancial por parte de la Administración local contratante de sus obligaciones contractuales.

Algunas consideraciones que señalan a la inviabilidad del recurso de apelación planteado:

La impugnación de la vigencia del contrato mediante la pretensión resolutoria ejercitada en el recurso contencioso administrativo PO 326/11 del JCA num. 1 de Málaga, no impide la ejecución del acto combatido de 16 de septiembre de 2011, cuyo objeto es dar cumplimiento al contrato. Incluso en un caso como el presente en el que se solicita la medida cautelar de suspensión del contrato, entre tanto no se resuelva positivamente la solicitud de medida cautelar, el contrato es ejecutivo, así se entiende de lo dispuesto en los artículos 131, en relación con los artículos 135 y 136 de LJCA y en combinación con el artículo 111.4 de LRJAP y PAC, de manera que si el acto no ha sido suspendido en vía administrativa de manera explícita o implícita (art. 111.3 LRJAP y PAC), la solicitud cautelar en vía jurisdiccional no produce de forma automática la suspensión del acto, regla que cede cuando de sanciones administrativas se trata según jurisprudencia del TS y TC, por imperio de lo previsto en el Art. 138.3 de LRJAP y PAC (STS de 2 de noviembre de 2011 con cita STC 78/1996). Como quiera que en el supuesto de autos no figura la suspensión administrativa de la vigencia del contrato, la interposición del recurso contencioso frente a la resolución de 27 de abril de 2011 y su solicitud cautelar, no tenían virtualidad suspensiva, el contrato debía de seguir su curso y en su seno se dictó la resolución de fecha 16 de septiembre de 2011, cuya eficacia provisoria se combate puntualmente en este incidente. Posteriormente se dictó auto de fecha 30 de noviembre de

2011 en el procedimiento ordinario 326/2011 en el que se denegaba la suspensión de la vigencia del contrato. Es a posteriori que se dicta el auto que aquí se impugna de fecha 9 de enero de 2012 en igual sentido desestimatorio de la solicitud de tutela cautelar. Por estas mismas razones es irrelevante que el auto de fecha 30 de noviembre de 2011 este apelado y no haya ganado firmeza, pues como es sabido por lo previsto en el art. 80 de LJCA los autos de los Juzgados de lo Contencioso Administrativo son apelables en un solo efecto, el devolutivo, y por lo tanto la apelación no produce la suspensión de la efectividad de los autos apelados, de forma que la ausencia de firmeza del auto de fecha 30 de noviembre de 2011, no puede convertirse en un impedimento para resolver de forma autónoma el incidente cautelar que se plantea respecto de la suspensión de la resolución de fecha 16 de septiembre de 2011.

En cuanto al requisito esencial de la tutela cautelar impetrada, el concreto riesgo de la pérdida de la finalidad legítima del recurso, tanto la solicitud cautelar, como el posterior recurso de apelación, son vagos a la hora de precisar este riesgo. La ejecución del acto impugnado de fecha 16 de septiembre de 2011, como del contrato en su conjunto, no entraña un peligro tangible de insatisfacción irreparable de las pretensiones ejercitadas por la actora, que son en cualquier caso susceptibles de compensación económica, como económica es la pretensión principal que se ejercita en el recurso acumulado 326/2011. Se ha de señalar de forma muy significativa, tal y como apunta la Administración local que el acuerdo municipal de fecha 20 de enero de 2012 por el que se inicia el expediente para la resolución del contrato diluye por completo este remoto riesgo hasta convertirlo en inexistente, pues el propio ayuntamiento ha renunciado a llevar a término el contrato con la actual contratista, esto es, no se derivarán más cargas financieras para el contratista relacionadas con la ejecución del contrato, sin perjuicio de lo que se dirima a la postre a la hora de resolver sobre la responsabilidad de las contratantes en la resolución del contrato.

Por lo ya dicho y a efectos meramente argumentativos se ha de valorar de forma positiva la ponderación de los intereses público y privados en contienda efectuada por la resolución de instancia, y la decantación que se produce en la misma a favor de los intereses superiores de la colectividad, a la vista de las inversiones realizadas por la Administración local, que permiten de forma apriorística deducir la necesidad de dar contenido a dichas inversiones, y posibilitar que devengan en un servicio público operativo como el que estaba concebido en el contrato adjudicado a la recurrente, antes que permitir la paralización de las mismas tal y como postulaba la entidad apelante.

A la vista de lo razonado hasta este punto, se ha de concluir que no es-

tán presentes ninguno de los requisitos necesarios para acceder a la tutela cautelar interesada, se deduce por lo tanto el desacierto del recurso de apelación interpuesto y se confirma por sus mejores razonamientos el auto apelado.

(St. de treinta y uno de julio de dos mil catorce. Sala de Málaga. Ponente Carlos García de la Rosa)