

## **Tribunal Superior de Justicia de Andalucía(\*)**

### **X. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. FACULTADES DE INSPECCIÓN. NECESIDAD DE QUE SE EJERZAN POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS**

El ejercicio de la actividad de inspección y control respecto del cumplimiento de condiciones de subvenciones comunitarias, como hemos indicado, supone el ejercicio de potestades administrativas, que se encuentran reservadas a funcionarios públicos, no pudiéndose encomendar a personas que carezcan de dicha condición. En el caso de autos dicho control se ha efectuado por personal de una empresa contratista, careciendo de la condición de funcionario, por lo que los controles carecen de toda eficacia, por lo que el recurso ha de ser estimado.

Se interpone el recurso contra la desestimación presunta del recurso de alzada interpuesto contra resolución del Director General del Fondo Andaluz de Garantía Agraria de 24 de julio de 2006, por la que se deniega la solicitud de ayuda por superficie, correspondientes a las campañas de comercialización 2004/05, como consecuencia del control de campo efectuado.

Se mantiene como motivo de recurso la existencia de irregularidades existentes en el control efectuado, que le privaría de toda eficacia, entre dichos defectos se mantiene no ser realizado por funcionario público, y adolecer de defectos formales, así como no haber sido realizado en tiempo hábil.

De los folios 19 y siguientes del expediente administrativo, en que se documenta el control campo efectuado el 25/5/04 y 1/6/04, se desprende que el mismo fue efectuado por un empleado de una empresa contratista, identificándose como controlador a D. Pedro. En el folio 30 se encuentra informe del control de campo realizado por el anterior controlador indicado, apareciendo también como controlador D. José. En fase probatoria se solicitó certificación a la Consejería de Agricultura y Pesca sobre si dichos controladores tenían la condición

---

(\*) Subsección preparada por JOSÉ LUIS RIVERO ISERN.

de funcionarios públicos, certificándose que carecen de la condición de funcionarios públicos adscritos a la Consejería.

La acción de fomento mediante el otorgamiento de una subvención por parte de una Administración Pública implica el ejercicio de potestades públicas, y e igualmente supone el ejercicio de potestades públicas la comprobación del cumplimiento de las condiciones y finalidades para las que se otorgó la subvención y, el reintegro de la mismas se ha de regir por el procedimiento general de la Ley 30/92, de conformidad con el art. 42 de la Ley 38/03 General de Subvenciones.

Al estar ejerciéndose en el caso de autos una potestad pública, en cuanto a la comprobación e inspección de los requisitos de la subvención comunitaria solicitada, dicho ejercicio ha de efectuarse por funcionario público, por no estar exceptuada dicha función en el 15.1.c) de la Ley 30/84 de las propias de los funcionarios públicos. En la actualidad, el art. 9.2 del Estatuto Básico del Empleado Público, establece una reserva de funciones a los funcionarios públicos en el ejercicio de funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas. El ejercicio de la actividad de inspección y control respecto del cumplimiento de condiciones de subvenciones comunitarias, como hemos indicado, supone el ejercicio de potestades administrativas, que se encuentran reservadas a funcionarios públicos, no pudiéndose encomendar a personas que carezcan de dicha condición. En el caso de autos dicho control se ha efectuado por personal de una empresa contratista, careciendo de la condición de funcionario, por lo que los controles carecen de toda eficacia, por lo que el recurso ha de ser estimado.

A los efectos previstos en el artículo 139 de la Ley reguladora de esta jurisdicción en materia de costas procesales, no se aprecia temeridad o mala fe en ninguno de los litigantes.

Vistos los preceptos citados y demás normas de precedente aplicación,

**FALLAMOS:** que debemos estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Resolución citada en el Fundamento de Derecho Primero que anulamos reconociendo el derecho a percibir las ayudas de superficies relativas a la campaña 2004/05 solicitadas. Sin costas.

*(St de 10 de mayo de 2011. Sala de Sevilla. Ponente Frías Martínez).*

## X. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.FACULTADES DE INSPECCIÓN. NECESIDAD DE QUE SE EJERZAN POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Cuestiona la recurrente la adecuación al artículo 92.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, del artículo 98 de la disposición impugnada y dado que la Sociedad Municipal Limpieza Pública y Protección Ambiental Lipasam no se constituye en Administración pública, siendo que es empresa de las denominadas municipalizadas sometidas en su funcionamiento a normas de derecho privado, no siendo su personal funcionario, sino laboral. De la forma expuesta, el personal que designe dicha empresa para realizar las funciones de inspección que recoge el artículo 5.3 de la Ordenanza en ningún caso puede tener el carácter de agente de la autoridad, salvo que designe expresamente a funcionarios públicos.

Rechaza, por su parte, la demandada que el precepto cuestionado tenga correspondencia alguna con el que se considera vulnerado a tenor de la Ley 7/1985, pues no indica cuál ha de ser la naturaleza del vínculo que ligue al personal designado para la realización de tales tareas de inspección y comprobación. Se repite la doctrina de la anterior Sentencia esta vez en relación con una empresa pública no administración pública.

Cuestiona la recurrente la adecuación al artículo 92.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, del artículo 98 de la disposición impugnada y dado que la Sociedad Municipal Limpieza Pública y Protección Ambiental Lipasam no se constituye en Administración pública, siendo que es empresa de las denominadas municipalizadas sometidas en su funcionamiento a normas de derecho privado, no siendo su personal funcionario, sino laboral. De la forma expuesta, el personal que designe dicha empresa para realizar las funciones de inspección que recoge el artículo 5.3 de la Ordenanza en ningún caso puede tener el carácter de agente de la autoridad, salvo que designe expresamente a funcionarios públicos.

Rechaza, por su parte, la demandada que el precepto cuestionado tenga correspondencia alguna con el que se considera vulnerado a tenor de la Ley 7/1985, pues no indica cuál ha de ser la naturaleza del vínculo que ligue al personal designado para la realización de tales tareas de inspección y comprobación.

El precepto que se considera vulnerado, es el que recoge el apartado segundo del artículo 92 de la Ley 7/1985, que previene que son funciones públicas, cuyo cumplimiento queda reservado exclusivamente

a personal sujeto al Estatuto funcional, las que impliquen ejercicio de autoridad, las de fe pública y asesoramiento legal preceptivo, las de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, las de contabilidad y tesorería y, en general, aquellas que, en desarrollo de la presente Ley, se reserven a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función.

Por su parte, el precepto impugnado, señala que con independencia de las facultades inspectoras que legalmente tiene atribuidas la Policía Local y de conformidad con lo dispuestos en la legislación vigente, el personal de los Servicios municipales designados para la realización de las inspecciones y comprobaciones previstas en esta ordenanza, y en el resto de la normativa ambiental aplicable, tendrá la consideración de agente de la autoridad. En relación con el anterior, el artículo 5.3 de la Ordenanza previene que para el ejercicio de las citadas funciones, además de las que se contemplan expresamente en otros articulados, Lipasam tendrá las atribuciones en cuenta a la inspección y vigilancia del cumplimiento del contenido de la presente normativa.

Ha sistematizado el Tribunal Supremo unos patrones interpretativos sobre el artículo 92.2 de la LRBRL, a partir de la doctrina recogida en la sentencia de 14 de febrero de 2002 del Tribunal Constitucional, que rechazó la cuestión de inconstitucionalidad que fue planteada en relación con dicho precepto:

- 1) Aquellos puestos de trabajo cuyas funciones o cometidos exterioricen una actividad de la Administración que tenga una directa trascendencia para la situación jurídica de otros sujetos de derecho (ajenos o no a su organización), y en la por ello sean relevantes esas notas de objetividad, imparcialidad e independencia, habrán de ser necesariamente encomendados a personal funcional.
- 2) Corresponde a la Administración la carga de demostrar que en las funciones de un determinado puesto resultan indiferentes esas notas que han sido enunciadas.
- 3) Consiguientemente, la validez de los puestos de trabajo laborales estará condicionada inexcusablemente a que, en el acto que los haya creado con ese expreso carácter contractual y no estatutario, esté bien visible y justificado que los cometidos y funciones profesionales asignados a los titulares de tales puestos, por sus específicas características, hacen indiferente esas nota de que se viene hablando (Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 7<sup>a</sup>, Sentencia de 19 Oct. 2005, rec. 6033/1999).

Por su parte, el Tribunal Constitucional (en la citada sentencia de Pleno 37/2002 de 14 Feb. 2002, rec. 71/1994) señala que cierto es que el precepto cuestionado no especifica qué concretas funciones han de ser desempeñadas por personal sujeto al estatuto funcional, remitiendo su determinación al desarrollo del mismo. Sin embargo, tal remisión, limitada a la clase de funciones referida, no puede estimarse incondicionada o carente de límites pues en el propio precepto se disponen los criterios o parámetros que han de inspirar en su desarrollo la determinación de las funciones que han de ser desempeñadas por funcionarios públicos, cuales son la garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función pública. Criterios que, aunque genéricos en su formulación, poseen un contenido que es susceptible de ser delimitado en cada caso en concreto en atención a las características de la función o puesto de trabajo del que se trata e imponen, por lo tanto, una efectiva sujeción en la determinación de las concretas funciones, no calificadas como necesarias en todas las corporaciones locales, que han de ser desempeñadas por personal sujeto al estatuto funcional.

Es más, considerando en su totalidad el art. 92.2 LBRL, el precepto contiene una determinación material que sería, por sí, suficiente de las funciones que han de ser desempeñadas por funcionarios públicos y, a sensu contrario, de las que no pueden ser encomendadas al personal contratado, el cual no podrá ocupar aquellos puestos de trabajo que impliquen el ejercicio de las funciones enumeradas en el primer inciso del art. 92.2 LBRL, esto es, las que impliquen ejercicio de autoridad y las calificadas como necesarias en todas las corporaciones locales, ni las que se exijan para mejor garantía de objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función pública. A tenor de la expuesta tesis interpretativa, debe ser objeto de consideración que no es cierto, como afirma la demandada, que no exista correspondencia entre el precepto impugnado y el que se invoca con rango de Ley, pues al afirmarse en el apartado segundo del artículo 5 de la Ordenanza que cuando la misma hace referencia a los Servicios Municipales de Limpieza y Recogida de Residuos ha de entenderse extendida a la gestión efectuada por la Sociedad Municipal Limpieza Pública y Protección Ambiental Lipasam; y, por otra parte, reconoce en su apartado tercero el anterior precepto que para el ejercicio de las citadas funciones, además de las que se contemplan expresamente en otros articulados, LIPASAM tendrá las atribuciones en cuanto a la inspección y vigilancia del cumplimiento del contenido de la presente Ordenanza.

Lo expuesto no permite más que concluir que la atribución de la consideración de agente de la autoridad al personal de los Servicios Municipales designados para la realización de las inspecciones y comprobaciones previstas en la Ordenanza alcanza o se extiende al personal de Lipasam (pues tiene ésta la consideración de servicios municipal de limpieza y recogida de residuos y se le reconoce la atribución de funciones de vigilancia e inspección del cumplimiento del contenido de la Ordenanza).

Por lo demás y a diferencia del supuesto examinado en la sentencia del Tribunal Constitucional que se trae a colación en el anterior de los fundamentos de derecho, no se trata el presente de dilucidar si las funciones que son atribuidas al personal de Lipasam pudieren implicar el ejercicio de autoridad, que como tal aparece expresamente reservado a los funcionarios públicos, a tenor del apartado segundo del artículo 92 de la Ley 7/1985, pues lo cierto es que ahora ya se les atribuye la condición de agentes de la autoridad en el desempeño de sus funciones inspectoras, con las consecuencias ligadas a tal carácter —así, la propia presunción de certeza de los hechos que recojan en las actas o documentos que levanten, como afirma la propia demandada con cita de precedentes judiciales—, y ello constituye una vulneración de la limitación funcional impuesta en el meritado precepto, lo que debe llevar a considerar efectivamente infringido el precepto legal indicado y debe conducir a la necesaria estimación del recurso.

No constituye óbice al alcance de la anterior conclusión los preceptos que se invocan en la contestación a la demanda de la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos (personas que realicen labores de inspección) o 75 de la Ley 7/1994, de 18 de mayo, de Protección Ambiental de Andalucía (el personal de la Administración ambiental), pues en ninguno de dichos preceptos se constata o indica la correspondencia entre el desempeño de funciones que impliquen el ejercicio de autoridad o reconozcan tal condición a personal que no pudiese reunir la condición de funcionario público, como sucede en el presente supuesto. Tampoco los precedentes judiciales invocados, que no hacen cuestión, al amparo de la controversia suscitada entre las partes, de lo que constituye el objeto del presente procedimiento. Al amparo del artículo 139 de la LJCA, no ha lugar a la condena de ninguna de las partes al pago de las costas procesales.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación

**FALLAMOS:** Que debemos estimar y estimamos el recurso interpuesto por la Sra. Procuradora DOÑA MARÍA X actuando en

nombre y representación de X frente a la resolución del Pleno del Ayuntamiento de Sevilla de fecha de 24 de abril de 2003, publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de Fecha de 17 de mayo de 2003, por la que se aprueba la ORDENANZA DE LIMPIEZA PÚBLICA Y GESTIÓN DE RESIDUOS URBANOS DEL MUNICIPIO DE SEVILLA y anulamos el apartado segundo del artículo 98 de su Texto. Sin costas

*(St de 23 de mayo de dos mil ocho. Sala de Sevilla. Ponente Roás Martínez)*

## X. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. FACULTADES DE INSPECCIÓN. NECESIDAD DE QUE SE EJERZAN POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS. NO ES VIABLE LA TRANSFERENCIA DE POTESTADES ADMINISTRATIVAS A UNA FUNDACIÓN POR LA VÍA DE UNA ENCOMIENDA DE GESTIÓN

La anulación de actividades o de participantes solo pueden ser entendidas como ejercicio de potestades administrativas. Y si se tiene en cuenta que el personal de la fundación no forma parte de lo que llamamos ya empleados públicos, es claro que se vulnera el artc. 9.2) de la ley 7/2007. En todo caso, se está encomendando el ejercicio de potestades administrativas para una tareas que exceden del contenido legal que esta institución puede tener.

El recurso se interpuso el día 20 de Octubre de 2008 contra Orden de cuatro de septiembre de 2008 del Servicio Andaluz de Empleo por la que se formaliza acuerdo de encomienda con la Fundación Andaluza Fondo Formación y Empleo.

Funda su impugnación el demandante, en primer lugar, en que la encomienda de gestión contiene el ejercicio de potestades administrativas. Según el artículo 1 de la Orden impugnada el objeto de la orden es: “Encomendar la gestión del seguimiento de las acciones formativas desarrolladas mediante contratos programas para la formación continua dentro del ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía dimanantes de la convocatoria aprobada por Orden de la Consejería de Empleo de 27 de julio de 2007”.

En el artículo sexto se enumera el contenido de las tareas encomendadas; a saber: “*La gestión material que se encomienda se concretará en las siguientes actividades:*

- *Comprobación de las entregas de material detalladas por el solicitante.*

- *Comprobación de los controles de seguimiento y pruebas que conlleve la enseñanza programada.*
- *Verificación de los soportes didácticos que supongan un proceso de aprendizaje sistematizado por el participante.*
- *Verificación de la existencia de una asistencia tutorial idónea.*

*Comprobación del grado de realización del Plan y el nivel de coherencia entre lo solicitado, lo aprobado y lo ejecutado.*

Todo lo anterior, según la demandada, no es más que una mera asistencia técnica. Continúa el actor que no es así, a la vista de la memoria explicativa que define el protocolo de actuación de la fundación en relación con cualquier anomalía en el seguimiento y control de las actividades formativas. De esa memoria se desprende que existen prerrogativas a favor de la fundación que suponen el ejercicio de potestades administrativas. A título de ejemplo, dejemos constancia de que la memoria establece unas facultades para el caso de que no se ejecute la acción formativa: puede procederse a la anulación de los participantes del curso en certificación. Si se comprueba que la actividad de formación subvencionada no es gratuita se comunicará a la dirección general para su anulación. En fin, si no se aporta la documentación previamente solicitada se señala un plazo y transcurrido el mismo se procederá a la anulación de los participantes del curso, acción formativa o plan. Estas prerrogativas, sostiene el actor, supone que el personal laboral de la fundación asumirá competencias propias de funcionarios de la Dirección General de formación al anular cursos o participantes.

Así las cosas se contraría lo dispuesto en el artículo 9.2 de la ley 7/2007 cuando dispone que:

“2. En todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca”.

Para la demandada la Orden impugnada tiene su fundamento legal en el artículo 106 de la ley 9/2007 que dispone:

*“Encomienda de gestión a sociedades mercantiles y fundaciones del sector público andaluz.*

*Las Consejerías y sus agencias podrán ordenar a las sociedades mercantiles y fundaciones del sector público andaluz cuyo capital o cuya aportación constitutiva, respectivamente, sea en su totalidad de titularidad pública, la ejecución de actividades o cometidos propios de aquellas, siempre que ejerzan sobre ellas un control*

*análogo al que ejercen sobre sus propios servicios y dichas sociedades y fundaciones realicen la parte esencial de su actividad para la Junta de Andalucía.*

*Las sociedades y fundaciones tendrán la consideración de medio propio instrumental de la Administración de la Junta de Andalucía o de sus agencias, a los efectos de la ejecución de obras, trabajos, asistencias técnicas y prestación de servicios que se les encomienden.*

*La encomienda de dichas actividades no podrá implicar, en ningún caso, la atribución de potestades, funciones o facultades sujetas a Derecho Administrativo”.*

Las funciones que se encomiendan son solo las que recoge la Orden y no implican ejercicio de potestades administrativas. Son actividades de carácter material únicamente. Las alegaciones del actor sobre la memoria y su contenido no son relevantes, pues los términos de la encomienda son los de la Orden impugnada. Nada más.

Situado así el debate es claro que la cuestión a dilucidar es, en efecto, si los términos de la Orden permiten concluir que la encomienda se limita solo a las tareas de orden o carácter material o implican ejercicio de potestades administrativas que, a la vista de los textos legales referidos, le están vedadas.

Ciertamente hemos de compartir con la demandada que el objeto del recurso es la Orden que formaliza la encomienda. Es a la vista de su contenido como habremos de valorar si en efecto las tareas encomendadas se limitan al objeto que le es propio o existe un exceso.

Ocurre, sin embargo, que para concluir en uno u otro sentido, es decir, para la mejor interpretación de la Orden, puede ser un elemento interpretativo relevante el contenido de la memoria porque al fin y a la postre, nos va a mostrar cuál será la forma de actuar de la fundación en el ejercicio de las tareas que se le encomiendan. No puede olvidarse que la memoria está en el expediente administrativo y ha servido en buena medida para que la administración se persuada de la bondad de la encomienda a la vista, precisamente, de esas capacidades o aptitudes mostradas por la fundación para la eventualidad de que la referida encomienda fuera formalizada. Así pues, al menos como elemento de interpretación, no cabe duda de que el contenido de la memoria puede ser relevante.

En todo caso, en primer lugar ha de analizarse la tarea que se fija en la Orden como objeto de la encomienda.

Entendemos que no se trata solo de tareas de ejecución material. Así, la comprobación de la entrega de material para que sea realmente eficaz ha de comportar la exigencia de documentación a la entidad que organice las actividades a los fines de comprobar si es necesario o no el material utilizado o adquirido. Y esa exigencia ha de concre-

tarse en el ejercicio de unas potestades de naturaleza indudablemente administrativa. Pues de no ser así, qué poder de persuasión o de decisión, habría de tener la fundación.

Lo mismo cabe afirmar respecto a los controles de seguimiento. No puede tratarse esa tarea de un simple “pasar lista” para constatar presencias y ausencias. Ese control, indefectiblemente comportará el ejercicio de potestades eventualmente sancionadoras en lo material: retirando subvenciones o anulando la participación de personas.

En fin, la verificación de los soportes didácticos que supongan un proceso de aprendizaje sistematizado por el participante o la verificación de la existencia de una asistencia tutorial idónea o la Comprobación del grado de realización del Plan y el nivel de coherencia entre lo solicitado, lo aprobado y lo ejecutado, comportan igualmente, para que sean eficaces en sí mismos algún tipo de ejercicio de potestades administrativas. No entendemos que esa verificación pueda ser meramente testimonial, para que, comprobado el nivel de cumplimiento o incumplimiento las cosas sigan tal cual, sin consecuencias jurídicas. De ser así, la encomienda devendría en completamente inútil. Es sustancialmente necesario, por tanto, que esas tareas vayan acompañadas de unas potestades reales que hagan efectiva la comprobación y verificación realizadas. Todo ello con el fin, loable por otra parte, de que los fondos públicos sean destinados a las finalidades previstas y se disponga de ellos con la máxima eficiencia para los intereses generales. De otra forma no se entienden esas tareas.

Y que esto ha de ser así se deduce de la memoria que obra en el expediente donde se refleja el protocolo de actuación de la fundación en esos casos. La anulación de actividades o de participantes solo pueden ser entendidas como ejercicio de potestades administrativas. Y si se tiene en cuenta que el personal de la fundación no forma parte de lo que llamamos ya empleados públicos, es claro que se vulnera el precepto antes citado (ART. 9.2) de la ley 7/2007. En todo caso, se está encomendando el ejercicio de potestades administrativas para una tareas que exceden del contenido legal que esta institución puede tener. En fin, los propios antecedentes de la Orden impugnada expresan qué es lo que se pretende obtener de la fundación: se dice en ellos “Tercero. La optimización del seguimiento de las acciones formativas aprobadas por el Servicio Andaluz de Empleo mediante contratos programa de formación continua implica una carga de trabajo que no se puede atender con el personal que figura en la relación de puestos de trabajo de este organismo, sin que sea posible a corto plazo incrementar sus efectivos, por lo que se hace necesario encomen-

dar esa tarea a una entidad como la FAFPE, **que por sus características especiales ofrezca garantía de eficacia en la gestión del seguimiento de la formación**”.

Esa garantía de eficacia se predica de la fundación forzosamente, aunque no se diga, porque se ha considerado la memoria presentada y que obra en el expediente. Por eso, es revelador el contenido de la memoria, como decíamos más arriba, para interpretar mejor qué es lo que se quiere que haga, y hasta donde llegará el verdadero poder de decisión de la fundación en la ejecución de la tarea encomendada. Límites que, como vemos, sobrepasan los que la ley reserva para las encomiendas.

En fin, la suficiencia o no del personal del servicio andaluz de empleo no puede ser motivo para encomendar una gestión si ello se hace a costa de sacrificar principios esenciales en esta institución. El recurso, por todo lo expuesto, ha de ser estimado.

En el suplico interesan los actores un fallo que, en primer lugar declare contraria a derecho la Orden impugnada y su consiguiente revocación. A la vista de cuanto llevamos expuesto, ha de estimarse. En segundo lugar, interesan que los puestos que se adscriban a personal laboral de la fundación deben ser desempeñados por funcionarios de la RPT del Servicio Andaluz de Empleo. No ha lugar a este pronunciamiento una vez que se ha estimado la impugnación contra la Orden. Es decir, si se estima, como así es, que la Orden de encomienda es contraria a derecho, no ha lugar a condenar a la administración a este pedido sobre funcionarios en lugar de laborales, sin perjuicio de que, en el futuro, a la vista de las funciones que quiera atribuir la administración a la referida fundación, decida qué tipo de personal debe servirlo conforme a la legislación sobre función pública.

No se aprecian motivos de temeridad o mala fe para la imposición de las costas. (Artículo 139 L.J.C.A.).

Vistos los artículos de aplicación al caso y por la autoridad que nos confiere la Constitución:

**FALLAMOS:** Que debemos estimar el recurso interpuesto por el Sindicato Andaluz de Funcionarios de la Junta de Andalucía representado por la Procuradora Sra. X y defendido por Letrado contra Orden de cuatro de septiembre de 2008 del Servicio Andaluz de Empleo de la Junta de Andalucía por ser contraria al Ordenamiento Jurídico y por ello se declara nula. No hacemos pronunciamiento sobre costas.

*(St. de 25 de Mayo de 2009. Sala de Sevilla. Ponente Moreno Retamino. Repite doctrina de las anteriores Sentencias)*

**XXII. URBANISMO Y VIVIENDA. EXPROPIACIÓN DE SUELO URBANO CONSOLIDADO DESTINADO A DOTACIONES SIPS POR LO QUE EL PLANEAMIENTO NO LE ATRIBUYE APROVECHAMIENTO LUCRATIVO, ALGUNO NI LO INCLUYE EN UN DETERMINADO ÁMBITO DE GESTIÓN.** En estos supuestos resulta de aplicación la regla contenida en el art. 29 de la ley 6/98 que determina que el aprovechamiento a tener en cuenta, a los solos efectos de su valoración, será el resultante de la media ponderada de los aprovechamientos, referidos al uso predominante del polígono fiscal en que, a efectos catastrales esté incluido el suelo

Se impugna en el presente proceso el acuerdo de la Comisión Provincial de Valoraciones de Sevilla, adoptado en sesión celebrada el día 4 de abril de 2005, ratificado en acuerdo de fecha 7 de julio de 2005 al desestimar el recurso de reposición formulado por la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Sevilla, por el que se fija en la cantidad de 760.394,25 € el justiprecio en el expediente SE-17/04-CV correspondiente a la expropiación por la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Sevilla de una parcela de 853,99 m2, propiedad de la entidad X, situada en la Avda. de la Paz nº 73 y ocupada por una edificación para la ejecución de una Actuación Simple de Viario que conecta dicha Avenida con la Calle Parafán de Rivera prevista en el PGOU de Sevilla aprobado definitivamente el 29 de diciembre de 1987.

Con la pretensión de la Administración expropiante de que el justiprecio se reduzca hasta la cantidad de 548.456,11 € y por la entidad expropiada de que el mismo se eleve al total de 1.885.274,77 €, analizaremos conjuntamente ambas pretensiones en relación con cada uno de los conceptos indemnizados.

Así, en lo que hace referencia al valor del suelo, la GMU discrepa en el valor de repercusión utilizado por la Comisión Provincial de Valoraciones, entendiendo que éste debe ser el señalado por la expropiada en su hoja de aprecio y que, partiendo de la vigencia de las ponencias catastrales considera que debió adoptarse el valor de repercusión para usos dotacionales en el polígono en el que se sitúa la parcela expropiada (E-05, Juncal), argumentado en apoyo de su pretensión, no sólo que ésta es la forma de cálculo del valor de repercusión más adecuada para un suelo dotacional (SIPS), sino que, además, el criterio adoptado por la Comisión al incrementar dicho valor respecto del fijado por la expropiada en su hoja de aprecio vulneraría

reiterados pronunciamientos del Tribunal Supremo acerca de la vinculación de la hojas de aprecio, no sólo a la cuantía global, sino también respecto de cada una de sus partidas.

Por su parte, la entidad expropiada muestra su disconformidad con la superficie expropiada, que entiende alcanza los 928 m<sup>2</sup> según resulta de nota simple emitida por el Registro de la Propiedad, y con la determinación del aprovechamiento entendiendo que al tratarse de un suelo clasificado como urbano dentro de un entorno consolidado de edificación abierta y con todos los servicios urbanísticos, ha de aplicarse lo establecido en el art. 29 de la Ley 6/98 y tomar en consideración el aprovechamiento medio referido a los usos predominantes del entorno próximo que sería de planta baja más seis alturas. Respecto de la superficie que ocupa la parcela expropiada no puede primar el criterio de la expropiada de que la misma alcanza 928 m<sup>2</sup> sobre la base de lo que consta en el Registro de la Propiedad cuando, frente a esa consideración formal se alza la practicada por la Consejería de Gobernación de la Junta de Andalucía y resultado de una inspección visual donde se indica que, sobre el terreno, la superficie real expropiada es de 853,99 €.

Por otro lado, en cuanto al argumento de la GMU de que los órganos de valoración se encuentran vinculados a lo recogido en las hojas de aprecio, con ser cierta esta afirmación, a lo que no se extiende esa vinculación es a cada uno de los parámetros utilizados para el cálculo del valor de los distintos los conceptos a indemnizar. El mandato de no superación del valor fijado por el expropiado alcanza a la cuantía total y a la parcial de cada uno de los conceptos valorados, en este caso, suelo, edificación y coste de traslado, pero no a todos y cada uno de los parámetros utilizados para calcular en este caso el valor del suelo (superficie, aprovechamiento urbanístico y valor de repercusión).

Despejada la cuestión relativa a la superficie expropiada y a la válida aplicación de un valor de repercusión por la Comisión de Valoraciones superior al fijado por el expropiado, para la determinación del método de cálculo del valor del suelo y la determinación del aprovechamiento urbanístico, aspectos sobre los cuales muestran su disconformidad expropiante y expropiada respectivamente, hay que partir del hecho indiscutido de que nos encontramos ante un suelo urbano consolidado destinado a dotaciones SIPS por lo que el planeamiento no le atribuye aprovechamiento lucrativo alguno ni lo incluye en un determinado ámbito de gestión. En estos supuestos resulta de aplicación la regla contenida en el art. 29 de la Ley 6/98 que deter-

mina que el aprovechamiento a tener en cuenta, a los solos efectos de su valoración, será el resultante de la media ponderada de los aprovechamientos, referidos al uso predominante del polígono fiscal en que, a efectos catastrales esté incluido el suelo. Además, y como premisa determinante del método de valoración aplicable hay que convenir con la Comisión de Valoraciones que las ponencias de valores catastrales se encontraban vigentes a la fecha que ha ir referida la valoración ya que fueron aprobadas por resolución del Director General del Catastro de 1 de junio de 2000 y se encontraban adaptadas al PGOU que justifica la expropiación, aspecto que excluye la utilización del método residual utilizado incorrectamente por la GMU en su hoja de aprecio.

Queda por tanto como única cuestión a solventar en relación con el valor del suelo la de determinación del aprovechamiento siempre bajo las directrices que fija el citado anteriormente art. 29 de la Ley 6/98. En este punto, el criterio seguido por el órgano de valoración estimamos que es el correcto pues para el cálculo del aprovechamiento urbanístico toma como referencia el medio ponderado correspondiente al uso predominante en el polígono catastral (E-05 “Juncal”) en que se encuentra la parcela (residencial en edificación abierta plurifamiliar aplicando el 100% al tratarse de suelo urbano consolidado). Lo que no cabe, como se recoge en el dictamen técnico que acompaña la expropiada con su hoja de aprecio, es acudir para el cálculo del aprovechamiento urbanístico al incluido en un Estudio de Detalle de terreno colindante y, además, tomando en consideración sólo las parcelas edificables con exclusión de espacios libres (zonas verdes y viario) así como terrenos situados al margen del polígono catastral E-05 en que se encuentra la parcela expropiada. Esta forma de determinación del aprovechamiento se aleja de los criterios establecidos en el art. 29 de la Ley 6/98 y que anteriormente hemos referido.

En cuanto al valor de la construcción, existe conformidad entre las partes en el procedimiento expropiatorio en acudir a los criterios de las Normas Técnicas de valoración catastral establecidas en el Real Decreto 1020/1993 (Normas 12 y 13) así como en valor del módulo básico de la construcción establecido en la Ponencia de Valores catastrales. La discrepancia surge en relación la distinta valoración que la GMU hace de la edificación sobre y bajo rasante, en tanto que la expropiada hace una valoración unitaria y, principalmente, en los coeficientes a tomar en consideración para el cálculo del valor unitario de repercusión y de reposición establecidos en las citadas Normas Técnicas.

De este modo, por la GMU se afirma que nos encontramos ante una construcción cuya tipología sería la de oficinas en edificio mixto unido a industrial con categoría 5, en tanto que la expropiada considera que se trata de una edificación cuyo uso es el de oficinas, en la clase de banca y seguros, con modalidad de uso exclusivo y categoría 7. A falta de una prueba concluyente de que el criterio seguido por la Comisión de Valoraciones fuera erróneo o que alguna de las propuestas contenidas en las hojas de aprecio se ajustase a la realidad del uso, clase y modalidad que se atribuye a lo edificado, debemos atenernos a la valoración contenida en el acuerdo impugnado que además justifica su decisión de que nos encontramos ante un edificio destinado a oficinas múltiples en edificio exclusivo con la categoría 5 en el hecho de que las fichas del Catálogo aportadas indican que no existe semejanza entre el edificio expropiado y los claramente industriales correspondientes a los tipificados como oficinas en edificio mixto-unido a industria que considera la GMU y, por otro lado, que tratándose de una construcción sencilla, compuesta por varios locales con entrada independiente, alguno dedicado a taller, tampoco se corresponde con la tipología atribuida por la expropiada y que siendo el destino de la parte base rasante el propio de un archivo tampoco encuentra fundamento la pretensión de la propiedad de valorar de forma idéntica lo construido bajo y sobre rasante.

Por último, a fin de responder a todas las diferencias valorativas que existen entre la hoja de aprecio de la expropiada y la valoración contenida en el acuerdo impugnado en lo que hace referencia a la edificación, el coeficiente 0,63 por antigüedad para la parte sobre rasante y de 0,49 para la situada bajo rasante utiliza la Comisión de Valoraciones ha de prevalecer sobre el 0,58 que indistintamente utiliza la propiedad, pues la antigüedad de la construcción, 32 años, y en la que en un momento dado convinieron las partes en el procedimiento expropiatorio, determina la aplicación de dicho coeficiente según las normas técnicas.

De lo expuesto en los fundamentos anteriores, y dado que existe aceptación por las partes respecto de la indemnización fijada por la Comisión de Valoraciones como gastos de traslado, se concluye que han de desestimarse sendas pretensiones de las partes demandantes, sin que se aprecie temeridad o mala fe que justifique la imposición de costas a alguna de ellas.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

**FALLAMOS:** Que desestimamos el recurso contencioso-administra-

tivo nº 903/2007 interpuesto por X contra el acuerdo impugnado precitado en el fundamento jurídico primero de esta sentencia. Sin costas.

*(St de 26 de abril de 2011. Sala de Sevilla. Ponente Vázquez García).*

**XXII. URBANISMO Y VIVIENDA. EXPROPIACIÓN. COMISIÓN DE VALORACIONES. ASPECTOS PROCEDIMENTALES. CONSECUENCIAS PREVISTAS EN EL DECRETO 85/2004 PARA LOS SUPUESTOS DE TRANCURSO DEL PLAZO LEGAL PARA LA ADOPCIÓN DE ACUERDOS SIN QUE EL MISMO TUVIERA LUGAR.**

Se impugna en el presente proceso el acuerdo de la Comisión Provincial de Valoraciones de Huelva, en sesión celebrada el día 22 de octubre de 2008, (expedientes nº 43, 44 y 45/2007) fijando el justiprecio referido a diversas fincas dentro del procedimiento de tasación conjunta incluidas en el ámbito del Plan Especial de Infraestructuras Ferroviarias “Nueva Estación”, expropiadas por el Ayuntamiento de Huelva en ejecución del citado Plan.

Con carácter previo al análisis de las cuestiones planteadas en la demanda conviene precisar que la personación de D. X dentro el proceso lo es en condición de codemandados y como tales formulan contestación a la demanda. De esto modo su pretensión ha de venir necesariamente limitada a instar la confirmación del acto recurrido, en este caso el acuerdo que fija en 124.951,46 € el justiprecio de su finca, pero nunca puede dirigirse a obtener un pronunciamiento que incremente dicho justiprecio, como erróneamente incluye en su contestación al solicitar que se estime la misma fijando el justiprecio en la cantidad de 364.829,80 €. En el proceso contencioso-administrativo existe la carga de recurrir el acto administrativo y no cabe hablar de la figura del codemandante por lo que, repetimos, no cabe instar la modificación de un acto administrativo en su favor por un codemandado que, como tal, necesariamente se ha de limitar a sostener la validez del acuerdo recurrido.

Entrando en el análisis de las cuestiones planteadas en la demanda, comienza el Ayuntamiento expropiante haciendo mención a que habiendo transcurrido el plazo de tres meses recogido en el art. 12 en relación con el art. 16 del Decreto 85/2004 por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Comisiones Provinciales de Valoraciones, entre la entrada en dicho órgano del

expediente expropiatorio y la adopción del acuerdo de fijación del justiprecio, necesariamente habría que entender confirmada la valoración contenida en la hoja de aprecio de la Administración expropiante, sin posibilidad legal de emisión de un pronunciamiento ulterior como ha sucedido en el presente caso con el acuerdo de fecha 22 de octubre de 2008.

La Corporación actora lleva a cabo una interpretación errónea de las consecuencias previstas en el Decreto 85/2004 para los supuestos de transcurso del plazo legal para la adopción de acuerdos sin que el mismo tuviera lugar. En estos casos lo que se produce en realidad es una desestimación por silencio de la pretensión del expropiado (art. 12.1) que posibilita, vía silencio administrativo negativo, a acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, pero ello no impide la adopción de una resolución expresa posterior, tal y como señala con carácter general el art. 43.4.b) de la Ley 30/1992, sin vinculación con el sentido del silencio.

Del mismo modo, y al contrario de lo afirmado por el Letrado de la Junta de Andalucía en su contestación a la demanda, el hecho de que el Ayuntamiento expropiante no formulara alegaciones a la propuesta de valoración no significa la existencia de desviación procesal porque impugnara el acuerdo que pone fin al procedimiento seguido ante la Comisión Provincial de Valoraciones. No hacer uso de la posibilidad de formulaciones alegaciones durante la sustanciación de la tramitación de un procedimiento administrativo no advertimos realmente que relación puede guardar con la figura de la desviación procesal y el carácter revisor de esta jurisdicción. La pretensión de la entidad expropiante, dentro del procedimiento seguido ante la Comisión, no era otra que la de confirmar su valoración frente a la de los expropiados y esto es precisamente la que se ejerce en sede judicial por lo que no existe desviación alguna.

Continúa la demandante invocando infracción de las normas procedimentales por el hecho de que la Comisión Provincial de Valoraciones, al determinar el valor en venta del metro cuadrado construido, hubiera seguido criterios distintos dentro del mismo expediente de tasación conjunta creando una situación de desigualdad entre los expropiados. Así, en el expediente nº 43/07 para calcular el valor en venta tomaba como referencia el valor ponderado entre el valor en venta en viviendas en régimen libre y el correspondiente al de viviendas de protección oficial, en tanto que en los expedientes nº 44 y 45/07 no utiliza esa ponderación entre distintos valores.

Ciertamente resulta extraño que, dentro de un procedimiento de ta-

sación conjunta y para suelos con idénticas características, se utilicen criterios distintas a la hora de determinar uno de los parámetros necesarios para la determinación del valor del suelo. Esta desigualdad, no obstante, no excluye el juicio previo sobre cual de los dos criterios seguidos por la Comisión Provincial de Valoraciones se ajusta a la legalidad. Si como sucede en el presente caso, el rechazo del inicial criterio de ponderación de valores de vivienda en régimen libre y de protección oficial se justifica en el hecho de tal criterio fue introducido en la LOUA por la modificación operada por la Ley 13/2005, posterior al inicio del procedimiento expropiatorio, y que por tanto no puede ser utilizado, la consecuencia es que el acuerdo de la Comisión Provincial de Valoración es acertado en lo referente a los expedientes nº 44 y 45/07. Si, con vulneración del principio de igualdad, como consecuencia de la ponderación de valores se fija un justiprecio menor en el expediente nº 43/2007, será este propietario, mediante la impugnación del acuerdo de valoración, el que pudiera hacer valer esta circunstancia, pero nunca la Administración expropiante que, en definitiva, ha resultado beneficiada de la desigualdad de soluciones en la valoración de bienes análogos.

Entrando en la crítica que la Corporación local recurrente realiza a la valoración alcanzada por la Comisión, ésta se limita a dos puntuales aspectos: 1) a la ausencia de justificación en la determinación por el órgano de valoración del valor en venta de viviendas en régimen libre en la zona y 2) el desfase de las tablas del Colegio Oficial de Arquitectos que utiliza la Comisión para el cálculo de los costes de urbanización.

Respecto de la primera cuestión, dada la aplicación del método residual, es cierto que el valor en venta de viviendas en la zona en régimen libre se determina que está en torno a los 1.250 €/m<sup>2</sup> sin que en el informe que sirve de base al acuerdo definitivo de la Comisión se precisen las fuentes para la fijación de tal parámetro de valoración. Este defecto inicial viene a corregirse en parte con la emisión del informe a las alegaciones de los expropiados pues allí se dice que se ha examinado la página web del Ministerio de la Vivienda sobre precios de venta en la ciudad de Huelva y se advierte que el dato más cercano a febrero de 2004, fecha a la que debe ir referida la valoración, es el correspondiente al primer trimestre de 2005, donde se fijó en 1.288,60 € por lo que concluye que, en juicio moderado, la determinación del precio de venta en 1.250 € resulta razonable. Hay, por tanto, un criterio de referencia y la cuestión entonces se reduce a determinar si el criterio que hacer valer la entidad local expropiante se

ajusta o no en mayor medida a un valor real. Con esta finalidad, el Ayuntamiento se remite a un informe suscrito por el Arquitecto de la Gerencia Municipal de Urbanismo en el que se sostiene que el valor en venta debe ser de 1.156,80 €, inferior al utilizado por la Comisión de Valoraciones. Sin embargo, es en la fuente utilizada para la fijación de dicho valor donde se aprecia la causa de su no aceptación frente al manejado por la Comisión Provincial. Y es que la cifra de 1.156,80 € la refiere también el Arquitecto al servicio de la Administración expropiante de la página web del Ministerio de Vivienda y es cierto que se refiere al primer trimestre de 2004 (recordemos que la fecha de valoración es febrero de 2004), pero el mismo se corresponde con valores en la provincia de Huelva y no en la capital de la provincia, donde se encuentra el suelo expropiado. Las peculiares características de la provincia onubense, con muy desiguales valores según hablemos de la capital, localidades costeras o de interior, determinan la inviabilidad de utilizar valores de conjunto provinciales que, en ningún caso, pueden anteponerse a los más específicos de la capital de provincia.

Por último, la alegación de que los módulos utilizados por el Colegio Oficial de Arquitectos en el cálculo del coste de construcción se encuentran desfasados no pasa de ser una mera alegación, una petición de principio, carente de toda prueba sobre la realidad de lo manifestado. No encontramos razón alguna por la cual dichos módulos deban ser sustituidos por los aportados por la actora y recogidos en el informe del Arquitecto municipal, que además los refiere a viviendas de protección oficial cuando han de ir referidos a viviendas en régimen libre. De aquí que debamos desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la entidad expropiante.

No se aprecia temeridad o mala fe que justifique la imposición de costas.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

**FALLAMOS:** Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo nº 1654/2008 interpuesto por el AYUNTAMIENTO DE HUELVA contra el acuerdo impugnado precitado en el fundamento jurídico primero de esta sentencia. Sin costas.

*(St. de 31 de mayo de 2011. Sala de Sevilla Ponente Vázquez García).*