

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía(*)

III. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Protocolo de integración del personal de la Agencia de Gestión Agraria y Pesquera de la Junta de Andalucía. Violación de principios de igualdad, publicidad y capacidad.

Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo, por el procedimiento especial de Protección de los Derechos Fundamentales, resolución de 20 de Abril de 2011 de la Secretaría General para la Administración Pública por la que se aprueba el protocolo de integración del personal en la agencia de servicios sociales y dependencia de Andalucía y que se condene a la Administración demandada a las costas causadas.

Argumenta la parte actora que la citada Agencia es consecuencia de la Ley 1/2011, de Reordenación del Sector Público de Andalucía, y tras la modificación operada del artículo 71 de la Ley 9/2007, de la Administración de la Junta de Andalucía pasa a ser una agencia de régimen especial de las previstas en el artículo 54, 2, c) que realiza actividades señaladas en el artículo 65, 1 de la LAJA, es decir, aquellas de las constituidas para la ejecución de programas específicos de la actividad de una Consejería y de carácter administrativo si implican funciones que lleven aparejada el ejercicio de autoridad, y que están sometidas al Derecho Administrativo por regla general; Desde esta perspectiva se expone por la actora que la ley 1/2011 modifica la original redacción de la ley 9/2007 en sus artículos 68 y 69 que en cuanto a lo que aquí nos interesa consagra el régimen jurídico de las agencias empresariales en el apartado primero del indicado artículo 69 señalando que “1. Las agencias públicas empresariales a que hace referencia la letra a) del apartado 1 del artículo 68 de esta Ley se rigen por el Derecho Privado, excepto en las cuestiones relacionadas con la formación de la voluntad de sus órganos y con el ejercicio de las potestades administrativas que

(*) Subsección preparada por JOSÉ LUIS RIVERO ISERN.

tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados en esta Ley, en sus estatutos, en la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía y demás disposiciones de general aplicación.”

Estima la recurrente que dicha regulación conculca el principio de seguridad jurídica avalado por el art. 9.3 de la CE consagrando una regulación que se presta a confusión al determinar el régimen jurídico de estas Agencias al generar incertidumbre sobre cuando la agencia actúa bajo un régimen de derecho administrativo o de derecho privado.

Por otro lado considera que resulta vulnerado el principio de inamovilidad de los funcionarios públicos al señalar la ley 1/2011 que la integración de los funcionarios en la nueva Agencia creada será voluntaria, llevándose en su caso la integración como personal laboral y suponiendo tal integración la permanencia en su Cuerpo de origen como servicios en entidades del sector público Andaluz. Asimismo considera que, en cuanto que la Disposición Adicional Cuarta de la ley 1/2011 prevé que los funcionarios no integrados queden en la situación de servicio activo se conculca el principio de seguridad jurídica al no precisar bajo que régimen y en que puesto de trabajo.

Desde un punto de vista procedimental el recurrente argumenta dos reproches a la resolución impugnada. El primero de ellos es la referencia a que la resolución de que se trata es fruto de los Decretos Leyes 5/2011 y 6/2011 que afrontan la reordenación del sector Público Andaluz que desembocó finalmente en la ley 1/2011. En este sentido reprocha el recurrente que los referidos Decretos Leyes no responden a la situación de extraordinaria y urgente necesidad que habilita esta figura normativa como fuente del Derecho de tal manera que los mismos vulnerarían el art. 86 de la CE. Asimismo y también desde un punto de vista procedimental estima que la resolución impugnada vulnera los artículos 28 y 37 de la Constitución y los arts 34.3 y 34.4 del Estatuto Básico del Empleado Público (Ley 7/2007) al haberse producido con vulneración del derecho a la negociación colectiva por no haberse sometido a la Mesa Sectorial de la Negociación de la Función Pública.

Finalmente y de forma principal indica la actora que conforme a la ley 1/2011 y a la disposición adicional primera del decreto 101/2011, de 19 de abril, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía: “De conformidad con lo establecido en el artículo 19.2 de la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de reordenación del sector público de Andalucía, la Agencia quedará subrogada en las relaciones jurídicas, bienes, derechos y obligaciones de los que eran titulares la Fundación Andaluza de Servicios Sociales y la Fundación para la Atención a las Drogodependencias e Incorporación

Social”. Asimismo conforme a las disposiciones citadas y en particular la disposición adicional cuarta de la ley 1/2011 “el personal procedente de las entidades instrumentales suprimidas se integrará en la nueva entidad resultante de acuerdo con las normas reguladoras de la sucesión de empresas, en las condiciones que establezca el citado protocolo de integración, y tendrá la consideración de personal laboral de la agencia pública empresarial o de la agencia de régimen especial. El acceso, en su caso, de este personal a la condición de personal funcionario o laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía solo podrá efectuarse mediante la participación en las correspondientes pruebas selectivas de acceso libre convocadas en ejecución de las ofertas de empleo público”. Estima la actora que tal integración del personal laboral procedente de las entidades instrumentales, producida sin procedimiento selectivo alguno ni procedimiento de capacitación, implica la vulneración del principio de mérito y capacidad en el acceso a las funciones públicas consagrado en el art. 23 y 103 de la CE y en el mismo Estatuto Básico del Empleado Público. Por tal razón invoca la vulneración del derecho de igualdad en el acceso a las funciones públicas, con infracción de los artículos 14 y 23. 2 de la Constitución, porque la integración establecida en la Disposición Adicional Tercera, supone que quienes han accedido a la función pública a través del sistema legalmente establecido y conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad, vean mermados sus derechos por la entrada de terceros ajenos a la función pública, ocasionando una perturbación ilegítima en el ejercicio del derecho al cargo con flagrante vulneración del derecho de igualdad en el acceso.

En primer lugar estima el recurrente que la resolución impugnada es fruto de los decretos leyes 5/2010 y 6/2010 los cuales debe considerarse que vulneran el art. 86 de la Constitución al no resultar acreditada la situación de extraordinaria y urgente necesidad que opera como título habilitante para que el ejecutivo pueda elaborar tales normas con fuerza de ley.

El recurso no puede ser estimado en este punto puesto que conforme recuerda el Tribunal Supremo en Sentencia de 12 abril 2012 dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 542/2010 debe señalarse que en estos supuestos se trata de constatar la efectiva excepcionalidad de la situación que el Decreto ley trata de atender mas que la impresibilidad de la misma.

“En cuanto a la alegada vulneración por el Real Decreto-Ley del artículo 86.1 CE el Tribunal Constitucional, en los autos 179 y 184/2011, ha convalidado el uso de un Real Decreto-Ley, confirmado

la concurrencia del presupuesto de la extraordinaria y urgente necesidad, exigido por el artículo 86.1 de la Constitución, diciendo que: “(...) por lo que se refiere a las dudas del órgano judicial relativas al pretendido carácter no imprevisible o sobrevenido de la situación económica a la que el Real Decreto-ley 8/2010 trata de dar respuesta, baste señalar que, al margen de que nada impide, claro está, que una determinada situación extraordinaria que se hubiera producido en el pasado pueda volver a presentarse, demandando de nuevo –incluso con mayor motivo– una respuesta urgente mediante las medidas que se aprecien como necesarias, como ha señalado este Tribunal en diversas ocasiones la valoración de la extraordinaria y urgente necesidad de una medida puede ser independiente de su imprevisibilidad e, incluso, de que tenga su origen en la previa inactividad del propio Gobierno siempre que concurra efectivamente la excepcionalidad de la situación, pues ‘lo que aquí debe importar no es tanto la causa de las circunstancias que justifican la legislación de urgencia cuanto el hecho de que tales circunstancias efectivamente concurren’ (SSTC11/2002, de 17 de enero, FJ 6; y 68/2007, de 28 de marzo, FJ 8, por todas), que es justamente lo que resulta acreditado en el presente caso”.

En el supuesto de autos puede constatarse en la exposición de motivos de los Decretos leyes mencionados, que la situación que contemplan como habilitante es sustancialmente la misma a que hace referencia el Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público. Así se indica expresamente que el Decreto ley se dicta “dando respuesta al Acuerdo Marco con las Comunidades Autónomas y Ciudades con Estatuto de Autonomía sobre Sostenibilidad de las Finanzas Públicas para el periodo 2010-2013, adoptado en el seno del Consejo de Política Fiscal y Financiera el 22 de marzo de 2010, a raíz de la Actualización del Plan de Estabilidad y Crecimiento 2010-2013”. Del mismo modo se indica que “El presente Decreto-Ley supone un paso más dentro de este proceso, dando respuesta al Acuerdo Marco con las Comunidades Autónomas y Ciudades con Estatuto de Autonomía sobre Sostenibilidad de las Finanzas Públicas para el periodo 2010-2013, adoptado en el seno del Consejo de Política Fiscal y Financiera el 22 de marzo de 2010, a raíz de la Actualización del Plan de Estabilidad y Crecimiento 2010-2013”. Ello supone que, tratando el Decreto ley mencionado de ofrecer respuesta a la existente y patente crisis económica y su efecto reflejo sobre las finanzas públicas, debe entenderse que resulta legítimo el uso de tal figura normativa del Decreto ley para tratar de ofrecer soluciones a la situación expuesta.

Por otro lado y también desde el punto de vista procedimental el recurrente considera vulnera el derecho a la negociación y en particular los artículos 28 y 37 de la Constitución y los arts 34.3 y 34.4 del Estatuto Básico del Empleado Público (ley 7/2007) al haberse producido con vulneración del derecho a la negociación colectiva por no haberse sometido a la Mesa Sectorial de la Negociación de la Función Pública. A dicho motivo de impugnación la Administración demandada contesta destacando que la resolución impugnada no procede a regular o modificar las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos sino que tiene por objeto cuestiones organizativas de la Administración excluidas, conforme al art. 37 del Estatuto Básico del Empleado Público, de la negociación colectiva.

Planteada la cuestión citada la Sala considera que, partiendo del contenido de la resolución cuestionada y considerando que conforme a la misma y con fundamento en la disposición adicional cuarta de la ley 1/2011 debemos destacar que efectivamente la misma no afronta directamente la regulación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos por cuanto, a través de ella se regula la integración del diferente personal que pasara a prestar sus servicios en la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de la Junta de Andalucía como cuestión enmarcada en la reordenación institucional de la Administración, reuniendo pues un carácter general y eminentemente organizativo, al ser consecuencia precisamente de la creación del ente instrumental citado a través de la ley 1/2011 y del Decreto de Creación de la Agencia Andaluza de Servicios Sociales. En este sentido, previendo tanto la ley habilitante como el mismo protocolo impugnado, la integración voluntaria del personal funcionario en el ente creado y la continuidad del personal funcionario no integrado en la situación de servicio activo en la Administración General de procedencia, no se aprecia en la resolución impugnada una efectiva regulación de las condiciones de trabajo que imponga la negociación de su contenido en la Mesa Sectorial de la Función Pública, en la medida que de las disposiciones de la resolución impugnado no se infiere una modificación de las condiciones de trabajo del personal afectado. Así se deduce de las previsiones del Protocolo de integración impugnado cuando indica en la regla primera del protocolo de integración que “Al personal funcionario que se adscriba funcionalmente a la Agencia le será de aplicación el Acuerdo de Condiciones de Trabajo del Personal Funcionario de la Junta de Andalucía”. Del mismo modo en la regla quinta de dicho protocolo se señala: “Condiciones de trabajo. El personal funcionario adscrito se registrará por la normativa aplicable en materia de función pública, así como por lo

establecido en esta materia en el Acuerdo de Condiciones de Trabajo del Personal Funcionario de la Junta de Andalucía”. Esta línea de exigencia de afectación efectiva de las condiciones de trabajo de los funcionarios como presupuesto para exigir el sometimiento a la negociación colectiva de las decisiones y reglamentos de la Administración resulta asimismo avalada por el TS en sentencia de 28 septiembre 2012 dictada en el recurso de Casación núm. 190/2011 cuando con ocasión de la impugnación de determinados decretos de ampliación de traspasos destaca la ausencia en la modificación de las condiciones de trabajo y la existencia de una mera subrogación en la Administración para la que se prestan los servicios de tal manera que indica “no hay propiamente modificación de las condiciones laborales que deba ser sometida a la previa negociación colectiva sino mero cambio o subrogación de una Administración (la del Estado) por otra (la de la Comunidad Autónoma) respecto del funcionario que pasa a depender de ésta última”.

Aún partiendo de los parámetros expuestos y aún considerando que el hecho de que por la propia Administración se sometiese la resolución impugnada a la Mesa General de Negociación, habilita para considerar que la misma, afectando no a las condiciones de trabajo de los funcionarios pero si a los sistemas de acceso a la función pública debería ser sometida al proceso de negociación colectiva, el reproche que se realiza por la actora es no haber sometido el protocolo impugnado a la Mesa Sectorial de Negociación y en este aspecto la Sala debe mostrar su desacuerdo con la tesis de la actora. Así según vemos el protocolo impugnado reúne una vertiente general afectando no solo al personal funcionario de la Administración General de la Junta de Andalucía sino también y principalmente al personal laboral de la Agencia con el cual precisamente el personal proveniente de los entes institucionales extinguidos pasaran a desempeñar conjuntamente las funciones asignadas a la nueva agencia creada compitiendo incluso por los puestos de trabajo asignados al personal laboral. De esta manera atendiendo al objeto General o transversal del protocolo impugnado respecto de la globalidad del personal, funcionario o laboral, que presta sus servicios para la Agencia creada, resulta suficientemente justificada que la negociación colectiva se produzca en el seno de la Mesa General de Negociación contemplada en el art. 33 de la ley 7/2007. También en este aspecto siendo las Mesas Sectoriales de creación potestativa conforme al art. 34.4 la parte actora ni justifica la creación de la misma ni la representatividad del sindicato recurrente en su ámbito.

Finalmente respecto de este punto no puede dejarse de señalar que,

también en esta materia y en el caso del Decreto de creación de la Agencia de servicios Sociales y Dependencia de Andalucía, se ha pronunciado la Sala del TSJA con sede en Málaga en **Sentencia núm. 425/2012 de 27 febrero** dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 896/2011 con razonamientos que, compartidos por esta Sala se transcriben. Indicaba así la sentencia dictada por la Sala de Málaga.

“Entrando a conocer de los motivos alegados la parte recurrente y visto que acerca de los mismos esta Sala se ha pronunciado en la sentencia dictada en el recurso 546/11 en el que se discutía a través del recurso ordinario acerca de la legalidad del Decreto que en la actualidad se recurre por la vía procedimental de la protección de los hechos fundamentales, no cabe sino reproducir; lo razonado en dicha resolución que no es sino: Entrando así a conocer acerca del tercero de los motivos aducidos por la parte recurrente, visto el contenido procedimental del mismo y que según quedó dicho entraba en entender que se ha prescindido de un trámite insoslayable cual es el de la Negociación en la Mesa Sectorial de la que forma parte, limitándose su actuación a un trámite de audiencia que no puede ser equiparado al de negociación, el mismo no puede ser acogido y ello por cuanto que al disponer el art. 33.2 de la Ley 7/07, Estatuto Básico del Empleado Público, que constituirán las Mesas de Negociación y estarán legitimadas para estar presentes entre otras y por lo que al caso importa,” las Organizaciones Sindicales mas representativas a nivel estatal, las Organizaciones Sindicales mas representativas de las Comunidades Autónomas, así como los Sindicatos que hayan obtenido el 10 por 100 o mas de los representantes en las elecciones para Delegados y Junta de Personal en las unidades electorales comprendidas en el ámbito específico de su constitución”, y visto que al respecto la recurrente se limita a afirmar que es el sindicato mas representativo, sin acreditar al respecto que supere los límites establecidos al respecto, no puede sino concluirse lo anunciado, sin que pueda argüirse que el ámbito de la negociación eventualmente era por un lado la Mesa Sectorial de Negociación y por otro la Comisión del VI Convenio Colectivo de Personal Laboral de la Junta de Andalucía, pues no solo la cuestión a negociar es propia de la Mesa General y no Sectorial, sino que además, estas últimas, en conformidad a lo establecido en el art. 34 párrafos 4º y 5º de la ley 7/07 citada se constituyen por acuerdo de las Mesas Generales a la par que sus competencias se extienden a temas comunes a los funcionarios del sector que hayan sido objeto de decisión por parte de la Mesa General respectiva o a los que ésta expresamente les reenvíe o delegue, lo que

no consta que concurra en el actual caso, siendo así que al haber intervenido en la Mesa General de Negociación las tres centrales sindicales mas representativas, quedó cubierta la exigencia establecida en el art. 33 mencionado, por lo que el motivo ha de decaer.”

Respecto al fondo, del litigio alega la actora que es la Ley 9/2007 de 22 de octubre, modificada por la Ley 1/2011, la que atribuye el ejercicio de potestades públicas a la Administración Instrumental de la Junta de Andalucía, haciéndolo de forma confusa al modificar el art. 68.1 b) y 69 de la ley 9/2007. Tales preceptos señalan:

“Las agencias públicas empresariales son entidades públicas a las que se atribuye la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público, sean o no susceptibles de contraprestación, y que aplican técnicas de gestión empresarial en ejecución de competencias propias o de programas específicos de una o varias Consejerías, en el marco de la planificación y dirección de estas. Las agencias públicas empresariales pueden ser de dos tipos:

a (...)

b) Aquellas que tienen por objeto, en ejecución de competencias propias o de programas específicos de una o varias Consejerías, y en el marco de la planificación y dirección de estas, la realización de actividades de promoción pública, prestacionales, de gestión de servicios o de producción de bienes de interés público, sean o no susceptibles de contraprestación, sin actuar en régimen de libre mercado.”

“Las agencias públicas empresariales a que hace referencia la letra b) del apartado 1 del artículo 68 de esta Ley se rigen por el Derecho Administrativo en las cuestiones relacionadas con la formación de la voluntad de sus órganos y con el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados en esta Ley, en sus estatutos, en la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía y demás disposiciones de general aplicación. En los restantes aspectos se regirán por el Derecho Administrativo o por el Derecho Privado según su particular gestión empresarial así lo requiera.”

En dichos términos se afronta la regulación de las agencias públicas empresariales en cuanto al régimen jurídico de las mismas en términos similares a la LOFAGE cuando la misma dispuso la regulación de los organismos

En relación a esta materia de impugnación no encuentra la Sala reproche alguno en relación a los vicios de denunciados. En primer lugar porque tales vicios resultan completamente ajenos a la disposición in-

pugnada ya que se refieren al régimen jurídico propio de la Agencia de Dependencia y servicios sociales creada por Decreto 101/2010, mientras que la resolución impugnada tiene por objeto la integración del personal que va a prestar su servicio en la indicada agencia de tal forma que en nada incide el régimen derecho público o privado al que deberá someter su actuación respecto a la forma en que se efectuará la integración del personal que desarrollará sus servicios en la misma. Aún entrando en el fondo del asunto debe señalarse que la configuración del régimen jurídico de la denominada Administración instrumental y la admisión de entes públicos por su forma de personificación que someten su régimen de actuación parcialmente al derecho privado, aparece admitida por la LOFAGE cuando distinguió el régimen jurídico de los Organismos públicos, distinguiendo entre organismos autónomos y entidades públicas empresariales (y tras la ley 28/2007 (as Agencias Estatales). Aún cabe añadir las sociedades anónimas en cuyo capital sea mayoritaria la participación de un ente público contempladas en la disposición adicional duodécima de la LOFAGE. Tanto en las entidades públicas empresariales como en las indicadas sociedades se aprecia un sometimiento al menos parcial al derecho privado y ello, si bien ha sido criticado doctrinalmente y aún jurisprudencialmente por suponer una huida del derecho administrativo, no ha dejado de resultar admitido por los operadores jurídicos, sin que, y esto es lo relevante, se aprecie por ello inseguridad jurídica alguna, puesto que aún mediante el empleo de conceptos jurídicos indeterminados, la ley define en sus líneas maestras el régimen jurídico de los entes de que se trata. Por otra parte, y por lo que hace al núcleo del litigio, manifiesta que no existe la desigualdad denunciada por no ser idénticos los términos de comparación, ni pretenderse en el Decreto el acceso de personal privado a la condición de empleo público de forma subrepticia, ya que en la propia Disposición Adicional exige, que para acceder a la situación de funcionario o laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía deben superar pruebas de acceso libre. No existe por tanto acceso a la condición de empleado público o funcionarización encubierta, sino mero cumplimiento de las normas de Derecho Laboral por sucesión de empresas, y la subrogación de la Agencia que son aplicables al personal de la desaparecida Empresa Pública Desarrollo Agrario y pesquero SA. Por último considera, que la creación de la Agencia trae causa de la Potestad de Autoorganización que tiene la Administración para reordenar el sector público y que el Decreto 99/2011 (LAN 2011,167) se limita a desarrollar la Ley 1/2011 dictada para tal finalidad, de ahí que cuestione la competencia de este Tribunal para

enjuiciar la Ley, atribuida en exclusiva al Tribunal Constitucional, que de hecho ya ha admitido a trámite una cuestión de inconstitucionalidad.

Por otro lado destaca la actora la vulneración del derecho de inamovilidad de los funcionarios al determinarse que los puestos de trabajo hasta ahora ocupados por ellos en la Administración General pasaran a integrarse entre las funciones de la Agencia de Dependencia y Servicios Sociales. En este particular conviene destacar que como reiteradamente han declarado tanto el TS como el TC dada la condición estatutaria del régimen jurídico de los funcionarios públicos el régimen jurídico al que estos se someten será el determinado en cada caso por el ordenamiento jurídico de tal forma que no existe el derecho del funcionario a la congelación del régimen jurídico que le resulta aplicable. Así y relacionado en lo anterior debe señalarse que la Administración pública en virtud de la potestad de autoorganización posee la potestad de determinar sus propias estructuras manteniendo alterando, modificando o suprimiendo determinadas unidades y órganos administrativos. Desde este punto de vista cabe traer a colación la Sentencia de 14-1-2011 dictada por la Sección 3 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León, (Valladolid), en la que, con cita de la doctrina del Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional, viene a decir que: “En particular, ha declarado el Tribunal Supremo que no se integra en el elenco de derechos adquiridos por los funcionarios, en cuanto opuesto al fin para el que se otorga aquella potestad de autoorganización”, el mantenimiento inalterable de las unidades administrativas en algún momento diseñadas, su organización, o su integración en el seno de la Administración” (STS 3, SEC. 3, de 17 de febrero de 1997), y ello porque, como expresa la STS 3, Sec. 3, de 12 de marzo de 1999 EDJ1990/2746,” la Administración tiene una “potestas variandi” de la normativa legal y reglamentaria que ejercita lícitamente cuando así lo aconsejan o demandan las cambiantes circunstancias de su actividad para una mejor organización de las estructuras necesarias para el ejercicio de derechos o cumplimiento de deberes del individuo en sociedad o de los servicios públicos establecidos con ese fin, pues sostener lo contrario equivaldría –en los términos de las sentencias del Tribunal Constitucional 27/1981, de 20 de julio o 6/1983, de 4 de febrero– a “petrificar” la organización de las estructuras existentes condenándolas a una inamovilidad que las alejaría de la realidad social e impediría su perfeccionamiento. Como consecuencia de esta facultad de cambiar la organización administrativa, el funcionario público no tiene un derecho adquirido frente a la Ley

que pueda oponer a la nueva organización establecida por la respectiva norma legal o estatutaria, ello sin perjuicio de los derechos que la propia Ley les reconoce relativos a su categoría administrativa, a su inmovilidad de residencia y al sueldo consignado en los presupuestos...”. La situación del funcionario lo que exige es que integrado el mismo en la Administración la supresión de el puesto de trabajo que ostente no suponga una merma de los derechos a su vez reconocidos por la ley, esto es de su Carrera Administrativa. A tal efecto no cabe apreciar vulneración alguna en la resolución impugnada puesto que prevé la situación de incorporación del personal funcionario a la Agencia, previendo que ante esta situación el funcionario integrado en la Agencia permanecerá en la Administración de origen en la situación de servicios en el sector siendo la misma voluntaria y por otro lado respecto de aquellos que no se integren tanto el protocolo de integración impugnado, como la misma ley 1/2011 prevén su permanencia en el servicio activo lo que supondría en su caso la reasignación de un puesto de trabajo en las condiciones previstas por el Estatuto Básico y sus disposiciones de desarrollo previstas por el art. 8.1 b) del mismo.

Por tanto ninguna vulneración de los derechos funcionariales cabe apreciar desde este punto de vista en la disposición impugnada teniendo en cuenta asimismo la contundencia de la previsión contenida en la disposición adicional cuarta de la ley 1/2011 cuando indica que en todo caso se reservaran a los funcionarios públicos el ejercicio de potestades públicas y consecuentemente los puestos de trabajo de las Agencias que impliquen el ejercicio de tales potestades.

En último lugar queda por examinar la vulneración por la resolución impugnada de los derechos consagrados en los arts 14 y 23.2 de la constitución y de los principios de mérito y capacidad constitucionalmente consagrados y asumidos por el Estatuto Básico del Empleado Público.

Respecto de esta cuestión, conviene recordar la Doctrina Constitucional sobre el artículo 23.2 de la Constitución (RCL 1978,2836) y las pruebas selectivas para acceso a la función pública. Así, en su sentencia de 18 de abril de 1989 (RTC 1989, 67) –entre otras– ha declarado que el derecho de igualdad de quienes concurren en turno libre, ha de ponerse en conexión con el derecho a la igualdad en el acceso a las funciones públicas del artículo 23.2 de la Constitución, puesto que, como ya ha declarado en muy diversas ocasiones este Tribunal (por todas, STC 86/1987 de 2 junio (RTC 1987, 86), este último derecho es una especificación del principio de igualdad ante la ley, formulado por el artículo 14 de la Constitución, por lo que en caso del acceso a las fun-

ciones públicas, y cuando no esté en juego ninguna de las circunstancias específicas cuya discriminación veda el artículo 14, es dicho artículo 23.2 el que debe ser considerado de modo directo para apreciar si el acto impugnado ha desconocido el principio de igualdad.

El principio de igualdad en el acceso a las funciones y cargos públicos consagrado en el artículo 23.2 de la Constitución, ha de ponerse en necesaria conexión con los principios de mérito y capacidad en el acceso a las funciones públicas del artículo 103.3 de la Constitución y referido a los requisitos que señalen las leyes, lo que concede al legislador un amplio margen en la regulación de las pruebas de selección de funcionarios y en la determinación de los méritos y capacidades que se tomarán en consideración, si bien esta libertad aparece limitada por la necesidad de no crear desigualdades que resulten arbitrarias en cuanto ajenas, no referidas o incompatibles con los principios de mérito y capacidad enunciados.

Como se dijo en la STC 302/1993 (RTC 1993,302), la solución no podía ser otra, puesto que el citado artículo 23.2 de la Constitución determina, en primer lugar, una libertad de acceso de los ciudadanos a dichas funciones públicas, que sólo puede ser exceptuada por muy excepcionales razones objetivas. Y se afirma el carácter excepcional de los sistemas que no sean de libre acceso respecto a quienes no tengan relación funcional alguna. De ahí que se otorgue un derecho reaccional para impugnar ante la jurisdicción ordinaria, toda norma o aplicación concreta de una norma que quiebre la igualdad.

Así como recoge la sentencia de la Sala de lo contencioso administrativo de Sevilla de este mismo Tribunal de Justicia de fecha 2 de noviembre de 2011, dictada en asunto semejante, y aplicando los criterios allí establecidos que compartimos, en efecto la tan citada Disposición Adicional Tercera quiebra dicha igualdad, porque al integrar directamente al personal procedente de las fundaciones y entidades extinguidas, en la Agencia Pública Empresarial, pasa a formar parte de ella como personal laboral de la Agencia, y por tanto entra en el ámbito de aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público (RCL 2007, 768) (artículo 2.1 –personal de las Agencias–), pero claro está sin respetar los principios rectores de acceso al empleo público exigidos en la Constitución, en el Estatuto Básico, en la Ley de Reordenación (art. 70) y en el propio Decreto impugnado en cuyos Estatutos se establece para su personal, un sistema de selección que respetará los principios de publicidad, mérito y capacidad. Ello supone más que una huida del derecho administrativo (como declaraba la STS 29-11-2009, que estimó la nulidad del Decreto que aprobaba los estatutos de E.G.M.A.S.A.), un des-

precio al Estado de Derecho, porque el propio Estatuto Básico, reconociendo en su Exposición de Motivos esa tendencia de las Administraciones Públicas a la contratación de personal laboral, integra en un único cuerpo legal básico las normas principales que se aplican a los empleados públicos sean funcionarios o personal laboral y esas normas principales como afirma el Ministerio Fiscal, fiel trasunto del artículo 23.2 han sido infringidas en el presente caso, porque todos los trabajadores que se integran como personal laboral de la Agencia han eludido el acceso por esos principios de igualdad, mérito y capacidad.

Igualmente siguiendo la misma sentencia anteriormente citada, nada que objetar desde luego, a la sucesión de empresas del artículo 44 del Estatuto de los trabajadores que obliga a la Agencia a subrogarse en derechos y obligaciones derivados de los contratos de trabajo de este personal, pero una cosa es la subrogación empresarial de las normas laborales y otra bien distinta la integración, con las consecuencias apuntadas, que convierte a este personal automáticamente en personal laboral de la Agencia con acceso directo a la Administración Instrumental de la Junta de Andalucía. Se vulnera así, por dicha Disposición Adicional, el art. 23.2 de la Constitución que se refiere al acceso en condiciones de igualdad a los cargos y funciones públicas, que forma parte del contenido esencial de este derecho fundamental, y que es indisponible para el Órgano de Gobierno que aprueba el Decreto. También se vulnera el artículo 14 de la Constitución, respecto a terceros ciudadanos en general a los que no se les va a permitir el acceso privilegiado por integración, reservado en exclusiva a quienes trabajaban en el extinto Instituto en virtud de un régimen legal privado.

Partiendo de las referidas posiciones, el expuesto argumento merece ser profundizado, así de una parte el principio de subrogación en las relaciones jurídicas laborales insertas en la entidades extinguidas no resulta incompatible con la exigencia del pleno respecto a los principios de mérito y capacidad. Así lo que se Juzga improcedente es la integración de plano o en bloque de aquél personal laboral en el empleo público es decir en la condición de empleado laboral para la Administración. En este punto destaca que conforme al art. 8 del Estatuto básico del empleado público el personal que presta sus servicios para la Administración se clasifica en:

Funcionarios de carrera.

Funcionarios interinos.

Personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal.

Personal eventual.

De esta forma la integración del personal laboral procedente de las en-

tidades extinguidas no se produce sino como personal laboral sometido al Estatuto Básico del Empleado Público, norma que tiene el carácter de Básico, de manera que no cabe hablar de una categoría especial como sería el personal laboral que procedente de la aplicación del art. 44 del Estatuto de los trabajadores, es decir por razón de sucesión de empresas, resultase sometido a la regulación propia del Estatuto de los trabajadores y Convenios Colectivos de aplicación. Tal posibilidad resulta descartada pues no resulta posible la creación de una categoría especial de empleados públicos ajena al Estatuto Básico.

De conformidad con tales postulados el acceso a la condición de empleado público sin superación de proceso selectivo alguno, directamente por razón de la subrogación pretendida no puede juzgarse conforme a derecho pues ello es una consecuencia que excede de tal subrogación prevista en el art. 44 del Estatuto de los trabajadores. No resulta posible por razón de la subrogación indicada la atribución directa de la condición de empleado público. Tal solución desconoce absolutamente la existencia del derecho administrativo, su especialidad respecto del derecho privado, e implica la traslación sin mas de previsiones propias de la legislación laboral a la regulación del empleo público y portante al régimen de las Administraciones públicas. Así resulta posible la conciliación de ambos principios, de un lado el respeto a las relaciones laborales en que se subroga la Administración y el principio de mérito y capacidad en el acceso al empleo público de otro, de tal manera que partiendo de la subrogación expuesta se impongan pruebas de aptitud a los trabajadores que vinculados con las entidades extinguidas, pretendan el acceso al empleo público, y acudiendo a las vías ofrecidas por la legislación laboral para la extinción en su caso de la relación laboral de aquellos empleados de tales entidades que no superen las pruebas de aptitud requeridas para el acceso al empleo público, pues extinguir sobrevenidamente por tales razones las relaciones laborales, no supone desconocimiento de la subrogación en las mismas de la Junta de Andalucía pues la Administración desde luego no puede desentenderse sin mas de tales trabajadores, pero ello tampoco puede suponer el mantenimiento de la relación laboral y su conversión en empleo público para aquellos que no superasen las pruebas de aptitud de que se trata.

Aún cabe invocar otro argumento distinto en relación con los denominados procesos de funcionarización motivados por la existencia de personal laboral que desempeñaba funciones que pasen a ser propias de Cuerpos o Escalas de Funcionarios. Tales situaciones, realmente excepcionales como sucede en el caso que nos ocupa, motivaron una co-

piosa jurisprudencia tanto del TS como del TC en relación a la posibilidad de creación de pruebas específicas de acceso dirigidas de forma restringida al personal que se encontrase en tal situación, sirviendo de ejemplo la STC 27/91 en la que se analizan tales procesos restringidos de selección y su compatibilidad con los principios plasmados en el art. 23.2 de la CE. Pero aún en tales supuestos y contemplando su especialidad, lo discutido era, insistimos la procedencia de establecer procesos restringidos de acceso (admitidos por el TC mediando disposición expresa de ley), pero no, como en el caso que nos ocupa, la integración en el empleo público directa y sin consideración alguna a los principios de mérito y capacidad.

Por último, no desconoce esta Sala la cuestión relativa a la misma inconstitucionalidad de la ley 1/2011 pues esta ley es la que prevé la integración del personal laboral de las entidades a extinguir por la vía de la sucesión de empresas del art. 44 del Estatuto de los trabajadores. Ahora bien a juicio de la Sala resulta posible la resolución del presente litigio sin necesidad de plantear la cuestión de inconstitucionalidad prevista por el art. 163 de la CE, y ello por dos razones diversas.

La primera en cuanto que si bien la Ley crea la Agencia dentro de la Reordenación del Sector Público Andaluz y define su régimen jurídico, e incluso prevé la subrogación de la Administración en las relaciones laborales es la resolución impugnada la que regla y materializa la integración del personal como empleado público directamente y sin prueba de aptitud alguna, y como consecuencia de esa infracción, se vulneran los derechos y principios constitucionales invocados por los recurrentes. Ello por cuanto según hemos expuesto no es lo mismo la subrogación en las relaciones laborales, la cual no se rechaza pues según dijimos la Administración que extingue las entidades no puede desentenderse de los trabajadores de las mismas, que la atribución directa de la condición de empleado público. En este sentido la subrogación indicada es el punto de partida sobre el que la Administración podría determinar las pruebas de aptitud que con la excepcionalidad de la base sobre la que se opera, esto es la subrogación indicada, garantice en todo caso el respeto al principio de mérito y capacidad, Sin embargo no es esta la línea seguida por la resolución impugnada, sino que la misma va mas allá de lo indicado por la ley, al integrar al personal citado como empleado público sin preveer prueba de aptitud alguna. De esta manera la resolución impugnada hace que la subrogación no sea el punto e partida desde el que operar para garantizar los principio de mérito y capacidad, sino que hace de tal subrogación el único parámetro al que acudir para determinar el acceso al empleo público, y esa

opción, propia de la resolución impugnada, es la que se considera contraria a derecho. Por ello en el actual litigio, no es necesario el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad respecto a la Ley 1/2011, ya que conforme al artículo 35 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional de su validez no depende este fallo.

También desde otro punto de vista resulta innecesario el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. Así los principios de mérito y capacidad resultan directamente del Estatuto Básico del Empleado Público (art. 55.1) norma estatal Básica que se impone como tal a la ordenación que sobre el sector público puedan promulgar las diferentes Administraciones. De esta manera resultando tal principio de mérito y capacidad de la legislación básica del Estado queda precluida o cerrada para las Comunidades Autónomas de tal forma que la regulación autonómica que incluso siendo de rango legal resulte contraria a tales postulados básicos resulta inaplicable sin necesidad de plantear la cuestión de inconstitucionalidad por cuanto se vulnera no la constitución sino la norma básica del Estado que como indicamos crea un primer círculo de ordenación cerrado o precluido a la legislación autonómica. De esta forma la resolución impugnada y más concretamente la previsión que la ampararía (a los efectos puramente dialécticos según lo expuesto en el párrafo anterior) resultarían inaplicables en la medida que vulneran la legislación básica del Estado.

En consecuencia, consta la quiebra del principio de igualdad y vulnerando el derecho de acceso en condiciones de igualdad, conforme a los principios de publicidad, mérito y capacidad, establecido en la Constitución, debe acogerse la petición esgrimida en el suplico de la demanda en relación a la declaración de nulidad de la resolución impugnada.

(St. de 29 de octubre de 2012. Sala de Granada. Ponente Muñoz Cortés (Esta sentencia es repetida en el supuesto de integración de personal de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía; St. de la misma fecha).

X. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Sancciones por indebida autoliquidación del Impuesto de Sociedades. Anulación parcial del Acuerdo del TEAR. Procedencia de minoración del tipo de sociedades pequeñas. Cómputo de existencias finales.

Mediante la resolución impugnada el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Andalucía desestimó en su integridad la reclama-

ción interpuesta por la entidad actora frente a la resolución de 19 de enero de 2007, de la Dependencia Regional de Inspección de la Delegación Especial de Andalucía, de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, que acordó imponer a aquella dos sanciones de multa, una por importe reducido de 56.795,57 euros y otra por el de 15.289,02 euros, por la comisión de sendas infracciones clasificadas como graves, consistentes respectivamente en dejar de ingresar dentro del plazo establecido la deuda tributaria que debiera resultar de su correcta autoliquidación, y en la determinación o acreditación improcedente de partidas a compensar o deducir en la cuota de declaraciones futuras. Concretamente, la primera infracción se habría cometido al haberse consignado como gasto en la autoliquidación del ejercicio 2004 del Impuesto sobre Sociedades, la partida de 121.881,31 euros, abonada a los proveedores de cierta mercantil, contratista principal de la recurrente, cuando, según la Administración, esa cantidad ya habría quedado comprendida en la liquidación final realizada con motivo de la quiebra de aquella mercantil.

La segunda infracción se basa en la determinación por la actora al cierre del ejercicio 2004, de unas existencias finales superiores en 145.609,75 euros a las procedentes.

En cuanto a aquella primera imputación, basada en la deducción como gasto de la citada partida, lo cierto es que, como afirma la Administración dicho concepto debió considerarse incluido en la liquidación final realizada con motivo de la quiebra de la contratista de la recurrente, de modo que su consideración por la actora como tal gasto supuso su indebida duplicación.

Frente a todo ello, la entidad actora alega la posibilidad del pago por cuenta de un tercero, que el artículo 1158 CC autoriza al prever el posible pago por cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe, o ya lo ignore el deudor.”, añadiendo a ello que el pago de tales cantidades se produjo como mayor coste de la obra contratada, con la finalidad de su finalización efectiva.

Sin embargo y a falta de una mayor especificación, la Sala no puede sino asumir el sentido de la respuesta ofrecida en sede administrativa, que parte de aquella inclusión del gasto en la liquidación de la empresa contratista quebrada, extremo en ningún momento ha negado la recurrente, quien tampoco ha desarrollado actividad probatoria en tal sentido ni ha rechazado la realidad de la circunstancia, apreciada por el Inspector actuante, sobre la inexistencia de factura real ni repercusión de IVA alguno en la realización de tales pagos.

Por tanto, nada de lo alegado por la actora en este aspecto puede merecer favorable acogida.

Se queja también la recurrente respecto del cálculo de la base de esta primera la sanción, que la Administración determinó por la aplicación del tipo del 35 por ciento sobre la base imponible del Impuesto, en lugar de atender en este aspecto a los tipos en parte inferiores contemplados para las entidades de reducida dimensión por el artículo 127.bis de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del impuesto sobre Sociedades, como ocurriría con la actora al no superar para el ejercicio anterior al considerado, es decir, el año 2003, la cifra mínima de negocios contemplada por el artículo 122 de la misma Ley, alegación que sí debe ser acogida a la vista del propio contenido de la declaración del ejercicio que se trata, es decir, el de 2004, que aun cuando acogió expresamente el tratamiento de gran empresa (casilla 023), aplicando el tipo general (casilla 558), mostraba claramente la insuficiencia a tal fin de aquella cifra de negocios, autorizando la aplicación del régimen especial, que por lo tanto, a pesar de la conformidad que la actora prestó a las liquidaciones practicadas, que no puede impedir la impugnación en toda su plenitud del acto sancionador, debe ser considerado a la hora de determinar el importe de la sanción a imponer.

Ello, sobre todo, atendido especialmente la necesidad de rechazar interpretaciones o aplicaciones extensivas de las normas sancionadoras desfavorables al sancionado, que la doctrina constitucional tiene reiteradamente asumida, según puede verse en la STC 127/2001, que tras referirse a la garantía de certeza que sostiene el principio de legalidad penal y sancionadora, deriva de dicha garantía la prohibición para los aplicadores de la norma de una “...interpretación extensiva y la analogía “in malam partem” (SSTC 81/1995, de 5 de junio, FJ 5; 34/1996, de 11 de marzo, FJ 5; 64/2001, de 17 de marzo, FJ 4; AATC 3/1993, de 11 de enero, FJ 1; 72/1993, de 1 de marzo, FJ 1), es decir, la exégesis y aplicación de las normas fuera de los supuestos y de los límites que ellas mismas determinan. El que estas técnicas jurídicas, que tan fértiles resultados producen en otros sectores del ordenamiento jurídico, estén prohibidas en el ámbito penal y sancionador obedece a que en caso contrario se convertirían en fuente creadora de delitos y penas y, por su parte, el aplicador de la nueva norma así obtenida invadiría el ámbito que sólo al legislador corresponde, cu contra de los postulados del principio de división de poderes (SSTC133/1987, de 21 de julio, FJ 4; 137/1997, de 21 de julio, FJ 6; 142/1999, de 22 de julio, FJ 3; AATC 263/1995, de 27 de septiembre; 282/1995, de 23 de octubre)...”. Entiende el Tribunal que “...cabe hablar de aplicación ana-

lógica o extensiva “in malam partem”, vulneradora de aquel principio de legalidad, cuando dicha aplicación carezca de tal modo de razonabilidad que resulte imprevisible para sus destinatarios, sea por apartamiento del tenor literal del precepto, sea por la utilización de pautas valorativas extravagantes en relación con el ordenamiento constitucional, sea por el empleo de modelos de interpretación no aceptados por la comunidad jurídica, comprobado todo ello a partir de la motivación expresada en las resoluciones recurridas (SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7; 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 4; 225/1997, de 15 de diciembre, FJ 4; 232/1997, de 16 de diciembre, FJ 2; 236/1997, de 22 de diciembre, FJ 4; 56/1998, de 16 de marzo, FJ 8; 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 7; 25/1999, de 8 de marzo, FJ 3; 42/1999, de 22 de marzo, FJ 4; 142/1999, de 22 de julio, FJ 4; 174/2000, de 26 de junio, FJ 2; 185/2000, de 10 de julio, FJ 4; 195/2000, de 24 de julio, FJ 4; 278/2000, de 27 de noviembre, FJ 11)...”.

Por ello, aunque tal vez por error la recurrente no acogió aquel otro régimen tributario, lo cierto es que, según muestran los datos de los que la Sala dispone, que la Administración no ha puesto en cuestión, aquélla pudo acogerse a dicho tratamiento más beneficioso, lo que, consecuentemente, hace obligado asimismo su asunción a estos efectos sancionadores que ahora se trata, y ello como resultado interpretativo más favorable al afectado por el ejercicio del Derecho punitivo.

En este punto, pues, el recurso debe ser estimado.

La segunda de las sanciones impuestas a la recurrente, lo fue con fundamento en el artículo 195.1 de la Ley General Tributaria, es decir, por determinación o acreditación improcedente de “..partidas positivas o negativas o créditos tributarios a compensar o deducir en la base o en la cuota de declaraciones futuras, propias o de terceros..”, tipo este que la demanda no considera aplicable en el supuesto contemplado, en el que se castigó la determinación por la actora al cierre del ejercicio 2004, de unas existencias finales superiores en 145.609,75 euros a las procedentes. Con ello, para el ejercicio siguiente, se habrían incrementado indebidamente las existencias iniciales, que, como es sabido, sumadas a los gastos por compras, menos las existencias finales, conforman los gastos de explotación, que a su vez, determinan el resultado contable y la base imponible del impuesto.

De esta forma, no puede decirse que también en este aspecto la Administración se haya excedido en la interpretación que merecen las normas sancionadoras desfavorables al afectado por su aplicación, ya que frente a lo propuesto por la representación actora, aquella indebida elevación de las existencias finales encaja sin esfuerzo en la determina-

ción de partidas tributarias a que se refiere la norma punitiva aplicada, la cual castiga sin más la determinación o acreditación de partidas positivas o negativas que se reservan para compensar o deducir en otros ejercicios, términos estos en los que pueden incardinarse sin esfuerzo aquellos elementos de la contabilidad de la entidad que como las existencias, sirven para conformar la base imponible y la cuota del impuesto del futuro ejercicio.

Se trata en efecto, de partidas de obligada consignación en la cuenta de resultados y con influencia decisiva en la determinación del rendimiento neto del ejercicio, al hacerse depender directamente de los gastos de explotación, como referidos sólo a los relacionados con las existencias empleadas en su producción. Por lo demás, puesto que, como afirma la Administración, las existencias finales se corresponden con las iniciales del período siguiente, las cantidades improcedentemente acreditadas supondrán un gasto que la actora habría de deducir en ejercicios futuros.

QUINTO. En consecuencia el recurso sólo puede ser parcialmente estimado en relación con la determinación de la base de la sanción impuesta de acuerdo con el artículo 191 LGT, debiendo desestimarse el recurso en el resto, y todo ello, al no aparecerse méritos suficientes, sin que se estime procedente emitir pronunciamiento expreso alguno sobre el pago de las costas causadas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

(St. de 10 de octubre de 2012. Sala de Sevilla. Ponente Hinojosa Martínez)

XII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

Valoración de terrenos expropiados para sistema generales de ámbito supra-municipal. Régimen jurídico.

La Comisión Provincial de valoraciones fija el Justiprecio de la parcela, expropiada, como hemos dicho, para la realización del proyecto 2-SE-0171 “variante de las Cabezas de San Juan en la carretera A-471”, de acuerdo con el siguiente detalle:

2,9497 has. labor de regadío x 29.817€/ha.	87.951,20 €
Pérdida cosecha 2,9497 ha x 2000 €/ha.	5.899,40 €
División de finca	35.938,13 €
Servidumbre Indemnización por reposición riego	4.500,00 €

Afección 5% s/ 87.951,20 €	4.397,30 €
TOTAL	138.686,30 €

La Comisión, para su valoración, parte de la clasificación del suelo como no urbanizable, y considera aplicable la Ley 6/1998, acudiendo al método de comparación teniendo en cuenta como datos de comparación el resultante de la “Encuesta Oficial de Precios de la Tierra” del año 2006.

En sustancia la pretensión de la actora sobre aumento del valor de expropiación se funda en conocida doctrina del Tribunal Supremo acerca de los casos de valoración de terrenos expropiados para sistemas generales de ámbito supramunicipal (sobre todo a raíz de las expropiaciones relacionadas con servicios del Aeropuerto de Barajas), sin embargo, como hemos dicho en numerosas ocasiones, esa doctrina, aparte de referirse al TR de la Ley del Suelo de 1976, ha sido ampliamente matizada por el propio Tribunal, excluyendo los sistemas generales de ámbito supramunicipal, limitándola a aquellos sistemas destinados a hacer ciudad en el sentido de integrarse en la malla urbana y previstos por el planeamiento en ejecución del mismo. Lo que no ocurre con una carretera destinada precisamente a excluir el tráfico del viario urbano y que se constituye como una barrera para el crecimiento de la ciudad.

Pero, antes que nada habrá que decidir la cuestión de la norma aplicable al haber entrado en vigor la Ley 8/2007, de suelo.

Sobre ello ya nos hemos pronunciado en alguna ocasión, como en sentencia de 23 de diciembre de 2010, que puso fin al recurso 1302/2008. Y, como dijimos allí:

“Con carácter previo, hemos de examinar la cuestión de la norma aplicable, por razón del tiempo, a la valoración que aquí nos ocupa. Para ello es preciso determinar el sentido de la disposición transitoria tercera, punto 1, de la Ley 8/2007, a cuyo tenor: *Las reglas de valoración contenidas en esta Ley serán aplicables en todos los expedientes incluidos en su ámbito material de aplicación que se inicien a partir de su entrada en vigor.*

“Ciertamente, tal texto suscita dudas acerca del momento a que debe referirse tal previsión: al inicio del expediente expropiatorio (aprobación de la relación de bienes y derechos), al inicio del expediente de justiprecio o a la fecha en que se adopta el acuerdo de valoración. La Ley 8/90, pese a algunas dudas, se refería, en el sistema de expropiación, a la fecha de inicio del expediente expropiatorio, a la aprobación de la relación de bienes y derechos. La Ley 6/1998, dejaba en claro que la fecha a tener en cuenta era la de la fijación del justiprecio. En la Ley 8/2007, no se hacen referencias concretas. Pero el punto uno transcrito

de la disposición transitoria tercera de la Ley 8/2007, no precisa el momento, dentro del procedimiento de expropiación al que habrá que estar para la aplicación de la nueva norma. Sin embargo, poniendo en relación el texto transcrito con el punto segundo de la misma disposición transitoria, podemos concluir que la fecha a tener en cuenta es la de aquella a la que deba referirse la valoración. Es decir, conforme al artículo 36 de la Ley de Expropiación Forzosa, al inicio del expediente de justiprecio: a la fecha del requerimiento para la presentación de la hoja del justiprecio.

En consecuencia, hemos de coincidir con el técnico de la Administración en cuanto a la aplicabilidad de la Ley 8/2007, ya que el requerimiento aludido se produce el tres de septiembre de 2007, cuando ya estaba en vigor la Ley 8/2007.”

Si acudimos a los antecedentes legislativos, vemos como por parte del Grupo Parlamentario Catalán se intenta poner de manifiesto las dudas que se podían suscitar con relación a los expedientes expropiatorios iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley, por lo que propone una enmienda, la 224 del índice de enmiendas, de introducción de una nueva disposición transitoria que recogiera un régimen parecido al de la Ley 6/1998. Sin embargo la enmienda no fue aprobada.

En consecuencia, iniciado el expediente de justiprecio a finales de 2008, cuando ya estaba en vigor la Ley 8/2007, será ésta de plena aplicación.

Podría planearse si, de acuerdo con la doctrina que hacen valer las expropiadas su suelo puede considerarse incluidos en algún ámbito de desarrollo a efectos de la aplicación del número dos de la disposición transitoria tercera de la Ley. Sin embargo la Ley es muy clara cuando se refiere a *suelo urbanizable incluido en ámbitos delimitados para los que el planeamiento haya establecido las condiciones para su desarrollo*; y, en nuestro caso la previsión del PGOU a la fecha a la que debe referirse la valoración no incluía el suelo expropiado en ámbito alguno de desarrollo, siendo la carretera, sistema general supramunicipal, que se convierte en límite para el crecimiento de la ciudad. Por tanto, no estaríamos ante el supuesto de la disposición transitoria tercera número dos de la Ley 8/2007.

Pero es más, como dijimos en sentencia de esta misma Sala y Sección de 24 de marzo de 2011, recaída en recurso 1343/2008, fundamento tercero:

La expropiada muestra su disconformidad con la valoración del suelo expropiado en cuanto que, en primer lugar, discrepan de su clasificación urbanística a los efectos de valoración. Existe en la parte actora el entendimiento de que se debe valorar como

urbanizable en la medida en ‘que la obra a ejecutar ha venido a estructurar, a fijar las funcionalidades básicas de las distintas áreas del conglomerado urbano de la ciudad de Alcalá de Guadaíra, reconociendo la peculiar potencialidad del conglomerado urbano que conforma en la realidad dicho municipio con los colindantes de Mairena y Viso del Alcor, todo ello según se recoge en el informe técnico de Arquitecto que acompañó con su hoja de aprecio y que justificaría que el justiprecio alcanzara la cifra de 1.377.802 €.

En cuanto a esta afirmación hay que indicar que, como se recoge en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3^a, Sección 6^a, de 14 de febrero de 2007, mencionando otras de esa Sala de 3 de diciembre de 2.002 y 22 de diciembre de 2.003 “la valoración como suelo urbanizable de terrenos destinados a sistemas generales, ya vengán clasificados como no urbanizables, ya carezcan de clasificación específica, procede en aquellos supuestos en que estemos ante sistemas generales que sirvan para crear ciudad, lo que en el supuesto de la vía de comunicación es predicable de aquéllas que integran el entramado urbano, pero no de las vías de comunicación interurbanas, pues lo contrario nos llevaría al absurdo de considerar como suelo urbanizable todas las vías de comunicación, incluidas las autopistas y carreteras nacionales en toda su extensión, con la posible excepción que se fija en las Sentencias de 22 de diciembre y 12 de octubre de 2.005, entre otras, en relación con la vía de comunicación de las grandes áreas metropolitanas, aun cuando afecten a términos municipales distintos, en que habrá que acreditar en cada caso concreto si responden a esa finalidad de crear ciudad.”

En el presente supuesto, en ningún caso nos consta acreditado que ese fin de crear ciudad se haya cumplido con la ejecución del proyecto de desdoblamiento de la A-392, entre la A-92 y la Variante de Mairena y el Viso del Alcor pues el planeamiento vigente a la fecha de valoración (FGOU de 1994), lo califica dentro de la red intercomarcal y no como integrada en la red viaria de interés municipal. Por dicha razón no figura esa previsión en el planeamiento y además el instrumento urbanístico clasificaba el terreno expropiado como suelo no urbanizable de uso común o rústico, alejándose con ello toda idea de creación de “malla urbana” o concepto equivalente.

Por lo demás, el que infraestructuras supramunicipales aparezcan en el planeamiento no las convierte en sistemas generales urbanos. Se trata simplemente de una exigencia del ordenamiento sectorial correspondiente o simple previsión en cuanto que tales infraestructuras han de condicionar el modelo territorial; pero no son sistemas generales exigidos por la ejecución del planeamiento. No deben confundirse, los sistemas que vienen bien a la ciudad, como cualquier sistema general, incluidos los supramunicipales, con los servicios que hacen ciudad, que se integran en la malla.

En consecuencia, siendo las mismas las razones que se hacen valer en la demanda, con las que, según parece, se pretende extender a la valoración de cualquier suelo expropiados para sistemas generales el

régimen del suelo urbanizable sectorizado, a lo dicho hemos de estar, por lo que procede desestimar el recurso en cuanto a la valoración como suelo urbanizable.

En este apartado, para completar las consideraciones anteriores, traemos a colación lo que hemos dicho en asunto sustancialmente idéntico al presente y finalizado por sentencia de fecha 16 de noviembre de 2012 (recurso contencioso-administrativo nº 232/2011) en el que indicábamos, respecto a la valoración de la documentación obrante en dicho recurso, que: *“desde luego, no cabe dar por resuelto el asunto por ese extrañero certificado del secretario del Ayuntamiento de las Cabezas que, no sabemos con qué competencia, ni jurídica ni técnica, a la vista de los planos de ordenación, concluye que la variante se contempla en el planeamiento como “elemento estructurante y vertebrador de la infraestructura viaria del municipio”*.

Despejado lo anterior vemos como la comisión yerra al considerar aplicable la Ley 6/1998, para lo que aplica el método de comparación acudiendo a la Encuesta Anual de Precios de la Tierra, lo que le lleva a aplicar el valor dicho.

Frente a ello, la vigente Ley de Suelo al margen de las clasificaciones que puedan resultar de la normativa urbanística aplicable, sólo distingue dos situaciones básicas del suelo: rural y urbanizado. Y, para el suelo rural sólo establece un método de valoración, sin perjuicio de las correcciones que procedan atendiendo a las especiales circunstancias de cada suelo: la capitalización de la renta real o potencial; pero aquí carecemos de dato alguno sobre cuya base establecer un valor de acuerdo con los criterios de la Ley de Suelo.

Pero, en todo caso, la parte actora no articula pretensión alguna sobre la base de un mayor valor de la tierra conforme al método de capitalización y especiales características de la finca, limitándose a solicitar una valoración por el método residual; y la única prueba que propone es la pericial de arquitecto dirigida a acreditar dicho valor, por lo que no podemos tenerla en cuenta.

En consecuencia no acreditado ese mayor valor que reclama de acuerdo con los criterios legales de valoración del suelo, aquí sólo nos queda la desestimación del recurso.

En cuanto al incremento de la indemnización por vía de hecho, al ser nula la declaración de utilidad pública y necesidad de ocupación por falta del trámite de información pública en el procedimiento de aprobación de la actuación que motiva la intervención.

Sobre ello ya nos hemos pronunciado dictada en recurso 28/2008 en el sentido de que: *“Pues bien, esta misma Sala y Sección ya se ha pronunciado al respecto en otras ocasiones y así entre otras hemos se-*

ñalado en la sentencia de 23 de diciembre pasado, recaída en el recurso 493/2008, que como indica el Tribunal Supremo, Sección 6ª, en sentencia de fecha 16 de marzo de 2009 (recurso 7679/2005), la pretensión de incremento del justiprecio en un 25%: *“Constituye una manifestación de la responsabilidad patrimonial de la Administración (artículo 121, en relación con el 125, de la Ley de Expropiación Forzosa), que tiene su propio y específico procedimiento en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992.*

Debieron, pues, instar la oportuna reclamación por dicho cauce, sin que el artículo 65.3 de la Ley de esta jurisdicción sea el instrumento idóneo para ello, ya que alude a los daños y perjuicios cuyo resarcimiento constituya el objeto principal del litigio o que sean consecuencia de la anulación del acto contra el que se dirige la acción contencioso-administrativa.

Ciertamente”, (continúa la sentencia que transcribimos), “esta Sala ha admitido que, sin previa reclamación en la vía administrativa, pueda pedirse por primera vez en sede jurisdiccional la indemnización como consecuencia de la ocupación de terrenos al margen de todo procedimiento, pero lo ha hecho en supuestos en los que se impugnaba la negativa administrativa a restituir el suelo indebidamente ocupado o a incoar un expediente de expropiación [sentencias de 22 de septiembre de 2003 (casación 8039/99, FJ 3º)] y 19 de abril de 2007 (casación 7241/02, FJ 4º)], así como en aquellos otros en los que se declaró la nulidad de dicho expediente por falta de cobertura, sin que cupiese la restitución in natura del bien expropiado [sentencia de 11 de marzo de 1996 (apelación 10573/91, FJ 4º)].

En definitiva, la indemnización de daños y perjuicios puede constituir una de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la situación jurídica individualizada cuyo reconocimiento se pretende (artículo 31.2 de la Ley 29/1998). Y en este caso tiene todo su sentido la norma que habilita el planteamiento sobre la existencia y cuantía de los daños y perjuicios como cuestión nueva en sede judicial, incluso en el trámite de conclusiones (artículo 65.3 de dicha Ley). En otros términos, la pretensión de indemnización de daños y perjuicios puede hacerse directamente ante el tribunal de lo contencioso-administrativo en aquellos casos en que sea el único medio de restablecer plenamente la situación jurídica que el acto administrativo o la vía de hecho perturbaron, pero cuando se articula como cuestión principal, sin ningún vínculo directo con la actuación impugnada, resulta necesaria la previa formulación de la petición en vía administrativa.”

Pero es que, además, en este caso consta que, en el BCUA de 7 de diciembre de 2001, se publicó la resolución de 24 de octubre de 2001 por la que se anuncia la apertura del trámite de información pública. Tras lo que, en el BOGA de 16 de febrero de 2004, se publica el acuerdo de 26 de enero de 2004 por el que se aprueba la información pública y el estudio informativo de la Variante de Las Cabezas de San Juan, cuya aprobación, conforme al artículo 38.3 de la Ley Andaluza 8/2001 de-

termina la declaración de utilidad pública y necesidad de ocupación. Por todo ello, sólo nos queda la desestimación del recurso también en este punto.

Intereses.— Aunque la Comisión no se haya pronunciado sobre ello, es reiterada la doctrina del Tribunal Supremo acerca de la obligatoriedad de que la sentencia se pronuncie sobre ello, incluso si no hay petición de parte.

Y, como dijimos en la sentencia citada de marzo de 2011: *Respecto al devengo de intereses en procedimientos declarados de urgencia existen múltiples pronunciamientos del TS y citando el contenido en la sentencia de 27 de octubre de 2007 hay que señalar que: “En las expropiaciones de carácter urgente, la determinación del “dies a quo”, a efectos del cómputo de intereses por la demora en la fijación del justiprecio, se produce, como norma general, al día siguiente de la fecha de la efectiva ocupación de los bienes o derechos (artículo 52.8 de la Ley de Expropiación Forzosa) hasta que el justiprecio fijado definitivamente en vía administrativa se paga, deposita o consigna eficazmente, sin que, por tanto, exista solución de continuidad entre los intereses de los artículos 56 (demora en la fijación) y 51 (demora en el pago) de la Ley de Expropiación Forzosa, debido a la disposición por parte del beneficiario de los bienes o derechos sin previo pago. Cuando el justiprecio se modifique en vía judicial, el periodo de devengo es el mismo pero sobre la cantidad determinada en sentencia firme y liquidándose con efectos retroactivos. Si, a pesar de la declaración de urgencia, la ocupación tuviese lugar después de transcurridos seis meses de tal declaración de urgencia, al entenderse con ésta cumplido el trámite de declaración de necesidad de ocupación (artículo 52.1ª de la Ley de Expropiación Forzosa), el dies a quo será el siguiente a aquél en que se cumplan los seis meses de la declaración de urgencia, salvo que la declaración de urgencia no contuviese la relación de bienes o derechos expropiables ni referencia a un proyecto y replanteo aprobados o reformados posteriormente, porque, en este caso, el dies a quo será el siguiente aquél en que se cumplan los seis meses de la aprobación de dicha relación de bienes o derechos a expropiar o del proyecto y replanteo, porque será desde este momento cuando se conocerán los que habrán de ser expropiados.”*

Partiendo de estas consideraciones, dado que desconocemos cuanto tuvo lugar el acuerdo de necesidad de ocupación y que el levantamiento del acta de ocupación tuvo lugar el 30 de junio de 2006, los intereses por retraso en el pago del justiprecio serán, ajustándonos a la pretensión de la parte, los devengados a partir del día 1 de julio de 2006 hasta su total pago, sobre la cantidad que como justiprecio se fija en el acuerdo de la Comisión Provincial de Valoraciones de Sevilla deducidas las cantidades antes abonadas correspondientes a depósito previo y perjuicios derivados de la rápida ocupación.

En consecuencia, procede hacer en la sentencia, pese a la desestima-

ción del recurso en sustancia, el pronunciamiento relativo a los intereses desde el día siguiente al de la efectiva ocupación.

Ahora bien lo que no cabe es el devengo de intereses sobre intereses ya que, siendo la obligación de abonar intereses la que resulta de los artículos 52 regla 8^a de la Ley de Expropiación, respecto a esta petición habrá que estar a lo previsto en el Código Civil, que no admite el anatocismo.

(St. de 15 de enero de 2013. Sala de Sevilla. Ponente Vázquez García)

XIV. HACIENDA PÚBLICA

IVA. Estrategia de minoración del coste fiscal.

Se impugna en el presente proceso el acuerdo del Tribunal Económico Administrativo Regional de Andalucía de fecha 29 de abril de 2010 desestimatorio de la reclamación nº 14-026556-2008 y acumuladas formulada contra liquidación y acuerdo de imposición de sanción dictados por la Dependencia Regional de Inspección –sede de Córdoba– de la A.E.A.T. por el concepto Impuesto sobre el Valor Añadido, ejercicios 2004 y 2005.

Sucintamente, los hechos determinantes de la liquidación tributaria serían los siguientes: en el año 1986 se constituye la sociedad actora (LEYSE S.A.) que comienza a prestar sus servicios a la entidad VIDEOLUC. En el año 1991, D. ..., socio único y administrador de la entidad recurrente, se da de alta como empresario individual en régimen de estimación objetiva singular en la misma actividad que venía desarrollando LEYSE S.A. A partir de entonces, VIDEOLUC, por los servicios recibidos factura a D. ..., considerando la Inspección de los Tributos que dichos servicios de carácter fundamentalmente técnico los presta la entidad LEYSE S.A. y que la facturación a nombre de la persona física obedece exclusivamente a la mayor ventaja fiscal que eso supone, pero sin que D. ... preste dichos servicios profesionales.

Por su parte la sociedad actora señala en su demanda que LEYSE S.A. se constituyó en el año 1985, siendo entonces D. ... titular de un 33 % del accionariado y no pasando a ser socio único y administrador de la entidad hasta el año 1993. D. ... sería un empresario individual, dado de alta en el IAE en el epígrafe de Instalaciones Telefónicas, con título habilitante para el desarrollo de la actividades de instalación y mantenimiento de equipos y sistemas de telecomunicación en todo el territo-

rio nacional, con una alta cualificación profesional y que cuenta con bienes de equipo para el desarrollo de su actividad profesional. Los trabajos profesionales que D. ... viene desarrollando para la televisión por cable del Ayuntamiento de Lucena (VIDEOLUC) son, dentro de los posibles, los de control de la estructura y estado general de la red de cable en cada momento, asistir a cualquier avería principal producida en líneas troncales, subtroncales y de distribución así como sustitución de cualquier elemento activo o pasivo que provoque anomalías en su funcionamiento y la intervención como perito en procedimientos administrativos y judiciales, denunciando la apropiación indebida de la señal por cable. Por su parte LEYSE S.A. se encargaría de la solución de averías de los abonados en sus instalaciones individuales, en virtud de un subcontrato con dicha entidad, sin perjuicio de atender a algunas averías personalmente. Existiría por tanto un reparto de tareas en el ámbito de las relaciones profesionales y comerciales con VIDEO-LUC que implicaría una válida economía de opción en la forma de organización empresarial.

La llamada «economía de opción» o «estrategia de minoración del coste fiscal», según la sentencia de la Sala Tercera, Sección 2ª, del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2007 (recurso 274/03, f.j. 4º, letra d), no afecta ni al principio de capacidad económica ni al de justicia tributaria, proclamados en el artículo 31, apartado, 1 de la Constitución. En efecto, no cabe confundir la conducta de quien, para capear una carga fiscal, ejecuta, en el ejercicio legítimo de su libertad de empresa (artículo 38 de la Constitución), un negocio distinto del pretendido, obteniendo los efectos civiles y mercantiles propios del realmente realizado y no los del inicialmente programado, con la situación de quien con idéntica mira lleva a cabo la operación tributariamente más beneficiosa, pero la organiza de modo que (por fraude, simulación u otro artificio) las consecuencias para su patrimonio en el orden civil y mercantil sean las que corresponderían a la opción inicial, fiscalmente más onerosa. La «economía de opción» no ampara tal clase de comportamientos.

Llegados a este punto, nos encontramos en disposición de examinar el acontecer descrito en el segundo fundamento jurídico de esta sentencia, para desentrañar si, realmente, el entramado en cuestión constituye una estratagema creada con el propósito de evitar ingresar el IVA repercutido por los servicios profesionales de carácter técnico que presta en realidad la recurrente y que pretende hacer pasar como prestados por el accionista único y administrador de la sociedad con un más favorable régimen tributario en su condición de empresario individual,

sujeto al régimen simplificado del IVA, suponiendo fiscalmente una gran ventaja a efectos del Impuesto sobre Sociedades a que está sujeto la sociedad actora. Y la respuesta a tal cuestión ha de ajustarse necesariamente a idéntica conclusión a la alcanzada por la Administración Tributaria. Es difícil de concebir una verdadera ajenidad entre la organización societaria y la persona física cuando ambas desarrollan idéntica actividad empresarial. El reparto de servicios que prestan a VIDEOLUC no encuentra ningún soporte documental. No se ha aportado ese supuesto contrato entre el accionista único de la entidad recurrente y ésta y que, supuestamente ha de vincular también a un tercero como es VIDEOLUC, pues ello implicaría que está última, inicialmente, sólo contrata con D. Como se indica en el informe ampliatorio no se concibe que si LEYSE S.A. venía prestando desde su constitución en el año 1987 a VIDEOLUC, sin razón alguna, desde el alta como empresario individual del Sr. Ortega éste es el que teóricamente se hace cargo de los encargos de VIDEOLUC y sólo parte de ellos el mismo Sr. ... subcontrataría con LEYSE S.A. manteniendo, sin embargo, toda la estructura empresarial de medios personales y materiales de esta última. Por lo demás, las declaraciones que a la Inspección realiza el administrador de VIDEOLUC sobre quién presta los servicios a dicha entidad y que se refieren a los empleados y personal de LEYSE S.A. es difícilmente conciliable sobre la argumentación contenida en la demanda respecto del reparto de tareas que atribuye la actora entre ella y su accionista único.

Por lo demás indicar que el reproche que se contiene en la demanda de no observancia del procedimiento legalmente establecido al no aplicarse el art. 16 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades que regula la valoración de operaciones vinculadas, igualmente ha de ser desestimado. La aplicación de las reglas de valoración contenidas en dicho precepto serían de obligada observancia si la Administración Tributaria hubiera considerado que LEYSE S.A. debió factura por un mayor precio. No es esta la cuestión que se trata en el Acta de disconformidad. Lo relevante y que viene a justificar la liquidación es la atribución a la sociedad actora de los servicios que dice prestar el Sr. ... y no el valor de los mismos, cuestión que no se discute.

Por último, la pretensión articulada en la demanda como subsidiaria, referida al hecho de que a la sociedad actora, en todo caso, no sólo habría que imputarle los ingresos del Sr. ..., sino que también habría que tomar en consideración los gastos y el IVA soportado por el accionista único y administrador de la entidad, también ha de tener respuesta denegatoria pues la facturación de LEYSE S.A. no recoge los mismos. Se-

ría necesaria una rectificación de la facturación y el particular ejercicio del derecho de deducción por la recurrente para que tuviera lugar ésta y no nos consta que la misma haya tenido lugar.

De lo expuesto resulta que las liquidaciones giradas han de ser confirmadas, incluso la relativa a la sanción por infracción tributaria al no realizarse ningún reproche a la misma.

(St. de 8 de enero 2013. Sala de Sevilla. Ponente Vázquez García)

XIV. HACIENDA PÚBLICA

Económico administrativo. IBI Urbana. Impugnación indirecta valores catastrales. Analogía de las ponencias con los Reglamentos. Motivación. Ajuste necesario a valores de mercado.

Se interpone el recurso contra la resolución del Tribunal Económico Administrativo Regional de Andalucía de 28 de abril de 2011, por la que se desestima la reclamación NUM000, interpuesta contra resolución desestimatoria de recurso de reposición contra la notificación de valores catastrales de bienes inmuebles de naturaleza urbana derivada de la revisión del municipio de Chiclana, correspondientes a la finca de referencia catastral NUM001; y contra resolución de la misma fecha por la que se desestima la reclamación NUM002, interpuesta contra la valoración de la finca de referencia catastral NUM003.

La actora sostiene efectúa una impugnación indirecta de la ponencia, por la falta de motivación en la fijación de los módulos MBR y MBC empleados; que el valor catastral asignado supera el valor de mercado. Esta Sala ha reiterado en numerosos pronunciamientos que de todos es conocida la posición doctrinal y jurisprudencial a favor de la impugnación indirecta en el momento de concretarse las Ponencias en la asignación individual de valores, ya que difícilmente un contribuyente medio puede imponerse en un procedimiento que por su propia naturaleza es complejo, técnico y colectivo. Además, la publicidad edictal no garantiza suficientemente el conocimiento del contenido y alcance de dicho acto general, ni su trascendencia en la valoración del inmueble. De ahí que la aplicación del principio constitucional de tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos de los administrados (art. 24 CE) exige, para evitar la indefensión de los ciudadanos que estos pueden impugnar las valoraciones cuando realmente las conocen, que es en el momento de su asignación individual y no en fase de Ponencias.

Por otra parte, aunque una Ponencia no es una disposición de carácter general, no cabe duda que desde un punto de vista material su analogía con ella es evidente ya que los índices de valoración contemplados en la Ponencia se aplican en el acto individual, por lo que una interpretación amplia del art. 26 de la Ley Jurisdiccional, permite dicha posibilidad.

Aunque la razón que más se reitera en las Resoluciones de las Tribunales Económicos y de los órganos judiciales es que sólo en el momento de la asignación individual, el contribuyente sabe con certeza cual es la repercusión económica de las Ponencias de Valores, ya que se particulariza en sus respectivos bienes aquellos valores básicos, con la posibilidad de contrastar los valores asignados con la normativa aplicable y los criterios legales de valoración que la misma recoge, en particular el valor de mercado, establecido ahora en el art. 23.2 RD Legislativo 1/2004 de 5 de Marzo.

Esta posibilidad de impugnar el valor catastral, alegando irregularidades en las Ponencias, supone que la resolución del recurso sólo tendrá efectos en el sujeto pasivo que lo interpone, a pesar de que el vicio puede afectar a todos los contribuyentes, dado el carácter general que revisten aquellas y ello porque es la única solución coherente con el objeto de la impugnación dirigida contra el valor catastral individual.

La motivación de las Ponencias cobra especial relevancia no sólo por resultarles de aplicación los criterios generales que exigen motivar el acto administrativo, sino porque concurren en ellas unas circunstancias específicas que confieren relevancia cualitativa a aquéllas, y es así, porque el procedimiento de determinación del valor catastral da lugar a un proceso de degradación del rango de los pronunciamientos que lo integran. Así los criterios generales de valoración se encuentran en las Ley de Hacienda Local y del Catastro Inmobiliario que a su vez se concretan en parte en el RD 1020/1993, que es así mismo aplicado por la Ponencia de valores, que aún conteniendo elementos generales, especifican más aquellos criterios que permiten determinar finalmente el valor catastral individual.

La motivación se revela en primer lugar como salvaguarda y garantía del principio de reserva de ley, en cuyo caso, en lo que las normas regulen expresamente, no se exige más motivación que la mera referencia a la norma, en cambio, cuando las Ponencias especifiquen aspecto en los que tales disposiciones presenten cierto margen de indeterminación, la motivación cobra mayor importancia y reviste más complejidad, para evitar así la arbitrariedad.

El modo concreto de llevarse a cabo la motivación de la Ponencia vie-

ne establecido en la norma 22.3 del RD 1020/1993, que dispone que “las Ponencias se acompañaran en documento separado, de los análisis y las conclusiones de los estudios de mercado y de los resultados obtenidos por aplicación de los mismos a un número suficiente de fincas, al objeto de comprobar la relación de los valores catastrales con los valores de mercado. De igual manera y en documento separado se acompañarán los catálogos de edificios y construcciones urbanas elaborados por la DGC, coordinadas con la Junta Técnica Territorial correspondiente, en concordancia con la tipología establecidas en el cuadro de coeficientes del valor de las construcciones (norma 20.9)”.

La Ponencia de Chiclana, que obra en CD en el expediente administrativo, se encuentran dichos documentos, por lo que formalmente contiene la motivación específica exigida en dicha norma. Pero para que la motivación sea suficiente no basta con que recoja esta información, sino que es necesario que los estudios y análisis justifiquen las decisiones adoptadas y los valores asignados o al menos ofrezcan alguna interpretación razonable. Además si alguno de los datos, criterios o coeficientes se separan o no resultan congruentes con la información que se desprende de aquella documentación, exigirá una motivación más rigurosa que fundamente la causa de esta desviación.

Esta Sala en reiteradas sentencias, ha estimado los recursos contra las notificaciones de valores de Jerez de la Frontera, por defecto en la motivación de los MBR y MBC empleados, siendo idénticas las circunstancias concurrentes en el caso de autos, por lo que debemos aplicar idéntica doctrina.

En efecto para adoptar dicha decisión la propia norma técnica 21 del R.D. 1020/1993, exige se realicen una serie de estudios previos y en base a ellos se redacten unas propuestas coordinadas de valores, que en nuestro caso brillan por su ausencia. El Acta 1/07 de la Comisión Superior de Coordinación Inmobiliaria, no contiene una justificación técnica del correcto ajuste de dicha asignación a la realidad económica del municipio de Chiclana. Igualmente obra en el expediente una referencia al Acta de 5/07 de la Junta Técnica Territorial de Coordinación de Andalucía, que no se encuentra incorporada, y no contiene justificación alguna.

Esa falta de motivación determina una irregularidad sustancial con una clara consecuencia de anulación del valor asignado individualmente, por partir de los módulos máximos no justificados, siendo la única solución posible la aplicación de los establecidos en la Ponencia anterior al no haberse acreditado con datos y estudios la alteración de las circunstancias y de la realidad económica de Chiclana, sin perjui-

cio de las consecuencia derivadas de esta anulación en actos liquidatorios posteriores a la notificación, cuya devolución no puede ser ordenada en esta sentencia al tratarse de la anulación del acto de gestión tributaria del Estado, no de la liquidación correspondiente a la Administración Municipal.

Se mantiene también que los valores catastrales superan el valor de mercado.

El art. 23.2 del Real Decreto Legislativo 1/04 dispone como límite que “El valor catastral de los inmuebles no podrá superar el valor de mercado, entendiendo por tal el precio más probable por el cual podría venderse, entre partes independientes, un inmueble libre de cargas, a cuyo efecto se fijará, mediante orden del Ministro de Hacienda, un coeficiente de referencia al mercado para los bienes de una misma clase”. En el expediente administrativo se encuentra dictamen pericial efectuada por un arquitecto, y visado por el correspondiente Colegio profesional, en el que se efectúa una valoración de los bienes inmuebles fijándose el valor de mercado a diciembre de 2007 en 645.696,98 euros y 651.158,24 euros, respectivamente, indicándose en el dictamen los métodos y cálculos empleados para al determinación del valor de mercado. Los valores catastrales asignados son de 781.947,65 euros y 797.586,60 euros, siendo los mismos superiores a los valores de mercado, por lo que supone una vulneración del art. 23.2 del Real Decreto Legislativo 1/04.

(St. de 11 septiembre de 2012. Sala de Granada. Ponente Frías Martínez)

XIV. HACIENDA PÚBLICA

Sometimiento de las empresas de telefonía móvil a la tasa por aprovechamiento especial de dominio público local: modalidades de determinación de la cuota; determinación reglada.

La Ordenanza impugnada es cuestionada en demanda de su declaración de nulidad total por las siguientes vulneraciones que, a juicio de la recurrente, tiene el texto normativo, pues

La mercantil no utiliza el dominio público local sino, exclusivamente, el dominio público radioeléctrico, por tanto falta la realización del hecho imponible contemplado en el artículo 20. Uno.a) de la Ley de Haciendas Locales (en adelante LHL). Se utiliza dominio público estatal, como se desprende de lo alegado y de la prueba pericial apor-

tada en vía administrativa. No utiliza cableado por el dominio público local.

En segundo lugar, no se puede aplicar la tasa general a los operadores de telefonía según el artículo 24. Uno de la LHL en la reforma operada por Ley 51/2002, de 27 de diciembre por la razón anteriormente dicha, no se utiliza ni el suelo, ni el subsuelo, ni el vuelo de las vías públicas municipales. Ya que se tributa por la tasa especial.

Existiría una doble imposición pues se está pagando la tasa del dominio público radioeléctrico, el IAE, y a las redes de cable por el 1,5%. El cálculo para cuantificar la tasa no cumple con lo dispuesto en los artículos 24 y 25 de LHL.

E) Se vulnera la normativa contenida en Derecho Comunitario –Directiva 2002/20/CE–

Es necesario que la Sala comience por constatar los elementos fundamentales del nuevo tributo que se establece en la Ordenanza Municipal impugnada.

Conforme a la regulación que se hace de la misma, constituye el fundamento y naturaleza de la tasa la utilización privativa o aprovechamientos especiales constituidos en el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales, a favor de empresas explotadoras de servicios de telefonía móvil. Estando obligados al pago de la tasa, en concepto de sujetos pasivos, las empresas explotadoras del servicio, tanto si son titulares de las correspondientes redes a través de las cuales se efectúan los suministros como si, no siendo titulares de dichas redes, lo son de derecho de uso, acceso o interconexión a las mismas.

Es cierto, como se razona en la demanda, que el servicio de telefonía móvil, por sus misma peculiaridades, se presta en su casi totalidad por el dominio radioeléctrico que, siendo de titularidad estatal –como es pacífico para las partes– no puede servir de soporte a la tasa municipal establecida. No obstante ello, también es cierto, como se hace constar en el informe técnico-económico que sirve de antecedente de la Ordenanza, que no es posible la prestación integral del servicio de telefonía móvil sin la utilización del dominio local, bien sea en los supuestos en que se hacen llamadas a teléfonos fijos, para lo que es necesario integrarse en las redes ya establecidas por las que se presta dicho servicio; o bien con la instalación de los elementos fijos necesarios para hacer posible esa telefonía móvil. Ciertamente es que, por esa misma dinámica, la utilización del dominio local (los elementos tales como antenas, de esta modalidad de telefonía no siempre están instalados en dominio local) es mucho menos intenso en el caso de esta telefonía móvil, pero eso no quiere decir que se excluya de manera absoluta, lo que es, a los efec-

tos del debate ahora suscitado, suficiente para estimar la concurrencia del presupuesto para la imposición de la tasa, de acuerdo con lo previsto en el artículo 24 del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2.004, de 5 de marzo. Ahora bien, lo que realmente se considera hecho imponible de la tasa impuesta a estas empresas explotadoras del servicio de telefonía móvil, es el uso de redes de telefonía fija para cuando hay servicios mixtos entre una y otra modalidad, ese concreto presupuesto de hecho es el que se considera sujeto a la tasa a la vista de la delimitación que se hace en la Ordenanza que se revisa. Y es esa configuración específica del hecho imponible la que se combate en la demanda, al considerar que ya la titular de dicha red está sujeta a la tasa específica del artículo 24.1º.c), por lo que no puede imponerse nueva tasa a la operadora de telefonía móvil que utiliza la red, conforme al derecho de uso compartido reconocido en la Ley 52/2.003, de 23 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

El artículo 24-1º del Texto Refundido de la mencionada Ley Local, establece las reglas para la determinación de la cuota tributaria de la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local, contemplando una doble modalidad: una regla general, regulada en los párrafos a) y b), conforme a la cual, el importe de la tasa se calculará atendiendo al “valor que tendría en el mercado la utilidad derivada de dicha utilización o aprovechamiento, si los bienes afectados no fuesen de dominio público”, o bien “el valor económico de la proposición sobre la que recaiga la concesión, autorización o adjudicación”, en el supuesto de que “se utilicen procedimientos de licitación pública”.

Frente a ese régimen general, se dispone en el párrafo c) de este artículo 24.1º, un régimen especial para las “empresas explotadoras de servicios de suministros que resulten de interés general o afecten a la generalidad o a una parte importante del vecindario” y dichos servicios exijan la “utilización privativa o aprovechamientos especiales... (del) suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales”, en cuyo supuesto el cálculo de tasa se hace de manera específica porque se establece “en el 1,5 por 100 de los ingresos brutos procedentes de la facturación que obtengan anualmente en cada término municipal las referidas empresas.” Y llegados a este punto es necesario hacer constar que este sistema de determinación de la cuota tiene una honda tradición en nuestro Derecho Tributario Local, pues ya fue establecido en el Estatuto Municipal de 1.924, cuyo artículo 378 estableció ya ese tipo de gravamen que, pese a permitir revisarlo quinquenalmente, se ha venido manteniendo con ca-

rácter fijo en toda la normativa local, lo que ha llevado a la Doctrina a hablar en ocasiones de la denominada tasas del 1,5 por 100, denominación inapropiada, como se ha recordado, porque no se trata de una tasa específica, mucho menos de una tan siquiera modalidad de tasas por utilización o aprovechamiento del dominio público local; sino de una regla específica para la determinación de la cuota tributaria. En esa terminología ha influido el hecho de que la Jurisprudencia (STS de 8 de abril de 2.002, recurso: 8402/1996) ha venido declarando la incompatibilidad entre ambos criterios de determinación de la cuota, pero no porque se entienda que son tributos diferentes, sino porque no le es dable a la Administración Municipal optar por una u otra modalidad de determinación de la cuota, sino la que imperativamente proceda conforme a las condiciones impuestas por la norma de rango legal.

A lo expuesto en el anterior fundamento es de añadir que el propio artículo 24.1.º, al regular la modalidad de cuantificación por ingresos brutos, y consciente de que estos servicios requieren frecuentemente de redes específicas de suministro que pueden ser utilizadas indistintamente por las empresas propietarias –y, a su vez, prestadoras de los servicios– o por terceros no titulares de la red, autorizadas para la prestación de estos servicios de interés general –y derecho de uso de la red ajena–; posibilidad que se vio incrementada por los procesos liberalizadores impuestos por la Legislación Comunitaria; se suscita el debate de si a la hora de calcular la tasa por este sistema especial, deberían tributar por la utilización u ocupación que dicha red comporta, no sólo la titular de la misma, sino también si habrían de estar sujetas a la tasa todas las empresas que lo utilizasen –que en puridad de principios no ocupan dominio público por sí mismas, sino en cuanto utilizan la propiedad de tercero, mediante el correspondiente resarcimiento–; cuestión que había suscitado dudas pero que el nuevo Texto Refundido ha zanjado al dispone en el párrafo cuarto del artículo 24.1.º.c) que “este régimen especial de cuantificación (1,5%) se aplicará a las empresas a que se refiere este párrafo c), tanto si son titulares de las correspondientes redes a través de las cuales se efectúan los suministros como si, no siendo titulares de dichas redes, lo son de derechos de uso, acceso o interconexión a éstas.”

Es decir, en el caso de estar sujeta la empresa suministradora del servicio a esta modalidad especial, es exigible tanto a la titular de la red a través del cual se presta, como a los meros usuarios de la misma o, conforme a la normativa comunitaria liberalizadora del sector, a los titulares del denominado derecho de tránsito o de paso.

A la vista de esa normativa, la problemática que se suscita en la de-

manda surge porque, así como no habría ningún problema en aplicar ese régimen especial del cálculo de cuota a las empresas que prestan servicios de telefonía móvil, el Legislador ha dispuesto expresamente en el segundo párrafo de este artículo 24.1º.c), que “no se incluirán en este régimen especial de cuantificación de la tasa los servicios de telefonía móvil”. Y es precisamente en relación con dicha exclusión donde encuentra fundamentación los argumentos que se utilizan en la demanda en contra de la legalidad de la Ordenanza impugnada porque, se razona, la telefonía móvil no está sujeta a la tasa, bien por incompatibilidad con la exclusión expuesta, bien por estimarse que la mera utilización de las redes de telefonía fija por estas suministradoras del servicio de telefonía móvil no puede ser objeto de la tasa. En apoyo de esa interpretación se invoca la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en las sentencias de 18 de junio y 16 de julio de 2.007, dictadas, respectivamente, en los recursos de casación en interés de la ley 26/2006 y 57/2005, los trabajos preparatorios de la reforma de la Ley Tributaria Local que aboca al actual Texto Refundido y, en fin, la normativa comunitaria.

Es por eso que el Tribunal Supremo remitió al Tribunal de Justicia la cuestión prejudicial consistente en determinar la conformidad de la Ordenanza en cuestión con la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, en concreto si el art. 13 de esa Directiva debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite exigir un canon por derechos de instalación de recursos sobre el dominio público municipal a las empresas operadoras que, sin ser titulares de la red, la usan para prestar servicios de telefonía móvil, cuestión a la que el Tribunal europeo contestó en su sentencia de fecha 12 de julio de 2012 declarando que dicho art. 13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a la aplicación de un canon por derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma, a los operadores que, sin ser propietarios de dichos recursos, los utilizan para prestar servicios de telefonía móvil.

Asimismo se declara en esa sentencia que el art. 13 de la Directiva 2002/20 tiene efecto directo, de suerte que confiere a los particulares el derecho a invocarlos directamente ante los órganos jurisdiccionales nacionales para oponerse a la aplicación de una resolución de los poderes públicos incompatible con dicho precepto.

Por tanto, a tenor de lo anteriormente expuesto, procede la estimación parcial del recurso interpuesto, debiendo declararse la nulidad del art.

2 de la Ordenanza impugnada en la frase “con independencia de quien sea el titular de aquellas”, así como el art. 3. Por otra parte, no se aprecia temeridad o mala fe a los efectos de una concreta imposición de costas a ninguna de las partes de conformidad con lo prevenido en el artículo 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

(St. de 23 de noviembre de 2012. Sala de Málaga. Ponente López Agulló)

XV. JURISDISCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Concepto de incomparecencia procesal omisiva. Doctrina jurisprudencial.

El primero de los motivos que se menciona en el escrito de apelación es el de reprochar a la sentencia de instancia en haber incurrido en incongruencia omisiva y valorar erróneamente la prueba al no contener consideración alguna sobre el dictamen emitido por el Consejo Consultivo de Andalucía en el expediente de responsabilidad patrimonial y que fue favorable a la propuesta de acuerdo desestimatorio de la responsabilidad patrimonial de la Corporación Local. Como ha indicado el Tribunal Supremo, Sala 4^a, Sección 4, en sentencia de 24 de julio de 2012, entre otras que tratan la definición y alcance del vicio de la incongruencia omisiva: el Tribunal Constitucional ha dicho que la incongruencia consiste en la ausencia de respuesta a las pretensiones de las partes, es decir un desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formulan sus pretensiones (*STC 36/2006, de 13 de febrero*).

La citada doctrina distingue entre lo que son meras alegaciones formuladas por las partes en defensa de sus pretensiones y las pretensiones en sí mismas consideradas (*STC 189/2001, 24 de septiembre*). Son sólo estas últimas las que exigen una respuesta congruente ya que no es preciso una respuesta explícita y pormenorizada de todas las cuestiones planteadas no sustanciales (*STC 51/2010, de 4 de octubre, FJ 3º*), salvo que estemos ante una alegación fundamental planteada oportunamente por las partes (*STC 24/2010, 27 abril, FJ 4º*) en que no cabría la respuesta conjunta y global. E insiste en que es una categoría legal y doctrinal cuyos contornos no corresponde determinar al citado máximo intérprete constitucional (*STC 8/2004, de 9 febrero*). Cabe, además, una respuesta de forma tácita o implícita obtenida del conjunto de razonamientos (*STC 29/2008, de 20 de febrero*). No cabe un desajuste en-

tre el fallo y las pretensiones de las partes que contravenga los razonamientos expuestos para decidir (*STC 114/2003 de 16 de junio*). Si se desatiende un aspecto con posible incidencia en el fallo puede darse lugar a una denegación de justicia (*STC 24/2010, de 27 de abril, FJ4*).

Constatamos que no es necesaria una correlación literal entre el desarrollo argumentativo de los escritos de demanda y de contestación y el de los fundamentos jurídicos de la sentencia. Podemos, por ello, resumir la doctrina de esta Sala sobre la materia en:

a) Se incurre en el vicio de incongruencia tanto cuando la sentencia omite resolver sobre alguna de las pretensiones y cuestiones planteadas en la demanda (*Sentencias de 23 de marzo de 2011, recurso de casación 2302/2009, 28 de octubre de 2011, recurso de casación 5472/2007*), es decir la incongruencia omisiva o por defecto que conculca el art. 67 *LJCA* que obliga a decidir sobre todas las cuestiones controvertidas en el proceso; como cuando resuelve sobre pretensiones no formuladas, o sea incongruencia positiva o por exceso (*Sentencia de 24 de mayo de 2010, rec. casación 6182/2006, Sentencia de 23 de diciembre de 2010, rec. casación 4247/2006, Sentencia de 15 de abril de 2011, recurso de casación 3143/09*).

b) El principio de congruencia no se vulnera por el hecho de que los Tribunales basen sus fallos en fundamentos jurídicos distintos de los aducidos por las partes (*Sentencia de 17 de julio de 2003, rec. casación 7943/2000*). En consecuencia el principio “*iuris novit curia*” faculta al órgano jurisdiccional a eludir los razonamientos jurídicos de las partes siempre que no altera la pretensión ni el objeto de discusión.

Es suficiente con que la sentencia se pronuncie categóricamente sobre las pretensiones formuladas (*Sentencia de 3 de noviembre de 2003, rec. casación 5581/2000*). Cabe, por ello, una respuesta global o genérica, en atención al supuesto preciso, sin atender a las alegaciones concretas no sustanciales.

No incurre en incongruencia la sentencia que otorga menos de lo pedido, razonando porqué no se concede el exceso (*Sentencia de 3 de julio de 2007, rec. casación 3865/2003*).

No cabe acoger un fundamento que no se refleje en la decisión ya que la conclusión debe ser el resultado de las premisas establecidas (*Sentencia de 27 de enero de 1996, rec. de casación 1311/1993*).

f) Es necesario que los argumentos empleados guarden coherencia lógica y razonable con la parte dispositiva o fallo, para no generar incoherencia interna que de lugar a contradicción entre el fallo de la sentencia y los fundamentos que justifican su decisión (*Sentencia 23 de abril de 2003, rec. de casación 3505/1997, Sentencia 29 de mayo de 2007, rec. casación 8158/2003*). Contradicción entre fallo de la resolución y su fun-

damentación reputada por el Tribunal Constitucional defecto de motivación lesivo del derecho a la tutela judicial efectiva y no vicio de incongruencia (*STC 127/2008, de 27 de octubre, FJ2*), si bien este Tribunal (*Sentencia 4 de noviembre de 2009, recurso de casación 582/2008, FJ4º*) reputa incongruencia interna la contradicción entre lo que se razona y lo que se decide derivada de error evidente en la redacción de un párrafo caracterizado por recaer sobre la circunstancia de la que depende la decisión del proceso).

Sobre la base de lo expuesto se advierte que la contestación a la demanda formulada por el Ayuntamiento apelante se limita a contener, como único argumento contrario a la pretensión actora de declaración de responsabilidad patrimonial, el discurso jurídico que forma parte del acuerdo del Consejo Consultivo de Andalucía. A este razonamiento, realizado por remisión a lo argumentado por órgano distinto a aquel que emite la resolución objeto del recurso contencioso-administrativo, se contesta suficientemente en la sentencia cuando, tras la exposición en el fundamento jurídico segundo de los requisitos exigidos para la existencia de responsabilidad patrimonial, en su fundamento tercero se recogen las razones jurídicas y circunstancias fácticas que justifican la estimación de la pretensión ejercitada. En ningún caso cabe hablar de incongruencia omisiva y menos aún de errónea valoración de la prueba en la medida en que difícilmente puede considerarse que tenga naturaleza probatoria alguna las consideraciones jurídicas contenidas en la resolución emitida por un órgano consultivo asumidas por el acuerdo denegatorio de la solicitud de declaración de responsabilidad patrimonial.

Idéntico reproche de incongruencia omisiva y errónea valoración de la prueba formula la Administración apelante en cuanto que la sentencia no hace referencia alguna a la documental y testificales practicadas ni a la protesta, tacha de testigos y valoraciones recogidas en el escrito de conclusiones.

Es cierto que la sentencia de instancia no contiene un análisis pormenorizado de todos y cada uno de los documentos (esencialmente facturas) con los cuales el demandante intentaba acreditar los perjuicios económicos causados por el cierre de la actividad autorizada. La sentencia apelada se limita a distinguir entre los gastos ocasionados hasta la impugnación judicial por la Comunidad de vecinos de la licencia de instalación y los producidos con posterioridad, excluyendo del importe de la indemnización estos últimos al considerar que el recurrente debería haber obrado con un mínimo de prudencia y no dar lugar a gastos e inversiones cuando estaba cuestionada la licencia que autorizaba

el funcionamiento de local de ocio. De aquí que la juzgadora de instancia entendiéndose que, en este segundo periodo, no existía un daño antijurídico y que el perjuicio económico producido debería ser soportado por el reclamante. Por otro lado, la determinación cuantitativa de la indemnización no se extrae en la sentencia de un análisis de todos y cada uno de los documentos aportados por el ahora apelado, sino que, implícitamente, hace suyo el pronunciamiento contenido en el fundamento jurídico primero, párrafo segundo, de la sentencia de esta Sala, Sección 2ª, de fecha 26 de noviembre de 2004 (recurso de apelación acumulados nº 857/2001 y 21/2002) que desestima el recurso de apelación formulado contra la sentencia estimatoria de la demanda formulada por la Comunidad de Propietarios contra la licencia de instalación de la discoteca y donde literalmente se señala que el “apelante probó con abundante documentación que presentó con el escrito de contestación a la demanda que las inversiones y obras realizadas en el local en que pretende instalar la discoteca ascendieron a la suma de 235.037 €. Es este un criterio que este Tribunal igualmente asume y que, además, se encuentra ratificado por la documental obrante en el recurso contencioso-administrativo y en el expediente administrativo. De lo expuesto se deduce que la incongruencia omisiva a que se refiere la Administración apelante tampoco existe en este aspecto pues en la sentencia, al aceptar la consideración contenida en la resolución de la Sala sobre la prueba y cuantificación de los perjuicios, da adecuada y suficiente respuesta a las alegaciones impugnatorias de la Corporación Local. Viene a desestimar todas y cada una de ellas en la medida en que acepta el pronunciamiento sobre dicha cuestión contenido en una sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia. Por lo demás, no es preciso realizar mención alguna en la sentencia sobre la tacha de testigos formulada por la apelante. En la medida en que la fijación del importe de la indemnización se realiza por la juzgadora de instancia exclusivamente en base a lo declarado en sentencia de esta Sala, nula trascendencia tendría contener pronunciamiento sobre el valor probatorio que concede a las declaraciones de los testigos tachados.

(St.10 de diciembre de 2012. Sala de Sevilla. Ponente Vázquez García)