

**DOCUMENTO QUE FORMA PARTE DEL
PROCESO DE REVALIDACIÓN**

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS

**CONFLICTOS HABITUALES EN LA ADQUISICIÓN DE
VIVIENDAS**

**PRESENTADA POR
HÉCTOR ALEJANDRO ARIAS SALAZAR**

**ASESORA
CARMEN BAQUERO SERRANO**

**TESIS
PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO**

MADRID – ESPAÑA

2013

PROCEDIMIENTO DE REVALIDACIÓN DE GRADOS Y TÍTULOS



CC BY-NC-ND

Reconocimiento – No comercial – Sin obra derivada

El autor sólo permite que se pueda descargar esta obra y compartirla con otras personas, siempre que se reconozca su autoría, pero no se puede cambiar de ninguna manera ni se puede utilizar comercialmente.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>



Universidad
Carlos III de Madrid

TRABAJO DE FIN DE GRADO
UNIVERSIDAD CARLOS III
DE MADRID

JUNIO 2013

TRABAJO DE FIN DE GRADO REALIZADO POR EL ALUMNO HÉCTOR ALEJANDRO ARIAS SALAZAR, ESTUDIANTE DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID, ACERCA DE LOS CONFLICTOS HABITUALES EN LA ADQUISICIÓN DE VIVIENDAS.

SUMARIO

- I. Introducción**
- II. Consumidor y empresario**
- III. Derecho de opción.**
- IV. Contrato de cesión de solar por pisos.**
- V. El defecto de cabida.**
- VI. El retraso en la entrega de viviendas.**
- VII. La no construcción de la piscina y el jardín.**
- VIII. Efectos de la publicidad.**
- IX. Defectos en la construcción de las viviendas. Humedades y grietas.**
- X. Cerramiento in consentido de terraza.**
- XI. La actualización de la renta en los arrendamientos urbanos.**
- XII. Las mayorías en la junta de propietarios en el régimen de propiedad horizontal.**

Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente dictamen consiste en establecer las soluciones a los problemas surgidos entre la sociedad mercantil Atama, don Miguel, y los adquirientes de la edificación realizada.

Para poder lograr nuestro propósito y poder concretar mejor la materia que se somete a nuestro dictamen es necesario que previamente consideremos los hechos de los que derivan cada uno de los problemas.

Por otro lado, dejamos constancia de que para la elaboración de este dictamen hemos hecho uso de la doctrina civil en la materia, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y las valiosas orientaciones de nuestra tutora.

II. Consumidor y empresario

Nos encontramos ante una relación entre don Miguel que es una persona física, funcionario ya jubilado y entre la sociedad mercantil denominada Promociones y Construcciones Atama S.L., persona jurídica, que entran en un negocio que busca otorgar un beneficio a cada parte: a don Miguel unas viviendas más una suma de dinero, y a la promotora (también constructora) una finca donde desarrollará un proyecto bastante lucrativo y conveniente para ella.

Lo primero que debemos señalar en este caso es que la relación entre un consumidor y un empresario, es una relación a la que se aplica la normativa de protección a los consumidores, la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 16 de noviembre de 2007 (en adelante TRLGDCU) que define a los consumidores como *“las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional”*. Don Miguel es ajeno a toda actividad empresarial e incluso profesional, es un jubilado, persona física, es un consumidor, un destinatario final que contrata porque desea dos viviendas y dinero, su fin es privado.

La promotora Atama es una sociedad mercantil que se dedica a los proyectos inmobiliarios y lo hace como un negocio, busca oportunidades como la que se presenta en este caso, es pues una persona jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial de forma privada (art. 4 del TRLGDCU), es por ende un empresario.

Aunque don Miguel podría ser no considerado como consumidor final en la normativa española, la protección en el ámbito comunitario es más amplia puesto que no considera que el hecho de no ser destinatario final sea un impedimento para gozar de la protección como consumidor y en ese sentido es también consumidor el cedente no profesional que vende, arrienda, permuta, etc. algún bien a un empresario, caso en el que se encuentra don Miguel quien intercambia la finca por bienes inmuebles con Atama, que es empresario. Ahora bien habrán situaciones en las cuales el concepto de consumidor no será válido para muchas normas puesto que las leyes las definirán diferente en atención a lo que cada una de ellas persiga, así se referirán al “cliente”, al “perjudicado” o al “beneficiario”.

Las razón de las normativas de protección al consumidor, como normas especiales, es que tienen por fin proteger al contratante más débil frente al más fuerte, por eso la ley tiene normas que equilibran estas relaciones, tales como el Real Decreto 515/1989 sobre información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de inmuebles, la Ley 57/1968 sobre las cantidades que se adelantan al comprar viviendas, la Ley 38/1999 de Ordenación de la Edificación y las mismas normas del TRLGDCU.

Es aquí donde radica la importancia del concepto de consumidor puesto que quien actúa bajo esa calificación goza de la protección reforzada que concede la ley en un intento por equilibrar la situación natural de desventaja entre don Miguel y la constructora, entre un consumidor y un empresario.

III. Derecho de opción

A través de documento privado de 2 de enero de 2008, don Miguel, funcionario jubilado, celebra con la sociedad mercantil promotora constructora Atama, un contrato por el cual concede a dicha sociedad un derecho de opción, que podríamos calificar de oneroso puesto que se estableció un precio de 3.000 euros por dicha opción, además de establecerse un plazo de 6 meses para el ejercicio de la misma.

Según Diez Picazo (“Sistema del Derecho Civil” Vol. II. Tomo 2, p. 71) en el llamado contrato de opción, una parte atribuye a la otra un derecho a decidir, dentro de un período de tiempo y de forma unilateral, la eficacia de un determinado contrato proyectado en sus elementos esenciales. Por ejemplo el dueño de una finca promete vender en determinado precio, y el optante adquiere únicamente la facultad de exigir el cumplimiento de esa venta proyectada.

El derecho de opción es un contrato que se perfecciona cuando tanto el optatario y el optante se ponen de acuerdo sobre la concesión de la opción, prepara un futuro negocio jurídico (compraventa en la mayoría de casos pero no siempre) y contiene los requisitos reales y el consentimiento del vendedor, como indica Sanciónena Asurmendi (“La opción de compra”. Colección Monografías de Derecho Civil. Dykinson, segunda edición, Madrid. 2007, p. 15.)

El optatario en este caso don Miguel es consciente del derecho de opción que ha otorgado a la promotora Atama y el negocio probable que existiría si aquella decide aceptarlo. A su vez la promotora Atama acepta el derecho de opción y reserva para el futuro el dar o no su consentimiento a ese negocio jurídico.

El negocio jurídico que emerge del contrato de opción ya está configurado, falta su perfeccionamiento, ya que solo se tiene el consentimiento del optatario, aun falta el del optante que se pondrá de manifiesto cuando este decida ejercitar la opción. Lo relevante aquí es que el optante no necesita un nuevo consentimiento del optatario. El derecho de opción que se realiza entre don Miguel y la promotora Atama se encuentra ya configurado. El perfeccionamiento del mismo ocurrirá cuando la empresa constructora, como optante, decida ejercitar su derecho de opción. Sin que necesite obtener un nuevo consentimiento de don Miguel.

El optatario, eso sí, deberá desempeñarse con buena fe, absteniéndose de conductas que frustren o disminuyan el derecho del optante, don Miguel no podrá por ejemplo, decidir arbitrariamente revocar dicho contrato ya que otorgada la opción, solo incumbe a la promotora Atama la realización de su ejercicio o decidir simplemente no ejercerlo. La concesión se mantiene durante los seis meses acordados con el optante y don Miguel no puede realizar ninguna acción o actividad que pueda impedir, obstaculizar o disminuir el derecho de la promotora a ejercer su opción.

El referido contrato de opción celebrado por don Miguel y la constructora cumple los requisitos estipulados por la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1983 al decir que *“el contrato de opción de compra precisa para su validez, la existencia de un convenio expreso entre las partes, en que con toda claridad y de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 1261 del Código civil aparezca el concurso de voluntades entre quienes lo suscriben, por tratarse de un pacto consensual, y la expresión clara y específica de la finca u objeto sobre el que recaiga, así como el precio que se fije para su posible adquisición por el optante, con comisión a éste de modo exclusivo de la facultad de exigir o no la ejecución del vínculo asumido por la contraparte y fijación de un plazo cierto para su ejercicio por parte del titular de tal derecho, durante el cual el concedente se obliga a no transmitir a persona distinta del titular del derecho.”*

La Doctrina y la jurisprudencia estiman que es requisito esencial del derecho de opción su sometimiento a un plazo o término de ejercicio, por ello la sentencia del Tribunal Supremo N° 410/2009, de 2 de junio (RJ 2009, 3363) dice: *“La vigencia de la opción únicamente durante un tiempo determinado e inexorable es consustancial a su propia naturaleza, pues de no ser así quedaría a voluntad del optante de modo indefinido la posibilidad de perfeccionar el contrato”*.

En el contrato celebrado por don Miguel y la constructora se estableció un plazo para el ejercicio de la opción de seis meses y un precio por dicha opción de 3.000 euros, esto último constituye un elemento accesorio denominado prima y transforma el contrato en oneroso y bilateral, es la contraprestación por la opción. Es distinta del precio, aunque las partes pueden pactar que quede absorbida en él, pero no se debe confundir con este.

En el caso que venimos estudiando lo que pretende la promotora Atama es tener la posibilidad, como finalmente decide, de poder ejercer su derecho de opción sobre las fincas de don Miguel teniendo todo el camino preparado y el negocio jurídico configurado debido a que el contrato de opción de compra la faculta para que pueda, de forma unilateral, ejercer su derecho de opción en el plazo acordado.

Don Miguel tendrá que mantener dicha concesión durante el plazo señalado y además de ello cumplir con las demás exigencias que emanan del principio de buena fe, no realizando conductas que atenten contra el derecho del optante, frustrando o menoscabando el mismo. No puede transmitir la cosa objeto del derecho de opción, ya sea por disposición voluntaria o forzosa, además don Miguel se obliga a no disponer del bien ofrecido, ni transmitir la propiedad a un tercero. Con el contrato de opción ya prestó su consentimiento al negocio configurado, y concedió a la promotora Atama el derecho de que ella decida, en un plazo cierto, la perfección o no del mismo.

La promotora Atama decide ejercitar el derecho de opción y a tal efecto comparece ante Notario el día 30 de junio de 2008 para manifestar su voluntad de ejercitar la opción, si bien la notificación notarial de la misma a don Miguel no le es entregada sino hasta el día 4 de julio de 2008, cuando ya ha transcurrido el plazo concedido para el ejercicio de la opción.

Ejercer la opción significa que la constructora ha aceptado realizar el negocio correspondiente, se perfecciona el contrato respectivo al concurrir el consentimiento contractual del aceptante junto con el del oferente, que ya se había efectuado en el contrato de opción.

Realizado todo lo anterior, no existe posibilidad de que el concedente pueda frustrar la efectividad del ejercicio de la opción pues es suficiente para la perfección de la compraventa que el optante haya comunicado la voluntad de ejercitar su derecho de opción.

El ejercicio del derecho de opción por parte de la promotora es la manifestación de voluntad de concluir el contrato definitivo. Es una declaración de voluntad recepticia unilateral que junto a la antes emitida por

don Miguel integra el consentimiento del contrato definitivo. El contrato de opción queda consumado con tal ejercicio y determina el momento de perfección del contrato posterior, al que pone en estado de ejecución como bien lo señala la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de setiembre de 2010.

La sentencia de 16 de abril de 1979 señala claramente el perfeccionamiento del contrato al producirse el consentimiento de la opción: *“al hacer uso el aceptante del referido derecho, a la vez que produce la extinción del derecho de opción por haber surtido ya sus naturales efectos, nace o se perfecciona el de compraventa, al producirse con relación a éste el concurso de consentimiento exigido por la ley, construyendo en su consecuencia al titular del invocado derecho al cumplimiento y fijación de las reciprocas obligaciones que sobre esa base han de exigirse después”*

Uno de los elementos esenciales en el contrato de opción celebrado por don Miguel y la promotora Atama, es la determinación de un plazo para el ejercicio de ese derecho de opción, sin dejar de considerar que el mismo opera como plazo de extinción del propio derecho, si este plazo se agota entonces ya no es posible ejercitar el derecho de opción y el contrato se extingue. La opción otorgada a Atama es de seis meses y esta se pacta el día 2 de enero 2008 por lo que el plazo se cumple el día 2 de julio del mismo año.

Con respecto a las dificultades que surgen con el tema de la notificación, consideramos que la notificación esta realizada de forma correcta. Atama comparece ante el notario estando dentro de la fecha del ejercicio de la opción, es decir el día 30 de junio de 2008 y manifiesta su voluntad de ejercitar la opción, esto es dentro del plazo legal que tenía para poder realizarlo así. En este sentido lo establece la teoría de la emisión que se aplica a nuestro caso.

Es suficiente en la teoría de la emisión que el optante declare su intención de ejercer la opción, que tiene carácter recepticio, y luego lo comunique al optatario, sin que sea relevante el hecho de que este reciba la notificación antes o después del vencimiento del plazo puesto que al haber manifestado el optante su intención de ejercer la opción se considera válido si lo hizo dentro del plazo establecido.

La declaración unilateral y recepticia de la opción que ejercita la constructora es perfectamente válida puesto que tal y como se señala en la sentencia 552/2010 de 17 de setiembre, en el voto particular del Magistrado O’Callaghan, *“el optante ejercita la opción y, desde tal momento, queda perfeccionada la compraventa, pese a que tal perfección sea conocida más tarde por el concedente”*. Esto es exactamente lo que ocurre en el caso que estamos resolviendo: aun dentro del plazo la constructora decide ejercer su derecho de opción, y para ello comparece ante el Notario, el día 30 de junio 2008, siempre dentro del

plazo, y posteriormente la notificación le llega a don Miguel el día 4 de julio, pero la opción ya ha sido ejercitada y se ha perfeccionado el contrato proyectado entre la constructora y don Miguel a pesar de que él lo ha conocido luego de vencido el plazo. Además hay que decir que en mi opinión no considero que el Notario haya incurrido en negligencia o tenga alguna responsabilidad puesto que solo se encargó de comunicar lo que ya había estado perfeccionado desde mucho antes, el contrato objeto de la opción, no siendo determinante que don Miguel haya conocido el ejercicio de la opción antes o después del vencimiento del plazo para que aquella quede perfecta.

La teoría de la recepción que se fundamenta en que la aceptación de la oferta surtirá efecto en el momento en que la indicación de asentimiento llegue al oferente, ha sido sostenida por una reiterada doctrina jurisprudencial, sin embargo consideramos que si la constructora Atama en su calidad de optante ha decidido ejercer la opción, eso ha sido fundamental y simplemente ha completado el consentimiento que ya había otorgado don Miguel al momento de realizar el contrato de opción por lo que el contrato proyectado ya se ha perfeccionado siendo irrelevante que la notificación llegue antes o después del vencimiento del plazo, sino que lo importante es que se haga lo necesario para que se notifique.

Con respecto a la denominada teoría de la cognición, esta se deriva del art. 1262, en su segundo inciso pues se considera que el optatario debe conocer cuando puede considerarse libre de su vinculación por la opción y además su obligación no puede durar más allá del plazo de la misma. La sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1995 en un supuesto similar donde la notificación llegó al optatario después del plazo establecido señaló que *“la compraventa no queda perfeccionada por la sola manifestación de voluntad del optante dentro del plazo de ejercicio de la opción, sino que es necesario dada la naturaleza recepticia que posee, que llegue a conocimiento del concedente de la opción o vendedor dentro del susodicho plazo, ya que debe de suyo conocer si ha quedado libre o no de disponer sobre la cosa objeto de la opción, y porque hasta la finalización del plazo, y no más lejos dura su vinculación con el optante”*

De esta manera siguiendo el artículo 1262 en su segunda parte no se entiende perfeccionada la venta hasta que el concedente no conoce la aceptación del optante. Es obligación del optante emplear los medios adecuados para que esa notificación se realice. Lo negativo que vemos en esta teoría de la cognición es que bastará que el concedente no se interese en conocer lo que el optante le notifica para que impida la eficacia de lo que declara el optante.

Finalmente consideramos que el derecho de opción ha sido ejercitado válidamente, dentro del plazo y que la notificación de la misma se ha realizado correctamente sin interesar si llegó antes o después del vencimiento del plazo de la opción a su destinatario.

IV. Contrato de cesión de solar por pisos

Don Miguel cede el derecho de propiedad de su finca con el objeto de recibir como contraprestación un par de pisos (y también dinero) que se construirán sobre el mismo terreno que él entrega. Recurre a este mecanismo porque es probable que no cuente con los medios suficientes que demandaría construir sobre el solar las viviendas que desea. Es así que este interés confluye con el de la constructora Atama que, como empresa dedicada a la construcción está siempre a la caza de oportunidades de inversión que le permitan obtener las fincas de don Miguel sin tener que realizar la gran inversión que implica adquirir un terreno, así ambos lados salen beneficiados: don Miguel obtiene las fincas más dinero en efectivo y la constructora un terreno donde edificar sin desembolsar el costo del mismo.

Este contrato de cesión de solar no es un contrato que se encuentre incluido en nuestro Código Civil, es decir que es un contrato atípico, sin embargo no ha sido extraña su presencia en el tráfico jurídico y la jurisprudencia se ha encargado de su desarrollo.

A través de ese contrato don Miguel transmite la propiedad de las fincas a la constructora para que ella pueda edificar, además de cumplir con las correspondientes obligaciones adicionales, tales como la entrega pacífica de la posesión, los deberes de colaboración, la obligación de desalojo de la finca y la demolición de construcciones existentes si fuera el caso. En contrapartida la promotora-constructora Atama construye las viviendas y luego las entrega como contraprestación de acuerdo a lo pactado, asumiendo así la constructora una obligación de hacer y una de dar.

Diez-Picazo y Gullón (Sistema de Derecho civil, tomo II, Madrid 2001, p. 303.) al referirse a esta clase de contratos afirma que *“en la actualidad cobra relieve la permuta a propósito de la figura jurídica que surge cuando el propietario del solar transmite a otro su propiedad para que sobre él construya, a cambio de que le entregue determinadas viviendas, locales comerciales y, o plazas de garaje”*.

En nuestra opinión estamos ante un contrato de permuta ya que encontramos que aparte de los dos pisos se entrega también una suma de 300,000 euros, y apoyados en lo que dice el artículo 1446 del Código

Civil, como no tenemos datos del contrato que expresamente han querido celebrar las partes, podemos decir que como en el precio de la venta se ha priorizado el intercambio de bienes (los dos pisos son más valiosos que el dinero) estamos ante un contrato de permuta, el menor valor del dinero hace que descartemos la calificación de contrato de compraventa, siguiendo la norma mencionada.

Tanto para la doctrina como para la jurisprudencia mayoritaria la cesión de solar a cambio de obra merece calificarse como permuta. La sentencia del 2 de noviembre de 1994 califica al contrato de cesión de solar como permuta especial. El artículo 1538 del Código Civil nos dice que *“la permuta es un contrato por el cual cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa para recibir otra”*. En el caso don Miguel entrega el terreno a Atama y esta se compromete a entregarle las inmuebles pactados como contraprestación.

Hay quienes han señalado objeciones a la calificación de este negocio como contrato de permuta, se ha afirmado por ejemplo que cuando el art. 1538 del Código Civil habla de permuta, se refiere solo a cosas y no a derechos, pero la doctrina unánime considera que dentro del término cosas se pueden incluir los derechos.

Por otro lado se cuestiona el hecho que en el momento de realizarse el negocio no exista físicamente el objeto que don Miguel debe recibir como contraprestación, los pisos que le corresponderían. Con respecto a esta situación la doctrina se divide en dos bloques: Los que predicán la falta de objeto del contrato en el momento de su conclusión y por otro lado tenemos las teorías que consideran que definitivamente existe un contrato válido en el que concurren todos los elementos esenciales.

Nosotros creemos que esta objeción no tiene mucha razón ya que en el derecho civil español es perfectamente aceptable el contrato sobre objeto futuro, el artículo 1271 del Código civil así lo señala: *“pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras.”*

De esta forma es aceptable que don Miguel entregue el solar a cambio de una contraprestación que, si bien es cierto no existe al momento de efectuarse el pacto, es válida al admitir la doctrina el contrato sobre cosa futura. Y que se hace efectivo cuando la constructora entrega los dos pisos prometidos.

Este contrato de cesión por pisos puede implicar que se ceda la propiedad del solar de forma total o que el cedente mantenga la propiedad del mismo. En este caso el propietario del terreno, don Miguel, decide

transferir el dominio total a la constructora, lo cual probablemente haya sido positivo tanto para la constructora, puesto que este bien inmueble puede ser muy útil para conseguir la financiación necesaria para llevar a cabo las obras, como para don Miguel quien como cedente del solar no participa de los riesgos naturales que podría afrontar si decidiera mantenerse como titular del solar (responsabilidad por lo construido, que se le considere en asociación mercantil con la constructora, e incluso perder la condición de consumidor si se le atribuye participación como promotor de las viviendas) cediendo solamente algún derecho real a la constructora como el de vuelo o el de superficie o incluso realizar solamente un contrato de obra sin perder el dominio del terreno.

Es innegable que, a pesar de ser conveniente para don Miguel haber transferido el dominio del solar a la constructora Atama, él queda expuesto a una serie de riesgos puesto que se ha desprendido de una propiedad inmueble sin haber recibido nada a cambio, estas situaciones que podrían frustrar su objetivo de recibir los pisos prometidos debido a que la constructora podría tener acreedores que quisieran embargar sus bienes, incluido el terreno del que ahora es propietaria, o puede ocurrir que la constructora no tenga suficiente dinero y no cumpliera con la construcción teniendo ya la propiedad del solar, o sencillamente que no pretenda cumplir con la obligación adquirida.

Como una forma de evitar quedar totalmente desprotegido don Miguel recurre a la realización de la escritura en documento público, esto garantiza que se produzca una transmisión instrumental, al existir la voluntad de transmitir y la determinación del objeto, de la propiedad en el mismo momento de la firma del contrato (como señala el artículo 1462.2 del Código civil).

En palabras de Plana Arnaldos (“Cesión de solar a cambio de obra futura”. Madrid: Marcial Pons, 2ª edición 2007-2011 p. 143.) el reconocimiento de un derecho real es lo más adecuado: *“Reconocer un derecho real al cedente sobre los inmuebles materia de la contraprestación y en concreto reconocer la propiedad sobre ellos en el mismo instante que existen parece ser el remedio perfecto para proteger al cedente que así puede hacer efectivo su derecho sobre esos bienes frente a cualquier acreedor del constructor que pretenda perturbarlo”*,

A partir de ese momento don Miguel, como la persona que ejerce el dominio de dicho bien, podrá interponer cualquier acción para proteger sus intereses si ocurriera que alguien pretende embargar los pisos una vez concluidos, o si son vendidos a una tercera persona por el promotor, o cualquier ocurrencia similar, puesto que es titular del dominio del bien por virtud de la tradición instrumental ocurrida, aun a pesar de que estos aun no tienen existencia real. En caso de haber realizado el contrato solo en un

documento privado hubiera sido necesario que don Miguel recibiera los pisos terminados para que se pueda afirmar que al producirse la tradición física del bien, la entrega real, él pasa a adquirir el dominio de los inmuebles.

V. El Defecto de Cabida

Luego de dos meses desde el otorgamiento de la escritura pública se le comunica a don Miguel, por parte de la promotora Atama, que las fincas materia del negocio tienen en realidad una superficie de 2.100 metros cuadrados y se le exige que abone una indemnización o en todo caso la resolución del contrato.

Con relación a la obligación de entregar la cosa que se ha vendido, el Código Civil establece un régimen especial relativo a las cosas inmuebles, este se refiere a la discrepancia expresada al contratar y la realidad, así las partes tienen el deber de identificar adecuadamente la finca al formalizar el contrato. Se ha tomado la cabida o extensión y la calidad como elementos usuales de esa identificación obligatoria y se han establecido unas consecuencias jurídicas si hay error al expresar esos elementos.

No se ha querido incluir este error dentro del régimen general (artículos 1265 y siguientes del Código civil) sino que en aras de la conservación del contrato, se ha reducido la hipótesis de impugnación y se ha acortado el plazo para ejercer la acción a seis meses.

En el caso de las fincas que don Miguel entrega a la constructora, dicha entrega se hace bajo la hipótesis que se describe en el artículo 1471 del Código Civil, la de la doctrina de los cuerpos ciertos, esta nos dice que si un bien inmueble ha sido vendido por un precio alzado y no por la unidad de medida o número, no se podrá aumentar o disminuir el precio del mismo. Y luego el artículo continúa y señala que para el caso de que lo vendido sean dos fincas se deberá entregar todo lo que este comprendido en los linderos de las mismas.

Si la venta se realizó por precio alzado, la causa de ese contrato es la cosa vendida independientemente de su medida o número, la cosa determinada por sus límites establecidos, a esto se denomina teoría de la causa. Esto quiere decir que si Atama negocio sobre las fincas, para que pueda proceder su reclamo o tener alguna posibilidad de ser atendido, debió expresarse en el contrato la unidad de medida o número y no solo eso sino que debe indicarse el precio singular por unidad de medida o número.

Por lo que sabemos del caso el contrato, que es lo que debemos analizar para ver en qué supuesto nos hallamos, se realizó tomando como base la descripción de ambas fincas en el Registro de la Propiedad de Getafe. Analizando dichos documentos podemos ver que la finca se describe y en base a ella se realiza la transacción pero en ningún momento se especifica en esta descripción que la extensión que se adquiere tenga alguna equivalencia con un precio específico por unidad de medida o número, es decir que se adquirieren ambas fincas a precio alzado.

La sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1956 señala que: *“para la determinación del objeto vendido no es necesario precisar sus dimensiones, y que, aunque así se haga, siempre que falte la indicación del precio singular por unidad de medida, la Ley presume que tal individualización no fue esencial para las partes y que solo era superabundancia, teniendo tal presunción valor absoluto.”*

Ni el comprador ni el vendedor pueden pretender una disminución o un suplemento del precio cuando las dimensiones del inmueble resulten después mayores o menores de las indicadas en el contrato.

En la venta conjunta de dos o más fincas por un solo precio se aplica la misma regla anterior. Se incluye no solo el caso en que se vendan dos o más inmuebles por un solo precio individualizándose aquellos por sus linderos, sino también cuando por un precio alzado se vende varias fincas agregadas, formando coto y señalándose por sus linderos totales resultantes de la agregación. En ningún caso se hace mención a la cabida pero aunque se exprese hay que entender que las partes no le han dado valor esencial a ese dato. No puede pretenderse aumento o reducción del precio, sea cual fuere la cabida efectiva de las fincas.

Según lo que hemos visto hasta ahora, en ninguna circunstancia al firmarse el contrato entre don Miguel y la constructora Atama se estableció el precio por unidad de medida o número, por lo tanto no estaremos ante la venta de unos inmuebles a precio alzado.

Don Miguel cumple con la entrega de las fincas y estas comprenden todo el terreno dentro de los linderos señalados. No se deja de entregar nada que no esté dentro de esos linderos por lo que se cumple con la entrega del cuerpo cierto como tal.

Aun haciendo mención de la cabida se entiende que las partes no han atribuido valor esencial a ese dato, ya que de otra forma lo hubieran consignado. Además en ausencia de ese dato la jurisprudencia se inclina a admitir que ha existido un negocio a precio alzado de un cuerpo cierto.

Hay que señalar también que los plazos para poder accionar en estos casos son breves, de seis meses a contar desde la fecha de la entrega y es un plazo de prescripción. En caso que Atama fuera de la opinión que puede reclamar una indemnización o resolución, tendrá seis meses para poder interponer dicha demanda ya que en el momento que comunica a don Miguel sobre este incidente recién han pasado dos meses, aun le quedan cuatro meses para accionar si así lo decidiese.

En conclusión no puede pretenderse aumento o reducción del precio, sea cual fuere la cabida efectiva de las fincas ni mucho menos la rescisión o resolución del contrato puesto que la transacción se hizo a precio alzado, en consecuencia, la promotora no podrá exigir ni la disminución del precio ni la resolución del contrato.

VI. El retraso en la entrega de las viviendas.

La promotora Atama se compromete a entregar las viviendas a don Miguel y los demás adquirientes el día 16 de julio de 2010 pero llegada esa fecha dicha entrega no se ha producido, al contrario se ha extendido el periodo de espera por más de un año hasta que finalmente esta se realiza el 6 de agosto de 2011.

La obligación fundamental de promotora Atama es la realización de la obra de acuerdo a lo convenido en el contrato y su posterior entrega. La obra estará concluida cuando, como dice el Tribunal Supremo en la sentencia de 23 de junio de 1984 “*este en condiciones de ser ocupada inmediatamente y sin necesidad de trabajo complementario alguno*”. En el caso don Miguel se pregunta acerca de sus alternativas y decide reclamar el cumplimiento de lo pactado.

La jurisprudencia del artículo 1124 del Código Civil ha indicado que el mero retardo en el cumplimiento de una obligación no es equivalente al propio y verdadero incumplimiento y la doctrina ha señalado también que el retraso no siempre implica la frustración del fin práctico perseguido por el negocio, ni permite que exista para la parte contraria un interés jurídicamente protegible para que se dé la resolución.

En este caso si bien es cierto se produce un retraso en la entrega de los inmuebles de cierta entidad por parte de la promotora Atama, es también cierto que las viviendas llegan a entregarse a los propietarios por lo que el fin práctico del negocio, la obtención de las viviendas, en principio, no se ha frustrado.

La jurisprudencia ha señalado también en la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de setiembre de 2000, que el retraso en el cumplimiento *“puede producir mora pero no necesariamente la resolución cuyo carácter es de remedio excepcional, frente al principio de conservación del negocio.”* Esto quiere decir que el mismo ordenamiento jurídico prefiere que, si aun es posible el cumplimiento de la obligación, esta se cumpla en lugar de incentivar la resolución de los contratos cuando existe un retraso como en este caso.

Como hemos visto no es muy aconsejable que don Miguel o los demás adquirentes pretendan pedir la resolución de sus contratos por el mero hecho de existir un retraso en la entrega de sus viviendas puesto que como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1971 *“el retraso culpable no quita la posibilidad del cumplimiento tardío, porque si por consecuencia del retraso desapareciera la posibilidad de cumplir, más que mora habría incumplimiento total.”*

Lo que si puede hacerse es solicitar una indemnización por daños y perjuicios ya que nos encontramos ante un supuesto de mora del artículo 1101 del Código Civil, y a partir de ese momento es que surge la obligación de indemnizar al adquirente y además debe de llevarse a cabo la prestación, es decir los inmuebles deben entregarse de todas maneras. También puede reclamarse el daño emergente y lucro cesante del artículo 1106 del Código Civil si logra probarse.

A pesar de que la ley reconoce que quien no cumple con la prestación que le corresponde incurre en mora y debe indemnizar, otra cosa es que esta indemnización se reciba sin probar los daños ocasionados. En muchas ocasiones eso es difícil, por ejemplo en el caso específico de don Miguel, si el retraso de poco más de un año lo ha perjudicado, deberá probarlo, probar que la demora en la entrega de su vivienda le ha producido daños, de otra manera la indemnización no se concede.

En el caso del retraso en la entrega de viviendas específicamente se exige acreditar el daño y a veces se dan situaciones en contra del perjudicado. Las sentencias en su mayoría han cuantificado el daño sufrido considerando lo que ha pagado por arrendar otro lugar desde la fecha en que debo entregársele el inmueble. Por ejemplo la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 16 de enero de 2003 señala que la cuantía de los daños fue acreditada con la aportación de dos contratos de arrendamiento suscritos por el comprador y que esta consiste en el importe de alquiler satisfecho.

A don Miguel y a cualquiera de los adquirientes se les obligaría a acreditar que tienen un contrato de arrendamiento y a presentar los recibos pagados sin contemplarse que podrían haber pasado algún tiempo en casa de amigos y familiares, aquí no se consideran las incomodidades ocasionadas por haberse quedado sin la vivienda prevista debido a que ya vendieron o abandonaron la anterior con la idea de recibir la vivienda nueva por parte de Atama. En el caso de don Miguel, él tendría que presentar los gastos o probar los daños de similar forma al igual que los demás adquirientes si pretende recibir una indemnización por el daño patrimonial sufrido.

Con respecto a los daños morales que podrían reclamarse la situación en principio ha sido también difícil puesto que muchas veces la jurisprudencia ha negado que estos deban otorgarse, así tenemos la sentencia de la Audiencia provincial de Madrid de 18 de setiembre de 2006 que citando la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2002 señala que *“no es correcta la apreciación del daño moral. El concepto de éste es claro y estricto; no comprende aspectos del daño material. Si una lesión del derecho subjetivo atenta a la esfera patrimonial del sujeto no pretenda éste que alcance también a la esfera espiritual. Hay daño moral exclusivamente cuando se ha atentado a un derecho inmaterial de la persona: es el caso del honor, intimidad e imagen (...) pero no cabe alegarlo si se produce y reclama un perjuicio patrimonial, es decir, cuando la lesión incide sobre bienes económicos, a modo de una derivación o ampliación del daño patrimonial”*.

Martín Casals y Solé Feliú (“Comentarios a la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2002”, CCJC, enero-abril 2003, Sentencia núm. 1653, pág. 252) criticaron este argumento al considerar que el daño moral *“se refiere a las consecuencias no patrimoniales de un determinado evento dañoso, con independencia de la naturaleza patrimonial o no patrimonial del bien, derecho o interés de cuya infracción es consecuencia aquél perjuicio no económico”*.

A favor de los daños morales se mostro la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 1 de setiembre de 2009 al decir que *“para que pueda darse lugar a un daño moral indemnizable ha de existir una situación de sufrimiento o padecimiento psíquico o espiritual, la impotencia, zozobra, ansiedad, angustia, temor o presagio de incertidumbre.”*

Opinamos que es justo y adecuado que los daños morales se reconozcan puesto que como se ha establecido por la jurisprudencia existe un perjuicio notorio y evidente que se ocasiona a quienes tienen que atravesar por el trance indeseable de ver alterada su tranquilidad, al mismo tiempo que se propicia un entorno más riguroso a la hora de controlar que los adquirientes de vivienda no sean sometidos a esperas

abusivas y desconsideradas por parte de las constructoras. Es posible entonces reclamar los daños morales si se ha atravesado por las situaciones descritas.

En el caso de don Miguel u otro adquirente tendríamos que verificar si se dieron situaciones concretas que agravaron el mero daño patrimonial a niveles de zozobra o sufrimiento que pudieran merecer una reparación por daño moral. La tendencia de la jurisprudencia ha empezado a reconocer este daño moral y a indemnizarlo cuando ocurre en estos casos de retraso en la entrega.

La resolución contractual podría haberse producido si se hubiera incluido una condición resolutoria expresa (pacto comisorio) como lo señala la sentencia del Tribunal Supremo 31 de julio de 1995. Aunque sabemos que, al menos por los datos del caso, esta condición no se incluyó en los contratos.

Ahora bien si esa fuera la situación consideramos que sería de aplicación el artículo 1504, es decir que a pesar de no haberse realizado la entrega de las viviendas a don Miguel, este deberá en primer lugar requerir judicialmente o por acta notarial a la constructora para que realice su contraprestación, la entrega del inmueble, antes de intentar la resolución del contrato.

Por supuesto que la resolución del contrato también podrá ser posible si la fecha establecida para la entrega se estableció como un término esencial al momento de la realización del acuerdo, o si existe insatisfacción de las expectativas o se frustra el fin práctico perseguido por el negocio, debido al retraso, lo cual será valorado por el tribunal respectivo. Por los datos que tenemos al parecer en ningún momento se pacto que la fecha de entrega tenía carácter esencial, en cuyo caso es probable que sean los tribunales los que deban decidir si procede la resolución del contrato en base a si se cumplen los requisitos del artículo 1124, y recordando que en la mayoría de situaciones la jurisprudencia señala que el simple retardo en el cumplimiento no es suficiente.

Aunque esta norma del artículo 1504 se refiere a la compraventa nosotros pensamos que se aplicaría también a las situaciones de permuta por virtud del artículo 1541 que dice que la permuta se rige por las normas aplicables a la compraventa en todo lo que no esté especialmente determinado en esos casos. Así lo ha considerado también la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1994 y la de Audiencia Provincial de Cádiz de 24 de febrero de 2004.

Otro punto que debe considerarse es que el retraso en la entrega puede justificarse si el mismo ocurre debido a circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito, requiriéndose en ambos casos que exista ausencia

de culpa como ha señalado la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2001, aunque en este caso Atama no ha justificado en ningún momento las razones del retraso.

En todo caso al final se entregan todas las viviendas y en la mayoría de los casos es probable que no se dé la resolución contractual, a menos que algún adquirente haya establecido términos esenciales para el plazo pero no se conoce que eso haya ocurrido por lo que solamente procedería la indemnización correspondiente. En el caso específico de don Miguel la resolución no se produciría ya que sería antieconómico y perjudicial para los terceros.

VII. La no construcción de la piscina y el jardín

Siguiendo el caso objeto de estudio, tenemos que las viviendas prometidas por Atama se entregan a don Miguel y a los demás compradores, sin embargo, con el terreno en el que debería haberse construido el jardín y la piscina comunitaria, que constituye la finca registral 00325, la promotora no realiza obra alguna tal como lo había proyectado y establecido en los contratos de compraventa realizados con cada propietario al iniciar el proyecto.

Cuando desarrollamos el tema VI referido al retraso en la entrega de los pisos pudimos apreciar como la promotora incumplía sus obligaciones no entregando las viviendas en la fecha pactada. Ahora nos hallamos ante una situación en la cual la constructora no realiza parte de lo que promete en los contratos, pues omite la construcción y la entrega de la piscina y el jardín como elementos que forman parte de la urbanización cuyas unidades inmobiliarias han sido vendidas.

Para poder saber que ocurre es importante como siempre analizar lo que se ha establecido en el contrato y considerar lo que determina la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

El incumplimiento de una obligación contractual resulta al concurrir dos elementos: la materialidad del incumplimiento del contratante y la imputación de tal incumplimiento a una de las partes del contrato como señala Gómez Pomar (“El incumplimiento contractual en Derecho Español.” Revista Para el análisis del derecho. Barcelona, Julio 2007, página 6.)

El incumplimiento en sentido material se refiere a la falta de realización, de forma irregular, no completa, o con defectos de las prestaciones que se asumen cuando se realiza un contrato. Hay que tener claro que

lo determinante para averiguar si se ha dado el incumplimiento material o no de la prestación respectiva es el contenido del contrato.

A Atama le correspondía realizar la previsión contractual incumplida, en este caso estamos ante la calificación jurídica de la conducta del contratante. La constructora entrega unas viviendas y como parte de esa entrega se había pactado también que se construiría una piscina y un jardín en la urbanización edificada, sin embargo Atama no cumple con entregar también estos elementos accesorios (lo consignamos así porque no se conoce que se les haya dado carácter esencial en el contrato) y de esa manera la previsión contractual a su cargo se incumple.

Para el Tribunal Supremo la mayoría de los incumplimientos voluntario son dolosos según sus resoluciones como la del 21 de junio 1980, 30 de noviembre de 1999 entre otras. Para nosotros la no realización y entrega de la piscina y el jardín constituye un incumplimiento voluntario (y por ende doloso, según la jurisprudencia, pues nada se ha manifestado con respecto a la causa del incumplimiento o no tenemos esa información), la constructora Atama simplemente ni los ejecuta ni los entrega.

La constructora Atama no ha realizado la construcción de la piscina y del jardín pero si ha edificado las unidades inmobiliarias queda claro que lo que ha sucedido es un cumplimiento defectuoso o incumplimiento parcial, y como consecuencia de tal incumplimiento, se producen daños que hay que reparar a la parte perjudicada (daños que deben probarse en los tribunales).

No cabe la resolución por incumplimientos meramente parciales o que se refieren a deberes accesorios, adicionales como señalan las sentencias de 23 de diciembre de 1999 y la sentencia de 23 de mayo de 2000 que habla de prestaciones principales para que ocurra el incumplimiento. En este sentido la falta de construcción de la piscina y del jardín de nuestro supuesto de hecho no sería un incumplimiento cualificado (elevado a esencial por las partes o con condición resolutoria) que nos permitiría la resolución del contrato por parte de los adquirentes de las viviendas.

La jurisprudencia ha admitido la resolución por incumplimiento de prestaciones accesorias o complementarias si éstas fueron elevadas por las partes a causa resolutoria, como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril *“para que proceda la resolución de un contrato ha de haber propio y verdadero incumplimiento, referente a la esencia de lo pactado, sin que baste aducir el incumplimiento de prestaciones accesorias o complementarias, que no impidan, por su escasa entidad, alcanzar el fin económico del contrato. Y continua con respecto al caso que enjuicia, “el incumplimiento de la*

obligación por el contratista de suscribir un seguro de responsabilidad civil y de estar al día en el pago de los salarios y cotizaciones de la Seguridad Social, fue elevado, expresamente, a la condición de causa resolutoria del contrato, por lo que ha de estarse a lo libremente pactado.”

Si consideramos esta última precisión respecto a que no es suficiente el incumplimiento de una prestación accesoria para pedir la resolución contractual, podrá decirse que en nuestro caso no se estableció como causa resolutoria la falta de algunos elementos accesorios como el jardín y la piscina, aunque también hay que decir que desconocemos el contenido de los contratos de cada uno de los demás adquirentes.

Podría existir la posibilidad que del tenor de cada contrato pudiera emerger alguna razón específica a cada caso concreto sobre la razón que motivo la adquisición de cada vivienda y que nos de algún indicio del carácter esencial de dichas razones lo que podría abonar a favor de algún adquirente para considerar la existencia de jardín y piscina como algo esencial y buscar la resolución contractual, sin embargo según los detalles del caso esto no ocurre.

En este caso específico lo que deben hacer los adquirentes afectados por la falta de la construcción de la piscina y el jardín es reclamar el cumplimiento de estas obligaciones accesorias y también una indemnización por los perjuicios y daños causados más el abono de intereses, como indica el artículo 1124 del Código civil.

Si alguno de los adquirentes quiso comprar la casa pero no tuvo en cuenta solamente las características individuales de la misma sino que realizó la compra justamente porque se ofrecía el jardín y la piscina entonces no se podría considerar que estas características eran obligaciones meramente accesorias sino que son la causa determinante para la adquisición de las viviendas. Lo mismo resuelve la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 2001 ante un supuesto similar. En todo caso es necesario probar que esta era la razón de la adquisición para que se pueda instar la resolución del contrato.

Con respecto a la indemnización a la que podría aspirar cada adquirente por el incumplimiento de las prestaciones que no se han llevado a cabo la jurisprudencia es clara al exigir que los daños deban probarse. En la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 2001 sobre una indemnización que no debió proceder dice: *“se considera que dicha pretensión ha sido acogida contra el criterio de esta Sala, que exige no solo su fundamento legal sino la realidad de su existencia. El motivo se estima porque no se ha probado cuáles son los daños y perjuicios concretos que se han ocasionado a la actora por el incumplimiento, ni existe en autos la más mínima prueba (...) que establezca las bases para su*

determinación cuantitativa en ejecución de sentencia.”. Aquí se alude la doctrina que señala que el mero incumplimiento no genera el deber de indemnizar, como ya se mencionó.

Con respecto a la indemnización por daños morales no siempre se da en todos los incumplimientos contractuales. En el caso del retraso en la entrega de viviendas, como ya vimos, la jurisprudencia ha comenzado a indemnizar ambos daños, tanto el material como el moral sin embargo no sucede lo mismo en el caso de todos los incumplimientos contractuales ya que deben acreditarse los daños y si se refieren a obligaciones accesorias es más difícil aún. En algunos casos específicos la jurisprudencia acepta la indemnización por daño moral, en los viajes combinados (daño moral en la frustración de viajes de placer), servicios funerarios (grave daño moral causado por la pérdida de los restos del esposo), incumplimiento de contrato en moneda extranjera, entre otros.

Para ver si es posible la resolución contractual habrá que considerar factores diversos relacionados con la no construcción de piscina y jardín, por ejemplo si se puso condición resolutoria ante la ausencia de ellos, si se trataba de elementos principales, o si eran elementos accesorios elevados a categoría de esenciales.

Si con respecto a la piscina y el jardín don Miguel o cualquiera de los adquirentes hubiera establecido un pacto comisorio, (apoyándose en los artículos 1091 y 1255 del Código civil) a través del cual la entrega de la piscina y el jardín se hubiera considerado esencial entonces podrían reclamar la resolución del contrato. En el caso de don Miguel la situación no es tan simple puesto que una solicitud de resolución de contrato por parte suya tendría el inconveniente de afectar a terceros resultando antieconómico y perjudicial para los mismos.

Al parecer ni don Miguel ni los demás adquirentes han establecido cláusula alguna con respecto a la resolución del contrato en la cual se considere como esencial la existencia de la piscina y el jardín, sin embargo, podrán optar por exigir el cumplimiento más los daños e intereses en virtud del artículo 1124 del Código civil.

Debemos concluir que si se busca la resolución de algún contrato deberá estarse a lo especificado en cada uno de ellos para poder apreciar si hubo condición resolutoria o se consigno como esencial alguna de las prestaciones o si se estableció cláusula de resolución expresa, de otra manera no es posible. Con respecto a la indemnización esta debe reclamarse a la constructora.

Otra posibilidad de resolución del contrato es a través del artículo 1124 del Código Civil donde tenemos la llamada condición resolutoria implícita. Si la piscina y el jardín eran elementos esenciales al momento de realizar la adquisición y los adquirentes deciden comprar la vivienda pero lo hacen porque saben que gozaran de una piscina y un jardín, entonces esas características se consideran elementos realmente sustanciales y trascendentes en la adquisición y se puede dar la resolución del contrato si no se cumplen, así lo ha establecido la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1999.

VIII. Efectos de la publicidad

Hay que indicar que tanto la fecha de entrega como la construcción de la piscina y jardín se incluyen en el tenor de los contratos por lo que los efectos de la publicidad del artículo 61 del Real Decreto Legislativo 1/2007, Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y de 16 de noviembre de 2007 no afectan mayormente el caso.

Debemos mencionar que si no se hubieran incluido esos términos en los contratos, el hecho de haber publicitado ciertas características y promesas en los folletos de promoción de la urbanización, hubiera ocasionado que se les deba considerar como exigibles contractualmente, obligando a la constructora a su realización.

IX. Defectos en la construcción de las viviendas. Humedades y grietas.

Antes de darse la Ley 38/1999 de 5 de noviembre de Ordenación de la Edificación, (en adelante LOE) el Código Civil regulaba estas situaciones a través del artículo 1591, lo que dio lugar a abundante jurisprudencia con el objeto de interpretar esta norma que tenía gran antigüedad.

Con la introducción de la LOE la doctrina empieza a discutir si debido a ella el artículo 1591 se encontraba derogado o seguía vigente. Parte de la doctrina entiende que este artículo 1591 esta derogado por el principio de que la ley posterior deroga a la anterior a pesar de no existir una derogación expresa que así lo diga. Otro sector de la doctrina considera que el artículo 1591 continúa en vigor, mientras que un tercer grupo señala que el artículo 1591 esta derogado, pero solo en cuestiones que se opongan a la Ley de Ordenación de la Edificación, conservando efectos en los demás casos.

Hay que tener en cuenta que la LOE otorga protección solamente a los daños causados en el propio edificio derivados de vicios o defectos en la construcción. En lo que respecta a daños que pudieran ocasionarse a personas, al mobiliario, al arrendatario, a bienes de terceros, y otros no relacionados con el propio edificio, no son materia de cuidado para la LOE. Es por esta razón que a veces será necesario recurrir al artículo 1591 del Código Civil y la abundante jurisprudencia que se ha encargado de la interpretación del mismo, siempre que, como ya mencionamos, no se oponga o contradiga lo que señala la LOE.

En nuestro caso ocurre que al poco tiempo de haberse entregado las viviendas, 6 meses para ser precisos, comienzan a aparecer en las mismas algunas humedades y grietas, es decir nos encontramos ante unos daños derivados de vicios y defectos en la construcción. Esta situación que antes se regulaba a través del artículo 1591 del Código Civil ahora se hace a través de la LOE.

La LOE es de aplicación a nuestro caso porque estamos ante una obra de nueva construcción, de uso residencial, de carácter permanente y privada. El artículo 1591 solía establecer una única responsabilidad por ruina, concepto que se desarrollaba con auxilio de la jurisprudencia la cual aplicaba este concepto a un amplio abanico de situaciones. Sin embargo a raíz de la aparición de la LOE, esta ley ha establecido tres tipos de responsabilidades: la de un año, la de tres años y la de diez años, cuyos plazos son de garantía y que tienen, además, un plazo de dos años para el ejercicio de las acciones que les corresponden.

En nuestro caso concreto tenemos el daño de las humedades con garantía de tres años puesto que se está afectando la habitabilidad, señalada en el artículo tres de la LOE que se refiere a condiciones de higiene salud, protección contra el ruido, ahorro de energía, entre otros. También existe el daño que tiene garantía de 10 años debido a las grietas que afectan a la estructura y cimentación de la edificación. Estas son las dos responsabilidades que existen en el caso.

Bajo la LOE, sobre estos defectos constructivos, Atama responderá como promotora y a su vez constructora. Como promotor, además de su responsabilidad contractual, (art. 17.1) responde incondicionalmente de los daños sin que interese la causa de los mismos, la ley no le atribuye una esfera específica de riesgo y responde solidariamente con el resto de partícipes en cualquier caso, aunque siempre tiene la posibilidad de repetir contra aquellos.

Como constructora, Atama responde de los daños materiales que provengan de la falta de capacidad profesional o técnica, de la impericia que hayan podido causarlos daños, responde no solo por los hechos u omisiones propias sino por los de aquellas personas que dependan de él, por ejemplo los subcontratistas que hubiesen formado parte de la obra, por el incumplimiento de las obligaciones del jefe de obra y responde también cuando los defectos sean debidos a los materiales que ella compro o aceptó y ante los cuales no puso objeción.

El arquitecto proyectista, Arquitecto Superior Fernando X, elabora el proyecto básico y de ejecución de la urbanización y tiene responsabilidad directa por hechos u omisiones propias (art. 17.1) o si provienen por estudios encargados a otros profesionales. Es decir puede ser responsable por hechos ajenos y es responsable de los propios que haya cometido en su proyecto, aun sin haber intervenido, es más hay una posibilidad latente de repetición en su contra debido a que el agente encargado de la dirección de la obra (Arquitecto Superior F) ha asumido la responsabilidad de llevar a cabo el proyecto elaborado por él.

Se nos ha indicado en el caso que dos profesionales se hacen cargo de la dirección técnica, pero es necesario separar y señalar sus funciones específicas, ya que estas no pueden confundirse en una sola. La dirección de la obra se encargó al Arquitecto Superior Luis F. quien en este caso responde por las consecuencias que produzca un proyecto que no ha sido elaborado por él (art. 17.7) sino por el Arquitecto Superior Fernando X, pudiendo siempre repetir contra él. La dirección de la ejecución de la obra está a cargo del Arquitecto Técnico Alfredo A. a quien corresponde la emisión del certificado final de obra, respondiendo por su exactitud y veracidad.

Todos los mencionados tendrán las responsabilidades asignadas por la LOE y las demás contractuales que correspondan.

Otra responsabilidad puede ser atribuida además al seguro. Para esta ley el único seguro que es obligatorio es el denominado decenal, el que cubre en nuestro caso las grietas que afectan a la estructura y cimentación de la edificación. Es tal su importancia para la LOE que no será posible autorizar o inscribir escritura de declaración de obra nueva sin acreditar que se ha cumplido con el requisito de haber contratado el seguro correspondiente (art. 19). Del caso puede deducirse que si la escritura pudo ser otorgada, el requisito del seguro decenal fue cumplido. En el caso de los otros seguros, es la disposición adicional segunda en su número dos la que señala que los demás seguros, para los daños de tres y un año se podrán establecer por Real Decreto, los cuales no se han producido hasta la fecha.

En cuanto a otros responsables el caso no nos da mayores indicios sobre las causas de los daños que se han presentado pero si por ejemplo hubieran tenido que ver con la calidad o idoneidad de los materiales entonces podríamos apuntar como otro responsable adicional al suministrador de los mismos.

Una vez interpuesta la demanda contra los posibles responsables, aquellos agentes de la edificación que hayan sido demandados tienen la posibilidad de solicitar que se notifique a los otros agentes que hayan intervenido en el proceso de edificación. Así lo indica la disposición adicional séptima de la LOE, por supuesto siempre dentro del plazo concedido para la contestación de la demanda.

En el caso de no poderse determinar con exactitud quiénes son los responsables, o si existe concurrencia de varias responsabilidades la responsabilidad será solidaria (art. 17.3). Por el contrario si es posible establecer los actos u omisiones propias o de las personas por las que se deba responder, esta responsabilidad será individual (art. 17.2).

Con respecto a la legitimación activa el Presidente de la Comunidad de Propietarios tiene legitimación para reclamar las responsabilidades derivadas de estos daños. La Ley de Propiedad Horizontal (art 13.3) otorga al presidente la representación de la comunidad en asuntos que la afecten, por lo que está legitimado para exigir las responsabilidades del artículo 17.1 de la LOE. La legitimación del presidente puede también basarse en la que tiene cualquier comunero para actuar en juicio en beneficio de la comunidad (sentencia de 28 de octubre 1991).

También debemos mencionar que, salvo que haya existido un pacto en contrario, la LOE no cubre los daños que puedan producirse debido a eventos de caso fortuito o de fuerza mayor, como tampoco los que sean ocasionados por el mismo perjudicado o por la actividad de algún tercero (art. 17.8).

X. Cerramiento in consentido de terraza.

Entregadas las viviendas a cada adquirente, el propietario del piso ático 7º B decide realizar el cerramiento de la terraza, elemento común aunque de uso privativo, sin tener autorización alguna de parte de la Comunidad de Propietarios.

Como bien señala Diez Picazo (“Sistema de Derecho Civil” : Derecho de cosas y derecho mobiliario. Editorial Tecnos, 2009, página. 213) el que un elemento específico sea común no impide su uso privativo por uno o varios propietarios si así lo indica el título constitutivo, como en el caso de las terrazas que sirven de cubierta al edificio. El problema en este caso es que el propietario ha decidido unilateralmente y sin consultar a nadie que el cerramiento de la terraza es posible y legal.

En el régimen de propiedad horizontal, la propiedad de cada piso o local lleve inherente un derecho de copropiedad sobre los demás elementos del edificio, necesarios para su adecuado uso y disfrute. A estos se denominan elementos comunes.

Los elementos comunes de uso privativo o exclusivo pueden atribuirse de manera exclusiva al propietario de un local o de un piso, para lo cual se necesita que ese uso este previsto en el título constitutivo de dicha propiedad horizontal o se haya autorizado de forma unánime por acuerdo de la comunidad de propietarios, aun así tal elemento no pierde su carácter común, de forma que el derecho de propiedad corresponde a la comunidad de propietarios quienes podrán usarlo cuando así sea requerido.

La jurisprudencia es clara al decir que las terrazas, balcones o galerías son por naturaleza, un elemento común, tal como se desprende del artículo 396 del Código Civil y del artículo 3 de la Ley de Propiedad Horizontal. Así lo ha señalado también la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2005 “*es indudable que las fachadas, balcones y terrazas, forman parte integrante de las mismas y de la estructura del inmueble, por más que los espacios que delimitan sean privativos.*”

En nuestro caso tenemos una situación bastante clara, el propietario del piso ático 7º B ejecuta en la terraza del mismo una obra de cerramiento sobre un elemento común (aunque fuera de uso privativo) sin tener ninguna autorización de la Comunidad de Propietarios, es decir sin haber recibido el consentimiento unánime de todos ellos, lo cual es ilegal.

El propietario modifica la configuración o estado exterior puesto que el cerramiento altera la apariencia del edificio. Como no tiene autorización alguna para realizar dicha obra por parte de la comunidad de propietarios este cerramiento es ilegal en cuyo caso el juez podría ordenar que el propietario infractor deje la terraza en el estado en que se encontraba antes de realizar la obra de cerramiento a través de la acción de regresión.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 6 de noviembre de 2001 confirma lo señalado al decir que *“al realizarse un cerramiento de terraza se altera el estado exterior del edificio, por lo que estas actividades se declaran ilegales si no han obtenido la autorización respectiva por acuerdo unánime de la junta de propietarios.”*

La Comunidad de Propietarios podrá interponer la acción mientras el plazo de prescripción de la misma no se agote. Es improbable que la Comunidad deje transcurrir mucho tiempo antes de interponer la acción puesto que ya han tratado el tema en las reuniones de la Junta de Propietarios y piensan tomar acciones en contra de el propietario infractor, en todo caso diremos que la acción no tiene un plazo específico señalado por la LPH o el Código Civil.

Para Gete-Alonso (*“Comentarios a la STS de 13 de julio de 1995”* Cuaderno Civitas de Jurisprudencia, número 40, enero-marzo 1996, p 82.) esta acción para reponer el inmueble al estado anterior antes de la alteración unilateral de un elemento común tiene naturaleza real. Por otro lado para Loscertales Fuertes (*“Propiedad horizontal: Comunidades y Urbanizaciones”* Editorial Sepin, Madrid, 2003) nos encontramos frente a una acción de naturaleza personal.

En este caso nos inclinamos por la opinión de Gete-Alonso y además por la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1995 que señala que *“todo lo referido a elementos comunes de la propiedad horizontal tiene un matiz de índole real especialmente si es acción dirigida al reintegro de un elemento comunitario frente al autor de la perturbación o desposesión salvo, que la acción se ejerciera contra el titular que no hubiese intervenido en el hecho y se le instase a que reponga a su estado anterior el elemento común alterado, en cuyo caso la conducta es de género personal.”*

De esta forma la Comunidad podrán reaccionar frente a las obras no consentidas de alteración de un elemento común mientras no hayan pasado treinta años desde que se tiene constancia pública de la alteración, aunque esta no es una cuestión pacífica ya que existe jurisprudencia que no exige el transcurso

de un tiempo tan amplio debido a posibles situaciones de consentimiento tácito conjuntamente con actividades que refuerzan la idea de una autorización presunta.

En conclusión la Comunidad podrá demandar al propietario por sus actividades ilegales y obligarlo a reponer el edificio a su estado anterior por no tener la autorización unánime de la Comunidad y afectar un elemento común, contando con una acción real y un plazo de 30 años en principio a menos que se pruebe un consentimiento tácito, aunque de las circunstancias del caso eso no se deduce.

XI. La actualización de la renta en los arrendamientos urbanos

Don Miguel decide arrendar una de las viviendas recibidas a don Enrique, iniciándose este arrendamiento el 1 de setiembre de 2011. La renta la establecen en 1.000 euros mensuales y pactan que cada año la misma se incrementará en un 10 por 100 independientemente de las variaciones del IPC.

Los contratos de esta clase están regulados por la Ley 29/1994 de 24 de noviembre de Arrendamientos Urbanos (LAU). En el artículo 18 señala que la actualización de la renta conforme al IPC se realiza sin necesidad de que se pacte previamente, ya que esta actualización la establece la ley y para el ejercicio de la misma está legitimado cualquiera de los contratantes, ya sea don Miguel o don Enrique.

El primer problema que existe con este arrendamiento es que por mandato imperativo de la ley durante los primeros cinco años no queda al arbitrio de las partes o más propiamente del arrendador establecer los porcentajes de incremento de la renta en caso que se decida revisarla, sino que esto viene determinado por lo que dice la ley, por el porcentaje del IPC aplicable a la actualización, es una manera de proteger al arrendatario, en este caso don Enrique.

Cualquier cláusula que se establezca en contradicción con la LAU es nula. En todo caso si alguna de las partes quisiera realizar la actualización de la renta esto deberá realizarse tomando en consideración el IPC para reajustarla, pero en principio no podrá utilizarse el porcentaje de 10 por 100 pactado ya que va contra la ley. Aunque hay que decir también que si el pacto se aparta del sistema legal pero es favorable a don Enrique y lo beneficia no existen problemas para aceptarlo (por ejemplo que resulte menos renta a pagar), la idea principal es que no se puede exigir al arrendatario que se someta a un sistema que no sea el legal, si el resultado no le es más favorable o igual al que se produciría si se aplica la ley.

Si se decide actualizar la renta es necesario que la parte que así lo requiera, ya sea don Miguel o don Enrique, notifique por escrito a la otra porque de otra manera la actualización de la renta no puede ocurrir. Esta notificación debe incluir la voluntad de revisar la renta, la nueva renta a cobrarse luego de la actualización e incluso la certificación del Instituto Nacional de Estadística si así lo solicita el arrendatario, de no cumplirse con estas formalidades la notificación carece de eficacia. Incluso la jurisprudencia ha afirmado que esta notificación es un elemento constitutivo y requisito esencial del derecho que se reconoce al arrendador a revisar la renta (sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 24 de enero de 2000.)

Si bien es cierto el incremento de 10 por 100 en la renta no puede utilizarse durante los primeros cinco años del contrato, una vez transcurrido este plazo las partes, don Miguel y don Enrique, podrán establecer el porcentaje que deseen (al inicio del sexto año) sin estar obligados a guiarse por el IPC ya que todo dependerá de lo que ellos acuerden para cada actualización de renta. En caso de no pactarse nada rige el primer párrafo de la ley de forma subsidiaria, es decir la actualización tomando como base el IPC para el incremento de la renta.

En la práctica si el contrato entre don Miguel y don Enrique se inicia el 1 de setiembre de 2011, será a partir del 1 de setiembre de 2012 que se podrá notificar la actualización de la renta, pero encontrándonos en los primeros cinco años esta renta se actualiza de acuerdo al IPC. En el caso se tomara el IPC de agosto del 2012 si se decide actualizar la renta ya que es el inmediatamente disponible al día 1 de setiembre de 2012.

Puede ocurrir que don Miguel no actualice la renta y deje pasar algunos años, en ese caso podrá acumular los índices de IPC sobre cada renta pero solo para establecer la renta base y la renta a abonar en el futuro pero de ninguna manera para reclamar cantidades no recibidas debido a que no se realizó la actualización correspondiente en su momento.

En este apartado corresponde hacer alusión a la Ley 4/2013 de 4 de junio de medidas de de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas (B.O.E de 5 junio 2013), que ha entrado en vigencia el día 6 junio 2013 y que ha modificado el presente artículo 18 y la misma Ley de Arrendamientos Urbanos en varias secciones. Se otorga la posibilidad de poder actualizar la renta de acuerdo a lo que las partes pacten.

De acuerdo a la fecha de nuestro contrato, según la disposición transitoria primera de la ley 4/2013, los contratos celebrados bajo la vigencia de la LAU previa a la modificación, no se ven afectados por lo que señalan los cambios introducidos por la Ley 4/2013. (Nota del estudiante).

XII. Las mayorías en la junta de propietarios en el régimen de propiedad horizontal.

Finalmente en esta última parte del caso estamos tratando con los acuerdos propios del régimen de propiedad horizontal. La ley distingue dos posibilidades: que los propietarios se reúnan en primera convocatoria o en segunda convocatoria. En cualquiera de esos dos casos se establecen requisitos para aprobar los acuerdos de mera administración que sean validos pero en el caso de la segunda convocatoria los requisitos son más flexibles. En el régimen de propiedad horizontal el legislador establece para la obtención de las mayorías la concurrencia acumulada de la doble mayoría personal y de intereses.

En la propiedad horizontal, todos los adquirentes y propietarios de inmuebles, incluidos don Miguel y la constructora, constituyen la Comunidad de Propietarios correspondiente y por supuesto empiezan a lidiar con los problemas y situaciones que se presentan. Deben ponerse de acuerdo para ver cómo proceder en referencia a los problemas que tienen.

Se discuten las medidas a tomar contra la constructora Atama por la falta de la piscina y el jardín y se vota el acuerdo, lo mismo pasa con el caso del vecino que ha realizado el cerramiento de terraza. Aquí debemos analizar si los acuerdos que se han tomado son válidos o no.

En estos casos se busca que exista una mayoría personal y una mayoría patrimonial o de cuotas. Esto porque como bien dice Ventura-Traveset (Derecho de Propiedad Horizontal, 7.^a edición, Bosch, Barcelona, 2007, pág. 515) *“lo que se busca es un equilibrio entre los intereses subjetivos (propietarios) y los intereses de carácter real, objetivo patrimonial que expresan las cuotas de participación de cada propietario, ponderando ambos intereses con la intención de evitar que un solo propietario se imponga al ser titular de varios pisos o locales sobre el resto y también de forma inversa, que la voluntad de varios propietarios con cuotas individuales muy reducidas pueda imponerse a un propietario de una sola finca pero con una cuota de participación elevada.”*

Con respecto al punto 3º del orden del día sobre las medidas a tomar por la falta de piscina y jardín, tenemos que analizar cómo llegamos a alcanzar la mayoría requerida para este acuerdo considerado de mera administración (art. 17.4.^a de la Ley de Propiedad Horizontal.)

La promotora Atama es propietaria de seis inmuebles mientras que don Miguel lo es de dos pisos, en principio podría creerse que para las votaciones respectivas a la hora de tomar acuerdos, estos dos propietarios podrían tener un número de votos equivalente al de sus inmuebles, pero esto no es así.

Existen 15 inmuebles lo cual no significa que tengamos 15 votos que deban considerarse para el momento de tomar los acuerdo ya que para establecer la mayoría personal es necesario seguir el criterio establecido por la jurisprudencia en la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1995 que indica que para determinarse la mayoría personal, cada propietario dispone de un sólo voto sin interesar el número de pisos o locales de los que sea propietario.

Aclarada la cuestión anterior puede decirse que para votar en los acuerdos Atama solo tiene un voto (a pesar de sus seis propiedades) y don Miguel también un voto (a pesar de sus dos pisos), de igual forma si tuviéramos un inmueble con, digamos, tres propietarios sólo sería posible que puedan tener un voto. De esta manera la mayoría personal finalmente nos daría seis votos a favor del acuerdo y uno en contra (justamente el de Atama), más dos abstenciones.

No incluimos las abstenciones porque solo consideramos los votos válidamente emitidos, como ha apuntado Gómez de la Escalera, (“La mayoría necesaria para aprobar acuerdos de mera administración en la propiedad horizontal. Los efectos de la abstención, los votos en blanco y los votos nulos en la formación de acuerdos comunitarios”. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Mayo-Junio 2011, número 725, pag.1365.) *“la mayoría exigible para adoptar acuerdos validos de mera administración en segunda convocatoria es una mayoría cuya base numérica no debe ser el número de los propietarios asistentes o presentes en la Junta sino el número de votos válidamente emitidos por los propietarios asistentes a la Junta.”*

Los dos abstencionistas no se pronuncian ni a favor ni en contra el acuerdo. El abstencionista ejerce su derecho de voto optando por no votar. El ejercicio del derecho de voto puede manifestarse, positivamente, emitiendo el voto a favor o en contra de una propuesta o, negativamente, absteniéndose de votar, pero al momento de establecer la base numérica simplemente no lo incluimos.

Aclarado el punto anterior, ahora pasamos a la mayoría patrimonial o de cuotas donde encontramos que ese total de votos debe representar más de la mitad de las cuotas de todos los presentes (excluidos los que se abstuvieron, que fueron dos propietarios). Al principio teníamos presentes un 86 por 100 de la cuota pero como hay dos propietarios que se abstuvieron, para calcular que los que votaron a favor representen

“más de la mitad de las cuotas de los propietarios” restamos el 11 por 100 de los que se abstuvieron y nuestra nueva medida sería 75 por 100. Así en el punto 3º para poder alcanzar la mayoría de cuotas o intereses necesitamos que los que seis propietarios que votaron a favor sumen juntos por lo menos el 37,5 por 100 de las cuotas y ocurre que suman 38 por 100 por lo tanto se obtiene la mayoría personal y la de intereses, el acuerdo es válido.

En el caso del punto 4º el procedimiento es el mismo aunque la votación se altera al votar don Miguel y otro propietario en contra del acuerdo, aunque igual se logra la mayoría personal: cinco votos a favor que suman 58 por 100 del total de cuotas y en contra dos votos que suman el 17 por 100 del total de cuotas. El acuerdo es válido porque se han obtenido mayores votos y estos al mismo tiempo han sobrepasando el 37,5 por 100 necesario para su validez.

En conclusión ambos acuerdos se reputan validos debido a que se ha logrado alcanzar la mayoría personal y patrimonial o de cuotas siguiendo el procedimiento establecido en la LPH.

ESTE ES EL DICTAMEN QUE SOMETO A MEJOR CONSIDERACIÓN DEL TRIBUNAL.

Madrid, 10 de Junio 2013.

Bibliografía

ALBADALEJO, Manuel; DÍAZ ALABART, Silvia. “*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*”. Tomo XIX. Madrid 1991, Edersa.

ALGABA ROS, Silvia. “*La LOE y la defensa de los adquirentes de viviendas: El retraso en la entrega*”. Estudios sobre Derecho de la Edificación. Directora Ana Cañizares Laso. Civitas. 2010.

BERCOVITZ, Rodrigo. “Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias” Aranzadi 2009.

BERCOVITZ, Rodrigo. “*Comentarios a las STS de 26 de noviembre de 2010. Propiedad horizontal: alteración de elementos comunes, cerramiento de terrazas*”. Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil, 2011, nº87.

BERCOVITZ, Rodrigo. “*Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*”. 4ª Edición. Aranzadi (páginas 189-213)

CÁMARA LAPUENTE, Sergio. “*El concepto legal de “consumidor” en el Derecho Privado Europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos no resueltos*”. Universidad de La Rioja, 2010.

CARRASCO PERERA, Ángel. “*Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*”, coordinados por R. Bercovitz. Pamplona 1999, Aranzadi.

COLINA GARECA, Rafael. “*Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2009*”. Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil, 2010, nº 38.

DÍEZ-PICAZO, Luis. “*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen I. Introducción a la Teoría del Contrato*” Thomson Civitas

DÍEZ-PICAZO, Luis. “*Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial II. Las relaciones obligatorias*” Madrid 1996.

ESTRUCH Jesús y VERDERA Rafael. *“La Junta de Propietarios: Constitución, acuerdos e impugnación”* Navarra 2000, Aranzadi.

GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen. *“Comentarios a la STS de 13 de julio de 1995”* Cuaderno Civitas de Jurisprudencia, número 40, enero-marzo 1996.

GÓMEZ POMAR, Fernando. *“El incumplimiento contractual en Derecho español”*. Revista para el análisis del Derecho (InDret). Barcelona 2007.

GÓMEZ DE LA ESCALERA, Carlos. *“La mayoría necesaria para aprobar acuerdos de mera administración den la propiedad horizontal. Los efectos de la abstención, los votos en blanco y los votos nulos en la formación de los acuerdos comunitarios”* Revista crítica de Derecho Inmobiliario, Mayo-Junio 2011, nº 725.

HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA. *“Permuta de parcela por pisos y locales a construir. Comentario a la RDGRN de 16 de nayo de 1996”* Cuadernos de Derecho y Comercio, numero 21.

HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *“Comentario a la Sentencia de 23 de marzo de 1954”* RGLJ 1946.

HATERO JIMÉNEZ, Manuel. *“El retraso del contratista en la conclusión de la obra como causa de resolución del contrato: Los pactos de Lex Comisoria”*. Actualidad jurídica Aranzadi, nº 792/2010.

HORNERO MÉNDEZ, César Miguel. *“Tacitismo y propiedad horizontal. Consentimiento tácito en la alteración de elementos comunes. Comentario a la STS de 19 de diciembre de 2005.”*

LASARTE, Carlos. *“Derecho de obligaciones. Principios de Derecho Civil II”*. 14ª edición. Barcelona 2010, Marcial Pons.

LOSCERTALES FUERTES, Daniel. *“Propiedad horizontal: Comunidades y Urbanizaciones”* Editorial Sepin, Madrid, 2003)

LLAMAS POMBO, Eugenio, coord. *“Ley de arrendamientos urbanos. Comentario y Jurisprudencia doce años después.”* Primera edición. Enero 2007 pagina 462. Editorial La Ley.

MARTÍN CASALS Y SOLÉ FELIÚ. “Comentarios a la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2002”, CCJC, enero-abril 2003, Sentencia núm. 1653

MARTRA FONTAS, Eduardo. “Venta de solares en la modalidad de permuta”. Barcelona, 1979.

PLANA ARNALDOS, M^a del Carmen “Cesión de solar a cambio de obra futura” Madrid. Marcial Pons, 2^a edición 2007-2011.

SANCIÑENA ASURMENDI, Camino “La opción de compra” Colección Monografías de Derecho Civil II Dykinson 2^a edición. Madrid 2007 (páginas 15 a 69 y 159 a 177).

VENTURA-TRAVERSESET, Antonio “Derecho de Propiedad Horizontal”, 7.^a edición, Bosch, Barcelona, 2007



MASTER UNIVERSITARIO EN PRÁCTICA DE LA ABOGACÍA

TRABAJO DE FIN DE MASTER

ÁREA DE DERECHO CONTENCIOSO – ADMINISTRATIVO

Estudiante: HÉCTOR ALEJANDRO ARIAS SALAZAR

MADRID, ENERO 2017

INDICE

	Página
Caso Práctico 1.....	3
Caso Práctico 2.....	26
Caso Práctico 3.....	70
Caso Práctico 4.....	92
Comentario Sentencia 1.....	113
Comentario Sentencia 2	127
Comentario Sentencia 3	130
Comentario Sentencia 4	136

CASO PRÁCTICO 1

(Contencioso-Administrativo)

INFORME JURÍDICO 1

1.- OBJETO DEL INFORME JURÍDICO.

La solicitud de Informe Jurídico se pide en relación a una cuestión de responsabilidades por violaciones varias de la Ley de Protección de Datos y sus consecuencias jurídicas en las diversas vías del ordenamiento jurídico español que incluyen infracciones, faltas, procedimientos sancionadores, responsabilidades disciplinarias, responsabilidades administrativas y penales con las respectivas indemnizaciones patrimoniales por parte de la administración y del infractor como consecuencia de las mismas.

Se transcribe literalmente la consulta jurídica en cuestión:

La Sra. XXX, con domicilio en Toledo, pero que se encontraba, ese día en Madrid, acudió a Urgencias de un Centro de Salud de Madrid el 18 de diciembre de 2013 con su hija, aquejada de tos y fiebre. Cuando se dispuso a retirar su vehículo del aparcamiento del centro de salud se encontró con otro automóvil estacionado en segunda fila que le impidió la salida durante un rato. El conductor del automóvil resultó ser un facultativo adscrito a dicho centro de salud, que, tras acceder a los datos de la paciente obrantes en dicho centro, los utilizó para presentar una denuncia contra la misma como consecuencia del incidente producido.

Tras la sustanciación del oportuno juicio de faltas, el Juzgado de Instrucción número 6 de Madrid dictó sentencia absolutoria de la interesada de 14 de febrero de 2014, en la que recoge como probado que la Sra. Buscapina se limitó a

requerir al facultativo para que retirase su vehículo, y llegando el Magistrado Juez a la “convicción de que el denunciante se inventó una denuncia y ha tratado de instrumentalizar la vía penal de un modo injustificado”.

El día 1 de marzo de 2014 la Sra. citada formuló denuncia ante la Agencia de Protección de Datos del Estado contra el centro de salud y contra el referido facultativo por vulneración de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. Trasladas las actuaciones a la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, esta dictó resolución en 18 de noviembre de 2015 en la que declaró que la Gerencia de Atención Primaria del área VI había vulnerado la Ley Orgánica 15/1999.

Por ello, el 24 de junio de 2016, presenta reclamación al entender la reclamante que se le han irrogado unos daños cuya reparación valora en la cuantía de 210.000 euros, a razón de 75.000 euros por vulneración del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar de la reclamante, 75,000 euros por similar vulneración de los derechos de su hija y 60.000 euros por los daños materiales y morales derivados de una falsa denuncia que supuso riesgo de desacreditación profesional.

Resulta de los documentos incorporados en el expediente que la Directora General del Servicio Madrileño de Salud, en atención al requerimiento de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid de 18 de noviembre de 2015, instruyó expediente disciplinario al facultativo de Medicina General adscrito al Centro de Salud de Madrid.

Mediante resolución de 8 de Julio de 2016 se le impuso una sanción de suspensión de empleo y sueldo de un mes al entenderse que había cometido una falta.

En el escrito de denuncia ante la Agencia de Protección de Datos la reclamante afirma, en el antecedente segundo, que "... al día siguiente (del altercado con el facultativo) recibí una llamada de la Comisaría de informándome que un médico del centro de salud había interpuesto una denuncia contra mi, denuncia falsa que interpuso después de no dejarme salir...", y continúa diciendo que "aún quedé más sorprendida cuando al acudir a prestar declaración a

Comisaría el funcionario actuante (...) afirma que todos mis datos personales (Nombre, Apellidos, dirección particular, teléfono...) los ha obtenido de la Administración del Centro de Salud. Y lo más grave es que para obtener todos mis datos personales, le han tenido que ceder los datos de mi hija pues fue ella quien requirió servicios médicos".

El 23 de diciembre de 2016 se formuló propuesta de resolución, que a su vez fue informada favorablemente por el Servicio Jurídico de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, tras lo cual se remitió el expediente al Órgano Consultivo para informe.

El Presidente de dicho Órgano acordó el 22 de abril de 2017 la devolución del mismo con objeto de que fuera completado con el obligado trámite de audiencia al facultativo, directamente afectado ante un posible ejercicio posterior de acción de repetición.

Emplazado al efecto, aquel formuló alegaciones el 20 de julio de 2017, en las que puso de manifiesto diversos argumentos contrarios a la estimación de la pretensión indemnizatoria, entre otros, señaló que el procedimiento seguido a consecuencia de ello no interrumpe -a juicio del facultativo infractor el plazo de prescripción de la acción previsto para el ejercicio de la responsabilidad patrimonial.

Más de tres años después, en concreto, un 19 de octubre de 2020, la Directora General del Servicio Madrileño de Salud ha formulado nueva propuesta de resolución en la que consideraba que procedía "estimar parcialmente la reclamación formulada por la Sra. Buscapina en su propio nombre y en el de su hija menor Fortasec por vulneración de los derechos a la intimidad personal y familiar, reconociéndoles una indemnización por importe total de 3.154 euros".

El día 22 de octubre de 2020 le es notificada dicha resolución.

Es de hacer constar que la interesada ante el retraso en resolver había acudido a la vía contencioso administrativa, en concreto, a un órgano de lo Contencioso Administrativo de la Comunidad Autónoma de su domicilio, Castilla-La Mancha y, cuando, se había entregado el expediente a la parte demandada

para contestar a la demanda, se produjo la notificación de la resolución administrativa, estimatoria parcialmente, de su pretensión indemnizatoria.

Igualmente es de señalar que la empresa mercantil "FRENADOL S.A. encargada de la recogida de basura del Distrito Fuencarral-El Pardo solicitó al Ayuntamiento el listado de titulares y domicilios y demás datos precisos para la correcta prestación del servicio.

Aceptando los términos del encargo, se ha comenzado por consultar la ley Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, la Ley 30/1992 de 26 de Noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora, Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, entre otras.

En lo que se refiere a la normativa administrativa en general hay que considerar la Disposición transitoria tercera de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. referida al régimen transitorio de los procedimientos:

a) A los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior (...).

2.- ANTECEDENTES.

Como antecedentes partimos de los datos aportados por el solicitante del informe, centrándonos en los narración de los hechos y los actos reseñados en esta consulta jurídica.

3.- CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

En cuanto a las **responsabilidades de los hechos (1)** se desprende que el facultativo tiene **responsabilidad disciplinaria** (cometió una falta muy grave) por acceder los datos especialmente protegidos de la paciente extraídos directamente del centro de salud violando para ello el artículo 7.3 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y haciendo incurrir al Centro de Salud en infracción muy grave.

Esta conducta debe acarrearle el inicio del respectivo procedimiento sancionador y las sanciones que se determinen.

Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. Artículo 7.3 Datos Protegidos:

*“los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la **salud** y a la vida sexual sólo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente”.*

Estos datos de carácter personal pueden usarse solamente cuando dicho tratamiento resulte necesario para la prevención o para el diagnóstico médico, la prestación de asistencia sanitaria o tratamientos médicos o la gestión de servicios sanitarios lo cual no se da en el caso del facultativo.

Corresponderá iniciarle el respectivo procedimiento y aplicar las sanciones que correspondan. En este caso las establecidas en la legislación sobre régimen disciplinario de las Administraciones públicas (artículo 46.2 de la Ley de Protección de Datos).

Por otro lado el facultativo también tendrá **responsabilidad patrimonial** puesto que al cometer la infracción señalada y devenir la administración patrimonialmente responsable la misma podrá posteriormente ejercitar la “acción de regreso” contra dicho funcionario.

*Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público que Artículo 94.1 “las Administraciones Públicas corregirán disciplinariamente las infracciones del personal a su servicio señalado en el artículo anterior cometidas en el ejercicio de sus funciones y cargos, **sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial o penal que pudiera derivarse de tales infracciones”.***

El facultativo tiene también **responsabilidad penal** por el delito de **denuncia falsa**.

Código Penal

*Artículo 456.1 “los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, **imputaren a alguna persona hechos que, de ser ciertos, constituirían infracción penal**, si esta imputación se hiciera **ante funcionario judicial** o administrativo que tenga el deber de proceder a su averiguación, serán sancionados: (...) 3º Con la pena de multa de tres a seis meses, si se imputara un delito leve (que antes se denominaban faltas)”.*

Aunque esto debe complementarse con el siguiente artículo:

*Artículo 457 “el que, ante alguno de los funcionarios señalados en el artículo anterior, **simulare ser responsable o víctima de una infracción penal o denunciare una inexistente, provocando actuaciones procesales**, será castigado con la multa de seis a doce meses”.*

Como se desprende de los datos el facultativo provoca un proceso que llega hasta su culminación con la absolución de la Sra. Buscapina por lo que encaja en esta descripción del tipo legal.

No hay que dejar de considerar que aquí se ha dado una sentencia absolutoria de la Sra. Buscapina del delito por el que falsamente la acuso el facultativo y que eso abre la vía para que se le pueda iniciar proceso penal por denuncia falsa. Incluso el Magistrado Juez, según los hechos narrados, llega a la convicción “que el denunciante se inventó una denuncia y ha tratado de instrumentalizar la vía penal de un modo injustificado”.

Código Penal

Artículo 456.2 “no podrá procederse contra el denunciante o acusador sino tras sentencia firme o auto también firme, de sobreseimiento o archivo del Juez o Tribunal que haya conocido de la infracción imputada. Estos mandarán proceder de oficio contra el denunciante o acusador siempre que de la causa principal resulten indicios bastantes de la falsedad de la imputación, sin perjuicio de que el hecho pueda también perseguirse previa denuncia del ofendido”

Otra **responsabilidad penal** por la que deberá responder el facultativo es la del artículo 197.2 del Código Penal que se refiere al delito de **revelación de secretos**

Código Penal

Artículo 197.2 “Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero”.

La conducta del facultativo se ve agravada por lo que señala el Artículo 198 del mismo código cuando sin razón legal y aprovechando de su posición o cargo se realiza la conducta.

Código Penal

*Artículo 198 “La autoridad o **funcionario público** que, fuera de los casos permitidos por la Ley, **sin mediar causa legal por delito, y prevaliéndose de su cargo**, realizare cualquiera de las conductas descritas en el artículo anterior, será castigado con las penas respectivamente previstas en el mismo, en su mitad superior y, además, con la de **inhabilitación absoluta** por tiempo de seis a doce años”.*

Por otro lado el facultativo deberá responder por la **responsabilidad civil** referida a los daños y perjuicios ocasionados por ambos delitos. Esta se hará efectiva a través de la acción civil ofrecida en el procedimiento penal o separadamente en la vía civil.

Código Penal

Artículo 109

1. La ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados.

2. El perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción Civil.

En general sobre las responsabilidades hay que decir que tanto la responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas, así como la responsabilidad civil derivada del delito se deberá exigir de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente.

2. La Gerencia de Atención Primaria del Área VI Centro de Salud también tiene **responsabilidad administrativa** puesto que el artículo 18 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal indica que “las actuaciones contrarias a lo dispuesto en la presente Ley pueden ser objeto de reclamación por los interesados ante la Agencia de Protección de Datos, en la forma que reglamentariamente se determine”. Y esta Gerencia tiene responsabilidad ya que uno de sus facultativos, del Centro de Salud, es el que ha cometido la violación de la Ley de Protección de Datos.

Lo que concluimos es que existe una infracción muy grave puesto que se han recabado datos personales relacionados a la salud de la denunciante, a través de su hija, sin ninguna autorización y sin justificación alguna. En todo caso los datos se comunican a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado lo cual no ha ocurrido en este caso.

Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

*Artículo 44.4 c) de la Ley Orgánica de Protección de Datos que señala que “son infracciones muy graves: recabar y tratar los datos de carácter personal a los que se refiere el apartado 2 del artículo 7 cuando no medie el consentimiento expreso del afectado; **recabar y tratar los datos referidos en el apartado 3 del artículo 7 cuando no lo disponga una ley o el afectado no haya consentido expresamente**, o violentar la prohibición contenida en el apartado 4 del artículo 7”.*

Por otro lado también existe la **responsabilidad patrimonial** ya que como administración pública deberá pagar la indemnización a que diera lugar la reclamación interpuesta por la Sra. Buscapina.

Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

Artículo 19.1 Derecho a indemnización.

“Los interesados que, como consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en la presente Ley por el responsable o el encargado del tratamiento, sufran daño o lesión en sus bienes o derechos tendrán derecho a ser indemnizados.

Respecto de la procedencia de la reclamación efectuada afirmamos que la misma es procedente”.

La reclamación se presenta el 24 de junio de 2016, al entender la reclamante que se le han irrogado daños aunque los eventos que provocaron la reclamación ocurrieron el 18 de diciembre del año 2013.

Sin embargo hay que considerar que según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sala de lo contencioso-administrativo 3.ª, sec. 6.ª, Sentencia de 21 de marzo de 2000 (EDJ 2000/5432):

“La interrupción del plazo de prescripción de un año hoy establecido por el artículo 142.5 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común se produce no sólo por la iniciación de un proceso que verse sobre la posible comisión de hechos delictivos a los que pueda estar ligada la apreciación de responsabilidad civil dimanante de la infracción penal, sino incluso por la pendencia de una acción civil encaminada a exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración, salvo que sea manifiestamente inadecuada”. (Sentencia de 26 de mayo de 1998, que invoca la doctrina de la Sentencia de 4 de julio de 1980)

De la jurisprudencia mencionada se deduce que la **prescripción se interrumpe** en virtud de **cualquier reclamación que manifiestamente no aparezca como no idónea o improcedente** encaminada a lograr el resarcimiento del daño o perjuicio frente a la Administración responsable, siempre que comporte una manifestación de la voluntad de hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de la Administración por alguna de las vías posibles para ello.” Lo mismo se extrae de las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Castilla – La Mancha de 23 de enero de 2002 y del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 31 de marzo de 2005.

Considerando lo mencionado, desde el momento que la Sra. Buscapina formula denuncia ante la Agencia de Protección de Datos contra el centro de salud y contra el facultativo por vulneración de la Ley Orgánica de Protección de Datos (1 de marzo de 2014) hay una manifestación de voluntad de hacer efectiva la responsabilidad administrativa por esta vía con lo cual se estaría interrumpiendo el plazo de prescripción de un año y haciendo procedente la reclamación entablada el día 24 de junio de 2016 la cual ejercita luego que la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid dictó resolución el día 18 de noviembre de 2015 fecha en la cual se empieza a contar nuevamente el plazo de prescripción de un año.

Una **segunda opción** podría ser considerar que es el 18 de noviembre de 2015, (fecha en la que la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid dictó resolución declarativa de que la Gerencia de Atención Primaria del Área VI había infringido gravemente el artículo 4 de la Ley Orgánica 15/1999) la fecha en la que se ha reconocido que la infracción de la norma de protección de datos se produjo, debiendo así entenderse que la acción de reclamación ha sido ejercitada en plazo, pues el año previsto en la Ley 30/1992 no había transcurrido entre el 18 de noviembre de 2015 y el día 24 de junio de 2016 en el que la interesada formuló la reclamación indemnizatoria que ha dado origen a este dictamen.

Respecto de si la interesada tiene razón en lo que reclama hay observar lo que se indica en la ley.

Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. Artículo 19.1 señala que:

*“los **interesados que**, como consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en la presente Ley por el responsable o el encargado del tratamiento, **sufran daño o lesión en sus bienes o derechos tendrán derecho a ser indemnizados”***

Por lo tanto quien ha sufrido un daño debe ser indemnizado. Ahora bien consideramos que efectivamente se ha producido la violación del artículo 19 de la LOPD.

En este sentido la jurisprudencia ha considerado que para que se pueda exigir la indemnización deben existir dos circunstancias: un daño o lesión que justifique la reclamación de la indemnización y que debe ser mínimamente probado y además el daño debe haberse producido por incumplimiento del responsable o encargado del tratamiento, lo expresa así:

*“El derecho de indemnización se justifica con la concurrencia de dos aspectos a la vez: por una parte, la conducta del **incumplimiento de algún precepto** de la Ley o una conducta imprudente que origine responsabilidad en relación con la LOPD y, por otra parte, que **esa conducta** de incumplimiento o negligente **haya producido una lesión** en los bienes o intereses del afectado”. Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 16 de septiembre de 2009.*

La lesión deberá ser efectiva es decir que el daño deberá ser real y cierto, no se consideran los supuestos e hipotéticos daños. También deberá ser económicamente evaluable. En la actualidad está plenamente asumido que tanto los daños patrimoniales como los daños de carácter extrapatrimonial, por ejemplo los daños morales, son económicamente evaluables. Además deberá ser individualizable y finalmente para que quepa el derecho a la indemnización, el lesionado no tendrá que tener obligación de soportar la lesión.

Hay que indicar además que la Sra. Buscapina realiza la reclamación argumentando vulneración del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar.

Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen

*Artículo 7.4 “Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo segundo de esta Ley: (...) 4. **La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela**”.*

Es decir que también por esta vía que arguye la violación de la intimidad personal y familiar se podrá solicitar la correspondiente indemnización por el daño sufrido. Dicha indemnización vendrá determinada por las circunstancias que

hemos mencionado y deberán evaluar la cuantía adecuada para resarcir a los perjudicados.

Respecto del derecho a la intimidad se manifiesta el Tribunal Supremo:

*“Es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo qué hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio. Del precepto constitucional se deduce que el derecho a la intimidad garantiza al individuo un poder jurídico sobre la información relativa a su persona o a la de su familia, **pudiendo imponer a terceros su voluntad de no dar a conocer dicha información o prohibiendo su difusión no consentida**, lo que ha de encontrar sus límites, como es obvio, en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. **A nadie se le puede exigir que soporte pasivamente la revelación de datos reales o supuestos, de su vida privada personal o familiar**”.* Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Febrero de 2013.

Sobre la indemnización la misma sentencia nos dice que:

“con respecto al quantum indemnizatorio solicitado, el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, se refiere a que la existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida (...)”

Finalmente la madre reclama el monto de 75.000 euros por la violación a su derecho a la intimidad personal y familiar y además otros 75.000 euros en representación de su hija quien sería la titular del derecho que se aduce vulnerado. Consideramos que la indemnización debe proceder en el caso de la madre aunque la graduación del monto dependerá de las demás circunstancias del caso concreto que no se facilitan dentro de la información brindada. Respecto de la hija dudamos que deba concederse una indemnización porque si bien es

cierto se accede a la información de doña Buscapina a través de su hija, a esta última no se le infringe derecho alguno ni se usa su información con fines dañosos.

En el caso de los 60.000 euros que reclama la demandante (2) por “los daños materiales y morales derivados de una falsa denuncia que supuso riesgo de desacreditación profesional” consideramos que la misma no es procedente puesto que no forma parte de la violación del derecho a la intimidad sino que emerge de la comisión de un ilícito penal, el de la falsa denuncia que tendrá su propia vía de reclamo ya sea por el ejercicio de la acción civil independiente o de manera conjunta con la tramitación del procedimiento penal por los delitos que se le atribuyen al facultativo. No hay que olvidar que el *ius puniendi* del Estado, es limitado por el principio de responsabilidad personal, de manera que la pena no puede delegarse a un no culpable para que cumpla por la responsabilidad del autor ergo la administración no debe responder en este aspecto por la indemnización que se reclama por el delito cometido por el facultativo quien deberá sufrir tanto la pena como la indemnización de este delito como ya se ha mencionado.

Es por completo ajeno a la Comunidad Autónoma (Administración sanitaria correspondiente) cualquier daño o perjuicio directamente derivado de una denuncia que la reclamante considera falsa. La responsabilidad de la administración por actos de un empleado suyo se limita al indebido uso que éste ha hecho de datos personales que estaban bajo la debida custodia de esa Administración, se hayan utilizado para una denuncia falsa o cierta. Si, además, resulta que la misma es falsa, la acción de reclamación es directa y exclusiva, en el orden civil o penal, de la perjudicada hacia el facultativo.

Respecto a sí el **procedimiento incoado se ajusta a derecho** la Sra. Buscapina formula la denuncia ante la Agencia de Protección de Datos del Estado lo que es adecuado y correcto.

Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia de Protección de Datos

Artículo 4.2 “La Agencia atenderá las peticiones que le dirijan los afectados y resolverá las reclamaciones formuladas por los mismos, sin perjuicio de las vías de recurso procedentes”.

Lo que esta agencia hace es trasladar las actuaciones a la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid que es la que ejercerá la potestad sancionadora y deberá intervenir cuando se afecten a ficheros de datos de carácter personal creados o gestionados por las Comunidades Autónomas y por la Administración Local de su ámbito territorial.

Respecto de la denuncia que se interpone contra el centro de salud y contra el facultativo tenemos que la misma se interpone dentro del plazo establecido ya que siendo una infracción clasificada como muy grave a la misma le corresponde un plazo de prescripción de tres años.

Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

*Artículo 44.4.b “Son infracciones muy graves (...) Tratar o ceder los datos de carácter personal a los que se refieren los apartados 2, 3 (datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la **salud** y a la vida sexual sólo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente) y 5 del artículo 7 de esta Ley salvo en los supuestos en que la misma lo autoriza o violentar la prohibición contenida en el apartado 4 del artículo 7.”*

Artículo 47.1 Prescripción

*“Las infracciones **muy graves** prescribirán a los **tres años**, las graves a los dos años y las leves al año”.*

Por otro lado quien hace el requerimiento para que se instruya el expediente disciplinario contra el facultativo es la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid lo que a nivel autonómico le corresponde ya que tiene las mismas funciones de la Agencia de Protección de Datos del Estado y esta señala en su estatuto que dentro de sus funciones esta “Instar la incoación de expedientes disciplinarios en los casos de infracciones cometidas por órganos responsables de ficheros de las Administraciones Públicas”. Este expediente

concluye con la sanción que se le impone al facultativo consistente en la suspensión de empleo y sueldo de un mes al entenderse que había cometido una falta lo cual es correcto ya que la falta cometida se encuadra dentro de lo que señala el EBEP:

Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público

Artículo 96.1 “1. Por razón de las faltas cometidas podrán imponerse las siguientes sanciones: c) Suspensión firme de funciones, o de empleo y sueldo en el caso del personal laboral, con una duración máxima de 6 años”.

Respecto del procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial tenemos que el día 23 de diciembre de 2016 se formuló la propuesta de resolución que obtuvo informe favorable del Servicio Jurídico de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid pero de la información con la que contamos no se menciona que se haya seguido el trámite de audiencia para que los interesados formulen las alegaciones correspondientes ni que se le haya dado la oportunidad al facultativo de exponer sus alegaciones ya que el mismo podría verse afectado por una posterior acción de repetición. Por otro lado tampoco se le da a oportunidad a la Sra. Buscapina de exponer sus argumentos ni de proponer nada respecto de un acuerdo indemnizatorio tal como señala la norma adecuada:

Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial

Artículo 11. 1. Indica que:

"Instruido el procedimiento, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, se pondrá aquél de manifiesto al interesado (...) Al notificar a los interesados la iniciación del trámite (de audiencia) se les facilitará una relación de los documentos obrantes en el procedimiento, a fin de que puedan obtener copia de los que estimen convenientes, y concediéndoles un plazo no inferior a diez días ni superior a quince para formular alegaciones y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes.

2. Durante el plazo del trámite de audiencia, lo haya hecho o no con anterioridad, el interesado podrá proponer al órgano instructor la terminación

convencional del procedimiento fijando los términos definitivos del acuerdo indemnizatorio que estará dispuesto a suscribir con la Administración pública correspondiente”.

Por otro lado se remitió el expediente al Órgano Consultivo para informe (aunque la ley habla de dictamen del órgano consultivo) junto con la propuesta de resolución. Hasta aquí se ha seguido lo que señala el artículo 12 del Real Decreto 429/1993. El problema que encontramos es que el dictamen debió emitirse en un plazo máximo de 2 meses pero ocurre que casi 4 meses después es decir el 22 de abril del año 2017 el Presidente de dicho órgano acuerda que se devuelva el expediente porque considera que debe dársele audiencia también al facultativo.

En este caso al transcurrir 4 meses sin recibir el informe o este caso la respuesta del órgano consultivo y debiendo el procedimiento haber concluido en plazo máximo de 6 meses desde su inicio tenemos que de todas maneras el retraso está en la Dirección General del Servicio Madrileño de Salud quien espero hasta el día 23 de diciembre, es decir 6 meses menos un día para pedir el informe. Tampoco es posible utilizar la ampliación del artículo 49 de la ley 30/1992 ya que este permite hacerlo solamente cuando no exceda de la mitad de los mismos lo cual nos daría, en ese supuesto, tres meses más pero ante la demora de 4 meses en dar alguna respuesta de parte del órgano consultivo sigue siendo inútil e inservible esa supuesta ampliación.

Artículo 49

“La Administración, salvo precepto en contrario, podrá conceder de oficio o a petición de los interesados, una ampliación de los plazos establecidos, que no exceda de la mitad de los mismos, si las circunstancias lo aconsejan y con ello no se perjudican derechos de tercero. El acuerdo de ampliación deberá ser notificado a los interesados”.

Respecto a la alegación que realiza el facultativo sobre la no interrupción de la prescripción por el procedimiento seguido a consecuencia de ello nos remitimos a lo señalado líneas arriba respecto del mismo tema.

Finalmente, tres años después, es decir el 19 de octubre del año 2020 se emite una nueva propuesta de resolución donde se considera una estimación

parcial de la reclamación y se reconoce una indemnización de 3.154 euros. La misma es notificada el 22 de octubre del año 2020. Llegados a este punto podemos decir que la administración tenía obligación de resolver este procedimiento de reclamación patrimonial en el plazo de 6 meses los cuales ha excedido largamente.

De aquí se concluye que habiendo sobrepasado el plazo para resolver el procedimiento de reclamación patrimonial que es de 6 meses sin que haya recaído resolución podrá entenderse que la resolución es contraria a la indemnización de la Sra. Buscapina.

Real Decreto 429/1993:

*Artículo 13.3 “Transcurridos seis meses desde que se inició el procedimiento, o el plazo que resulte de añadirles un período extraordinario de prueba, de conformidad con el artículo 9 de este Reglamento, sin que haya recaído resolución expresa o, en su caso, se haya formalizado el acuerdo, **podrá entenderse que la resolución es contraria a la indemnización del particular**”.*

Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

*48.3 “Los procedimientos sancionadores tramitados por la Agencia Española de Protección de Datos, en ejercicio de las potestades que a la misma atribuyan esta u otras Leyes, salvo los referidos a infracciones de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, tendrán una **duración máxima de seis meses**”.*

De lo mencionado podemos pasar al **siguiente tema (3) de este informe que es el ajuste a derecho del recurso contencioso administrativo interpuesto**. Conforme al artículo 13.3 mencionado líneas arriba ha ocurrido un silencio administrativo en sentido negativo que ha tenido como consecuencia que se ponga fin a la vía administrativa (agotamiento de la vía administrativa) lo cual permite a la Sra. Buscapina poder iniciar una demanda contencioso-administrativa ante los juzgados de dicha jurisdicción.

Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

*Artículo 2.3 “las resoluciones y los acuerdos de terminación convencional que recaigan en los procedimientos regulados en este Reglamento **ponen fin a la vía administrativa**”.*

Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

*43.2 “la estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento. La desestimación por silencio administrativo tiene los **solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente**”.*

Por otro lado la presentación de la demanda en un órgano contencioso de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha donde se encuentra su domicilio no se ajusta a derecho puesto que si bien es cierto en primer término la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa en su artículo 14, regla primera señala que con carácter general, es competente el órgano jurisdiccional donde tenga sede el órgano que dictó el acto impugnado (es decir en Madrid, sede del Servicio Madrileño de Salud) y luego en la regla segunda señala que cuando el recurso se refiera a responsabilidad patrimonial, será competente, a elección del demandante, el juzgado o el tribunal en cuya circunscripción tenga aquél su domicilio o se halle la sede del órgano autor del acto originario impugnado, con lo que parecería que la presentación del recurso en la Comunidad de Castilla-La Mancha (donde tiene domicilio la demandante, en Toledo) es adecuada, la misma regla inmediatamente puntualiza que si el recurso se refiere a actos de administraciones de las Comunidades Autónomas la elección se entenderá limitada a la circunscripción del Tribunal Superior de Justicia en que tenga su sede el órgano que hubiere dictado el acto originario impugnado es decir que el recurso deberá ser presentado necesariamente dentro de la Comunidad

Autónoma de Madrid, sede del Servicio Madrileño de Salud quien ha “resuelto” el acto por silencio negativo.

Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa

Artículo 14.1 indica que:

“La competencia territorial de los Juzgados y de los Tribunales Superiores de Justicia se determinará conforme a las siguientes reglas:

*Primera. Con carácter general, será competente el órgano jurisdiccional en cuya circunscripción **tenga su sede el órgano que hubiere dictado la disposición o el acto originario impugnado.***

*Segunda. Cuando el recurso tenga por objeto actos de las Administraciones públicas en materia de **responsabilidad patrimonial**, personal, propiedades especiales y sanciones será competente, **a elección del demandante**, el juzgado o el tribunal en cuya circunscripción tenga aquél su domicilio o se halle la sede del órgano autor del acto originario impugnado.*

*Cuando el recurso tenga por objeto actos de las Administraciones de las Comunidades Autónomas o de las entidades de la Administración Local, **la elección a que se refiere esta regla segunda se entenderá limitada a la circunscripción del Tribunal Superior de Justicia en que tenga su sede el órgano que hubiere dictado el acto originario impugnado**”*

Respecto de la **actuación de la Gerencia de Atención Primaria (4)** de la Comunidad de Madrid es claro que esta vulneró la Ley Órganica 15 /1999 y que era previsible que recibiera una sanción por la infracción que había cometido la cual era de naturaleza muy grave según señala la Ley Órganica 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal en su artículo 44.4 en el apartado b:

“Tratar o ceder los datos de carácter personal a los que se refieren los apartados 2, 3 y 5 del artículo 7 de esta Ley salvo en los supuestos en que la misma lo autoriza o violentar la prohibición contenida en el apartado 4 del artículo 7”.

Artículo 7.3

“Los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual sólo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente”.

Por otro lado dicha vulneración fue cometida por el facultativo a quien a su vez se le abrió el correspondiente procedimiento sancionador que tuvo como consecuencia la sanción del mismo.

En el caso de la Gerencia de Atención Primaria del área VI lo que hay que analizar es hasta que punto el acceso que hace el facultativo a los datos de la Sra. Buscapina y de su hija no se deben a su propia negligencia o a la falta de las medidas de seguridad que deben tenerse implantadas cuando se trata de la manipulación de ficheros con datos personales e incluso en este caso cuando los datos de salud son aun más sensibles. Al parecer luego que el facultativo tiene el altercado en el aparcamiento con la Sra. Buscapina fue muy fácil para él acceder primero al expediente de la hija de la denunciante y posteriormente a los datos de ella misma sin que quede constancia de por medio de que él era el facultativo tratante. Es decir por el mero hecho de ser facultativo en dicho Centro de Salud y sin estar directamente relacionado con la atención de aquel día a la denunciante e hija fue bastante simple para él acceder a los datos de ambas.

Hay que decir también que respecto de la madre el facultativo accedió a sus datos personales con conculcación de los principios y garantías establecidos en la ley orgánica, y, además, hizo un indebido e ilícito uso de los mismos. Sin embargo, respecto de la menor el facultativo no hizo uso indebido de ello, sino que se limitó a emplearlos para poder conocer los datos de la madre a fin de poder denunciarla ante el Juzgado de Instrucción correspondiente. No se aprecia así una lesión de la menor que pueda ser evaluada económicamente.

Nos aventuramos a decir que es bastante probable que los mecanismos de protección que deberían utilizarse en este caso han sido también muy débiles puesto que la Gerencia de Atención Primaria del área VI ha debido implementar protocolos de acceso más rigurosos por ejemplo permitiendo que el acceso a la información de salud solo sea posible cuando el médico tratante es el que los

solicita y no estar abierto completamente el fichero a cualquier facultativo sencillamente por el mero hecho de serlo.

Respecto del **Ajuste a derecho de la comunicación (5)** a la empresa de recogida de residuos del listado de titulares y domicilios y otros datos para la prestación del servicio afirmamos que para que el Ayuntamiento pueda comunicar los datos que solicita la empresa mercantil FRENADOL SA. es necesario seguir lo que indica el artículo 12 de la Ley 15/1999 de la Ley de Protección de Datos

Acceso a los datos por cuenta de terceros

“1. No se considerará comunicación de datos el acceso de un tercero a los datos cuando dicho acceso sea necesario para la prestación de un servicio al responsable del tratamiento.

2. La realización de tratamientos por cuenta de terceros deberá estar regulada en un contrato que deberá constar por escrito o en alguna otra forma que permita acreditar su celebración y contenido, estableciéndose expresamente que el encargado del tratamiento únicamente tratará los datos conforme a las instrucciones del responsable del tratamiento, que no los aplicará o utilizará con fin distinto al que figure en dicho contrato, ni los comunicará, ni siquiera para su conservación, a otras personas.

En el contrato se estipularán, asimismo, las medidas de seguridad a que se refiere el artículo 9 de esta Ley que el encargado del tratamiento está obligado a implementar.

3. Una vez cumplida la prestación contractual, los datos de carácter personal deberán ser destruidos o devueltos al responsable del tratamiento, al igual que cualquier soporte o documentos en que conste algún dato de carácter personal objeto del tratamiento.

4. En el caso de que el encargado del tratamiento destine los datos a otra finalidad, los comunique o los utilice incumpliendo las estipulaciones del contrato, será considerado también responsable del tratamiento, respondiendo de las infracciones en que hubiera incurrido personalmente”.

Por su parte, respecto las medidas de seguridad, el citado artículo 9 señala que:

“1. El responsable del fichero, y, en su caso, el encargado del tratamiento deberán adoptar las medidas de índole técnica y organizativas necesarias que garanticen la seguridad de los datos de carácter personal y eviten su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado, habida cuenta del estado de la tecnología, la naturaleza de los datos almacenados y los riesgos a que están expuestos, ya provengan de la acción humana o del medio físico o natural.

2. No se registrarán datos de carácter personal en ficheros que no reúnan las condiciones que se determinen por vía reglamentaria con respecto a su integridad y seguridad y a las de los centros de tratamiento, locales, equipos, sistemas y programas”.

En este caso, la empresa era la contratista de un contrato de gestión de servicios públicos que necesitaba, forzosamente, esos datos para la debida prestación del servicio.

Finalmente para concluir este informe jurídico nos referiremos a **la presunta infracción cometida por el facultativo (6)** Teniendo en cuenta el Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, la posible falta cometida sería la del artículo 7 , falta graves j) No guardar el debido sigilo respecto a los asuntos que se conozcan por razón del cargo, cuando causen perjuicio a la Administración o se utilice en provecho propio.

Con respecto a la posible prescripción, los hechos ocurrieron en 2013 y la sanción tiene lugar en 2016, parece que es posible que se hubiera producido si la falta es grave, si es muy grave no. Por otro lado, habría que analizar cuándo se inició el procedimiento, con conocimiento del interesado, que interrumpiría la prescripción, y si aquél estuvo o no paralizado por su culpa.

Al respecto, el artículo 20 señala que:

“1. Las faltas muy graves prescribirán a los seis años, las graves a los dos años y las leves, al mes. El plazo de prescripción comenzará a contarse desde que la falta se hubiere cometido.

2. La prescripción se interrumpirá por la iniciación del procedimiento, a cuyo efecto la resolución de incoación del expediente disciplinario deberá ser

debidamente registrada, volviendo a correr el plazo si el expediente permaneciere paralizado durante más de seis meses por causa no imputable al funcionario sujeto al procedimiento.”

Teniendo en cuenta que se le suspendió con un mes de suspensión de funciones debió ser por falta grave, porque el artículo 16 señala que la sanción de suspensión de funciones impuesta por comisión de falta muy grave no podrá ser superior a seis años ni inferior a tres. Si se impone por falta grave, no excederá de tres años.

Tal es la respuesta a la consulta que someto a cualquier otro mejor fundado en Derecho.

CASO PRÁCTICO 2

(Contencioso-Administrativo)

INFORME JURÍDICO 1

1.- OBJETO DEL INFORME JURÍDICO.

La solicitud de Informe Jurídico abarca un procedimiento administrativo sancionador incoado contra un taxista por prestar el servicio sin autorización así como el procedimiento expropiatorio de urgencia que se inicia contra la finca de don Juan en sus diversas etapas desde la ocupación, pasando por la indemnización y la reversión respectivas así como otros eventos referidos a otras fincas expropiadas. Posteriormente también se emite informe respecto a una finca de la administración utilizada para realizar romerías y que acarrea responsabilidades a la administración por el derrumbe de unos arboles en estado ruinoso con las consiguientes responsabilidades que se pide analizar.

Se transcribe literalmente la consulta jurídica en cuestión:

1.- Don Juan y don Pedro, amigos desde la infancia, deciden pasar un fin de semana en la finca rústica dedicada al cultivo de la vid de 12,626 m² que don Juan acababa de heredar de su padre, en Villa del Prado. Con ese fin, quedan en el aeropuerto de Madrid-Adolfo Suárez-Barajas, ya que don Pedro reside en Alicante, trasladándose a la citada finca en taxi.

Durante el trayecto son parados por miembros de la Guardia Civil que formula denuncia contra el taxista por no tener el correspondiente título que habilita la prestación del servicio que está realizando.

Por escrito de 23 septiembre del año XXX, se acordó la incoación de expediente sancionador contra el taxista, estableciendo como hechos imputados “ la realización de transporte público de viajeros en vehículos del mismo careciendo de la preceptiva autorización de transportes otorgado por el órgano competente”.

Igualmente se establece que el instructor del procedimiento será nombrado en un acto posterior.

El pliego de cargos o acuerdo de iniciación se intentó notificar a la dirección postal del taxista pero fue devuelta por el servicio de correos, por lo que se procedió a su publicación en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid, con fecha 6 octubre del año XXX.

El taxista tiene conocimiento de la publicación realizada en ese Boletín y presenta alegaciones a los hechos imputados con fecha 5 noviembre del año XXX, estableciendo que no estaba conforme con los hechos imputados y que para el servicio que realizaba no era necesaria la autorización de transportes.

Con fecha 12 noviembre del año XXX, el instructor del procedimiento dicta propuesta de resolución que se notifica el interesado con fecha 16 noviembre, estableciendo la citada propuesta que no se han tenido en cuenta las alegaciones del interesado por haberse presentado fuera del plazo establecido.

El día 12 enero del año siguiente (YYY) se dicta resolución, notificada al día siguiente al expedientado, por el Director General de Transportes en la que se confirma la sanción propuesta el taxista, indicando en la misma la posibilidad de interponer el correspondiente recurso de reposición ante el órgano que dictó la resolución.

Sin embargo, el taxista decide interponer con fecha 16 marzo del año YYY directamente recurso contencioso administrativo.

Sobre la citada finca, entre otras, se publicó Acuerdo el Gobierno de 26 septiembre del año RRR, por el que se declaraba la utilidad pública y urgente ocupación de parte de la misma, de 8235 m², para realizar obras de ensanchamiento de la carretera M-507, apareciendo como interesado el padre de don Juan recientemente fallecido. Esta urgente ocupación no fue notificada personalmente.

Este Acuerdo fue objeto de recurso contencioso-administrativo que no fue admitido por el órgano competente al considerarse un acto de naturaleza política excluido de recurso.

Seguidos los trámites del procedimiento expropiatorio de urgencia, y, en especial, el acta previa la ocupación, en la cual se describió la finca y se hicieron constar todo los perjuicios que la rápida ocupación de la misma producía, teniendo que llevar a cabo una recogida de uvas en fecha anterior a su maduración, pérdida del pozo y de la caseta del guarda, y una vez efectuado el depósito previo y consigna de la indemnización por los perjuicios producidos, la administración procedió a ocupar inmediatamente la finca el día 20 junio del año siguiente (XXX).

Don Juan presentó su hoja de aprecio, en la que solicitaba se le expropiara la totalidad de la finca, ya que, los 4391 m² restantes no serían suficientes para continuar con su explotación dedicada al cultivo del vid, valorando la totalidad de la misma en dos euros por cada metro cuadrado; cada cepa se valoran €25, estableciendo una indemnización por la pérdida del pozo de €16,000 y de la caseta de €6500; y un premio de afección que se establece sobre el total de los conceptos.

Dicha hoja de aprecio no es aceptado por el órgano expropiante, que a su vez presenta la suya con valores bastante inferiores en algunos de sus conceptos, estableciendo el precio de afección sólo sobre la cosa objeto de la expropiación y, manteniendo la expropiación parcial de la finca, que tampoco es aceptada por el interesado considerando que es contraria a sus intereses.

Por ello, terminada la fase de fijación del justiprecio, sin acuerdo amistoso, se decide remitir el expediente al Jurado de Expropiación de Madrid que, por Acuerdo de fecha 19 marzo del año siguiente, a los 25 días desde que tuvo entrada en su registro el recurso, (YYY) valoró la finca en €42,172.65.

La finca se valoró en 1.80 euros metro cuadrado sobre los 8235 m². Las cepas se valoraron en €20.50 cada una. Se establece una indemnización por pérdida del pozo de €14,826. Y la indemnización por pérdida de la caseta se establece en €5325.

El 5% del premio de afección se establece sobre la valoración de la finca, objeto de expropiación, no incluyendo, por tanto, los conceptos indemnizatorios.

Dado que el interesado no estaba de acuerdo con la valoración del Jurado interpuso recurso de reposición que fue resuelto por Acuerdo de aquel el 15

agosto del mismo año YYY), desestimando el mismo y confirmando la resolución del 19 marzo del año YYY.

El interesado considerando de la valoración no se ajusta los precios del mercado y, por tanto, contraria a sus intereses, decide interponer recurso contencioso administrativo ante los Juzgados de lo Contencioso Administrativo de Madrid, esgrimiendo en su demanda, en momento procesal oportuno, los siguientes motivos:

a) Que el Jurado no tuvo en cuenta el criterio de valoración seguido en las mismas actuaciones expropiatorias respecto de una finca colindante a la suya, en la que la administración expropiante llegó a un mutuo acuerdo pagándose a €16,523 el metros cuadrados, €1700 más por metro cuadrado que la valoración de su finca sin que queda acreditado qué factores o circunstancias determinaron dicho precio.

b) Que el premio de afección que procede pagarse debe calcularse, no sólo sobre el valor de la cosa objeto de expropiación, sino también sobre las indemnizaciones de los perjuicios causados.

c) Que se produjo una falta de motivación en las valoraciones efectuadas por el jurado lo que produjo indefensión al recurrente.

d) Que no se le abonó intereses de demora alguno.

e) Que no resolvió en plazo el JPE.

Finalmente debemos señalar que, finalizadas las obras, no se utilizó una parte de la finca expropiada, sin que tal circunstancia fuera notificada al expropiado. A los 6 años, dirige escrito a la administración solicitando que se le devuelva aquella parte no utilizada, de forma inmediata.

También es de hacer constar que respecto de otra de las fincas expropiadas cuya propiedad correspondía a varias personas se produjeron estas dos circunstancias:

A.- Durante la tramitación del expediente de expropiación, su propietario enajenó la finca a un tercero mediante documento privado de compraventa. Comunicada dicha transmisión a la Administración expropiante, ésta continuó entendiéndose en el procedimiento con el originario propietario.

B.- Uno de los cotitulares impugnó ante el órgano jurisdiccional competente, en nombre propio, el justiprecio, obteniendo una sentencia estima que de su pretensión por la que se aumentó el quantum indemnizatorio. Los demás copropietarios tratan de que se les aplique a ellos esa sentencia.

2.- Por otro lado, un Organismo Autónomo adscrito al Ministerio competente en materia de Fomento, es titular de una finca sobre la que no había previsto uso alguno hasta el mes de junio de 2018. Una asociación de ex toxicómanos y ex alcohólicos, debidamente inscrita en el registro correspondiente, dirige escrito a aquel organismo solicitando autorización para celebrar, de forma gratuita, tres romerías en la citada finca, que por otro lado, eran clásicas y se celebraban cada año en distintos lugares, durante los meses de enero febrero y marzo. El fin de las mismas es recaudar fondos, a través de la venta de bebida y comida en los distintos puntos que se instalen, destinados a ayudas y rehabilitación gratuita de los que se encuentran inmersos en dichos problemas.

El escrito lo presentan con fecha 2 de enero del 2016 en el Ayuntamiento de Colmenar Viejo con el que el Organismo Autónomo había realizado un convenio con el objeto de que se pudieran presentar en aquel escritos y solicitudes dirigidos a cualquiera de los Órganos de la Administración Autonómica Madrileña.

El Gerente del Organismo Autónomo dicta resolución del día 16 de enero del 2016 autorizando la celebración de tales romerías.

En concreto, el día 30 de enero tiene lugar la primera de ellas. En el curso de la misma, uno de los árboles existentes en la finca, debido al estado de deterioro y podredumbre en que se encontraba, al igual que otros numerosos árboles, en un momento dado, se derrumba alcanzando a varios participantes en la romería.

Como consecuencia de ello, dos personas fallecieron en el acto, varias resultaron heridas de diversa consideración y diversos vehículos que se encontraban aparcados de sus inmediaciones resultaron con diversos daños.

Por estos hechos, el Juzgado de Instrucción competente inicia las oportunas diligencias previas en averiguación de lo sucedido.

Igualmente, derivado de los hechos acaecidos se producen diversas reclamaciones, de las que destacamos las siguientes:

A) El propietario de un vehículo dañado, solicita el día 12 de febrero de 2016, mediante escrito dirigido al Consejo de Administración del Organismo Autónomo, una indemnización por importe total de 6000 EUR, valor en que han sido peritados los citados daños. La Administración le notifica el día 2 de marzo del 2007 que mientras no finalicen las actuaciones penales, no procede la incoación de procedimiento administrativo alguno.

B) Uno de los lesionados, en tiempo y forma, reclama económicamente a la administración autonómica. Ésta, sin llevar a cabo actuación administrativa alguna, resuelve y notifica en el sentido de que no procede la incoación el procedimiento administrativo alguno, porque las responsables de las lesiones y los daños los daños originados son imputables a la asociación organizadora del evento.

C) Otro lesionado presenta su escrito, también en tiempo y forma, pero es tan parco en el relato de hechos que la Administración de requiere para que en el plazo de diez días mejore su solicitud con un relato más pormenorizado y detallado de los hechos, indicándole que si no lo hiciera así le tendrá por desistido de su solicitud, mediante resolución dictada en tal sentido.

D) Por otro lado, se reciben el registro de la administración escrito de una persona solicitando, en el caso de que se inicien procedimientos de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, se le tenga por interesado. Al no notificársele, al cabo de los tres meses, nada en ningún sentido, el solicitante entiende estimada su condición de interesado.

Por otra parte, la Administración, acaba iniciando la tramitación de los oportunos procedimientos de responsabilidad patrimonial como consecuencia de las distintas solicitudes que le llegaron.

Igualmente, por un lado, tiene fundadas sospechas de la existencia de otros lesionados o dañados no identificados y que no habían presentado escrito alguno y, por otro lado, decide iniciar de oficio el procedimiento administrativo respecto a un uno de los fallecidos al no haberse presentado escrito en tal sentido por parte de nadie.

En el último de los procedimientos a que se hace referencia en el párrafo anterior, se concedió un plazo de diez días desde la notificación del acuerdo de iniciación a los interesados en ese procedimiento, para que aportaran cuantas alegaciones, documentos o información estimaran conveniente a su derecho y propusieran cuantas pruebas creyeran oportunas. Al no comparecer nadie en el trámite dado a al efecto, el instructor decreta el archivo provisional de estas actuaciones.

Respecto a los diversos procedimientos correspondientes a distintos lesionados, el órgano que tramitaba los mismos acordó la acumulación. En un momento dado, se produce la renuncia de uno de aquellos. Esta renuncia es comunicada al resto de los interesados los cuales no instan la continuación del procedimiento en el plazo de 10 días que se les había concedido al efecto. Por ello, se acaba declarando concluso el procedimiento.

El importe de las reclamaciones en el procedimiento instruido, en este caso, a solicitud de interesado, por el fallecimiento de una persona, se eleva la cantidad de 145.000 EUR, sin que, en ningún momento, si hubiere solicitado el dictamen del Consejo de Estado, con carácter previo a la resolución.

Este último procedimiento se inició por acuerdo de 15 de marzo de 2016, acordando el titular del Ministerio al que estaba adscrito el Organismo Autónomo, la delegación en un Director General de la misma la resolución de dicho procedimiento. En principio, éste no aceptó la referida delegación, aunque posteriormente sí, resolviendo el procedimiento el día 13 de octubre y notificando la resolución dictada, estimatoria parcialmente de lo pedido, el día 18 de igual mes y año.

Aceptando los términos del encargo, se ha comenzado por consultar la Ley 30/1992 de 26 de Noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, , el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora, Decreto 245/2000, de 16 de Noviembre, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Reglamento para el ejercicio de la

potestad sancionadora por la Administración de la Comunidad de Madrid, Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid, Ley 20/1998, de 27 de Noviembre, de Ordenación y Coordinación de los Transportes Urbanos de la Comunidad de Madrid, Ley 5/2009, de 20 de Octubre, de Ordenación del Transporte y la Movilidad por Carretera, Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación de los Transportes Terrestres, Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, Decreto de 26 de abril de 1957 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa, Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre expropiación forzosa, Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del Derecho de Petición, Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, entre otras.

2.- ANTECEDENTES.

Como antecedentes partimos de los datos aportados por el solicitante del informe, centrándonos en los narración de los hechos y los actos reseñados en esta consulta jurídica.

3.- CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

Iniciamos este informe refiriéndonos a la **validez del acuerdo de iniciación** del procedimiento sancionador contra el taxista que presto el servicio a don Juan y don Pedro desde el aeropuerto de Barajas a Villa del Prado.

Los procedimientos sancionadores deben comenzar en todos los casos de oficio y ello a través del acuerdo que adopta el órgano competente ya sea por iniciativa propia o por orden superior o también por comunicación de un órgano de inspección, a petición de otros órganos o también a través de denuncia.

Decreto 245/2000, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora por la Administración de la Comunidad de Madrid.

Artículo 5.1

“Los procedimientos sancionadores se iniciarán siempre de oficio por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia

de orden superior, por comunicación de un órgano que tenga atribuidas funciones de inspección, a petición razonada de otros órganos o por denuncia”.

Así lo señala el decreto citado que en muchos aspectos reitera lo que señala el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora.

Por otro lado el acuerdo es iniciado de oficio por el órgano competente que en este caso es el director de la Gerencia de Transportes de la Comunidad de Madrid como se desprende de la norma respectiva:

Decreto 199/2015, de 4 de agosto, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Transportes, Vivienda e Infraestructuras. (Comunidad de Madrid)

Artículo 47

“Corresponden a la Dirección General de Transportes, con carácter general, las competencias previstas en el artículo 47 de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid, y, en particular, las siguientes:

*“(...) c) La elaboración y ejecución del plan de inspección, así como la **resolución de los expedientes sancionadores por infracciones en materia de transportes** y la ejecución de las sanciones resultantes, tanto pecuniarias como no pecuniarias, sin perjuicio de las competencias de recaudación de ingresos atribuidas a la Consejería competente en materia de hacienda, y todas aquellas materias que no sean de la competencia del Consorcio Regional de Transportes Públicos Regulares de Madrid. (...).”*

Esta información se complementa con lo que se indica en el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora en su artículo 10.2 que señala que:

*“ (...) cuando de la aplicación de las reglas anteriores no quede especificado el órgano competente para iniciar el procedimiento, se entenderá que tal **competencia corresponde al órgano que la tenga para resolver**” (...).”*

Así tenemos, según se desprende de la narración de los hechos, que el día 23 septiembre del año XXX, se acordó la incoación de expediente sancionador contra el taxista, estableciendo los hechos y señalando que el instructor del procedimiento sería nombrado en un acto posterior. De acuerdo al artículo 6 de la Decreto 245/2000, de 16 de Noviembre, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora por la Administración de la Comunidad de Madrid, existe un contenido mínimo que debe observarse respecto del acuerdo de iniciación de los procedimientos sancionadores y que se encuentran en el mencionado artículo. Presumimos que todos ellos han sido incluidos dentro de el acuerdo, tal y como señala la norma aunque lo que sabemos con certeza que ha sido omitido es la “identidad del instructor y, en su caso, del secretario”.

Dentro de los principios del procedimiento sancionador señalados en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el artículo 135 habla de los derechos de los presuntos responsables y señala:

“Los procedimientos sancionadores garantizarán al presunto responsable los siguientes derechos:

*A ser notificado de los hechos que se le imputen, de las infracciones que tales hechos puedan constituir y de las sanciones que, en su caso, se les pudieran imponer, **así como de la identidad del instructor**, de la autoridad competente para imponer la sanción y de la norma que atribuya tal competencia. A formular alegaciones y utilizar los medios de defensa admitidos por el Ordenamiento Jurídico que resulten procedentes (...).”*

Esta garantía de ser notificado acerca de la identidad del instructor permite a quien afronta un proceso sancionador poder, si así lo ameritan las circunstancias, ejercer el derecho de recusar al instructor y para ello es necesario conocer la identidad del mismo por ello esta incluido como parte del contenido mínimo que el acuerdo de iniciación del procedimiento debe contener. Así se expresa en el artículo 6.1.a del Decreto 245/2000, de 16 de Noviembre, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Reglamento para el ejercicio de la

potestad sancionadora por la Administración de la Comunidad de Madrid:

Artículo 6.1

“El acuerdo de iniciación de los procedimientos sancionadores tendrá el contenido mínimo siguiente:

a) Identidad del instructor y, en su caso, del secretario (...).”

El acuerdo de incoación del procedimiento no respeta una de las garantías de quien está sometido a un procedimiento sancionador al no comunicarle la identidad de quien va a encargarse de la instrucción del procedimiento y solo señalar que posteriormente se dará a conocer. En principio hay que señalar que lo más probable es que este acuerdo de iniciación de ser recurrido sea declarado nulo al causar indefensión al taxista ya que viola una garantía específica que se concede a las personas que afrontan un procedimiento sancionador.

La sentencia de Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso, de 13 de marzo de 2012, 682/2007 lo señala claramente en un caso similar:

“Al no facilitar los datos personales del Instructor y del Secretario, reiteradamente solicitados por la actora, se le ha impedido saber si existía una causa de recusación respecto de alguno de ellos (...) al no facilitarle la información que había solicitado lo que se le ha impedido es el ejercicio del mismo derecho al no poder saber ella misma o sus representantes si existía alguna causa de recusación. Tampoco puede alegarse que no habría cambiado la tramitación ni la resolución del expediente en caso de saber la identidad porque se sigue desconociendo la identidad personal de quienes ejercieron de Instructor y Secretario y si concurría alguna de las causas de recusación, por lo que se ignora absolutamente toda cuestión relacionada con ellos, es decir, si existían tales motivos, si se hubiera ejercido el derecho, si se habría acogido una causa que se alegare, y consiguientemente, las decisiones que se habrían adoptado al respecto y el resto de la tramitación del expediente y su sentido”.

Hay que concluir que se ha generado un perjuicio a la actora impidiéndole ejercer un derecho legalmente previsto, el de conocer si el Instructor o Secretario del expediente disciplinario que se le había incoado eran absolutamente objetivos, y, siendo éste uno de los elementos que puede hacer valer en la tramitación del expediente, incide de forma directa en el derecho de defensa del mismo que es un derecho constitucionalmente protegido en el artículo 24 de la Constitución Española.

La consecuencia es que la instrucción y tramitación del expediente así como su resolución, en tanto en cuanto se ha instruido con desconocimiento por el actor de la identidad del Instructor y Secretario de su expediente disciplinario y los posibles motivos de recusación de cualquiera de ellos con infracción del derecho de Defensa, participan de la nulidad, a consecuencia de la falta de la información requerida por la actora, por lo que hay que concluir que los actos recurridos han incurrido en el supuesto de nulidad previsto en el artículo 62.1.a) de la Ley 30/902 que dispone que los actos de las Administraciones públicas que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional son nulos de pleno derecho”.

De todo lo señalado podemos decir que el acuerdo de inicio es nulo aunque aun nos falta analizar la notificación hecha a través de una publicación en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid.

El acuerdo de iniciación en principio se intenta notificar a la dirección postal del taxista pero como esta fue devuelta por el correo se procedió a la publicación señalada por medio de un edicto.

El Tribunal Constitucional ha calificado a la notificación como “instrumento capital” del derecho de defensa (SSTC 55/2003, 176/2009). Su fin primordial es que el administrado, en este caso el taxista, conozca del acto administrativo para que pueda responder al mismo usando todas las garantías que le concede la ley.

Es por esta razón que la administración al momento de notificar debe realizarlo con diligencia y buscando que la misma se lleve a efecto, respetando las normas que regulan dicho acto de comunicación. No debe olvidarse que la eficacia del acto administrativo dependerá de que se comunique al interesado, en este caso el taxista, el acuerdo de inicio con arreglo a Derecho.

El problema que encontramos en este caso es que la administración acude, sin preocupación alguna, a la simple notificación edictal como una alternativa y pública en el boletines la notificación del acuerdo de inicio al taxista. Es decir la administración no se interesa realmente en que el conocimiento del acto administrativo llegue realmente al ciudadano ya que usa la publicación en el boletín sin cumplir los requisitos que la habiliten a hacerla a través de ese medio y sin respeto alguno por el derecho constitucional de defensa del taxista que se pretende notificar.

El artículo 59.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común señala sobre la notificación edictal:

*“Cuando los interesados en un procedimiento sean desconocidos, se ignore el lugar de la notificación o el medio a que se refiere el punto 1 de este artículo, o bien intentada la notificación, no se hubiese podido practicar, **la notificación se hará por medio de un anuncio publicado en el "Boletín Oficial del Estado".***

Es decir que si se cumplen las premisas en el artículo mencionado será posible usar la notificación a través del anuncio en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid como ocurre en el caso pero no puede utilizarse válidamente esta alternativa en perjuicio de las garantías procedimentales de los ciudadanos especialmente si es posible que la Administración pueda, con el empleo de la diligencia exigible, llegar a saber el lugar idóneo para notificar personalmente al taxista de este caso.

Así lo ha señalado la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1993:

“La citación edictal requiere por su cualidad del último medio de comunicación no sólo el agotamiento previo de las otras modalidades que aseguren en mayor grado la recepción por el destinatario de la correspondiente notificación, así como la constancia formal de haberse intentado practicar, sino también que esa consideración de que la parte se halla en ignorado paradero, se funde en criterios de razonabilidad que lleven a la convicción o certeza de la inutilidad de aquellos otros medios normales de citación”.

El hecho de que de que la comunicación haya sido devuelta por el correo no quiere decir que la administración debe asumir que el lugar de notificación es ignorado sino que debe emplear los medios que posee (tanto materiales como humanos) para encontrar el domicilio donde debe notificar. Si no cumple su labor con diligencia quiere decir que desconoce la importancia capital de las notificaciones como mecanismo para ejercer el derecho de defensa más aun si no es complicado averiguar la dirección del taxista en este caso.

Así lo expresa la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2004:

“Con demasiada frecuencia sucede que ante un intento de notificación fallido porque el destinatario «es desconocido en esas señas» o porque «se ausentó sin dejar señas», la Administración opta por entender que «se ignora el lugar de notificación» y acude directamente a la cómoda notificación edictal en vez de hacer indagaciones, con los medios humanos y materiales de que dispone, para localizar algún domicilio en el que poder practicar la notificación personal. Tal dejación supone desconocer la importancia que las notificaciones tienen como medio para ejercer el derecho de defensa y la necesidad de practicarlas personalmente, y no por edictos, cuando la dirección del interesado se pueda lograr sin esfuerzos desproporcionados”.

No basta practicar una sola vez la notificación, menos aun tratándose de un

procedimiento sancionador, y además no tener interés en por lo menos saber si el domicilio es o no el del interesado o en todo caso no desplegar alguna otra actividad para averiguar donde puede estar el administrado. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias de 11 de septiembre de 1998 lo expresa así:

“No es admisible, por tanto (y menos aún en el contexto de un procedimiento sancionador que finaliza con una multa de cinco millones de pesetas) acudir a este medio subsidiario [la notificación edictal] cuando, como aquí ocurre, se intenta practicar la notificación una sola vez y no se realiza el más mínimo esfuerzo por comprobar si, efectivamente, el domicilio en que se intenta practicar la notificación es o no el del interesado (dado que, efectivamente, lo era) ni se despliega otra actividad, por mínima que sea, para averiguar otro lugar donde pudiera ser habido y notificado el recurrente. Apatía que contrasta abiertamente con la diligencia demostrada por la Tesorería General de la Seguridad Social que, sin esfuerzos de ningún tipo, logra notificar al demandante la providencia de apremio en la calle Tomás Morales, núm. ..., por ser el domicilio que figura en la cuenta de apertura del actor, lo que pone claramente de relieve que de haber tenido la Administración voluntad de notificar la resolución sancionadora al interesado lo habría conseguido, como consiguió notificar, sin ningún esfuerzo especial, la providencia de apremio que se impugna en los cauces de este proceso”.

Hasta este punto concluimos entonces que la notificación es defectuosa y que debido a ello debería declararse la nulidad y carencia de efectos de tal acto. Aunque el taxista posteriormente conoce de la publicación e interpone alegaciones, la posibilidad de que a causa de ello la notificación se considere válida no es procedente puesto que ese supuesto no podría aplicarse a este caso específico donde se ha utilizado la publicación por edictos cuando en realidad no se cumplían los requisitos para la utilización del mismo como manda el artículo 59.5 de la Ley 30/1992.

Aun más la notificación por edictos solo debe usarse cuando no sea posible hacerlo de otra manera y agotadas antes todas las demás modalidades de

comunicación, con la constancia clara y formal de haberse intentado su práctica. Lo que no sucedió en el caso que nos ocupa, como así se deduce de los hechos.

Con respecto entonces al acuerdo de iniciación donde ha faltado señalar la identidad del instructor y se ha hecho una notificación defectuosa por edictos cuando no correspondía dicha vía podemos concluir que el acuerdo de iniciación del procedimiento sancionador es nulo.

Respecto a la actuación del instructor de este procedimiento sancionador y sin perjuicio de nuestra opinión sobre la nulidad del acuerdo de incoación del procedimiento a causa de las infracciones señaladas en líneas anteriores, afirmamos que no es ajustado a derecho que el instructor del procedimiento en su propuesta de resolución señale que no ha tenido en cuenta las alegaciones del interesado por haberse presentado fuera del plazo establecido y simplemente decida no tomarlas en cuenta.

Si bien es cierto el artículo 16.1 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora señala que existe un plazo de 15 días para aportar alegaciones también es verdad que dicho plazo está señalado sin perjuicio de lo que indica el artículo 3.2 del mismo Real Decreto:

Artículo 16.1 “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3, los interesados dispondrán de un plazo de quince días para aportar cuantas alegaciones, documentos o información estimen convenientes y, en su caso, proponer prueba concretando los medios de que pretendan valerse. En la notificación de la iniciación del procedimiento se indicará a los interesados dicho plazo.”

Artículo 3.2 “Asimismo, y con anterioridad al trámite de audiencia, los interesados podrán formular alegaciones y aportar los documentos que estimen convenientes”.

Por otro lado el artículo 35.e de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común dentro de los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con las administraciones públicas señala que los mismos tienen derecho:

Artículo 35 (...)

“e) A formular alegaciones y a aportar documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia, que deberán ser tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la propuesta de resolución”.

Y luego en el artículo 79.1 de la misma ley se indica que las alegaciones debe ser tomadas en consideración por el respectivo órgano al redactar la propuesta de resolución:

Artículo 79

“1.Los interesados podrán, en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio.

Unos y otros serán tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la correspondiente propuesta de resolución”.

En el caso de los **recursos interpuestos por el taxista** debemos recurrir a las normas que señalan el recurso correspondiente y ante quienes deben interponerse los mismo.

En principio la Ley 20/1998, de 27 de noviembre, de Ordenación y Coordinación de los Transportes Urbanos de la Comunidad de Madrid en su artículo 16.1 al referirse a las sanciones señala que se sancionarán por el Ayuntamiento de Madrid conforme a lo dispuesto en la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres y sus normas de desarrollo. A su vez esta Ley 16/1987 señala en su artículo 146.1 que “La competencia para la imposición de las sanciones previstas en el presente capítulo corresponderá a los órganos que legal o reglamentariamente la tengan atribuida.” Si verificamos lo que señala el artículo 213.2 de Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación de los Transportes Terrestres apreciaremos que se nos informa del recurso procedente y quien debe resolverlo:

Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación de los Transportes Terrestres.

Artículo 213.2

*“La resolución del procedimiento sancionador se notificará al denunciado, el cual **podrá interponer recurso de alzada contra aquélla dentro del plazo de un mes, contado a partir del día de la notificación.***

*Dicho recurso de alzada será resuelto por el Delegado del Gobierno del que dependan, en el caso de sanciones impuestas por los Subdelegados del Gobierno, y por el Secretario General de Transportes cuando lo hayan sido por el Director General de Transportes por Carretera, **o por el órgano que en cada caso corresponda cuando se trate de sanciones impuestas por una comunidad autónoma**”*

En este caso podemos ver que el recurso procedente es el de alzada y no el de reposición como indica la resolución notificada al taxista el día 13 de enero del año YY. Este recurso de alzada debe interponerse ante el Consejero de Transporte e Infraestructura que es el órgano que corresponde en el caso de la Comunidad de Madrid.

En el artículo 41.g de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid es donde se encuentra la atribución de dicha competencia al Consejero:

Artículo 41

“Sin perjuicio de las atribuciones señaladas en el artículo 30, que les corresponden como miembros del Consejo de Gobierno, los Consejeros están investidos de las siguientes:

*g) **Resolver en última instancia dentro de la vía administrativa, cuando no corresponda a una autoridad inferior, los recursos promovidos contra las resoluciones de los organismos y autoridades de la Consejería.***

Hasta este punto podemos destacar que la resolución notificada informa erróneamente sobre el recurso que correspondía interponer ya que como se desprende de los hechos narrados le indican al taxista que puede interponer recurso de reposición cuando al no haberse puesto fin a la vía administrativa correspondía el recurso de alzada en el plazo de un mes a contar a partir del día siguiente de la recepción de la notificación que debía ser resuelto por el Consejero de Transporte e Infraestructura que era el órgano adecuado.

A pesar de todo ello el taxista decide no hacer nada e interponer directamente el **recurso contencioso administrativo** el día 16 de marzo del año YYY.

Para comenzar a resolver **qué ocurre con este recurso** diremos que en principio la administración le señala al taxista un recurso erróneo: Corresponde recurso de alzada pero se le indica uno de reposición. No debemos olvidar que la notificación no sólo debe comunicar el texto de una resolución sino también debe informar como puede impugnarse.

Por ello el artículo 58.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común indica que la notificación debe indicar “la **expresión de los recursos que procedan**, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos”(...). Estas advertencias son necesarias y lógicas ya que el taxista no tiene obligación alguna de conocer como funciona la organización administrativa ni mucho menos el régimen de recursos. En este sentido afirmamos que la notificación es defectuosa aunque hay que señalar también que dicha notificación no provocará siempre una situación de indefensión material ya que el art. 58.3 de la LRJPAC se encarga de validar las notificaciones con errores sobre los recursos “a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de la notificación o resolución, o interponga cualquier recurso que proceda”.

Es decir, para el legislador, la omisión de la información sobre recursos es una mera irregularidad, sin transcendencia, siempre que el interesado no se haya visto privado del acceso a los recursos procedentes.

Dicho lo anterior también es importante señalar lo que el Tribunal Supremo afirma en su sentencia de 3 de junio del 2002:

*“Pues bien, a este respecto debe recordarse que, según nuestra doctrina, la notificación no constituye un requisito de validez pero sí **de eficacia del acto administrativo**. Sólo a partir de ella comienzan sus efectos y sólo desde entonces empieza también el cómputo de los plazos para la interposición de los recursos (administrativos o jurisdiccional)”.*

Aquí encontramos un punto fundamental para nuestro caso: debido a que al taxista se le ha señalado un recurso que no es el correcto, el plazo para su interposición simplemente no ha empezado a contarse (un mes) y de aquí se sigue que podrá interponerlo en el momento que sepa con certeza cuál es el recurso que le corresponde (en este caso el de alzada).

Sin embargo lo que ocurre es que el taxista interpone el recurso contencioso administrativo directamente y en ese caso el juzgado podría argumentar que falta el preceptivo agotamiento de la vía administrativa (al corresponder el recurso de alzada) pero a la luz de los acontecimientos consideramos que el recurso contencioso administrativo debería ser admitido y continuar su desarrollo hasta la conclusión por sentencia.

¿Por qué? Porque la Administración no puede beneficiarse de sus errores siendo ella misma quien los ha producido. Por otro lado no podemos pretender que el taxista sea quien se perjudique al negarsele la resolución sobre el fondo del asunto reenviándole a la vía administrativa con el pretexto de no haberla agotado. Observando la situación concreta hay que reiterar que el error negligente es exclusivamente de la Administración, que al taxista ya se le han ocasionado gastos (abogado para iniciar la vía judicial) y que postergar la resolución judicial del asunto favorece los intereses de la Administración que podrá ejecutar su propia resolución. A eso se añaden razones de economía procesal.

Así lo ha expresado claramente la Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 3.ª) de 19 de junio de 2001.

*“Esta Sala tiene declarado que cuando la omisión del recurso administrativo previo que procediera es debida a la defectuosa notificación del acto recurrido, **no cabe dictar en perjuicio del particular interesado un pronunciamiento de inadmisibilidad de su recurso jurisdiccional**, procediendo, por el contrario, entrar a conocer del fondo del asunto si existen suficientes elementos para ello. El derecho de acceso a la jurisdicción; el principio pro actione; el que obliga a una interpretación y aplicación restrictiva de las causas de inadmisibilidad, exigiendo en todo caso que su apreciación sea necesaria para satisfacer la finalidad o razón de ser a la que obedecen, son argumentos bastantes para desautorizar aquel*

pronunciamiento de inadmisibilidad. Siendo, de otro lado, el principio de economía procesal el que justifica la procedencia de enjuiciar la cuestión de fondo, con preferencia a otras soluciones alternativas, como la de retrotraer las actuaciones al momento en que se produjo la defectuosa notificación, o la de requerir al actor para que formule el recurso administrativo omitido”.

Concluimos que el recurso contencioso administrativo interpuesto por el taxista es válido y debe seguir su tramitación.

Respecto del **Análisis del Acuerdo del Gobierno y recurso interpuesto contra el mismo** debemos señalar que el procedimiento de expropiación urgente comienza con un trámite de información pública por plazo de quince días para exponer los bienes afectados y permitir las alegaciones correspondientes (art. 56 del Decreto de 26 de abril de 1957 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa, en adelante REF). Efectuado dicho trámite se procede a la declaración de urgencia de la ocupación de los bienes afectados por la expropiación a que dé lugar la realización de la obra. Aunque también la declaración de urgencia puede llevarse a cabo en cualquier otro momento en la medida que sobrevengan las condiciones de la urgencia.

El requisito previo para poner en marcha el procedimiento de urgencia en materia expropiatoria es la declaración de urgente ocupación que sustituye al denominado acuerdo de necesidad de ocupación del procedimiento ordinario de expropiación. Mediante la declaración de urgente expropiación puede entenderse cumplido este trámite naciendo el derecho a la inmediata ocupación de los bienes y derechos afectados.

La declaración la realiza el órgano de la comunidad autónoma competente en esta materia, en cualquier momento siempre que sea previamente a la ocupación efectiva, ya que se trata de un acto legitimador de las actuaciones administrativas en las expropiaciones de urgencia por esta razón no es posible subsanar la omisión de este requisito previo mediante ningún tipo de declaración posterior a la ocupación y por ello, en los casos en que la declaración previa falte, estaremos ante un vicio de nulidad radical insubsanable.

De esa manera lo expresa el artículo 56.1 del Decreto de 26 de abril de 1957 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa:

“El acuerdo en que se declare la urgente ocupación de bienes afectados por una expropiación, deberá estar debidamente motivado, con la exposición de las circunstancias que, en su caso, justifican el excepcional procedimiento previsto en el artículo 52 de la Ley y conteniendo referencia expresa a los bienes a que la ocupación afecta o al proyecto de obras en que se determina, así como al resultado de la información pública en la que por imposición legal, o en su defecto, por plazo de quince días, se haya oído a los afectados por la expropiación de que se trate”.

Por otro lado respecto del recurso interpuesto contra el acuerdo del gobierno hay que señalar que en esos casos no procede recurso aunque se podrán formular escritos de alegaciones ante el expropiador para subsanar errores en los bienes afectados por la ocupación. El artículo 56.2 lo indica así:

“En estos casos no será procedente recurso alguno, pero los interesados, una vez publicada la relación y hasta el momento del levantamiento del acta previa, podrán formular por escrito ante el Organismo expropiante alegaciones a los solos efectos de subsanar posibles errores que se hayan padecido al relacionar los bienes afectados por la urgente ocupación”.

Como complemento a esta respuesta diremos que la no admisión del recurso presentado contra el Acuerdo de Gobierno no tiene que ver con que se trate de un acto de naturaleza política ya que presentar un recurso es parte del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24, así como al principio de control jurisdiccional pleno de los actos administrativos derivado del artículo 103 CE y en todo caso una negativa a la presentación del mismo no tiene que ver con la calidad política del acto sino con factores procesales.

Por otro lado, como se desprende de los hechos narrados, en este procedimiento expropiatorio aparece como interesado el padre de Don Juan recientemente fallecido. De acuerdo al artículo 661 del Código Civil hay que tener en cuenta que "los herederos suceden al difunto por el hecho solo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones" y además el artículo 657 del mismo Código

indica que "los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte".

Estos artículos se complementan con el 16.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que "cuando se transmita mortis causa lo que sea objeto del juicio (en este caso del procedimiento expropiatorio) la persona o personas que sucedan al causante podrán continuar ocupando en dicho juicio la misma posición que éste, a todos los efectos". Los sucesores serían los herederos a título universal (art. 661 del Código Civil) y los legatarios sobre la cosa legada (art. 881).

La sucesión procesal exige la acreditación de la muerte (...) y del título sucesorio luego de lo cual se habrá de admitir al sucesor como parte procesal (art. 16.1.2 de la LEC) y también el artículo 31.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común señala:

“Cuando la condición de interesado derivase de alguna relación jurídica transmisible, el derechohabiente sucederá en tal condición cualquiera que sea el estado del procedimiento”.

De todo esto concluimos que Don Juan puede perfectamente sustituir como interesado a su padre fallecido en el procedimiento de expropiación.

Finalmente, con respecto a esta etapa del caso, **se ha señalado que esta urgente ocupación no fue notificada personalmente**. En general la notificación personal a los interesados debe realizarse con una antelación mínima de ocho días. La Ley de Expropiación Forzosa no señala si el cómputo es de días hábiles por lo que en aplicación del artículo 48.1 LRJPAC y del artículo 24.1 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa (REF) debe interpretarse en el sentido de días hábiles, ya que debe considerarse la finalidad de dicho acto, y la necesidad de que las partes se preparen adecuadamente y con el tiempo suficiente no solo la documentación que necesitan aportar, sino también sus alegaciones y manifestaciones, y se hagan acompañar, en su caso, por perito y notario. Dicha notificación tiene carácter administrativo, y deberá regirse en su desarrollo por lo previsto en la LRJPAC, artículo 58 y siguientes, y por tanto practicarse por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción. La

falta de citación personal de los interesados constituye un defecto formal susceptible de generar indefensión así se desprende de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 1997). También la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 1997, expone que la consecuencia de la falta de notificación es la anulación de la expropiación, cuando los interesados son conocidos.

Respecto de la notificación es obvio que no ha podido notificarse personalmente ya que el que aparece como interesado es el fallecido padre de Don Juan por lo que presumimos que la misma se entregó a otra persona ya sea al ocupante del bien (persona encargada de la finca y que trabaja en el cultivo de la vid) o al mismo Don Juan si se encontraba allí por lo que la notificación estaría bien hecha ya que incluso luego (como narran los hechos) se va a interponer un recurso contencioso administrativo contra el Acuerdo de Gobierno. Esto se desprende el artículo 52.2 de la LEF:

“Se notificará a los interesados afectados, (...) el día y hora en que ha de levantarse el acta previa a la ocupación. Esta notificación se llevará a efecto con una antelación mínima de ocho días y mediante cédula. Caso de que no conste o no se conozca el domicilio del interesado o interesados, se entregará la cédula al inquilino, colono y ocupante del bien de que se trate (...). Con la misma anticipación se publicarán edictos en los tabloneros oficiales y, en resumen, en el Boletín Oficial del Estado y en el de la Provincia, en un periódico de la localidad y en dos diarios de la capital de la provincia, si los hubiere”.

Ahora pasaremos al tema referido a **recurrir la necesidad de ocupación de una parte de la finca**. Debemos señalar que es factible que frente al acuerdo de necesidad de ocupación se pueda interponer recurso de alzada cuando éste no agote la vía administrativa como es el caso de los acuerdos de los Delegados y Subdelegados del Gobierno o, potestativamente, recurso de reposición como es el caso de los acuerdos de necesidad de ocupación de los Alcaldes y de la mayoría de los órganos autonómicos competentes que sí agotan la vía administrativa.

El plazo para interponer el recurso es diez días y para resolver de veinte. Una vez resuelto el correspondiente recurso de alzada (o, en su caso, de

reposición), o bien directamente cuando el acto ponga fin a la vía administrativa, se podrá en todo caso interponer recurso contencioso-administrativo ante el Juzgado o Tribunal competente.

Pasando a analizar el **recurso presentado ante el Tribunal Superior de Justicia y los argumentos esgrimidos por Don Juan en su demanda**, debemos señalar que la decisión de los Jurados de Expropiación agotan la vía administrativa por lo que contra la misma solamente procede el recurso contencioso administrativo (aunque cabe también el de reposición que es potestativo).

Respecto de los argumentos que esgrime Don Juan los veremos uno a uno:

a) Que el Jurado no tuvo en cuenta el criterio de valoración seguido en las mismas actuaciones expropiatorias respecto de una finca colindante a la suya, en la que la administración expropiante llegó a un mutuo acuerdo pagándose a €16,523 el metros cuadrados, €1700 más por metro cuadrado que la valoración de su finca sin que quede acreditado qué factores o circunstancias determinaron dicho precio.

En este caso afirmamos que en principio que las hojas de aprecio son vinculantes para las partes, para el propio Jurado de Expropiación y para los Tribunales de lo contencioso-administrativo, que deben moverse en los límites que aquellas hojas marcan, tanto cuantitativamente como con respecto a los conceptos indemnizables que en ellas se recogen, de manera que los interesados no pueden pretender en lo sucesivo un justiprecio superior -en el caso del expropiado- o inferior -en el caso del beneficiario. De aquí podría decirse que Don Juan debería preocuparse por que el Jurado de Expropiación de Madrid se ajuste a la valoración que él mismo hizo sobre la finca en su hoja de aprecio y que mientras se respete dicho limite no existe problema puesto que dicha valoración es vinculante Sin embargo también es verdad que el artículo 42.1 del Decreto de 26 de abril de 1957 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa señala que:

“Cuando se trate de expropiación de fincas rústicas, el valor de venta de las mismas será el que tengan otras fincas análogas por su clase y situación en el mismo término municipal o en la comarca”.

De aquí se desprende que el valor de venta de la finca de Don Juan debería ser similar a la de la finca colindante a la que se le pago mayor precio pues así lo señala la norma indicada.

Respecto de los factores que determinaron el precio que considera el Jurado de Expropiación de Madrid (JEP) debemos decir que el Jurado al emitir resolución debe hacerlo de manera motivada, razonando los criterios de valoración seguidos conforme a los dispuesto legalmente. Así lo indica el artículo 35.1 de la LEF:

*“La resolución del Jurado de Expropiación **habrá de ser necesariamente motivada**, razonándose los criterios de valoración seguidos por el mismo en relación con lo dispuesto en esta Ley”.*

b) Que el premio de afección que procede pagarse debe calcularse, no sólo sobre el valor de la cosa objeto de expropiación, sino también sobre las indemnizaciones de los perjuicios causados.

Respecto a este segundo argumento en la demanda de Don Juan consideramos que no es correcto. El artículo 47 de la LEF señala que:

“En todos los casos de expropiación se abonará al expropiado, además del justo precio fijado en la forma establecida en los artículos anteriores, un 5 por 100 como premio de afección”.

Y como complemento de ello si recurrimos al Decreto de 26 de abril de 1957 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa encontramos también en el artículo 47 la misma idea pero con mayor detalle:

*“El cinco por ciento del premio de afección se incluirá siempre como última partida de las hojas de aprecio de los propietarios y de la Administración o de la valoración practicada por el Jurado, y **se calculará exclusivamente** sobre el **importe final del justiprecio** de los bienes o derechos expropiables, sin que preceda, por tanto, su abono sobre las indemnizaciones complementarias señaladas en otros artículos de la Ley (...)”.*

Por lo tanto no es verdad que el premio de afección deba calcularse también sobre las indemnizaciones de los perjuicios causados sino que se calculará solamente sobre el importe final del justiprecio.

c) *Que se produjo una falta de motivación en las valoraciones efectuadas por el jurado lo que produjo indefensión al recurrente.*

Podemos hablar de una incongruencia omisiva si como señala el recurrente (en este caso Don Juan) el Jurado de Expropiación verdaderamente ha dejado de motivar las valoraciones efectuadas.

Esta exigencia de motivación esta impuesta por el artículo 35.1 de la LEF que indica que *“la resolución del Jurado de expropiación **habrá de ser necesariamente motivada, razonándose los criterios de valoración seguidos por el mismo en relación con lo dispuesto en esta Ley**”*.

También tenemos la Sentencia del Tribunal Supremo 1787/2015 de 27 de abril de 2015 que señala que:

*“la Ley de Expropiación Forzosa se cumple, conforme con reiterada Jurisprudencia (Sentencias de 25 de septiembre y 12 de noviembre de 2012 - recursos 6.201/2009 y 6103/2009 , y los en ellas citadas), cuando la argumentación, aunque breve, sea racional y suficiente, permitiendo al interesado conocer las razones que han llevado a la decisión, **propiciando así su defensa frente a la actuación que considera perjudicial a sus intereses**”*.

De aquí se desprende que si verdaderamente se produjo esa falta de motivación entonces puede afirmarse que ha existido indefensión y se han perjudicado los intereses de Don Juan. El motivo debería acogerse.

d) *Que no se le abonó intereses de demora alguno.*

La Sentencia del Tribunal Supremo 1787/2015 de 27 de abril de 2015 señala que respecto del abono de intereses hay que recordar que no se trata de un pronunciamiento exigible al Jurado y que una reiterada Jurisprudencia sostiene que en las expropiaciones tramitadas por el procedimiento de urgencia, el "dies a quo" para calcular los intereses por retraso en la fijación del justiprecio es el siguiente a aquél en el que se ocupen los bienes o los derechos expropiados (artículo 52, regla 8ª, de la LEF) en nuestro caso el día 21 de junio del año XXX ya que la finca se ocupo el día anterior, salvo que tenga lugar después de transcurridos seis meses desde la declaración de urgencia que es lo que ocurre en nuestro caso (ya que se ocupa el 20 de junio del año XXX y la declaración de

urgencia es del 26 de setiembre del año RRR) pues al entenderse cumplido con ella el trámite de declaración de necesidad de la ocupación (artículo 52, regla 1ª, de la misma Ley), tal día es el siguiente a aquel en el que se cumplan seis meses desde la referida declaración de urgencia.

Por otro lado debemos añadir que tampoco esta vedado que el Jurado de Expropiación pueda fijar los intereses de demora si así lo considera y que en caso de no estar de acuerdo con los mismos el interesado debe recurrirse la decisión porque de no hacerlo puede devenir firme y válida a todos los efectos.

La circunstancia de que el devengo de los intereses de demora en la expropiación forzosa se produzca de un modo automático, por ministerio de la ley, no quiere decir que una resolución dictada respecto a los mismos (sea en vía administrativa o jurisdiccional) no deba ser combatida por medio de los recursos procedentes, si se estima que no se ajusta al ordenamiento jurídico. En otro caso, esto es, si no se recurre, siendo el vicio que le afecta de mera anulabilidad, dicha resolución se convierte en firme y consentida (Sentencia del Tribunal Supremo, *Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª de 21 de junio de 1993*).

e) Que no resolvió en plazo el JPE.

En el caso que nos ocupa el Acuerdo de Gobierno inicial se da el 26 de setiembre del año RRR, el 20 de junio del año XXX la ocupación de la finca y el 19 de marzo del año siguiente el jurado de expropiación emite el justiprecio. Como se ve se han excedido largamente los 6 meses desde el Acuerdo de Urgente Ocupación hasta que se fija el justiprecio por el jurado.

Por otro lado la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, señala que el plazo máximo en el que debe notificarse la resolución de cualquier procedimiento será el fijado por la norma que regula ese procedimiento y no podrá exceder de seis meses salvo que una norma con rango de Ley establezca uno mayor o se indique en la normativa comunitaria europea. Y cuando la normativa aplicable no señale plazo, se tomará como supletorio el de 3 meses (Art. 42.2 y 42.3 de la Ley 30/1992).

Dicho lo anterior no hay que perder de vista que la expropiación forzosa es un expediente complejo que esta dividido en varios expedientes más concretos o piezas separadas como la que se refiere a la determinación de la necesidad de ocupación (o acuerdo de urgente ocupación como en este caso), la propia ocupación en si o la de fijación del justiprecio.

Se trata de procedimiento iniciado de oficio luego el silencio sería negativo.

El artículo 56 de la LEF señala que:

*“Cuando hayan transcurrido seis meses desde la iniciación legal del expediente expropiatorio sin haberse determinado por resolución definitiva el justo precio de las cosas o derechos, la Administración expropiante culpable de la demora **estará obligada a abonar al expropiado una indemnización que consistirá en el interés legal del justo precio hasta el momento en que se haya determinado, que se liquidará con efectos retroactivos, una vez que el justiprecio haya sido efectuado**”.*

Podemos decir a partir de aqui que, contrariamente a lo que ocurre en otros procedimientos administrativos, en el caso del procedimiento de expropiación no se va a producir la caducidad por exceder el plazo de 6 meses para determinar el justiprecio sino que se abonará al expropiado una indemnización como la que señala el artículo mencionado (sin perjuicio de las responsabilidades administrativas a que hubiere lugar).

La Sentencia del Tribunal Supremo, Sección 6ª, de 27 de junio del 2012 lo argumenta de esa manera:

“El último motivo del recurso alude a la caducidad del procedimiento de expropiación llevado a cabo por el sistema de tasación conjunta. Se alega por la recurrente que entre la aprobación inicial del proyecto de expropiación, por Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Vitoria de 28 de septiembre de 2001, y el final del procedimiento expropiatorio habían transcurrido mas de 6 meses, por lo que de conformidad con el artículo 44.2 de la LRJPAC, procedía declarar la caducidad del expediente (...)

*El motivo debe desestimarse. Y es que **se argumenta erróneamente sobre la base de que la declaración de expropiación tiene la naturaleza de un***

acto de gravámen, cuando realmente se trata de un acto de carácter complejo no incardinable en el artículo 44.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Pero es que, además, contemplándose en el supuesto enjuiciado un procedimiento de tasación conjunta en el que la fecha de referencia es la del expediente expropiatorio, el retraso que se denuncia, tal como se sostiene en la sentencia, tiene un cauce específico para hacerlo valer que debe prevalecer sobre el general, cual es el del pago de intereses”.

El mismo criterio sigue la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo del 2005 (número de recurso 1188/2001)

“Supuesta la premisa de que el Jurado Provincial debe resolver fijando justiprecio en plazo, según le exige el art. 34 LEF pudiéndose acudir a los Tribunales en caso de inactividad de este, ha de tenerse en cuenta que Sentencias de esta Sala reiteradas, por citar entre otras la de 20 de Septiembre de 2.001 (Rec.Casación 231/97) o de 29 de Mayo de 2.003 (Rec.Casación 11794/98) han señalado que aún cuando sea cierta la tardanza de la Administración en la fijación de justiprecio, ello trae como consecuencia no la caducidad del procedimiento sino el correspondiente devengo de intereses como si la cantidad fuese líquida desde el principio”.

De todo esto podemos concluir que Don Juan tendrá derecho a que se le paguen los intereses legales conforme al artículo 56 de la LEF:

“Cuando hayan transcurrido seis meses desde la iniciación legal del expediente expropiatorio sin haberse determinado por resolución definitiva el justo precio de las cosas o derechos, la Administración expropiante culpable de la demora estará obligada a abonar al expropiado una indemnización que consistirá en el interés legal del justo precio hasta el momento en que se haya determinado, que se liquidará con efectos retroactivos, una vez que el justiprecio haya sido efectuado”.

El justiprecio se fija el día 19 de marzo del año subsiguiente (casi 18 meses después del acuerdo de ocupación urgente (que marca la iniciación legal) por lo

que a partir del sexto mes de dicho acuerdo ya empiezan a correr los intereses correspondientes que deberan ser reconocidos.

Pasando al **análisis del derecho de reversión ejercitado** podemos decir que el mismo se menciona en el artículo 54 de la LEF y dispone que en el caso de no ejecutarse la obra o no establecerse el servicio que motivó la expropiación, así como **si hubiera alguna parte sobrante de los bienes expropiados** (como ocurre en el caso que analizamos) o desapareciese la afectación, el primitivo dueño o sus causahabientes podrán recobrar la totalidad o la parte sobrante de lo expropiado, mediante el abono a quien fuera su titular de una indemnización (un justiprecio).

Esto se complementa con lo que señala el artículo 65 del Reglamento de la LEF cuando señala que:

*“la **notificación por parte de la Administración de la existencia de terrenos o bienes sobrantes o de la desafectación, facultará a los titulares de los bienes o derechos expropiados o a sus causahabientes para solicitar la reversión. Asimismo, procederá ésta, en defecto de aquella notificación, cuando quedaren de hecho bienes o terrenos sobrantes y hubieran transcurrido cinco años desde la terminación de la obra o establecimiento del servicio”.***

En el caso que analizamos ha sobrado terreno ya que no se utilizó una parte de la finca expropiada a Don Juan y por otro lado jamás se le notifico de dicho hecho. Transcurridos 6 años Don Juan esta perfectamente facultado para pedir la reversión de la parte del terreno que no se uso en las obras.

Hay que indicar también que el ejercicio del derecho de reversión corresponde en exclusiva al primitivo dueño (en este caso Don Juan) y también a sus herederos y demás personas que le hubieran sucedido o se hubieran subrogado en su derecho (causahabientes, si fuera el caso).

Finalmente debe señalarse que la recuperación de los bienes expropiados no se produce de forma gratuita sino que quien ejerza la reversión debe restituir la indemnización expropiatoria percibida (art. 54 LEF). Esta indemnización deberá ser actualizada conforme a la evolución del índice de precios al consumo en el

período comprendido entre la fecha de iniciación del expediente de justiprecio y la de ejercicio del derecho de reversión. La determinación de este importe se efectuará por la Administración en el mismo acuerdo que reconozca el derecho de reversión.

Respecto del **análisis de las dos circunstancias descritas respecto a otra finca expropiada** en principio afirmamos que en el **primer caso (A)** la transmisión de dominio (o de algún otro derecho) no es obstáculo para que los expedientes de expropiación forzosa sigan su curso ya que se considera subrogado al nuevo propietario en las obligaciones y derechos del previo titular. Así se indica en el artículo 7 de la LEF:

*“las **transmisiones de dominio** o de cualesquiera otros derechos o intereses **no impedirán la continuación de los expedientes de expropiación forzosa**. Se considerará subrogado el nuevo titular en las obligaciones y derechos del anterior”.*

Sin embargo es menester hacer una salvedad: la expresada en artículo 7 del Reglamento de la LEF (Decreto 26 abril 1957) que señala con mayor precisión que transmisiones traen como consecuencia la subrogación de la que habla la ley: *“Para que, conforme al artículo 7 de la Ley, se opere formalmente en el expediente expropiatorio la subrogación del adquirente de un bien o derecho en curso de expropiación, deberá ponerse en conocimiento de la Administración el hecho de la transmisión y el nombre y domicilio del nuevo titular. A estos efectos únicamente serán tomadas en consideración las transmisiones judiciales, las **inter vivos que consten en documento público** y las mortis causa respecto de los herederos o legatarios”.*

De aquí podemos concluir que si bien es cierto la transmisión es válida entre el propietario y el comprador para los fines del procedimiento expropiatorio la administración, en este caso concreto, seguira entendiendose con el propietario inicial ya que como se deduce de los hechos la finca fue enajenada a través de un documento privado de compraventa y no a través de un documento público que es lo que manda el reglamento. Eso sin perjuicio de las acciones que correspondan

entre el comprador y vendedor por cualquier otra causa incluidos los daños eventuales.

En consecuencia a pesar de haberse comunicado a la administración sobre dicha transmisión es correcto que esta siga entendiéndose en el procedimiento expropiatorio con el propietario original.

Respecto de la **segunda circunstancia (caso B)** referida a la impugnación del quantum indemnizatorio y la aplicación de la sentencia del recurso a los demás propietarios debemos revisar lo que señala el artículo 3.1 de la LEF:

“Las actuaciones del expediente expropiatorio se entenderán, en primer lugar, con el propietario de la cosa o titular del derecho objeto de la expropiación”.

Ahora bien si existen cotitulares de la finca es decir si esta tiene varios copropietarios que lo son pro indiviso y la administración lo sabe, como se desprende del tenor de los hechos en el caso que nos ocupa, entonces cualquier beneficio o aumento de justiprecio o del quantum indemnizatorio debe beneficiar a todos los cotitulares de la finca. No es relevante que uno de los comuneros haya impugnado en nombre propio porque en todo caso esa acción beneficia a todos los comuneros quienes tendrán derecho a el aumento de la indemnización en proporción a sus cuotas ideales.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2003 lo expresa así:
“De lo anterior resulta que la Administración expropió el 48,22% de la finca (...) si bien no satisfizo a los copropietarios con los que entendió las actuaciones expropiatorias la parte proporcional de sus respectivas cuotas, sino la cuota entera, mientras que a los recurrentes, no obstante reconocerles la misma condición de comuneros, les deniega el pago del justiprecio por la parte de su cuota afectada por la expropiación.

*De esta forma la Administración expropiante y la entidad beneficiaria incurren en la contradicción de reconocer que los recurrentes son copropietarios de la finca (...), para seguidamente desconocer las consecuencias de dicha cotitularidad, **cual es el derecho que corresponde a todos los comuneros, de acuerdo con el artículo 393 del Código Civil , a participar tanto en los beneficios como en las cargas de la cosa común en proporción a sus cuotas, incluyéndose entre los***

beneficios las cantidades pagadas como justiprecio por la Administración por la expropiación de una parte de la cosa común.

*El pago a algunos comuneros del justiprecio correspondiente a la totalidad de sus cuotas no puede entenderse que libere a la Administración de su obligación de pago del justiprecio a los recurrentes, (...) **sin que pueda considerarse, como sostiene la sentencia impugnada, que se trata de una cuestión civil entre los comuneros y que conservan acción los recurrentes para repetir contra los demás comuneros, por la parte del justiprecio que no les fue satisfecha, pues no consta que los comuneros que recibieron el pago del justo precio correspondiente a sus cuotas actuaran como representantes de la comunidad de propietarios.***

En conclusión podemos afirmar que el aumento del justiprecio debe ser aplicado a todos los comuneros, copropietarios de la finca en cuestión, en proporción a sus cuotas ideales, como ya manifestamos.

Por otro lado respecto de **cualquier otra cuestión que estime de interés relativas a estos hecho** debo señalar que aunque dentro de cada uno de los puntos que hasta aquí hemos tocado se ha intentado ser lo más específico y minucioso posible en cubrir todas las cuestiones suscitadas, añadiremos el análisis referido a lo que se entiende por **un acto político** el cual es mencionado como justificación para no admitir el recurso contencioso administrativo que se interpone contra el acuerdo de gobierno por el que se declaraba la utilidad pública y la urgente ocupación al inicio del procedimiento expropiatorio que ha sido materia de gran parte de este informe.

El acto político (o acto de gobierno) es un concepto elaborado en Francia con el fin de evitar que los órganos de lo contencioso administrativo pudieran fiscalizar algunos actos de los poderes públicos. Se decía que esos actos específicos estaban dictados por tales poderes pero en funciones propias de los órganos políticos por razones políticas. Estos actos existían y quedaban sustraídos al control contencioso-administrativo constituyendo una parcela de inmunidad de los poderes públicos ante los que los ciudadanos no podían efectuar reclamación alguna.

Al calificar el acto como de naturaleza política era imposible que se revisase en vía contenciosa, propiciando el abuso de la Administración. La indefensión de los ciudadanos frente a esa actuación impulsó a los tribunales de lo contencioso en Francia a reducir su ámbito de actuación, haciéndolo casi desaparecer del contencioso, partiendo en un primer momento de un sistema de lista de tales actos que ha ido reduciéndose paulatinamente.

En el caso de España, en la Exposición de Motivos de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa se trata el tema del acto político y se señala que *"la ley parte del principio de sometimiento pleno de los poderes públicos al ordenamiento jurídico, verdadera cláusula regia del Estado de Derecho. Semejante principio es incompatible con el reconocimiento de cualquier categoría genérica de actos de autoridad -llámense actos políticos, de Gobierno, o de dirección política- excluida "per se" del control jurisdiccional. Sería ciertamente un contrasentido que una Ley que pretende adecuar el régimen legal de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa a la letra y al espíritu de la Constitución, llevase a cabo la introducción de toda una esfera de actuación gubernamental inmune al derecho. En realidad, el propio concepto de "acto político" se halla hoy en franca retirada en el Derecho público europeo. Los intentos encaminados a mantenerlo, ya sea delimitando genéricamente un ámbito en la actuación del poder ejecutivo regido sólo por el Derecho Constitucional, y exento del control de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, ya sea estableciendo una lista de supuestos excluidos del control judicial, resultan inadmisibles en un Estado de Derecho."*

Sin embargo como ha señalado la Sentencia del Tribunal Constitucional 45/90 de 15 de marzo *"no toda la actuación del Gobierno, cuyas funciones se enuncian en el artículo 97 del texto constitucional, está sujeta al Derecho Administrativo. Es indudable, por ejemplo, que no lo está, en general, la que se refiere a las relaciones con otros órganos constitucionales, como son los actos que regula el Título V de la Constitución, o la decisión de enviar a las Cortes un proyecto de ley, u otras semejantes, a través de las cuales el Gobierno cumple la función de dirección política que le atribuye el mencionado artículo 97 de*

la Constitución". De forma similar la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 1987 diferencia dentro de las funciones del Gobierno recogidas en el artículo 97 CE entre la de *"dirigir la política interior y la de ejercer la función ejecutiva y potestad reglamentaria, con la diferencia de que mientras las dos últimas están sujetas al control de los Tribunales, de acuerdo con lo establecido en el art. 106.1 del mismo texto constitucional, de su gestión política, como señala el artículo 108, el Gobierno responde solidariamente ante el Congreso de los Diputados"*.

Mencionado todo lo anterior podemos decir que la inadmisión del recurso contencioso administrativo interpuesto por Don Juan no fue ajustada a derecho ya que como toda acto administrativo (y la expropiación lo porque es suceptible de control y esta sometida a un procedimiento e incluso a remedios aplicables si no cumpliese su fin original) esta sujeto a ser revisado en via contencioso administrativa si se diera el caso y fuera necesario.

Ahora pasaremos a analizar los hechos descritos en el numero 2 de este informe que se refieren a los procedimientos incoados y **las vicisitudes jurídicas derivadas, tanto desde el punto de vista patrimonial como de la presunta responsabilidad de la Administración.**

Empezaremos señalando que el Organismo Autónomo es el titular de la finca que no se piensa usar hasta el año 2018. El Gerente del mismo, como se ha señalado, autoriza la celebración de las romerías solicitadas. Se produce el derrumbe de un árbol y alcanza a varios participantes en la romería produciendo multiples daños e incluso muertes.

Hay que señalar que el Organismo Autónomo, como propietario de la finca, ha de responder por el derrumbe del árbol que no sea ocasionada por fuerza mayor, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1908.3 del Código Civil, en relación con lo dispuesto en el 391 del mismo texto. El nexo de causalidad se halla en las deficiencias de los trabajos de mantenimiento y conservación de los árboles existentes en la finca propiedad de la Administración donde se han producido los daños enumerados. Esta responsabilidad por la caída del árbol no requiere que los daños ocurran por falta de las precauciones necesarias o por no estar las cosas

en lugar seguro y adecuado, sino que posee cierto matiz objetivista y una vez surgido el perjuicio el propietario, en este caso el Organismo Autónomo, debe indemnizarlo.

Ahora entraremos a ver lo referido a cada reclamación derivada de los hechos acaecidos:

A) El propietario de un vehículo dañado, solicita el día 12 de febrero de 2016, mediante escrito dirigido al Consejo de Administración del Organismo Autónomo, una indemnización por importe total de 6000 EUR, valor en que han sido peritados los citados daños. La Administración le notifica el día 2 de marzo del 2007 que mientras no finalicen las actuaciones penales, no procede la incoación de procedimiento administrativo alguno.

Respecto de la incidencia de la prejudicialidad penal en el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, de acuerdo al artículo 146.2 de la Ley 30/1992 la exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de la Administración no suspende la tramitación de los procedimientos de responsabilidad patrimonial ni interrumpe el plazo de prescripción para iniciarlos, **salvo** que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial.

De lo señalado se sigue que no es necesario que se finalicen las actuaciones penales para poder incoar el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial del Organismo Autónomo puesto que no es necesario que este concluya para determinar la responsabilidad patrimonial de la administración que sería responsable por el daño que en efecto se ha producido de manera objetiva sobre el vehículo dañado por negligencia de la administración que no se encargó de que los árboles en la finca de su propiedad estuvieran en condiciones adecuadas que no representen peligro para los ciudadanos.

B) Uno de los lesionados, en tiempo y forma, reclama económicamente a la administración autonómica. Ésta, sin llevar a cabo actuación administrativa alguna, resuelve y notifica en el sentido de que no procede la incoación el procedimiento

administrativo alguno, porque las responsables de las lesiones y los daños los daños originados son imputables a la asociación organizadora del evento.

En principio hay que señalar que el acto administrativo es el medio más característico que utiliza la administración para realizar sus tareas. Y los actos administrativos se producen formalmente dentro un procedimiento administrativo previamente establecido. En este caso tenemos un reclamo que se hace a la administración autónoma (aunque consideramos que se debió hacer ante el Ministro de Fomento ya que el organismo autónomo está adscrito al mismo) que debe resolverse de acuerdo al procedimiento administrativo correspondiente y luego emitirse la resolución y notificarse siendo irregular si se omite alguna de las partes mencionadas. Además de ello no es verdad que los daños imputados a la administración sean imputables a la asociación organizadora del evento puesto que los daños se han producido en la finca de la cual la administración es titular y es ella la que debe responder por el daño causado, ello sin perjuicio de las acciones posteriores que puedan ejercerse contra quienes la administración considere responsables.

C) Otro lesionado presenta su escrito, también en tiempo y forma, pero es tan parco en el relato de hechos que la Administración le requiere para que en el plazo de diez días mejore su solicitud con un relato más pormenorizado y detallado de los hechos, indicándole que si no lo hiciera así le tendrá por desistido de su solicitud, mediante resolución dictada en tal sentido.

El proceder de la administración es en principio correcto puesto que si el relato de los hechos es parco se está actuando en contra de lo que señala el artículo 70.1.b) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común cuando dice que las solicitudes que se formulen deberán contener:

*b) Hechos, razones y petición **en que se concrete, con toda claridad, la solicitud.***

Si no se subsana dicha solicitud entonces se le tiene por desistido archivándose sin mayor trámite tal y como indica el artículo 71.1 de la Ley señalada:

*“Si la solicitud de iniciación **no reúne los requisitos que señala el artículo anterior** y los exigidos, en su caso, por la legislación específica aplicable, se requerirá al interesado para que, en un plazo de diez días, subsane las falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, **se le tendrá por desistido de su petición, archivándose sin más trámite, con los efectos previstos en el artículo 42.1”**.*

No es necesaria resolución expresa para procederse al archivamiento como señala el párrafo segundo del artículo 42.1.

Sin embargo una cosa son los defectos en la solicitud o la ausencia total de relato de hechos y otra cosa es que la narración de los mismos que realice el interesado le parezca muy resumida a la Administración. Por lo tanto este no sería ningún defecto, luego la Administración no debería requerirle para nada.

D) Por otro lado, se reciben el registro de la administración escrito de una persona solicitando, en el caso de que se inicien procedimientos de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, se le tenga por interesado. Al no notificársele, al cabo de los tres meses, nada en ningún sentido, el solicitante entiende estimada su condición de interesado.

En este caso debemos tener en consideración ante qué clase de actividad estamos. ¿Estamos ante una el ejercicio del derecho de petición o ante el ejercicio de un derecho subjetivo o de un interés legítimo específicamente protegido?

La pregunta es importante porque es a partir de la misma que definiremos el curso de las acciones a seguir. En la actualidad no se consideran parte del derecho de petición todo ejercicio de un derecho o interés legítimo especialmente protegido dado que estas pretensiones tienen una vía jurídica preestablecida.

El derecho de petición es la facultad que tiene todo individuo de dirigirse a los poderes públicos en solicitud de una pretensión al respecto de cualquier materia que **no sea un derecho subjetivo**, de la cual no puede derivarse perjuicio alguno y que genera la obligación al destinatario de contestarla de forma motivada. Ahora bien lo que se pide **no puede en ningún caso eludir un procedimiento ya establecido por el ordenamiento jurídico para reclamarlo.**

De la misma forma, **no puede ser el contenido esencial de la petición la exigencia de cumplimiento de un derecho o de un interés legítimo**, ya sea del que realiza la petición o de un tercero.

Dicho todo esto debe entenderse que en caso se inicien los procedimientos de responsabilidad patrimonial aludidos será obligación del órgano administrativo que lo inicie notificar a las personas interesadas sobre la realización del mismo, incluida esta persona si es que tiene dicha condición. No puede sostenerse que esta persona considere que es interesado en un procedimiento cuando este ni siquiera se ha iniciado y en el caso que así ocurriera entonces debiera personarse en el mismo como tal (interesado) sin que quepa obstáculo alguno para que no se le considere en tal condición si ese fuera el caso.

Por otro lado dada la condición de petición de su escrito y según la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del Derecho de Petición el órgano competente debe, en plazo de 45 días, comunicar la admisión o inadmisión de la petición. En este caso consideramos que debe inadmitirse (puesto que ya hay un procedimiento establecido para lo que se pide, como ya hemos señalado) indicándose la existencia en el ordenamiento jurídico de otros procedimientos específicos para la satisfacción del objeto de la petición (por ejemplo personarse ante el órgano que tramita el procedimiento de responsabilidad patrimonial si se tiene condición de interesado y si se diera el caso que se incoa el mismo) la declaración de inadmisión, señala la norma, “deberá indicar expresamente las disposiciones a cuyo amparo deba sustanciarse, así como el órgano competente para ella” (artículo 9.1 de la ley citada).

De ninguna manera debe entenderse que por el mero hecho de no notificarse nada al peticionario este haya alcanzado la condición de interesado en un proceso que ni siquiera ha comenzado. Esto sin perjuicio de las responsabilidades administrativas correspondientes y de la facultad del peticionario a recurrir a la tutela judicial si así lo considera en incluso ante el Tribunal Constitucional por vía de amparo como señala el artículo 12 de la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del Derecho de Petición.

Finalmente lo que debe hacer como interesado es hacer su escrito de solicitud y no pedir que se le tenga por parte respecto a procedimiento que no se han iniciado. Lo que ha realizado no es ajustado a derecho. No cabe el derecho de petición si es interesado.

Ya casi finalizando este informe pasaremos a ver específicamente en que casos (de la narración de los hechos últimos) y en general del tenor de los hechos narrados en esta última parte consideramos que deben dar lugar a la tramitación de un procedimiento específico de responsabilidad de la administración y en que casos esta es patrimonial.

En **primer lugar** tenemos al propietario del vehículo dañado (Reclamación A) que solicita una indemnización por importe total peritado de 6000 EUR.

El procedimiento de responsabilidad patrimonial de la administración debe reconocerle dicha indemnización en este caso se ha visto que no hay un supuesto de fuerza mayor puesto que los encargados de la finca (en este caso el organismo autónomo no dieron cuidados adecuados a la misma y esta actitud negligente ha producido los daños narrados). Tampoco puede argüirse la existencia de un deber jurídico de soportar el daño causado por parte del perjudicado. Podemos ver que se da la concurrencia inequívoca de los presupuestos de imputación a la administración, relación de causa a efecto entre el hecho causante y el daño producido, lesión resarcible y efectividad y cuantía del daño, también indiscutible (que emerge del peritaje que se mencionan en los hechos).

Se ha producido un daño de manera objetiva sobre el vehículo por negligencia de la administración que no se intereso porque la finca de su propiedad estuvieran en condiciones adecuadas y que no representasen peligro alguno para los ciudadanos.

En este caso se puede incluso usar el procedimiento abreviado al cumplirse lo que indica el artículo 143.1 de la Ley 30/1992 Artículo 143 referido al procedimiento abreviado:

“Iniciado el procedimiento general, cuando sean inequívocos la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión, así como la valoración del daño y el cálculo de la cuantía de la indemnización, el órgano

competente podrá acordar la sustanciación de un procedimiento abreviado, a fin de reconocer el derecho a la indemnización en el plazo de treinta días”.

En **segundo** término tenemos a uno de los lesionados (Reclamación B) que en tiempo y forma reclama a la administración autónoma (aunque al Ministro de Fomento es el que tiene la competencia para resolver. Art. 142.2). Si se cumplen los requisitos mencionados para el caso anterior entonces también se le deberá reconocer la indemnización respectiva la misma que se calcula teniendo en cuenta lo que señala el artículo 141.2 de la Ley 30/1992:

“La indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación de expropiación forzosa, legislación fiscal y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado”.

En **tercer** lugar tenemos a la administración que decide iniciar de oficio el procedimiento administrativo respecto uno de los fallecidos ya que nadie presento escrito por él. Se concede un plazo de diez días para alegaciones, documentos o información y pruebas de existir interesados. Al no comparecer nadie en el trámite el instructor decreta el archivo provisional de estas actuaciones.

Estas actuaciones son las adecuadas ya que el artículo 5.1 de Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial señala que *“Cuando el **órgano competente** para iniciar el procedimiento de responsabilidad patrimonial **entienda que se han producido lesiones** en los bienes y derechos de los particulares en los términos previstos en el artículo 2 de este Reglamento **iniciará el procedimiento regulado en este capítulo”.***

Por otro lado es el apartado 3 del artículo anterior el que también se refiere a las acciones que deben tomarse si, como ocurre en el caso, no comparece nadie al trámite anterior. Así se indica que *“El acuerdo de iniciación del procedimiento se notificará a los particulares presuntamente lesionados, concediéndoles un plazo de siete días para que aporten cuantas alegaciones, documentos o información*

estimen conveniente a su derecho y propongan cuantas pruebas sean pertinentes para el reconocimiento del mismo.

El procedimiento iniciado se instruirá aunque los particulares presuntamente lesionados no se personen en el plazo establecido”.

De aquí concluimos que el órgano instructor no actúa correctamente al decretar el archivo provisional de las actuaciones ya que el reglamento citado le indica que el procedimiento se instruirá aunque los particulares no se personen en el plazo concedido.

En **cuarto** lugar tenemos el procedimiento instruido a solicitud de un interesado, por el fallecimiento de una persona. El importe de la reclamación es 145.000 EUR, y no se solicitó el dictamen del Consejo de Estado, con carácter previo a la resolución. Según el artículo 142.3 de la Ley 30/1992 cuando el monto reclamado como indemnización sea igual o mayor a 50.000 euros dicho dictamen es preceptivo: ***“En el procedimiento general será preceptivo el dictamen del Consejo de Estado o, en su caso, del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma cuando las indemnizaciones reclamadas sean de cuantía igual o superior a 50.000 € o a la que se establezca en la correspondiente legislación autonómica”.***

Este sería entonces un requisito que no se ha cumplido. En ese sentido se proseguirá con las actuaciones como señala el artículo 83.3 de la Ley 30/1992:

“De no emitirse el informe en el plazo señalado, y sin perjuicio de la responsabilidad en que incurra el responsable de la demora, se podrán proseguir las actuaciones cualquiera que sea el carácter del informe solicitado, excepto en los supuestos de informes preceptivos que sean determinantes para la resolución del procedimiento, en cuyo caso se podrá interrumpir el plazo de los trámites sucesivos”

Esto se complementa con el artículo 83.1 que indica que “salvo disposición expresa en contrario, los informes serán facultativos y no vinculantes”.

Finalmente la delegación que hace el titular del Ministerio al Director General para la resolución que debe emitirse sobre este último caso será o no

posible dependiendo de si ya se emitió el dictamen o no. Lo señala el artículo 13.5 de la Ley 30/1992:

*“No constituye impedimento para que pueda delegarse la competencia para resolver un procedimiento la circunstancia de que la norma reguladora del mismo prevea, como trámite preceptivo, la emisión de un dictamen o informe; **no obstante, no podrá delegarse la competencia para resolver un asunto concreto una vez que en el correspondiente procedimiento se haya emitido un dictamen o informe preceptivo acerca del mismo**”.*

Finalmente, la resolución se dictó fuera de plazo , más de 6 meses, pero como el silencio era negativo la resolución tardía desestimatoria era posible.

Tal es la respuesta a la consulta que someto a cualquier otro mejor fundado en Derecho.

CASO PRÁCTICO 3

(Contencioso-Administrativo)

INFORME JURÍDICO 3

1.- OBJETO DEL INFORME JURÍDICO.

La solicitud de Informe Jurídico se pide en relación a la realización de un convenio de colaboración entre un gobierno local y una Comunidad Autónoma y además respecto de temas de contrataciones públicas

Se transcribe literalmente la consulta jurídica en cuestión:

En el Ayuntamiento de Los Ángeles, que tiene una población de 6000 habitantes se han sucedido los siguientes hechos:

Como consecuencia de un Convenio de Colaboración entre el Ayuntamiento y su Comunidad Autónoma, aquél tiene encomendada la creación, el mantenimiento y la gestión de una Escuela infantil. Este Convenio se encuentra prorrogado por un plazo de dos años desde el 1 de diciembre del 2013.

El Ayuntamiento de Los Ángeles realiza la licitación del contrato de servicios para la creación, mantenimiento y gestión de la Escuela infantil.

Por la escasez de personal se contrató la elaboración del proyecto de contrato de servicios con un tercero experto en la materia.

Durante la tramitación de la licitación se presentaron tres ofertas:

- La Empresa A no presenta suficientes documentos que justifiquen su solvencia.

- La empresa B, en la oferta de técnica, al explicar el plan de gestión hace referencia a algún aspecto económico de escasa trascendencia, que entiende que en ningún caso permite conocer el contenido exacto del sobre económico.

- La empresa C presenta dos recursos ante el Tribunal Especial de Contratación Pública. El primero interpuesto directamente ante el Tribunal, tras la apertura del sobre lo relativo a la documentación administrativa solicitando que la empresa A sea excluida. El segundo, tras la apertura del sobre de los criterios valorables de manera subjetiva solicitando que la empresa B sea excluida.

La concejalía de personal carece, ya no sólo para el control de ese contrato, sino para efectuar todas las tareas actividades propias del Área. Por este motivo, se adoptan diversas medidas en materia de personal:

- Se crea en la relación de puestos de trabajo un puesto de director de educación, juventud, ocio y tiempo libre. Puesto que se cubre mediante un contrato laboral de alta dirección.

- Se crea en la relación de puestos de trabajo un puesto administrativo para que cuya cobertura como funcionario de carrera se realiza un proceso de selección mediante concurso-oposición.

Realizada la adjudicación del contrato de servicios para la creación, mantenimiento y gestión de la Escuela infantil, comienza a generar controversias en cuanto a su interpretación. Por ello, el Ayuntamiento, de mutuo acuerdo con la empresa adjudicataria, decide contar con los servicios de don Jesús Sánchez Sánchez, jurista de reconocido prestigio, para que emita un dictamen que permita resolver los problemas existentes. Para ello se la adjudica un contrato de servicios por importe de €19,000 IVA incluido.

En los pliegos del contrato de creación, mantenimiento y servicios no se preveían causas de modificación del contrato, pero don Jesús ha determinado la necesidad de efectuar dichas modificaciones dado que los suministros que se contemplaban en el pliego de que corren a cargo de la empresa no se ajustan a las necesidades de la Escuela infantil. Las modificaciones consisten en sustituir unos equipamientos por otros adaptados a las características del terreno, que al ser fangoso impide la instalación de los elementos accesorios que se establecían en el proyecto. Estas alteraciones implican un incremento de un 4% del precio de adjudicación. Además es necesario el incremento de determinadas unidades respecto de las previstas en el pliego para poder dar servicio a todos los usuarios de la escuela infantil, que implicó un incremento del precio de adjudicación de un 7%.

Por otro lado, en este mismo Ayuntamiento están recibiendo numerosas reclamaciones de propietarios (van más de 100) que impugnan el valor catastral de sus recibos del IBI que acaban de recibir. Los reclamantes culpan al Alcalde

actual por haberle subido el IBI mediante el incremento del valor catastral y han iniciado una campaña bajo el título "Impugna tu IBI".

Por último, el señor Alcalde, dado que el puesto de Jardinero Mayor del Ayuntamiento fue otorgado por concurso de méritos hace 10 años desea reconvertirlo en un puesto de libre designación y cesar de inmediato a su actual ocupante don Venancio, funcionario municipal.

Aceptando los términos del encargo, se ha comenzado por consultar el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado, Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Real Decreto Legislativo 781/1986, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, entre otras.

2.- ANTECEDENTES.

Como antecedentes partimos de los datos aportados por el solicitante del informe, centrándonos en los narración de los hechos y los actos reseñados en esta consulta jurídica.

3.- CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

Respecto a la **primera cuestión** referida a si cabe prorrogar el Convenio de Colaboración celebrado entre el Ayuntamiento de Los Ángeles y su Comunidad

Autónoma la respuesta es afirmativa. La Ley 30/1992, en su artículo 6.2 se refiere a los convenios de colaboración al decir que:

“ Los instrumentos de formalización de los convenios deberán especificar, cuando así proceda:

*f) El **plazo de vigencia, lo que no impedirá su prórroga si así lo acuerdan las partes firmantes del convenio**”.*

Respecto del requisito o condición a incluir para la posible prórroga el artículo 57.2 bis de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local indica que:

*“Los acuerdos de delegación de competencias y convenios de colaboración que, a la entrada en vigor de la presente norma, hayan sido objeto de prórroga, expresa o tácita, por tiempo determinado, sólo **podrán volver a prorrogarse** en el caso de que se incluyan en los mismos la cláusula de garantía a la que hace referencia el apartado anterior. Esta norma será de aplicación a aquellos acuerdos que se puedan prorrogar, expresa o tácitamente, por vez primera con posterioridad a la citada entrada en vigor”.*

Para que esto sea posible el mismo artículo indica como condición que en el convenio respectivo se incluya una cláusula de garantía la misma que se explica en el apartado primero del mismo artículo (57 bis) y que es descrita de la siguiente manera:

*“Si las Comunidades Autónomas delegan competencias o suscriben convenios de colaboración con las Entidades Locales que impliquen obligaciones financieras o compromisos de pago a cargo de las Comunidades Autónomas, será necesario que éstas incluyan una **cláusula de garantía del cumplimiento de estos compromisos consistente en la autorización a la Administración General del Estado a aplicar retenciones en las transferencias que les correspondan por aplicación de su sistema de financiación**. La citada cláusula deberá establecer, en todo caso, los plazos para la realización de los pagos comprometidos, para la reclamación por parte de la Entidad Local en caso de incumplimiento por parte de la Comunidad Autónoma de la obligación que hubiere contraído y para la*

comunicación a la Administración General del Estado de haberse producido dicho incumplimiento (...)”.

Sin embargo es necesario indicar que la sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de marzo de 2016 declaró inconstitucional y nulo el artículo que acabamos de señalar es por ello que necesitamos recurrir a la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local que en su artículo 27.6 señala lo siguiente:

“La delegación habrá de ir acompañada en todo caso de la correspondiente financiación, para lo cual será necesaria la existencia de dotación presupuestaria adecuada y suficiente en los presupuestos de la Administración delegante para cada ejercicio económico, siendo nula sin dicha dotación”.

Si ocurriera que la Comunidad Autónoma no cumple sus obligaciones financieras el Ayuntamiento tendrá la facultad de compensarlas automáticamente con otras obligaciones financieras que ésta tenga con la CCAA.

De esta forma no debería existir problema alguno.

Respecto a la **segunda cuestión** referida a las exclusiones solicitadas por la empresa C las analizaremos según cada caso.

En el primer caso la empresa C solicita la exclusión de la empresa A por que no presenta suficientes documentos que justifiquen su solvencia. Del artículo 74 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, se desprende que **dichos documentos serán los que determine el mismo órgano de contratación** de entre los que se indican en los artículos 75 a 79 del mismo Real Decreto Legislativo y según cada caso. Del tenor de nuestro caso se afirma que la empresa A “no presenta suficientes documentos que justifiquen su solvencia” y por tal razón la empresa C realiza la solicitud de exclusión.

Como complemento a esta respuesta señalaremos algunos de los documentos que sirven para probar la solvencia económica y financiera tales como los que muestren el volume anual de negocios, justificante de la existencia de un seguro de indemnización por riesgos profesionales (si es el caso), patrimonio neto, o bien ratio entre activos y pasivos, entre otros. Por otro lado en

general la acreditación documental de la suficiencia de la solvencia económica y financiera del empresario se efectuará mediante la aportación de los certificados y documentos que para cada caso se determinen reglamentariamente y en todo caso la inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas de las Administraciones Públicas acreditará frente a todos los órganos de contratación del sector público, a tenor de lo en él reflejado y salvo prueba en contrario, las condiciones de solvencia económica y financiera del empresario. Como se señala claramente en los artículos 74 y 75 del Real Decreto Legislativo 3/2011 (TRLCSP) al hablar de los medios para acreditar la solvencia económica y financiera.

Por el lado de acreditar la solvencia técnica o profesional en los contratos de servicios se considera en general los medios que señala el artículo 78 del TRLCSP y siempre a elección del órgano de contratación tales como una relación de los principales servicios o trabajos realizados en los últimos cinco años que incluya importe, fechas y el destinatario, público o privado, de los mismos, Indicación del personal técnico o de las unidades técnicas participantes en el contrato, descripción de las instalaciones técnicas, de las medidas empleadas por el empresario para garantizar la calidad y de los medios de estudio e investigación de la empresa, las titulaciones académicas y profesionales del empresario y del personal directivo de la empresa y, en particular, del personal responsable de la ejecución del contrato, declaración sobre la plantilla media anual de la empresa y la importancia de su personal directivo durante los tres últimos años, acompañada de la documentación justificativa correspondiente, declaración indicando la maquinaria, material y equipo técnico del que se dispondrá para la ejecución de los trabajos o prestaciones, indicación de la parte del contrato que el empresario tiene eventualmente el propósito de subcontratar, entre otros.

De todo lo señalado podemos decir en principio que respecto de la exclusión de la empresa A solicitada por la empresa C esta sería ajustada a derecho ya que como señala correctamente el artículo 62.1 del TRLCSP para contratar con el sector público hay que tener condiciones mínimas de solvencia

que son determinados por el órgano encargado de la contratación a menos que se pueda reemplazar por el requisito de calificación si es el caso.

El artículo señala:

*“Para celebrar contratos con el sector público los **empresarios deberán acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se determinen por el órgano de contratación.** Este requisito será sustituido por el de la clasificación, cuando ésta sea exigible conforme a lo dispuesto en esta Ley”.*

Sin embargo también debe considerarse el artículo 81.2 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos del Sector Público, que señala:

*“si la mesa observase **defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará verbalmente a los interesados.** Sin perjuicio de lo anterior, las circunstancias reseñadas deberán hacerse públicas a través de anuncios del órgano de contratación o, en su caso, del que se fije en el pliego, **concediéndose un plazo no superior a tres días hábiles para que los licitadores los corrijan o subsanen ante la propia mesa de contratación”***

Por lo tanto de aquí se deduce que no se excluirá a la empresa A sino que se le otorgará el plazo respectivo para la subsanación correspondiente con lo que el pedido de la empresa C no prosperaría.

En el segundo caso la misma empresa C solicita además la exclusion de la empresa B tras la apertura de los sobres de los criterios valorables de manera subjetiva al hacer referencia a un aspecto económico de escasa trascendencia en el momento de explicar el plan de gestión

Respecto de ello hay que decir que el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (Aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre) en su artículo 80.1 al referirse a la presentación de documentación señala que:

“la documentación para las licitaciones se presentará en sobres cerrados, identificados, en su exterior, con indicación de la licitación a la que concurren y firmados por el licitador o la persona que lo represente e indicación del nombre y

apellidos o razón social de la empresa. En el interior de cada sobre se hará constar en hoja independiente su contenido, enunciado numéricamente. Uno de los sobres contendrá los documentos a que se refiere el artículo 79.2 de la Ley y el otro la proposición, ajustada al modelo que figure en el pliego de cláusulas administrativas particulares, conteniendo, en los concursos, todos los elementos que la integran, incluidos los aspectos técnicos de la misma”.

Respecto a las proposiciones de los interesados, el artículo 145 señala que:
“1. Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna.

2. Las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 148 y 182 en cuanto a la información que debe facilitarse a los participantes en una subasta electrónica o en un diálogo competitivo”.

Para concluir el artículo 84 del Reglamento al referirse al rechazo de las proposiciones indica que:

*“Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la mesa, en resolución motivada. Por el contrario, **el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición”.***

Según los hechos la empresa B al explicar el plan de gestión hace referencia a algún aspecto económico de escasa trascendencia y que en ningún caso permite conocer el contenido exacto del sobre económico. Esto puede considerarse una mera irregularidad que no afecta al carácter secreto de las proposiciones, ni viola norma alguna de forma trascendente, por lo que no es causa de exclusión.

Sin embargo en el mismo Reglamento en el artículo 83.3 se afirma que *“En caso de discrepancias entre las proposiciones que obren en poder de la mesa y las que como presentadas se deduzcan de las certificaciones de que dispone la misma, o que se presenten dudas sobre las condiciones de secreto en que han debido ser custodiadas, se suspenderá el acto y se realizarán urgentemente las investigaciones oportunas sobre lo sucedido, volviéndose a anunciar, en su caso, nuevamente en el tablón de anuncios del órgano de contratación o del que se fije en los pliegos la reanudación del acto público una vez que todo haya quedado aclarado en la debida forma”*.

Lo cual podrá realizarse de esa manera si es necesario.

Respecto de la **tercera cuestión** referida a las medidas en materia de personal efectuadas y su adecuación o no a la normativa vigente, tanto en lo relativo al puesto de director de educación, juventud, ocio y tiempo libre como del administrativo funcionario de carrera nos referiremos a ellos por separado.

En el primer caso se crea, en la relación de puestos de trabajo, el de **director de educación, juventud, ocio y tiempo libre** que se pretende cubrir mediante un **contrato laboral de alta dirección**. Hay que señalar que la competencia para aprobar las relaciones de puestos corresponde al Pleno como señala el artículo 22 i) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local:

*“La **aprobación de la plantilla de personal y de la relación de puestos de trabajo**, la fijación de la cuantía de las retribuciones complementarias fijas y periódicas de los funcionarios y el número y régimen del personal eventual.*

Respecto del personal directivo profesional el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público en su artículo 13 indica que el personal directivo desarrolla funciones directivas profesionales en las Administraciones Públicas y que su designación respeta los principios de mérito y capacidad y además criterios de idoneidad. Por otro lado sus procedimientos garantizan la publicidad y concurrencia. Dicho personal es evaluado con parámetros de eficiencia y eficacia, responsabilidad en su gestión y control de resultados de

acuerdo a objetivos establecidos de antemano. También indica que la determinación de las condiciones de empleo del personal directivo no es objeto de negociación colectiva a los efectos del Estatuto Básico del Empleado Público y que cuando el personal directivo reúna la condición de personal laboral estará sometido a la relación laboral de carácter especial de alta dirección.

Cuando se habla de los funcionarios al servicio de la administración local debemos considerar lo que señala el artículo 92.3 de Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local:

“Corresponde exclusivamente a los funcionarios de carrera al servicio de la Administración local el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales. Igualmente son funciones públicas, cuyo cumplimiento queda reservado a funcionarios de carrera, las que impliquen ejercicio de autoridad, y en general, aquellas que en desarrollo de la presente Ley, se reserven a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función.»

El puesto de director de educación, juventud, ocio creado en este caso se hallaría en el apartado citado.

Debe decirse también que el artículo 91.2 indica que cuando se seleccionan individuos como personal laboral o funcionario debe hacerse a través de concursos garantizando la igualdad, la capacidad y los méritos sin descuidar la publicidad:

*“la selección de todo el personal, sea funcionario o laboral, **debe realizarse de acuerdo con la oferta de empleo público, mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o concurso-oposición libre en los que se garanticen, en todo caso, los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad**”.*

De cierta manera el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP) reconoce la presencia de personal laboral en las administraciones públicas sujeto al contrato de alta dirección.

El artículo 13.4 indica que el personal directivo, cuando reúna la condición de personal laboral estará sometido a una relación de alta dirección que se configura como una relación laboral de carácter especial:

*“La determinación de las condiciones de empleo del personal directivo no tendrá la consideración de materia objeto de negociación colectiva a los efectos de esta ley. Cuando el personal directivo reúna la condición de personal laboral estará sometido a la relación laboral de **carácter especial** de alta dirección”.*

En este caso ocurre que si el futuro directivo no es funcionario de carrera se le puede incorporar por medio del contrato de alta dirección cuando la habitual en los ayuntamientos es usar la fórmula del personal eventual directivo.

No puede decidirse en función de la persona que se busca incorporar a la posición. El Estatuto Básico del Empleado Público no ha determinado cuándo usar o no el contrato laboral pero dichos límites están definidos en el artículo 9.2 (EBEP):

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

Finalmente mencionar el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, que regula el Contrato laboral de Alta Dirección y que nos indica a quienes considera personal de alta dirección:

Al empleado que:

a) Ejercita poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa y relativos a los objetivos generales de la misma.

b) Actúa con autonomía y plena responsabilidad, solo limitado por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad.

Aquí están presentes los elementos que definen el contenido jurídico, organizativo y funcional del alto directivo (laboral), es decir los relativos al alcance

y extensión de los poderes conferidos y la directa sujeción, en el ejercicio de las facultades de dirección, a los órganos de gobierno de la entidad.

De aquí se sigue que no todo empleado que este ejerciendo funciones directivas puede ser calificado como “alto directivo” ya que no deben incluirse a quienes aún ejerciendo funciones directivas, reciben instrucciones de otros órganos delegados de la dirección de la entidad.

En estos casos estaríamos ante la figura del personal directivo de régimen laboral común (artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores) pero no ante los altos directivos a los que hace mención expresa el artículo 13 del EBEP al referirse al contrato de alta dirección.

Finalmente, señalar que la Ley 27/2013, de 27 diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, modifica la Ley 7/1985, de 2 abril, estableciendo una regulación del personal directivo, distinguiendo el perteneciente a Diputaciones, Cabildos y Consejos Insulares (artículo 32 bis) y Municipios de Gran Población (artículo 130.3), disponiendo un régimen idéntico para cada uno de ellos:

“El nombramiento del personal directivo que, en su caso, hubiera en las Diputaciones, Cabildos y Consejos insulares deberá efectuarse el acuerdo a criterios de competencia provisional y experiencia, entre funcionarios de carrera del Estado, de las Comunidades Autónomas, de las entidades locales o con habilitación de carácter nacional que pertenezcan a cuerpos o escalas clasificados en el subgrupo A1, salvo que el correspondiente Reglamento Orgánico permita que, en atención a las características específicas de las funciones de tales órganos directivos, su titular no reúna dicha condición de funcionario”.

De la misma manera señala que:

“el nombramiento de los coordinadores generales y de los directores generales, atendiendo a criterios de competencia profesional y experiencia deberá efectuarse entre funcionarios de carrera del Estado, de las Comunidades Autónomas, de las entidades locales o con habilitación de carácter nacional que pertenezcan a cuerpos o escalas clasificados en el subgrupo A1, salvo que el Reglamento Orgánico municipal permita que, en atención a las características

específicas de las funciones de tales órganos directivos, su titular no reúna dicha condición de funcionario”.

Sin embargo, no alude al nombramiento del personal directivo en los municipios de régimen común, por lo que deducimos que tales puestos tienen carácter potestativo y al crearse por el pleno deberán responder a los mismos requisitos y procedimientos que los recogidos en los artículos mencionados.

Por lo tanto, en conclusión, en principio, se requiere la condición de funcionario para ser nombrado personal de alta dirección, pero es posible, de acuerdo con los reglamentos orgánicos de las propias corporaciones y, en atención a las características específicas de las funciones de tales órganos directivos, permita que el nombramiento recaiga en personal que no tenga la condición de funcionario.

Respecto del administrativo funcionario de carrera debemos iniciar diciendo que de acuerdo al artículo 55.1 del EBEP:

“Todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y de acuerdo con lo previsto en el presente Estatuto y en el resto del ordenamiento jurídico”.

También indica que deben respetarse los principios constitucionales mencionados así como los de publicidad de las convocatorias, transparencia, imparcialidad, profesionalidad, independencia, discrecionalidad, de los miembros de los órganos de selección, entre otros.

El artículo 61.1 del mismo estatuto indica que:

“Los procesos selectivos tendrán carácter abierto y garantizarán la libre concurrencia, sin perjuicio de lo establecido para la promoción interna y de las medidas de discriminación positiva previstas en este Estatuto”.

Y el 61.6 al hablar de los sistemas de selección dice:

“los sistemas selectivos de funcionarios de carrera serán los de oposición y concurso-oposición que deberán incluir, en todo caso, una o varias pruebas para determinar la capacidad de los aspirantes y establecer el orden de prelación.”

Sólo en virtud de ley podrá aplicarse, con carácter excepcional, el sistema de concurso que consistirá únicamente en la valoración de méritos”.

El art.133 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local señala que:

“El procedimiento de selección de los funcionarios de Administración local se ajustará a la legislación básica del Estado sobre función pública, y se establecerá teniendo en cuenta la conexión entre el tipo de pruebas a superar y la adecuación a los puestos de trabajo que se hayan de desempeñar, incluyendo a tal efecto las pruebas prácticas que sean precisas”.

Ahora bien como en este caso no hay legislación autonómica sobre la materia mencionaremos que el artículo 4 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado, señala que:

*“El ingreso del personal funcionario se llevará a cabo a través de los sistemas de oposición, concurso oposición o concurso libres, en los que se garanticen, en todo caso, los principios de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad. La **oposición será el sistema ordinario de ingreso**, salvo cuando, por la naturaleza de las funciones a desempeñar, sea más adecuada la utilización del concurso-oposición y, **excepcionalmente, del concurso**”.*

No parece adecuado en todo caso que para un puesto de administrativo del Ayuntamiento se justifique, por la naturaleza de las funciones a desempeñar, un concurso-oposición.

El artículo 167 del Real Decreto Legislativo 781/1986, señala que:

“1. Los funcionarios de carrera de la Administración Local que no tengan habilitación de carácter nacional se integrarán en las escalas de Administración General y Administración Especial de cada Corporación, que quedarán agrupadas conforme a lo dispuesto en la legislación básica del Estado sobre función pública,

en los grupos que éste determine, de acuerdo con la titulación exigida para su ingreso.

2. La escala de administración general se divide en las subescalas siguientes: a) Técnica b) De gestión c) Administrativa d) Auxiliar e) Subalterna.

Por su parte el artículo 168 del mismo Real indica que:

“La provisión de puestos de trabajo que, de conformidad con la relación aprobada, estén reservados o puedan ser desempeñados por funcionarios de carrera, se regirá por las normas que, en desarrollo de la legislación básica en materia de función pública local, dicte la Administración del Estado”.

Y el 169:

“Corresponde a los funcionarios de la Escala de Administración General el desempeño de funciones comunes al ejercicio de la actividad administrativa. En consecuencia, los puestos de trabajo predominantemente burocráticos habrán de ser desempeñados por funcionarios técnicos, de gestión, administrativos o auxiliares de Administración General”.

El ingreso en la sub escala Administrativa se hará por oposición libre, y se precisará estar en posesión del título de Bachiller, Formación Profesional de segundo grado, o equivalente.

Respecto a la **cuarta cuestión** sobre la correcta calificación del contrato de servicios para la creación, mantenimiento y gestión de la escuela infantil hay que decir que no se tienen datos específicos sobre hechos concretos del mismo. Solo se señala en el tenor del caso que es para la “creación, mantenimiento y gestión de la escuela infantil”.

El contrato de servicios lo define el artículo 10 del TRLCSP:

“Son contratos de servicios aquéllos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro. A efectos de aplicación de esta Ley, los contratos de servicios se dividen en las categorías enumeradas en el Anexo II”.

En este caso al hablar de mantenimiento estaríamos hablando de la prestación de un servicio.

Sin embargo también sabemos que se menciona la “creación” al referirse a la escuela infantil y nos preguntamos si aquí se alude a una construcción. Si ese es el caso estaríamos frente a un contrato de obras que es definido en el artículo 6.1 del mismo texto legal:

“Son contratos de obras aquellos que tienen por objeto la realización de una obra o la ejecución de alguno de los trabajos enumerados en el Anexo I o la realización por cualquier medio de una obra que responda a las necesidades especificadas por la entidad del sector público contratante. Además de estas prestaciones, el contrato podrá comprender, en su caso, la redacción del correspondiente proyecto”

El apartado 2 del mismo artículo dice que:

“por obra se entenderá el resultado de un conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil, destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica, que tenga por objeto un bien inmueble”.

Podemos decir que aparentemente estamos frente a un un contrato mixto del que habla el artículo 12 de la TRLCSP ya que posee objetos pertenecientes a varios contratos en estos casos ese artículo dice que:

“Cuando un contrato contenga prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase se atenderá en todo caso, para la determinación de las normas que deban observarse en su adjudicación, al carácter de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico”.

Finalmente podemos decir que estamos, entonces, frente a un caso de contratos mixtos y que deberá detallarse el régimen jurídico aplicable a sus efectos, cumplimiento y extinción, atendiendo a las normas aplicables a las diferentes prestaciones fusionadas en ellos.

Respecto a la **quinta cuestión** referida a si el contrato realizado con don Jesús Sánchez es ajustado a derecho hay que señalar que el TRLCSP en su artículo 138.3 señala que los contratos menores podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación.

Hablamos de contratos menores los que sean de monto inferior a 50.000 euros (contratos de obras) o 18.000 euros (otros contratos) sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 206 en relación con las obras, servicios y suministros centralizados en el ámbito estatal.

Por otro lado el artículo 111 referido a los expediente de contratación en contratos menores señala que en los contratos menores definidos en el artículo 138.3 la tramitación del expediente sólo exigirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, que deberá reunir los requisitos que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan.

En el supuesto que venimos desarrollando el contrato adjudicado a don Jesús Sánchez para elaborar un dictamen es un contrato de servicios por 19.000,00 euros sin embargo el supuesto habla de la inclusión del IVA en cuyo caso y de acuerdo al artículo 88 debe ser excluido, por lo que el contrato, sería inferior a los 18.000,00 euros permitiendo su adjudicación directa al empresario con capacidad de obrar y habilitación necesaria.

Respecto a la **sexta cuestión** referida a la modificación del contrato y si es posible realizar las modificaciones planteadas por don Jesús Sánchez así como el plazo necesario que debe esperarse para poder practicarlas y cuál sería el procedimiento dichas modificaciones comenzaremos diciendo que según los hechos narrados no se previeron causales para realizar modificaciones al contrato sin embargo de esos mismos hechos tenemos que el señor Sánchez ha creído conveniente dichos cambios ya que muchos de los elementos a suministrar por la empresa no coincidían con las necesidades de la escuela.

Se trataba de reemplazar los equipamientos por otros más adecuados a las condiciones del terreno (que según se narra es fangoso y no deja instalar los elementos accesorios establecidos en el proyecto).

Debido a dichas modificaciones el precio de adjudicación se eleva en un cuatro por ciento y se hace indispensable aumentar ciertas unidades respecto a lo que se pedía en el pliego para dar servicio a la totalidad de usuarios en la escuela lo que implica aumentar el precio de adjudicación en un siete por ciento.

El artículo 107 del Real Decreto Legislativo 3/2011 TRLCSP habla de las modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación e indica que las modificaciones no previstas en los pliegos o en el anuncio de licitación solo podrán efectuarse cuando se justifique suficientemente la concurrencia de alguna de las siguientes circunstancias:

“a) Inadecuación de la prestación contratada para satisfacer las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato debido a errores u omisiones padecidos en la redacción del proyecto o de las especificaciones técnicas”.

En este apartado es donde sería posible encuadrar la modificación que se plantea por lo que si sería posible, entonces, realizar la modificación del contrato.

Señala el apartado segundo del mismo artículo 107 que:

“la modificación del contrato acordada conforme a lo previsto en este artículo no podrá alterar las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación, y deberá limitarse a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria”.

Y luego de ello es el apartado tercero el que se encarga de decirnos en que casos se alteran las condiciones esenciales de licitación y adjudicación del contrato:

a) Cuando la modificación varíe sustancialmente la función y características esenciales de la prestación inicialmente contratada.

b) Cuando la modificación altere la relación entre la prestación contratada y el precio, tal y como esa relación quedó definida por las condiciones de la adjudicación.

c) Cuando para la realización de la prestación modificada fuese necesaria una habilitación profesional diferente de la exigida para el contrato inicial o unas condiciones de solvencia sustancialmente distintas.

d) Cuando las modificaciones del contrato igualen o excedan, en más o en menos, el 10 por ciento del precio de adjudicación del contrato; en el caso de modificaciones sucesivas, el conjunto de ellas no podrá superar este límite.

e) En cualesquiera otros casos en que pueda presumirse que, de haber sido conocida previamente la modificación, hubiesen concurrido al procedimiento de adjudicación otros interesados, o que los licitadores que tomaron parte en el mismo hubieran presentado ofertas sustancialmente diferentes a las formuladas.

Al parecer nuestro supuesto estaría incluido en el apartado d) que acabamos de mencionar por lo que las modificaciones que desean efectuarse no serían obligatorias para el contratista pero si podrían realizarse.

Respecto del **plazo** para hacerlo será el que tome iniciar el respectivo procedimiento y una vez que se concluya y se haya informado al contratista se podrá proceder a efectuar los cambios.

Para terminar esta cuestión nos referiremos al procedimiento para las modificaciones. Según el artículo 306 de la TRLCSP referido a la modificación del contrato de servicios indica que:

“cuando como consecuencia de modificaciones del contrato de servicios de mantenimiento acordadas conforme a lo establecido en el artículo 219 y en el título V del libro I, se produzca aumento, reducción o supresión de equipos a mantener o la sustitución de unos equipos por otros, siempre que los mismos estén contenidos en el contrato, estas modificaciones serán obligatorias para el contratista, sin que tenga derecho alguno, en caso de supresión o reducción de unidades o clases de equipos, a reclamar indemnización por dichas causas”.

De aquí se desprende que las modificaciones serán obligatorias para el contratista y sin derecho alguno a reclamar algo si ocurriere que se suprime o se reducen las unidades.

La ley señala (artículo 108 de la misma Ley) que antes de proceder a la modificación del contrato (no previsto en los pliegos según el artículo 107) *“deberá darse audiencia al redactor del proyecto o de las especificaciones técnicas, si éstos se hubiesen preparado por un tercero ajeno al órgano de contratación en virtud de un contrato de servicios, para que, en un plazo no inferior a tres días, formule las consideraciones que tenga por conveniente”*

Respecto a la **séptima cuestión** referida a como proceder antes las reclamaciones del IBI empezaremos diciendo que de acuerdo a lo señalado en el

artículo 4 del Real Decreto Legislativo 1/2004, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario:

“la formación y el mantenimiento del Catastro Inmobiliario así como la difusión de la información catastral es de competencia exclusiva del Estado. Estas funciones, que comprenden, entre otras, la valoración, la inspección y la elaboración y gestión de la cartografía catastral, se ejercerán por la Dirección General del Catastro, directamente o a través de las distintas fórmulas de colaboración que se establezcan con las diferentes Administraciones, entidades y corporaciones públicas.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, la superior función de coordinación de valores y la de aprobación de las ponencias de valores se ejercerán en todo caso por la Dirección General del Catastro”

De aquí podemos concluir que en realidad el Alcalde no tenía la competencia necesaria para realizar el incremento del valor catastral por ese motivo estaríamos frente a un acto de la administración que es nulo de pleno derecho puesto que el órgano que lo realiza es uno manifiestamente incompetente por razón de la materia.

Así lo expresa el artículo 62.1 b) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común:

“Los actos de las Administraciones públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

b) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio”.

Por tanto, las reclamaciones de los vecinos deben ser estimadas. En este caso habrá de hacerse una revisión de oficio de un acto nulo de pleno derecho por ser órgano manifiestamente incompetente. Esta revisión deberá realizarse de acuerdo al artículo 102.1 de la Ley 30/1992 ya mencionada que señala que:

“Las Administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere,

declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 62.1”.

Para concluir nos referiremos a la **octava y última cuestión** acerca de si es conforme a derecho el planteamiento del alcalde sobre el jardinero mayor hay que señalar que el Real Decreto Legislativo 5/2015, Estatuto Básico del Empleado Público en su artículo 80 señala que:

“1. La libre designación con convocatoria pública consiste en la apreciación discrecional por el órgano competente de la idoneidad de los candidatos en relación con los requisitos exigidos para el desempeño del puesto.

2. Las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del presente Estatuto establecerán los criterios para determinar los puestos que por su especial responsabilidad y confianza puedan cubrirse por el procedimiento de libre designación con convocatoria pública.

3. El órgano competente para el nombramiento podrá recabar la intervención de especialistas que permitan apreciar la idoneidad de los candidatos.

4. Los titulares de los puestos de trabajo provistos por el procedimiento de libre designación con convocatoria pública podrán ser cesados discrecionalmente. En caso de cese, se les deberá asignar un puesto de trabajo conforme al sistema de carrera profesional propio de cada Administración Pública y con las garantías inherentes de dicho sistema”.

Por otro lado el Real Decreto Legislativo 781/1986, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local en su artículo 126 señala que:

“las plantillas, que deberán comprender todos los puestos de trabajo debidamente clasificados reservados a funcionarios, personal laboral y eventual, se aprobarán anualmente con ocasión de la aprobación del Presupuesto y habrán de responder a los principios enunciados en el artículo 90.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, a ellas se unirán los antecedentes, estudios y documentos acreditativos de que se ajustan a los mencionados principios”.

Igualmente, el artículo 90 de la Ley 7/1985 especifica que corresponde a cada Corporación local aprobar anualmente, a través del Presupuesto, la plantilla, que deberá comprender todos los puestos de trabajo reservados a funcionarios, personal laboral y eventual.

Las plantillas deberán responder a los principios de racionalidad, economía y eficiencia y establecerse de acuerdo con la ordenación general de la economía, sin que los gastos de personal puedan rebasar los límites que se fijen con carácter general.

Aquí podemos ver que la transformación de un puesto de trabajo en otro de libre designación no es una competencia del Alcalde sino que esa decisión corresponderá al Pleno por lo que debemos concluir que no debería proceder dicho cambio.

Por otro lado es en las Relaciones de Puestos de Trabajo, (que aprueba el pleno) la que debe prever tal alteración o cambio, así como la forma de provisión.

Todo lo previamente indicado in que se afecte el derecho del Jardinero a no ser cesado discrecionalmente, sino solamente en los casos que prevea la norma.

Tal es la respuesta a la consulta que someto a cualquier otro mejor fundado en Derecho.

CASO PRÁCTICO 4

(Contencioso-Administrativo)

INFORME JURÍDICO 4

1.- OBJETO DEL INFORME JURÍDICO.

La solicitud de Informe Jurídico se pide en relación a una cuestión de amparo en defensa de derechos fundamentales aparentemente trasgredidos en un procedimiento sancionador en materia de pesca así como el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno que pudiera afectar a las disposiciones sancionadoras de la Ley de Pesca emitida por la Comunidad Autónoma de Extremadura.

Se transcribe literalmente la consulta jurídica en cuestión:

Con fecha 10 abril del año 2016, Don XXX fue denunciado por los servicios correspondientes por haber disminuido, sin autorización del órgano competente materia de pesca, el caudal de agua en un río, afluente del Guadalquivir, sito en la Comunidad Autónoma de Extremadura, resultando dañados con ellos los recursos piscícolas, así como por pescar con redes sin autorización.

Estos hechos dieron lugar a la incoación del correspondiente expediente sancionador mediante acuerdo de 20 abril 2016, siendo tipificados cómodos infracciones graves de la Ley de pesca. Con fecha 15 mayo 2016 el instructor formuló el pliego de cargos, debidamente notificado el 19 del mismo mes.

Mediante escrito de 25 mayo 2016 del presunto responsable, solicito la práctica de las siguientes pruebas:

- Pericial, consistente en informe elaborado por perito sobre la afección al caudal del río.
- Testifical del agente de medio ambiente de la zona.

Dicha solicitud no fue atendida por el instructor hasta el 10 diciembre 2016, es decir, transcurridos seis meses y medio desde la solicitud, decretándose la apertura de un periodo probatorio de 30 días, al objeto de practicar la prueba

pericial solicitada, siendo rechazada la testifical del Agente del Medio Ambiente, si bien, no se motivó dicha denegación.

Con fecha 13 febrero 2017, se concedió el trámite de audiencia al interesado, al objeto de que, durante un plazo de 10 días, pudiera acceder al expediente. La propuesta de resolución se dictó el 20 marzo 2017.

El expediente finalizó con la imposición de dos sanciones de €2000 cada una de ellas, por infracciones graves tipificadas en el artículo 63 c) apartados 6º y 13º, mediante resolución del Consejero de Agricultura y Medio Ambiente de 12 abril 2017, que se notificó al interesado el día 16 abril 2017, confirmada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 1 de Badajoz, mediante sentencia de 12 noviembre 2018. Esta sentencia, que proclamaba su firmeza, fue notificada a la Procuradora del recurrente, el día 22 noviembre 2018.

Mediante Auto de 29 noviembre 2018, notificado el siguiente 1 de diciembre, el Juzgado de lo Contencioso Administrativo razona que “ siendo firme la sentencia..... al no cabe contra la misma recurso alguno, procede, conforme a los artículos 103 y siguientes de la LJCA, la ejecución voluntaria”, y acuerda la comunicación de la sentencia al órgano que realizó la actividad recurrida, es decir la Consejería de Agricultura y Medio Ambiente para que la lleve a efecto, así como la devolución del expediente administrativo y el archivo de las actuaciones. Contra dicho Auto, se indicaba en el pie del mismo, el recurso procedente y el plazo para interponerlo, el cual no fue interpuesto.

Mediante escrito registrado en el Tribunal Constitucional el día 28 diciembre 2018 la Procuradora presenta demanda de Amparo en nombre de don XXX, a la cual acompaña poder general para pleitos, copia de la resolución que puso fin a la vía judicial previa al Amparo, y un informe emitido el 3 enero 2017 por el Servicio de Caza y Pesca.

En dicho escrito imputa el demandante de Amparo, a la resolución administrativa sancionadora, la violación de derechos a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa y a un proceso público sin dilaciones indebidas, recogidos en el apartado 2 del artículo 24 CE.

Mediante Providencia, la Sección Primera del Tribunal acordó admitir a trámite la demanda de amparo, sin perjuicio de lo que resultara de los antecedentes y, conforme a lo previsto en el artículo 51 LOTC “ requerir al Juzgado de lo Contencioso Administrativo lo Contencioso Administrativo y a la Consejería de Agricultura y Medio ambiente testimonio de las actuaciones del procedimiento y del expediente administrativo, respectivamente, que originan el presente recurso, interesando al mismo tiempo el emplazamiento de quienes fueron parte de los mismos para posibilitar su comparecencia en el presente proceso constitucional”.

El Ministerio Fiscal concluyó su escrito de alegaciones interesando la inadmisión del recurso por extemporaneidad de la demanda, pues entre la fecha de la notificación de la sentencia que puso fin al procedimiento judicial (22 diciembre 2018) (**NE: debe ser noviembre según las datos al principio de caso**) y la fecha de presentación de demanda de amparo (28 diciembre 2018) han transcurrido más de los 20 días de plazo legal de caducidad para la interposición del recurso de amparo, defendiendo que a ellos no puede oponerse que el cómputo del plazo debió iniciarse al día siguiente de la notificación del auto de 29 diciembre de 2018, pues el mismo no acuerda la firmeza de la sentencia, sino que parte de la misma para su comunicación a la administración concernida por la resolución judicial.

Por su parte, con fecha 2 agosto 2011, por parte del Presidente del Gobierno se había planteado recurso de inconstitucionalidad contra diversos artículos de la Ley de Pesca de la Comunidad Autónoma de Extremadura, por entender que la misma contiene un conjunto de medidas encaminadas a la preservación del medio acuático que rebasan el ámbito estrictamente pesquero e invaden el de la materia hidráulica, sobre el que el Estado ostenta importantes competencias exclusivas.

El recurso de inconstitucionalidad se fundamentaba esencialmente en que la competencia estatal regulado en el artículo 149.1.22, que atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre la “ legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una

Comunidad Autónoma”. Al amparo de esta competencia se ha dictado una Ley de Aguas estatal, que regula las cuencas hidrográficas que excedan del ámbito territorial de una sola Comunidad Autónoma, lo que tiene especial incidencia en este caso por hecho de que la Comunidad Autónoma de Extremadura carece de cuencas intracomunitarias.

Entre los preceptos recurridos se encontraba el 63 c) 13º: “ Agotar o disminuir notablemente el caudal de agua de los embalses y canales, así como la circulante por el lecho de los ríos, acequias y obras de derivación, sin autorización emitida por el órgano competente materia de pesca, cuando resulten dañados los recursos piscícolas, con independencia de que haya producido o no lesión en los bienes de dominio público hidráulico”.

Mediante Providencia de 23 noviembre 2011, se acordó por el TC que, próximo a finalizar el plazo de cinco meses que señala el artículo 161.2 CE desde que se produjo la suspensión de los artículos recurridos, las partes alegará lo que estimaran conveniente acerca del mantenimiento o levantamiento de dicha suspensión.

Mediante escrito de uno de diciembre de 2011, el abogado del Estado que bajo el trámite de audiencia concedido, solicitando el mantenimiento de la suspensión de los artículos recurridos.

El 5 diciembre de igual año, el letrado de la junta de Extremadura solicitó del tribunal que se levante la suspensión de los preceptos impugnados y el 7 diciembre, el letrado mayor de la asamblea de Extremadura se dirigió al tribunal solicitando el levantamiento de la suspensión de los artículos.

Mediante auto de 16 de enero de 2012, el Tribunal acordó levantamiento de la suspensión, en su día adoptada, de los preceptos impugnados en el recurso de inconstitucionalidad.

Por el Pleno del Tribunal Constitucional se dictó sentencia de 19 junio de 2019 en el que se declaraba que varios artículos, entre los que se encontraba el 63 c) 13º de la Ley de Pesca eran contrarios al orden constitucional de competencias y, por tanto, nulos.

Aceptando los términos del encargo, se ha comenzado por consultar la Ley 3/2001, de 26 de marzo, de Pesca Marítima del Estado, Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora, entre otras.

2.- ANTECEDENTES.

Como antecedentes partimos de los datos aportados por el solicitante del informe, centrándonos en la narración de los hechos y los actos reseñados en esta consulta jurídica.

3.- CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

Respecto a si la **primera cuestión** sobre si el cómputo del plazo de 20 días para interponer el recurso de amparo que realiza el Ministerio Fiscal era correcto o debió admitirse, conforme la tesis del demandante de que el dies a quo para el cómputo del plazo era el siguiente al de la notificación del Auto posterior a la Sentencia a la administración concernida debemos decir que el artículo 43.2 es claro al decir que

*“El plazo para interponer el recurso de amparo constitucional será el de los **veinte días siguientes a la notificación de la resolución recaída en el previo proceso judicial**”.*

Si se notificó el día 22 de noviembre de 2018 y la demanda de amparo se presentó el 28 de diciembre entonces el plazo se ha excedido y la demanda es extemporánea.

No se debe considerar la tesis del demandante puesto que al auto se refiere a la ejecución voluntaria de la sentencia judicial y no tiene que ver con el plazo para interponer la demanda que se cuenta como ya dijimos desde la notificación de la sentencia respectiva.

Por otro lado el hecho de que una demanda hubiera sido admitida inicialmente a trámite mediante Providencia no significa que sea inatacable puesto que mediante sentencia, posteriormente, se aprecie la concurrencia de la causa de inadmisión (en este caso la extemporaneidad) A pesar de que lo deseable es

que los presupuestos y requisitos que condicionan la admisibilidad del recurso de amparo hayan de ser examinados en la fase de admisión, puede suceder que la parte recurrente actuando de mala fe trate de silenciar o disimular el incumplimiento de tales presupuestos o que debido a un estudio fallido por parte de la sección, el incumplimiento de alguno de esos presupuestos o requisitos se evidencie en la fase de sentencia. Si ese es el caso no existe obstáculo alguno para que la sala, en la sentencia, aprecie la concurrencia de la causa de inadmisión (que en sentencia daría lugar a la desestimación).

La Sentencia del Tribunal Constitucional 167/1987, de 28 de octubre ha señalado:

*“Se trata del incumplimiento de una de las exigencias establecidas por el art. 49.1 de la LOTC, que si, en principio, actúa a través del art. 50.1 b), como causa de inadmisión, puede convertirse, sin embargo, en motivo de desestimación cuando se aprecia en Sentencia, **pues ni el acuerdo inicial de admisión subsana los posibles defectos iniciales que afecten a la válida constitución de la relación jurídico-procesal en la vía del amparo, ni por ello precluye el derecho de las partes para proponer en trámite de alegaciones una causa de inadmisión**”.*

Respecto a la **segunda cuestión** el hecho de que don XXX siguiese ante el juzgado de lo contencioso administrativo de Badajoz el procedimiento ordinario en vez del procedimiento para la protección de los derechos fundamentales regulado en los artículos 114 y siguientes de la LJCA **no supone un incumplimiento** de la obligación procesal de agotar la vía judicial procedente con carácter previo a la interposición del recurso de amparo puesto que abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha establecido que en el orden contencioso-administrativo se agota la vía judicial previa a través del proceso especial de protección de los derechos fundamentales o a través del proceso contencioso-administrativo ordinario.

La vía ordinaria de protección de los derechos fundamentales es encomendada por la CE a los Jueces y Tribunales, ya sea a través del procedimiento especial previsto en los artículos 114 y siguientes de la Ley

29/1998, ya por el procedimiento contencioso administrativo ordinario. Lo cual no es sino una consecuencia de los artículos 24 y 117. 3º de la Constitución Española en virtud de los cuales corresponde a los jueces y tribunales la tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos así como juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

Respecto a la **tercera cuestión** de este informe debemos decir que si consideramos una exigencia procesal para la admisión del recurso de amparo que don XXX hubiera invocado expresamente ante el juzgado lo contencioso administrativo los derechos fundamentales que entendía vulnerados.

Como señala la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional en el artículo 49 *“el recurso de amparo constitucional se iniciará mediante demanda en la que se expondrán con claridad y concisión los hechos que la fundamenten, se citarán los preceptos constitucionales que se estimen infringidos y se fijará con precisión el amparo que se solicita para preservar o restablecer el derecho o libertad que se considere vulnerado. En todo caso, la demanda justificará la especial trascendencia constitucional del recurso”*.

De todas formas también creemos que si haría falta algo más y eso viene a ser la especial trascendencia constitucional del recurso. El artículo 50.1.b de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre del Tribunal Constitucional señala que el recurso de amparo esta sometido a una decisión de admisión a trámite cuando “el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional **en razón de su especial trascendencia constitucional**, que se apreciará atendiendo a su **importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales”**.

El Tribunal debe determinar la existencia de especial trascendencia constitucional, que debe venir explicitada y justificada en el propio recurso.

Al hablar de la “especial trascendencia constitucional” del recurso nos hallamos ante un concepto jurídico indeterminado. La Sentencia 155/2009 del Tribunal Constitucional especificó qué supuestos merecían ser declarados de especial trascendencia constitucional y, por tanto, ser admitidos a trámite:

- Aquellos que planteen un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional.

- Aquellos que permitan al Tribunal Constitucional cambiar o aclarar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna, o por el surgimiento de nuevas realidades sociales o de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental, o de un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el artículo 10.2 CE.

- Aquellos en los que la lesión del derecho fundamental provenga de la ley (o norma con rango de ley) o de una disposición de carácter general.

- Aquellos en los que la lesión del derecho fundamental sea causada por una reiterada interpretación jurisprudencial de la ley y se entienda necesario proclamar otra interpretación conforme a la Constitución.

- Aquellos en los que la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental invocado esté siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria, o existan resoluciones judiciales contradictorias al respecto, ya sea interpretando de manera distinta la doctrina constitucional, ya sea aplicándola en unos casos y desconociéndola en otros.

- Aquellos en los que un órgano judicial incurra en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional, establecido en el artículo 5 LOPJ.

Respecto a la **cuarta cuestión** referida a la **documentación que la procuradora del demandante acompañó a la demanda de amparo presentada el 28 de diciembre** debemos señalar que el apartado tercero y cuarto del artículo 49 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre del Tribunal Constitucional señala que *“a la demanda se acompañarán también tantas copias literales de la misma y de los documentos presentados como partes en el previo proceso, si lo hubiere, y una más para el Ministerio Fiscal”* y que *“de incumplirse cualquiera de los requisitos establecidos en los apartados que anteceden, las Secretarías de Justicia lo pondrán de manifiesto al interesado en el plazo de 10 días, con el*

apercibimiento de que, de no subsanarse el defecto, se acordará la inadmisión del recurso”.

Siguiendo la norma señalada podemos decir que la procuradora tendrá que subsanar dicho defecto para lo cual contará con un plazo de 10 días. Hará falta, como se deduce del artículo, completar los requisitos documentarios es decir adjuntar las copias literales para las demás partes y para el Ministerio Fiscal y también las de los documentos presentados como partes en el proceso previo. Si no se subsana el defecto el recurso será inadmitido.

Respecto a la **quinta cuestión** referida a si el demandante de amparo, dentro del plazo para acceder a las actuaciones y para formular alegaciones, **podría ampliar el objeto del recurso fijado en el escrito de demanda y además reforzar la argumentación de la demanda**, aportando, incluso, dictámenes con dicha finalidad y en caso de ser posibles de qué plazo se dispondría para ello, trataremos a continuación.

Empezaremos señalando que en un orden procedimental, el primer acto que ha de efectuar el Tribunal Constitucional es la remisión de las actuaciones y emplazamiento de todas las partes. El artículo 51 se refiere a tales actuaciones, en cuya virtud, en la misma providencia de admisión el Tribunal Constitucional deberá requerir al órgano judicial la remisión de las actuaciones en un plazo de 10 días, a su vez dicho órgano deberá emplazar a todos los que fueron parte en el proceso judicial en otro plazo de 10 días a fin de que puedan comparecer ante el Tribunal e intervenir en el recurso de amparo. La sala requerirá la aportación de las actuaciones a fin de que las partes y el Tribunal puedan formarse un juicio más exacto (es decir acceder a dichas actuaciones) sobre los hechos que ocasionaron el amparo.

Ahora bien, una vez comparecidos en el proceso y, aun cuando lo hagan en calidad de parte principal, **no pueden incorporar al recurso de amparo nuevas pretensiones**, porque eso significaría concederles el "rol" de recurrentes con manifiesta violación del plazo de caducidad del art. 44.2. De lo mencionado podemos señalar que no cabe ampliar el objeto del recurso fijado inicialmente en el escrito de demanda.

Por otro lado respecto de las **alegaciones** están son de gran importancia para las partes que se hayan personado en el proceso y tendrán diferente relevancia dependiendo del rol de cada una de ellas dentro del mismo. Sin embargo para el recurrente los escritos de alegaciones no revisten importancia alguna, pues el objeto procesal hay que delimitarlo definitiva y exhaustivamente en el escrito de demanda.

El acto procesal idóneo y adecuado para la formalización de la pretensión es la demanda, en la que ha de fijarse definitivamente. Como reitera la jurisprudencia, el recurrente no está autorizado en el escrito de alegaciones a modificar la pretensión o incorporar alguna nueva violación de derechos fundamentales. Si así ocurriera estaríamos ante una ampliación indebida de la demanda que podría hacer incluso a dicha conducta acreedora de una condena en costas y multa por temeridad del artículo 95 apartados segundo y tercero de la LOTC.

La función del escrito de alegaciones del recurrente es la de aclarar algún concepto oscuro, subsanar algún requisito incumplido en la demanda o incorporar alguna circunstancia o hecho desconocido, siempre que su aportación no ocasione indefensión a las demás partes, ni modifique el objeto del proceso.

En resumen: recibidas las actuaciones y transcurrido el tiempo de emplazamiento, la Sala dará vista de las mismas a quien promovió el amparo, a las partes personadas en el proceso, al Abogado del Estado, si estuviera interesada la Administración Pública, y al Ministerio Fiscal. La vista será por plazo común que no podrá exceder de 20 días, y durante el mismo, las partes y demás instituciones podrán presentar las alegaciones procedentes.

De todo lo dicho se desprende que no es posible la ampliación el objeto del recurso ni aportar dictámenes con dicha finalidad.

Respecto a la **sexta cuestión** referida a la valoración de la violación denunciada por el demandante de amparo, del artículo 24.2 CE en su manifestación de **derecho a un proceso sin dilaciones indebidas** de los hechos podemos ver que cuando don XXX solicita la práctica de pruebas su solicitud es atendida recién luego de seis meses y medio desde su solicitud. Este hecho es en

el que se basa para hablar de dilaciones indebidas ocurridas en el proceso y que va a denunciar ante el Tribunal Constitucional.

Para poder ver hasta que punto existe aquí la violación que se argumenta habrá que estar a lo que señala la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en diversas sentencias que tratan el tema.

Según la Sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de abril de 2014 (número 54/2014) se afirma que para poder determinar si esta vulneración ha existido (y debido a que este derecho se configura como un concepto que es indeterminado) debe examinarse concretamente cada supuesto usando los criterios que permitan comprobar si en realidad ha existido el retraso que se manifiesta y además comprobar si este retraso está justificado de forma alguna. La sentencia señalada lo expresa de esta manera:

*“Para determinar si nos encontramos o no ante una vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE), hemos de acudir a las pautas que nos ofrece nuestra doctrina, conforme a la cual este derecho está configurado como un **concepto jurídico indeterminado** que, por su imprecisión, exige **examinar cada supuesto** a la luz de aquellos criterios que permitan verificar si ha existido efectiva dilación y, en su caso, si ésta puede considerarse justificada”*

Respecto de dicha justificación lo ha indicado bien la Sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de junio de 2005 (número 153/2005) que afirma que no toda duración que se considere excesiva o no toda superación de los plazos procesales debe considerarse una vulneración de dicho derecho:

*“**no toda infracción de los plazos procesales o toda excesiva duración temporal de las actuaciones judiciales supone una vulneración del derecho fundamental que estamos comentando**”*

Por otro lado en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de julio de 2007 (178/2007) se ha indicado que:

*“la **prohibición de retrasos injustificados** en la marcha de los procesos judiciales impone a Jueces y Tribunales el **deber de obrar con la celeridad** que les permita la duración normal o acostumbrada de litigios de la misma naturaleza y*

con la diligencia debida en el impulso de las distintas fases por las que atraviesa el proceso”.

*Finalmente tenemos la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero (número 38/2008) que ha señalado que “el juicio sobre el contenido concreto de las dilaciones, y sobre si son o no indebidas, debe ser el resultado de la aplicación a las circunstancias específicas de cada caso de los criterios objetivos que a lo largo de nuestra jurisprudencia se han ido precisando, y que son la **complejidad del litigio, los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo, el interés que arriesga el demandante de amparo, su conducta procesal y la conducta de las autoridades”.***

De todo lo mencionado se puede deducir que será a través de todos los datos e información que se tiene a mano que se podrá determinar si las dilaciones han existido. Habrá que estar, por ejemplo, a la duración promedio del tramite de solicitud de pruebas en procedimientos similares en este supuesto específico. ¿Era el promedio de 6 meses y medio para responder a la solicitud de prueba? Parece un tiempo excesivo pero habrá que estar a los recursos de la administración implicada y al caso concreto como hemos dicho aunque en principio el tiempo nos parece excesivo.

En todo caso el pronunciamiento del Tribunal Constitucional ha de limitarse a declarar la existencia de la lesión del derecho fundamental invocado y a ordenar se adopten las medidas necesarias para que la situación en que se encontraba el procedimiento al tiempo de la interposición de la solicitud de prueba sea corregida debidamente.

Respecto a la cuestión séptima referida a la violación denunciada por el demandante de amparo, del artículo 24.2 CE, en su manifestación de **derecho a utilizar los medios de pruebas pertinentes para su defensa**, considerando que en el procedimiento contencioso administrativo ya no pidió esa prueba (testifical del Agente de Medio Ambiente), sino que, al igual que hizo en el recurso de amparo, **se limitó a alegar el vicio, consistente en vulneración del derecho a la prueba**, hay que indicar en principio que el Tribunal Constitucional interpretando

el artículo 24.2 de la Constitución Española referido a la prueba ha definido una serie de requisitos, principios y criterios interpretativos que son los siguientes:

a) La actividad probatoria ha de ser solicitada en la forma y momento legalmente establecidos (Sentencia del Tribunal Constitucional 149/1987)

b) La actividad ha de ser pertinente (Sentencia del Tribunal Constitucional 223/1992)

c) La prueba ha de ser relevante para la decisión del litigio (Sentencia del Tribunal Constitucional 149/1987).

Indicados estos requisitos hay que analizar si en el caso que nos ocupa la prueba testifical que solicitaba don XXX cumplía dichos parámetros aunque de todas formas al tratarse de un procedimiento contencioso administrativo en el que el objeto era una sanción administrativa se debió haber producido de igual forma el recibimiento a prueba (artículo 60.3 de Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa) pero el problema está en que don XXX jamás realizó dicho pedido.

De acuerdo a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de diciembre de 1990 (número 212/1990 donde se rechaza la indefensión de quien actúa con negligencia) si don XXX consideraba que la prueba testifical del agente de medio ambiente era tan importante entonces una vez que acudió al contencioso administrativo debió pedir que se realice la práctica de dicha prueba para que de esa forma se pudiese enmendar en dicha vía judicial cualquier irregularidad cometida en el procedimiento sancionador, al no hacerlo de esa manera don XXX evidentemente contribuyó a crear la infracción que denuncia.

La mencionada sentencia lo expresa así:

*“en vez de limitarse a reiterar quejas sobre la pertinencia del análisis por Perito de parte, debió solicitar su práctica, **pidiendo el oportuno recibimiento del proceso a prueba para que se corrigiesen en esa vía judicial las posibles insuficiencias o irregularidades del procedimiento administrativo sancionador(...)** El recurrente **no lo hizo así y con ello contribuyó a crear la indefensión que ahora denuncia”**.*

Por otro lado del tenor de los hechos se desprende que se rechaza la prueba testifical sin realizar motivación alguna. El artículo 17.2 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora señala que:

“En el acuerdo, que se notificará a los interesados, **se podrá rechazar de forma motivada** la práctica de aquellas pruebas que, en su caso, hubiesen propuesto aquéllos, cuando sean improcedentes (...)”. En el caso que nos ocupa no se motiva el rechazo de la prueba que propone don XXX.

Sobre este hecho hay que indicar que es un requisito inexcusable para no conculcar el derecho a la prueba que la inadmisión de la misma, deba estar debidamente motivada y razonada y además esta inadmisión debe apoyarse en premisas fácticas reales.

En este sentido la Sentencias del Tribunal Constitucional 88/2004 y 133/2003 han afirmado que:

*“este derecho resultara vulnerado, por tanto, siempre que la prueba sea propuesta en tiempo y forma (...) cuando **se inadmiten pruebas relevantes para la resolución final del asunto litigioso sin motivación alguna o mediante una interpretación de la legalidad: manifiestamente arbitraria o irrazonable**”.*

De aquí se desprende que si nos referimos solamente a la falta de motivación al inadmitir una prueba relevante y no dar explicación alguna, dicho motivo puede ser acogido por la demanda de amparo.

Respecto a la **cuestión octava** acerca de **cómo afectaría la STC** de 19 junio de 2019 **a la resolución sancionadora** de 12 abril 2017 (confirmada mediante sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo de 12 diciembre 2018), teniendo en cuenta que **mediante Auto** de 16 enero de 2012, el **tribunal acordó el levantamiento de la suspensión** en su día adoptada **de los preceptos impugnados** en el recurso de inconstitucionalidad debemos analizar paso a paso lo que ha ocurrido para dar una respuesta.

En principio cuando el Presidente del Gobierno decide plantear el recurso de constitucionalidad no se suspende ni la vigencia ni la aplicación de la ley, disposición o acto con fuerza de ley a menos que el gobierno decida recurrir al

artículo 161.2 de la Constitución Española que permite la suspensión de la disposición o resolución recurrida aunque el Tribunal deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses.

Así lo señala la LOTC en su artículo 30:

*“La admisión de un recurso o de una cuestión de inconstitucionalidad **no suspenderá la vigencia ni la aplicación de la Ley, de la disposición normativa o del acto con fuerza de Ley, excepto en el caso en que el Gobierno se ampare en lo dispuesto por el artículo 161.2 de la Constitución para impugnar, por medio de su Presidente, Leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de Ley de las Comunidades Autónomas**”.*

Y la Constitución en el artículo 161.2:

*“El Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas. La **impugnación producirá la suspensión** de la disposición o resolución recurrida, pero el Tribunal, en su caso, deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses”.*

De acuerdo a los hechos que se nos han presentado la suspensión de los preceptos impugnados en el recurso de inconstitucionalidad es levantada por un auto de enero de 2012 (lo cual quiere decir que se impugno la disposición autonómica usando el artículo 161.2 de la CE). Hay que recordar que la suspensión hace que la norma no despliegue efectos jurídicos durante el tiempo que se encuentra suspendida (lo cual permitiría defender que la norma no resultaría aplicable a los actos y negocios jurídicos celebrados mientras estuvo suspendida de aplicación). Pero como vemos en este caso luego de transcurridos los 5 meses se decide levantarla y dejar sin efecto la suspensión.

Pasando a la interrogante de cómo afectaría la Sentencia de 19 junio de 2019 a la resolución sancionadora de 12 abril 2017 (y además confirmada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 12 diciembre 2018) debemos decir que en principio como bien señala el artículo 39.1 de la LOTC si el Tribunal declara la inconstitucionalidad de varios artículos de la Ley de Pesca y

entre ellos los aplicados al caso como efectivamente ha ocurrido los mismos son nulos:

“Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados, así como, en su caso, la de aquellos otros de la misma Ley, disposición o acto con fuerza de Ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia”.

Y entonces siguiendo el artículo 40.1 habría que señalar inicialmente que a pesar de la sentencia que declara la inconstitucionalidad de los preceptos impugnados no se permite la revisión de procesos concluidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de disposiciones inconstitucionales sin embargo en seguida el mismo artículo señala que esto solo es posible (es decir la revisión) en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos sancionadores en que debido a la nulidad se produzca una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad. Así lo expresa dicho artículo:

“Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad”.

De lo analizado se deduce que en el caso de nuestro procedimiento contencioso administrativo sancionador donde se impuso a don XXX la sanción económica respectiva tomando como base las disposiciones tipificadas que posteriormente fueron declaradas inconstitucionales habría una exclusión de la responsabilidad respecto de los preceptos inconstitucionales que han sido declarados nulos y solo se mantendrían los que son constitucionales como parece ser el caso con el apartado 6 del artículo 63 c que aparentemente no es declarado inconstitucional (solo el 63 c apartado 13 como se narra en los hechos) en un caso

se mantiene la sanción y en el otro esta quedaría sin efecto luego del procedimiento de revisión respectivo.

Respecto a la **cuestión novena** sabemos que la Ley se publicó en el Diario Oficial de Extremadura y en el BOE, respectivamente, los días 16 mayo 2011 y 27 junio 2011, respectivamente así que pasaremos a **ver si el recurso de inconstitucionalidad fue interpuesto dentro del plazo.**

De acuerdo al artículo 33.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional el plazo de interposición del recurso de inconstitucionalidad es de tres meses, computados a partir del momento de la publicación oficial de la norma con rango de ley impugnada es decir, desde la introducción en el ordenamiento jurídico por la publicación en el Boletín Oficial del Estado (BOE) o en el boletín oficial de la Comunidad Autónoma.

De los hechos de el presente caso tenemos que el recurso de inconstitucionalidad fue interpuesto el 2 de agosto de 2011. Como podemos apreciar, si tomamos como fecha la de la publicación ya sea en el boletín de la Comunidad Autónoma de Extremadura (16 de mayo de 2011) o en el BOE (27 de junio de 2011) veremos que el recurso ha sido interpuesto dentro de los tres meses que señala el artículo 33 en su apartado primero.

Por otro lado si el recurso **hubiera sido interpuesto el 28 noviembre 2011** solamente podría considerarse interpuesto en plazo si se cumplieran otros requisitos. Debe señalarse que la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional realizada por la Ley Orgánica 1/2000 introdujo un supuesto especial de ampliación del plazo de tres a nueve meses para la interposición del recurso de inconstitucionalidad, siempre que se respeten las condiciones fijadas en el apartado segundo del artículo 33:

- El plazo se amplía para los supuestos en los que sea el Presidente del Gobierno o el órgano ejecutivo de una Comunidad Autónoma quien inicie el recurso, mientras que los demás legitimados pueden plantear el recurso dentro del plazo común de tres meses.

- A instancias del Estado o de la Comunidad Autónoma se debe reunir la Comisión Bilateral de Cooperación y tomar el acuerdo de que van a iniciar un

proceso de negociación para resolver las discrepancias; en el acuerdo se debe hacer referencia a la invocación o no del artículo 161.2 CE.

- Trasladar notificación del acuerdo al Tribunal Constitucional en el plazo de tres meses computados a partir de la publicación en el BOE o en el diario oficial de la Comunidad Autónoma.

Si todos estos **requisitos se cumplen** y el recurso de inconstitucionalidad se hubiera interpuesto el 28 de noviembre **el recurso estaría interpuesto dentro del plazo correcto**. Caso contrario estaría interpuesto fuera del plazo. Dejamos estas dos alternativas puesto que del caso no se desprenden dichos datos con certeza (por ejemplo no sabemos si se inicia un proceso de negociación entre el Estado y La Comunidad Autónoma de Extremadura.

Para concluir con esta cuestión nos queda **dilucidar** si una vez admitido a trámite el recurso, **el Senado y la Asamblea** legislativa de la Comunidad Autónoma de **Andalucía podrían personarse** en el mismo (en qué plazo y de qué modo).

Hay que tener en cuenta que según el artículo 34 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional la admisión del recurso se efectúa por providencia de la correspondiente sección del pleno y se da traslado del acuerdo y del escrito de interposición al Congreso de los Diputados y también al Senado (que entonces si podrá apersonarse) a través de sus Presidentes, al Gobierno por conducto del Ministerio de Justicia y, si la norma impugnada ha sido aprobada por una Comunidad Autónoma (como es el caso de la Comunidad Autónoma de Extremadura) al Parlamento (o Asamblea Legislativa del mismo) y al Consejo de Gobierno de la misma. A todos ellos se les fija un plazo de quince días para que se personen y realicen alegaciones por escrito sobre la constitucionalidad de las normas recurridas. El artículo 34 lo indica de esa manera:

*“1. Admitida a trámite la demanda, el Tribunal Constitucional dará **traslado de la misma al Congreso de los Diputados y al Senado por conducto de sus Presidentes, al Gobierno por conducto del Ministerio de Justicia y, en caso de que el objeto del recurso fuera una Ley o disposición con fuerza de ley dictada por una Comunidad autónoma, a los órganos legislativo y ejecutivo de la misma a***

*fin de que puedan personarse en el procedimiento y **formular las alegaciones que estimen oportunas.***

*2. La personación y la formulación de alegaciones deberán hacerse en el plazo de **quince días**, transcurrido el cual el Tribunal dictará sentencia en el de diez, salvo que, mediante resolución motivada, el propio Tribunal estime necesario un plazo más amplio que, en ningún caso, podrá exceder de treinta días”.*

El **problema** que encontramos en este caso es que la Comunidad Autónoma de **Andalucía** no es parte de este recurso puesto que no es la que aprobó la norma ni tiene que ver en el asunto por lo que a ella no se le da traslado no deberá apersonarse.

Respecto a la **décima cuestión** referida a qué ocurrirá con la sanción impuesta por los hechos que se tipificaron en el artículo 63 c) de la Ley de Pesca de Extremadura y si consideramos admisible que la Sentencia del Tribunal Constitucional hubiera podido declarar la nulidad de algún precepto no impugnado por el presidente del gobierno en su recurso de 2 de agosto de 2011 debemos afirmar que respecto de la sanción se podrá instar la revisión de la misma puesto que como señala el artículo 40.1 de la LOTC esa nulidad permite la revisión de la sentencia para los casos de los procesos penales o contencioso-administrativos sancionadores en que debido a la nulidad de la disposición (luego del recurso de inconstitucionalidad como en este caso) se pueda producir una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad. De aquí se sigue que la imposición de las sanciones graves del artículo 63 c) podrían modificarse e incluso desaparecer.

En referencia a si consideramos admisible que la Sentencia del Tribunal Constitucional hubiera podido declarar la nulidad de algún precepto no impugnado por el presidente del gobierno en su recurso debemos responder afirmativamente puesto que esa posibilidad se encuentra perfectamente señalada en el artículo 39 de la LOTC al decir que si una sentencia declara la inconstitucionalidad también esta declarando la nulidad de los preceptos que se hubieran impugnado y además indica que se declara la nulidad de otros de la misma disposición, ley o acto cuando exista conexión o sean consecuencia de esa declaración.

*“Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados, así como, en su caso, **la de aquellos otros** de la misma Ley, disposición o acto con fuerza de Ley a los que **deba extenderse por conexión o consecuencia**”.*

Respecto a la **undécima cuestión** hay que decir que si a la hora de dictarse la sentencia, algunos de los magistrados discrepa de la opinión mayoritaria, este podría manifestar dicho desacuerdo a través del voto particular tal y como se señala en el artículo 164.1 de la Constitución Española:

*“Las sentencias del Tribunal Constitucional se publicarán en el Boletín Oficial del Estado con los **votos particulares, si los hubiere**. (..)”*

Como ha señalado acertadamente Cascajo Castro el voto particular puede estimular el sentido de la responsabilidad del juez. Se expone fundadamente que la eficacia y mayor aceptación de las sentencias no está tanto en función del número de magistrados que suscriben la fundamentación y el fallo, cuanto en el rigor y solidez de la argumentación y en su capacidad para suscitar convicciones firmes y seguras. Por lo que los votos particulares pueden ejercer una función de autocrítica, así como establecer un diálogo más fructífero y variado con la doctrina.

Finalmente respecto a la **duodécima y última cuestión** referida a si el Presidente del Gobierno podría impugnar el Auto de 16 enero de 2012, por el que el Tribunal Constitucional acordó el levantamiento de la suspensión de los preceptos impugnados en el recurso de inconstitucionalidad hay que decir que el artículo 161.2 de la Constitución es claro al decir en su última parte que:

*“la impugnación producirá la **suspensión de la disposición** o resolución recurrida, **pero el Tribunal**, en su caso, deberá **ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses**”.*

Es decir es el Tribunal el que decidirá si la suspensión se mantiene o se levanta antes de los cinco meses. Otra cosa será el pedido, como ocurre frecuentemente, de la Comunidad Autónoma para que se realice el levantamiento antes de que transcurran los 5 meses si considera que no hay razones para dicha suspensión. Por otro lado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha hecho recaer sobre el Gobierno la carga procesal de justificar el mantenimiento de la

suspensión más allá de los cinco meses previstos constitucionalmente, ha puesto coto a los intentos del Ejecutivo de ampliar el alcance del art. 161.2 CE en relación con el recurso de inconstitucionalidad, exigiendo que la suspensión sea invocada en el escrito de interposición del recurso, negando que con el recurso al art. 67 LOTC pudiera *“abrirse, en cualquier tiempo, la posibilidad de que las leyes autonómicas, que gozan de presunción de constitucionalidad por no haber sido recurridas en el plazo legalmente previsto, plazo que es de caducidad, puedan ver suspendida su vigencia por esta vía, enervándose su vigor antes de que pueda producirse la declaración de inconstitucionalidad”* (Auto 92/1999).

De todo esto podemos decir que si bien es cierto este artículo de la Constitución abre múltiples interrogantes respecto de los puntos señalados ninguno de ellos tiene que ver con la impugnación del auto que levanta la suspensión ya que del artículo no se extrae que el Presidente del Gobierno sea capaz de impugnar dicho auto que levanta o mantiene la suspensión.

Hay que añadir que si bien con carácter general, la decisión sobre el levantar o mantener la suspensión se presume definitiva, el Tribunal Constitucional ha admitido la revocabilidad de la decisión, considerando que en los supuestos en que se produzcan circunstancias o hechos nuevos que no pudieran haber sido considerados con anterioridad (cláusula rebus sic stantibus), el dictado del auto acordando la prórroga de la suspensión, *«no impide que, en cualquier momento, este Tribunal pueda reconsiderar la decisión adoptada, justamente en uso y aplicación de las amplias facultades de ordenación procesal que ostenta»* (Auto 128/1993 de 20 de abril).

Podemos concluir que una impugnación del auto que levanta la suspensión, en el caso que nos ocupa, no es en puridad, posible.

Tal es la respuesta a la consulta que someto a cualquier otro mejor fundado en Derecho.

COMENTARIO SENTENCIA 1

CÁLCULO ADECUADO DE LA SUSPENSIONES EN LOS PROCEDIMIENTOS SANCIONADORES DE COMPETENCIA Y APLICACIÓN CORRECTA DE LA JURISPRUDENCIA AL CASO CONCRETO

**(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio de 2016) Sala
de lo Contencioso-Administrativo (Sección 3ª) (REC N° 3811/2015)**

Es importante que las Salas y Tribunales que usen la jurisprudencia del Tribunal Supremo lo hagan siempre con el cuidado y diligencia debido para respetar y aplicar correctamente lo que este tribunal determina en sus sentencias. Esto quiere decir que hay que ser minuciosos a la hora de aplicar los pronunciamientos del Tribunal Supremo, los diferentes juzgados o tribunales deben cerciorarse de que los casos ya resueltos por el Tribunal, si pretenden aplicarse a otros casos, lo sean de manera que respeten y coincidan con los enunciados que el Tribunal ha establecido para cada situación jurídica concreta.

Con una institución tan importante como la caducidad se da la oportunidad para que el Tribunal Supremo enmiende la aplicación errónea de una de sus sentencias usadas por la sala de instancia en la cual esta última emite un pronunciamiento donde sostenía que se había producido la caducidad de un expediente sancionador del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia y para sustentar su posición toma argumentos de otra sentencia anterior del Tribunal Supremo, de manera parcial, retirando de contexto algunas afirmaciones del Tribunal Supremo para ese caso en concreto y lo aplica al caso que se discute en casación.

Para la Sala de instancia se había producido la caducidad de un expediente sancionador en materia de defensa de la competencia, el conflicto se originaba por el desacuerdo sobre este punto, sobre si se había producido o no y en analizar en base a que datos se llegaba a dicha conclusión porque de lo contrario resultaba que el expediente sancionador no había caducado y por lo tanto la sanción podía hacerse efectiva, en este caso la multa. Pero la sentencia recurrida en casación

(emitida por la Audiencia Nacional) decía que la caducidad había ocurrido y para sustentar su posición tomó argumentos de otra sentencia anterior del Tribunal Supremo, de manera parcial, sacando de contexto algunas afirmaciones del Tribunal Supremo para ese caso en particular y lo aplica al caso que ahora se discute.

La Sala de instancia deduce de forma errónea que no es posible tomar en consideración el plazo de suspensión acordado una vez finalizado el término final del procedimiento señalado por el comienzo del mismo pero la interpretación no es la que realmente indica la sentencia de 15 de junio de 2015 del Tribunal Supremo sino que la sala, como ya dijimos, ha emitido sentencia tomando algunos fragmentos descontextualizados de dicha sentencia y presentando los argumentos de una manera que encaja con su fallo a pesar de no ser ese el sentido de los dichos argumentos en la sentencia de 15 de junio de 2015.

La parte recurrente en casación, a través del Abogado del Estado, impugna la sentencia de la Audiencia Nacional alegando también la errónea interpretación y aplicación de las normas reguladoras de la caducidad de los procedimientos sancionadores en materia de defensa de la competencia y de la doctrina de la mencionada sentencia de 15 de junio de 2013, al considerar que se aplica a un supuesto diferente al examinado en dicha sentencia.

La sala de instancia (es decir la Audiencia Nacional) antes de analizar las cuestiones que se suscitan en la demanda dentro de las que se hallaba la caducidad del expediente sancionador oye a las partes sobre la importancia, para el caso, de la sentencia de 15 de junio de 2013 y sin entrar a examinar los argumentos de caducidad que se le presentan en la demanda aprecia la caducidad del expediente sancionador, luego de simplemente transcribir ciertos párrafos de la sentencia del Tribunal Supremo y que razona según su parecer:

En primer lugar deduce que *“el tiempo transcurrido entre el término inicial del plazo y aquel posterior al que se refiera la suspensión resulta irrelevante a los efectos de la caducidad”*. *Supone entonces que las suspensiones acordadas a partir de ese día último del plazo inicial no pueden ser tomadas en consideración para determinar el plazo máximo de duración del procedimiento”*.

Luego señala que la sentencia dice también que *“si se produce la suspensión del procedimiento sancionador durante un tiempo que excede del término del plazo inicial, ello no es óbice para que no deba respetarse para el cálculo del día final del plazo, aquel que esta reglamentariamente establecido, pues de seguir la tesis sustentada en la sentencia, implicaría dejar a la Comisión, a través de las suspensiones, la ampliación de los plazos máximos de caducidad”*.

Y finalmente aplicando estos razonamientos decide que *“de los tres períodos de suspensión solo aplicará dos de ellos por que el tercero, según su criterio, no debe considerarse puesto que ocurre luego de terminado el plazo inicial”*.

Hasta este punto es obvio que el Tribunal Supremo para poder continuar con el examen de la controversia debe referirse a esta sentencia de 15 de junio de 2015 puesto que en ella se ha basado la Audiencia Nacional para extraer las conclusiones que aplica a la sentencia de instancia y que deben ser aclaradas para poder mostrar su verdadero sentido.

Para el caso resuelto por esa sentencia de 15 de junio de 2015 el día final del plazo debe calcularse sumando en **días naturales** (no días hábiles) al término del plazo inicial, y por otro lado computar y valorar correctamente a efectos de la caducidad los **acuerdos de suspensión del procedimiento**.

Lo que sostenían los recurrentes en la sentencia de 15 de junio de 2015 es que el plazo para resolver estuvo suspendido 29 días hábiles y la suspensión se levanta el 30 de diciembre de 2009, la Sala suma al 30 de diciembre esos 29 días “hábiles” de la suspensión con lo que el vencimiento pasa a ser el 4 de febrero, fecha dentro de la que se dicta y notifica la resolución de sanción por lo cual no se habría dado la caducidad. Y a esto añade el Tribunal Supremo que **no debe entenderse así** ya que en primer lugar el cómputo es por días naturales y no hábiles y también porque hay un error en la sala de instancia cuando no toma en consideración para determinar el día final del plazo lo que señala el artículo 12.3 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (“En los casos de suspensión del plazo, el día final del plazo se determinará añadiendo al término del plazo inicial, los días naturales

durante los que ha quedado suspendido el plazo”) sino el día en que se levanta la suspensión, el 30 de diciembre de 2009, esto es, una vez rebasado el término del plazo inicial (16 de diciembre de 2009). Es decir reanuda en fecha diferente a la que manda el reglamento.

La Sala de instancia, dice la sentencia de 15 de junio de 2015, hace su interpretación y considera relevante la “reanudación del plazo” tras la suspensión, pero no atiende al criterio señalado en la ley que habla de “término del plazo inicial”. La sala opera con un dato distinto referido a la “reanudación del procedimiento” tras alzarse la suspensión, lo que implica que, a los efectos de la caducidad, tenga en consideración el tiempo de suspensión del procedimiento que supera y excede el término inicial del plazo. Interpretación que el Tribunal Supremo no acoge pues mientras corre el plazo de caducidad de 18 meses solamente puede suspenderse por los motivos que dice la ley. Si se produce la suspensión del procedimiento sancionador durante un tiempo que excede del término del plazo inicial, ello no es óbice para que no deba respetarse para el cálculo final del plazo, aquel reglamentariamente establecido, pues de seguir lo que señala la sentencia implicaría dejar a la Comisión, a través de las suspensiones, la ampliación de los plazos máximos de caducidad.

De esta manera cuando la Comisión suspende el plazo, para calcular el nuevo plazo se debe partir necesariamente del término del plazo inicial siendo así que el tiempo transcurrido entre el término inicial del plazo y aquel posterior al que se refiera la suspensión resulta irrelevante a los efectos de la caducidad. Es decir para la caducidad del procedimiento, el único período en el que es posible que incida la suspensión es aquel que resta para alcanzar el término del plazo inicial, lo que determina que el tiempo que exceda de dicho momento carece de virtualidad y eficacia a los efectos aquí debatidos. Hasta este punto se ha hablado de la sentencia de 15 de junio de 2015.

Este recurso de casación 3811/2015 muestra como única controversia la jurídica pues los datos fácticos están definidos. La cuestión litigiosa es establecer y determinar los criterios jurídicos de computo y determinación del plazo final o de término (*dies ad quem*) del procedimiento sancionador cuando en el curso del

mismo se han producido una o varias suspensiones del trámite. Las partes no coinciden en la fecha y ello porque parten de una interpretación distinta de la doctrina contenida en la sentencia de 15 de junio de 2015.

Lo primero que debe señalarse es que de la sentencia de 15 de junio de 2015 no pueden extraerse la doctrina que señalaba la Audiencia Nacional y mucho menos pensar que esta doctrina mal interpretada tiene carácter de doctrina jurisprudencial.

Por otro lado no debe perderse de vista que en ese caso se partía de una situación concreta y singular.

Es por ello que el Tribunal Supremo aclara en la sentencia de 15 de junio de 2015 que **los días de suspensión (en este caso 35) deben computarse en el sentido de dilatar el *dies ad quem*, a efectos de la caducidad del expediente, pero que esa adición debe hacerse a partir del día inicialmente señalado como día de término, y no a partir de la fecha en que se adoptó el acuerdo de alzamiento.** El término inicialmente fijado como *dies ad quem* pasa a configurarse como *dies a quo* para el nuevo computo del plazo de resolución y notificación. Termina diciendo que “esta y no otra es la declaración que exterioriza la sentencia de 15 de junio de 2015” y en todo caso es la doctrina que puede seguirse de ella.

El plazo de tramitación real y funcional del expediente sancionador, **considerado globalmente**, no puede superar en ningún caso los 18 meses que la LDC establece, es decir, aun sumando a la fecha inicialmente establecida como de término de esos 18 meses los períodos temporales de suspensión del trámite procedimental, el plazo resultante, íntegra y globalmente contemplado no puede superar los 18 meses.

La sentencia de 15 de junio de 2015 nunca rechazó la posibilidad de que puedan darse más suspensiones dentro del plazo global máximo del trámite que era de 18 meses, incluido de dentro de dicho plazo el sobrevenidamente resultante de una suspensión precedente.

Ahora bien retornando a esta casación el Tribunal Supremo señala que eso ocurre en la sentencia a la que ahora se le ha interpuesto la presente casación. A

lo largo de la tramitación del expediente sancionador se acordaron varias suspensiones del plazo por razones que no fueron cuestionadas, el punto es que se acordaron dentro del plazo de los 18 meses. Es decir que se adoptaron ya sea dentro del plazo primero de 18 meses a partir del inicio del procedimiento o dentro del plazo ampliado resultante de la adición, al término de ese plazo primero, de los días en que el expediente permaneció suspendido.

El hecho de que al plazo legal e inicialmente establecido se le adicionen los días en que el procedimiento ha estado suspendido salvaguarda la previsión normativa sobre el plazo máximo conferido a la Administración, lo cual es también una garantía para el ciudadano ya que evita que el procedimiento este abierto indefinidamente y en el caso de la Administración le da un plazo predeterminado para tramitar, resolver y notificar.

Es así que el Tribunal Supremo respecto del presente recurso de casación señala que la Audiencia Nacional interpretó de forma errónea la doctrina de la sentencia de 25 de junio de 2015 sin considerar el contexto, la interpretó de forma desconectada y aplicándola a un supuesto diferente del que se trataba en aquella, alcanzado una conclusión partiendo de un párrafo aislado que perdió su sentido y no era conforme a derecho.

En realidad computando correctamente los plazos **no se ha producido la caducidad del expediente sancionador**. El procedimiento sancionador se inicia por Acuerdo de 10 de junio de 2011 por lo que el término final era el 10 de diciembre de 2012 (dura 18 meses). Se suspende por primera vez el 17 de noviembre de 2011 y se levanta el 4 de febrero de 2012 (79 días naturales de suspensión). La segunda suspensión se decreta el 5 de julio de 2012 y es levantada el 21 de setiembre de 2012 (79 días). Aplicados esos días de suspensión al término final del procedimiento, el nuevo término final de duración sería el 16 de mayo de 2013. Existe una tercera suspensión decretada el 29 de abril de 2013 levantada el 18 de mayo de 2013 (19 días naturales).

De esa manera siguiendo los criterios explicados en la sentencia de 15 de junio de 2015 sería erróneo sumar los 19 días a la fecha en la que se levanta la suspensión (18 de mayo de 2013) lo que debe hacerse (siguiendo el art. 12.3 del

Reglamento de Defensa de la Competencia) es adicionar los días de suspensión al término originario , es decir, sumar al 10 de diciembre de 2012, los plazos de 79 días, 79 días y 19 días (primera, segunda y tercera suspensiones). Lo que no debe hacerse es prescindir de la tercera suspensión de 19 días que debe añadirse de todas formas.

No debe leerse la sentencia de 15 de junio de 2015 fuera de su contexto y sacar de ella una doctrina que no contiene, que no autoriza a separar los plazos de suspensión antojadizamente.

La sentencia recurrida interpreta y aplica el derecho de una forma que infringe los artículos 36, 37 y 38 de la Ley de Defensa de la Competencia en relación con los artículos 12 y 38 del Reglamento de Defensa de la Competencia.

El artículo 36 de la ley y el 38 del reglamento señalan que el plazo máximo para dictar y notificar la resolución que pone fin al procedimiento es de 18 meses que se cuentan **desde la fecha de incoación**, de esta manera que si se respeto dicho plazo no debió declararse la caducidad por lo que la sentencia impugnada quebrantó dichos preceptos.

Hace lo mismo la sentencia impugnada con el artículo 37 de la Ley que se refiere a la ampliación de plazos y la suspensión de su computo. La Sala suma al término final de 10 de diciembre de 2012 los dos primeros tiempos de suspensión, 156 días, lo que da como nuevo plazo el 15 de mayo de 2013. Deja de lado la tercera suspensión que es anterior al último día del plazo inicial a pesar que se encuentra dentro del nuevo plazo máximo de 15 de mayo. El nuevo término final del plazo de duración resultaría de la adición al anterior de esos 19 días naturales, es decir, 4 de junio de 2013 de esta forma la resolución es de 23 de mayo y se notifica antes del 4 de junio de 2013 y al reajustarse el día final adicionando los días naturales de las tres suspensiones, la resolución recurrida se adopta y se notifica antes de transcurrir el plazo legal , por esa razón no cabe la caducidad del expediente sancionador que la sala declara de forma errada y es infractora de la norma jurídica.

Por los motivos señalados la sentencia es casada quedando como obligación de la sala resolver lo que corresponda dentro de los términos de las

cuestiones debatidas. La parte recurrente aduce que cuando se dictó la resolución sancionadora el procedimiento ya había caducado. Además dice que el procedimiento incoado por la CNC es continuación del incoado por la Autoridad de competencia autonómica y que debe entenderse que la CNC no inició un nuevo procedimiento sino que continuó el anteriormente incoado por la autoridad de competencia valenciana, entre otras afirmaciones. El Tribunal Supremo no acoge ninguna de esas alegaciones y señala que la CNC no es simple continuador de la tramitación de un expediente ya incoado por un organismo distinto sino que tiene independencia para investigar por si misma los hechos concurrentes y determinar lo que crea conveniente ya sea investigación, inicio de procedimiento o archivo ergo tiene la totalidad del tiempo conferido por la Ley para la instrucción y resolución del expediente sancionador.

Pasando al fondo litigioso que debe resolverse la sociedad recurrente habla de una infracción única y arguye que su conducta no respondía a un plan conjunto ideado por los almacenistas para homogenizar la política comercial de las partes o fijación de precios, y no concurrían los dos factores esenciales para que exista un acuerdo conjunto.

Las conductas de la infracción consisten en que una serie de suministradores de material de saneamiento y fontanería en la zona de Levante mantuvieron contactos para enfrentar los retrasos en los pagos y morosidad que se plasmaron en un acuerdo para intercambiar información y aplicar coordinadamente ciertos recargos financieros a sus clientes, importes y formas de llevarlo a efecto. Estos acuerdos se llevaron a la práctica, incluso se crea una plataforma informática para que cada operador pueda recoger y depositar información a compartir con el resto de operadores adscritos al programa.

No se pueden acoger las alegaciones de la sociedad puesto que si había acuerdo y en el expediente sancionador se han probado los mismos y la sociedad, Suministros Marval, ha participado de los mismos.

La sociedad dice también que su conducta se encontraba amparada por la Ley 3/2004 de 29 de diciembre de 5 de julio en la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad pero es claro que esta norma no puede amparar que los

competidores coordinen su comportamiento competitivo para imponer a los clientes recargos ligados al plazo. La conducta es infracción de l artículo 1 de la ley 16/1989 de 17 de julio de Defensa de la Competencia.

Por otro lado la parte actora aduce falta de motivación de la resolución de la CNC por no valorar si las conductas investigadas tenían por objeto o efecto restringir la competencia. No se acoge dicho argumento ya que la resolución de la CNC se refiere de forma explícita a la aptitud de la conducta analizada para restringir la competencia. En opinión del Consejo, la naturaleza de esta conducta única y continuada sólo puede calificarse como restrictiva de la competencia.

Subsidiariamente se alega que la resolución debió aplicar el artículo 5 de la LDC conforme a los principios de legalidad y tipicidad y argumenta que las conductas no son susceptibles de restringir a competencia en el mercado relevante y alude a la reducida cuota de mercado de las empresas encausadas. Añade que concurren los requisitos y que la doctrina ha señalado que la existencia de una restricción por objeto, de las previstas en el artículo 2 RDC, constituye únicamente una “presunción de ilicitud”, sin que ello impida declarar la existencia de una conducta de menor importancia si se comprueba que no tiene efectos restrictivos sobre el mercado en virtud del artículo 3 RDC” y que entre los criterios que pueden ser tenidos en cuenta para valorar si una restricción es de escasa importancia , se señalan la duración de la conducta , la cifra relativa del negocio afectado por el acuerdo o una cuota muy reducida del mercado. Y termina indicando que “la cuota conjunta de los almacenistas sancionados no alcanza ni siquiera el 5%, hecho que no ha sido contradicho en la resolución sancionadora, por lo que no se aproxima al 10% del mercado relevante.

La alegación sobre la existencia de acuerdo de menor importancia por no alcanzar la representatividad de las empresas encartadas al 10% (artículo 1 del RD 261/1998) no puede ser acogida, no se considera la exención en este supuesto ya que dice el artículo 2 del mismo reglamento que “no se entenderán de menor importancia la conducta entre competidores que tengan como objeto. directamente o indirectamente, de forma aislada o en combinación con otros factores controlados por las empresas partícipes a) la fijación de precios de venta

de los productos a terceros” precepto cuya dicción determina que no sea aplicable en el caso de autos, en el que se produce un acuerdo entre competidores que representan un porcentaje elevado de las ventas de productos en una determinada zona del territorio nacional que constituye un cártel , como señala la CNC en su resolución.

También subsidiariamente se arguye que la resolución infringió los principios sancionadores administrativos es decir que se trasgredió el límite para fijar la multa, no se respetó la proporcionalidad y existió falta de culpabilidad e intencionalidad aparte de no haberse aplicado las atenuantes. No se acogen esos reclamos porque la actora se limita a consideraciones subjetivas sobre su participación en las conductas acreditadas aparte que se contradicen con los hechos en la resolución de la CNC. También se busca la atenuación alegando la grave crisis económica del sector pero no se admite ese argumento por no ser de entidad suficiente.

Luego pasa el Tribunal Supremo a discutir la interpretación del artículo 63.1 de la ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia y señala que los porcentajes fijados como límites superiores de las multas son, en cada caso, el techo de la sanción. El legislador puede fijar un intervalo de las sanciones pecuniarias posibles ya sea en términos fijos (cantidades definidas entre la mínima y la máxima) o en términos porcentuales. Así tenemos en esta ley que dichos porcentajes son de 1%, 5% y 10%. Y todos son de la misma naturaleza. Sin que el porcentaje del 10% tenga consideración de “factor de moderación a posteriori” como señala erróneamente el Abogado del Estado.

En la Comunicación del 6 de febrero de 2009 se siguen unas pautas que fijan “el importe básico” sin escala alguna, luego se le aplica un “coeficiente de ajuste: según existan circunstancias agravantes o atenuantes. Por ejemplo por agravantes se puede subir entre 10% y 15% y luego en una tercera fase se ajusta “si procede” la cantidad a los límites del artículo 63 de la Ley 15/2007. El método usado implica establecer un sesgo al alza de las multas, no adaptado al principio de proporcionalidad, para aplicar luego como correctivo el porcentaje del 10% del volumen de negocios.

El Tribunal Supremo dice que este método podría ser aceptable si se aplica el artículo 23 del Reglamento 1/2003 para las sanciones que impone la Comisión Europea pero que no coincide con la norma española.

El artículo 63 de la Ley 15/2007 (Defensa de La Competencia) marca los límites para los límites de las sanciones como cifras máximas, cifras porcentuales que marcan el punto máximo de la sanción.

En el derecho sancionador español incluso las sanciones pecuniarias más graves tienen una escala de valores mínimos y máximos dentro de los cuales se establece la sanción. Es decir hay una predeterminación legal de las cifras mínimas y máximas, ya sean fijas o porcentuales, dentro de las cuales se imponen las multas.

Que la Comisión Nacional de Competencia haya intentado de armonizar la aplicación de las normas nacionales de defensa de la competencia con las de la Unión Europea no justifica que no hayan optado por acoger la interpretación que hemos señalado anteriormente y la sustituyan por el empleo del método de cálculo de multas usado por la Comisión Europea que se imponen al amparo del Reglamento 1/2003. Esa apreciación de la Comisión Nacional de Competencia no es correcta.

La propia Comisión Europea admite igual que la legislación de la UE en esta materia que no ha impuesto un modelo uniforme en el diseño de los regímenes nacionales de aplicación de las normas de competencia. Los Estados miembros dejan a sus autoridades de defensa de la competencia la aplicación efectiva de los artículos 101 y 102 del TFUE, pero el Reglamento 1/2003 le otorga libertad a los estados para determinar sus propias sanciones cuando las apliquen en sus territorios

En cada Estado la elaboración de esas sanciones nacionales corresponderá, al órgano que ostente la competencia legislativa y que en el caso español no es pues la Comisión Nacional de Competencia (actual Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia). El Reglamento 1/2003 ni la demás legislación de la Unión regula o armoniza lo que tenga que ver con los procedimientos o las sanciones. La Comisión Europea y las autoridades de

competencia de cada Estado, aun cuando apliquen las mismas normas sustantivas, lo hacen con procedimientos y sanciones que **no son objeto de regulación armonizada**.

Al reconocerse la capacidad de los Estados miembros para establecer sus propias medidas contra las infracciones de los artículos 101 y 102 TFUE , sin que se exija armonización, las sanciones de cada Estado no tienen por qué adoptar parámetros, porcentajes ni nociones del artículo 23 del Reglamento 1/2003 para las sanciones que imponga la Comisión. Tampoco está vinculado el legislador nacional por los "métodos de cálculo" diseñados en las "Directrices de la Comisión Europea para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) no 1/2003". Hacer lo contrario de lo que aquí se establece sería entrar en conflicto con el respeto a las exigencias constitucionales.

Las **garantías constitucionales del artículo 25.1 respecto de la predeterminación de las sanciones administrativas harían incompatibles con ellas un sistema en el que las sanciones pecuniarias pudieran ser fijadas sin estar antes en la Ley**, y lo mismo para un intervalo o escala que comprenda la multa máxima. Un sistema que no fijase aquella escala y sólo contemplara una previsión para luego atenuar el resultado del cálculo a un límite externo reductor se enfrentaría a serios problemas de compatibilidad con aquellas garantías constitucionales. Hay que señalar además que tampoco los reglamentos podrían en ningún caso alterar la naturaleza o límites de las sanciones que la Ley contempla.

Se analiza seguidamente por el Tribunal Supremo que se refiere al "volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa".

Sobre dicho volumen se aplican los porcentajes para fijar el límite superior de la escala sancionadora según entidad de las infracciones, respectivamente.

La Sala de instancia busca determinar si el volumen de negocios lo es en todas las actividades económicas, relacionadas o no con la infracción y concluye que el volumen de negocios total sobre el que ha de aplicarse el porcentaje para

determinar la cuantía de la multa, se refiere al ámbito del mercado directa o indirectamente afectado por la infracción.

En la interpretación de las normas legales los tribunales deben respetar los juicios o consideraciones que el propio legislador haya efectuado sobre la proporcionalidad de aquellas opciones, a menos que estén afectadas de inconstitucionalidad. El juicio de proporcionalidad que incorporan los preceptos queda determinado por el propio Legislador y debe respetarse.

La utilización de una magnitud como el "volumen de negocios" como base para fijar porcentualmente el máximo de las sanciones pecuniarias es perfectamente posible.

El volumen o cifra de negocios es un dato contable que muestra la capacidad económica del sujeto infractor y permite calcular a priori la máxima incidencia concreta que una sanción pecuniaria puede suponer para él.

Compete al legislador decidir si el "volumen de negocios" sobre el que debe aplicarse el porcentaje máximo de la escala sancionadora es el global o "total", o el parcial correspondiente a uno o varios aspectos de su actividad económica.

La cifra de negocios referida a ámbitos de actividad distintos de aquel en que se ha producido la conducta anticompetitiva no es irrelevante a los efectos del respeto al principio de proporcionalidad importante en el derecho sancionador. Lo es en un momento ulterior de individualización de la multa, pero no para el cálculo del importe.

El artículo 64.1 de la Ley 15/2007 exige que la escala sancionadora adecúe el importe de la multa en función de la dimensión y características del mercado afectado por la infracción, la cuota que dentro de él tenga la empresa infractora y los beneficios ilícitos por ella obtenidos como consecuencia de la infracción. Son criterios que remiten a la concreta distorsión de la competencia que se haya producido en cada caso.

Si es válido utilizar el "volumen de negocios total" de la entidad para el cálculo del porcentaje máximo aplicable a la más grave de las conductas posibles, en el caso de las empresas "multiproducto" la evaluación pormenorizada de la concreta conducta infractora, dentro del sector específico de actividad y con

arreglo a aquellos criterios, permitirá igualmente atender las exigencias del principio de proporcionalidad en el sentido al que tienden las reflexiones de la sala de instancia en su parecer mayoritario.

A lo largo de la controversia procesal se ha hecho referencia a la finalidad disuasoria de las multas en materia de defensa de la competencia, finalidad que ciertamente les corresponde y que, tratándose de infracciones de los artículos 101 y 102 del TFUE , es inexcusable para la efectividad de ambos, también cuando son aplicados por las autoridades nacionales de los Estados miembros. Pero tal carácter ni es exclusivo de este sector del ordenamiento ni puede constituirse en el punto de referencia prevalente para el cálculo en un supuesto concreto, desplazando al principio de proporcionalidad.

Las sanciones administrativas previstas para el ejercicio de actividades económicas han de fijarse en un nivel suficientemente disuasorio para que, al tomar sus propias decisiones, las empresas no aspiren a obtener unos beneficios económicos derivados de las infracciones que resulten ser superiores a los costes (las sanciones) inherentes a la represión de aquéllas.

Se ha declarado que entre los criterios rectores para valorar la adecuación de las sanciones a la gravedad de los hechos se encuentra el de que "[...] la comisión de las infracciones anticoncurrenciales no debe resultar para el infractor más beneficiosa que el cumplimiento de las normas infringidas. En todo caso, con o sin mención legal específica, corresponde a la naturaleza misma de la propia potestad sancionadora, como lo demuestra su posterior inclusión bajo la rúbrica del «principio de proporcionalidad» en el artículo 131.2 de la Ley 30/1992 ".

Corresponde a la ley establecer las modalidades de sanciones y los límites cuantitativos, fijos o porcentuales, que el legislador considere oportuno para cumplir la finalidad disuasoria de las sanciones en este área del ordenamiento jurídico. Ello justifica que determinadas leyes prevean que el castigo pecuniario a las infracciones en ellas contempladas, cuando la sanción deba calcularse en función de los beneficios obtenidos con la conducta, se concrete en multas que oscilan desde el monto del beneficio al duplo, el triple u otros.

La evolución del Derecho de la Competencia va dirigida a incrementar el

nivel de disuasión efectiva contrarrestando los beneficios ilícitos derivados de las conductas restrictivas de la competencia mediante la promoción de las acciones de condena (por vía civil) al resarcimiento de los daños causados por las empresas infractoras. Se aspira a aumentar la capacidad de disuasión del sistema de defensa de la competencia en su conjunto, de modo que las empresas infractoras no solo sean sancionados sino queden privadas de sus ilícitas ganancias indemnizando los daños y perjuicios causados con su conducta.

Las consideraciones jurídicas que acabamos de reseñar en el apartado anterior en relación a la cuantificación de la sanción , que hemos reiterado en posteriores sentencias de esta sala, llevan a concluir que procede estimar la demanda de Suministros Marval en este concreto extremo, en lo que se refiere al importe de la multa que ha sido fijada a partir de un método de cálculo no conforme a derecho.

COMENTARIO SENTENCIA 2

EJECUCIÓN DE SENTENCIAS ATENDIENDO A LO QUE LA RESOLUCIÓN ORDENA A LA ADMINISTRACIÓN

**(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de
2016) Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 7.ª) (REC N°
1276/2014)**

Esta resolución del Tribunal Supremo resuelve un conflicto sobre la forma como debe realizarse una ejecución de sentencia atendiendo a lo que el órgano jurisdiccional manda a ejecutar a la administración. La persona que recurre entiende que para que se cumpla lo que la sentencia manda se le debe otorgar un privilegio que la sentencia no contempla el cual es que se le considere como una persona que ha superado un proceso de selección para cubrir puestos de profesores cuando la sentencia manda que se le “permita participar en dicho procedimiento selectivo” lo cual son dos cosas completamente diferentes.

Al realizarse el incidente de ejecución de la sentencia la Sra. Matilde pensaba que la única manera de preservar su derecho a concurrir en igualdad de condiciones con quienes participaron del proceso selectivo era que se le tuviera como alguien que había superado el proceso selectivo. De fracasar esa opción pidió que se dictaran nuevas bases y se repitiera el proceso de acuerdo a ellas y en todo caso si ninguno de sus dos pedidos se acogiera solicitó que se le convocase nuevamente comunicándole previamente la composición del tribunal calificador y el temario y que también repitieran la prueba todos los aspirantes admitidos en su momento. También pidió una indemnización.

Se considero que debía ser indemnizada con 75.971.95 euros más los intereses legales pero la sentencia que acogió sus pretensiones jamás reconoció a la Sra. Matilde el derecho a que se le tuviera por superado el proceso selectivo sino a participar en él y a que le incluyera en las listas definitivas en el lugar que le correspondiera. Nunca se dispuso la elaboración de nuevas bases, ni la constitución de nuevos tribunales, ni la elaboración de nuevos temarios. Finalmente nunca se señaló que repitieran la prueba todos los admitidos.

Lo que si puede decirse es que se realizó la convocatoria de la recurrente a las pruebas oral y escrita y que la recurrente se presentó a las pruebas sin decir en ningún momento que no podía realizarlas. También se le reconoció la indemnización respectiva.

La correcta ejecución de la sentencia implica incluir a la recurrente como aspirante a participar en el proceso selectivo, convocando las pruebas en condiciones de igualdad con quienes las hicieron en su momento y también incluir la estimación del tiempo en que habría trabajado a la vista de su puntuación e indemnizarla. La Sra. Matilde se queja porque se le convoco con solo 12 días de anticipación y considera que no se ejecuta el fallo en sus términos respeto de las pretensiones que señala en la demanda ejecutiva.

La Sra. Matilde cree que el haber convocado las pruebas con tan poca antelación la coloco en desventaja y desigualdad respecto de quienes las realizaron en 2004. Por otro lado ella considera que no se respeta la igualdad cuando solo se le convoca a ella y finalmente considera que la indemnización que

se le ofreció carece de motivación y de elementos probatorios que la sustenten.

Todo lo que la Sra. Matilde solicita excede con largueza lo acordado en el fallo de la sentencia que consideramos que resolvió correctamente lo que debía. Si bien es cierto que las circunstancias cambiaron para la recurrente también es verdad que ella no hizo alusión alguna a este punto cuando insto la ejecución forzosa ni impugnó la convocatoria para realizar las pruebas sino que se presentó a ellas, firmo el examen y cuando averigua que no ha superado la oposición cuestiona la forma en que se le convocó.

Por otro lado la fijación de la indemnización no es susceptible de impugnación en casación ya que la sentencia reconoció el derecho a ella y se encuentra suficientemente motivada.

Esta sentencia nos dice que cuando se impugnan autos dictados en ejecución de sentencia (supuesto del artículo 87.1.c de la Ley de Jurisdicción) se trata de decidir si las resoluciones recurridas se exceden, se quedan cortas, se apartan o contradicen los términos del fallo que tiene que ejecutarse. En el caso de la sentencia que estimo el recurso de la Sra. Matilde se consideró que fue excluida del proceso de selección y se le reconoció el derecho a figurar en la relación de admitidos. Nunca se le reconoció el derecho a que se le tuviera por superado el proceso selectivo, ni que deba repetirse el proceso con todos los que concurren o que se hicieran nuevamente por parte de todos las pruebas, esto último siendo a todas luces desproporcionado.

Lo que si existió en todo caso era el derecho de la Sra. Matilde a realizar las pruebas y su derecho a ser resarcida por las interinidades que no pudo desempeñar y además bajo las mismas condiciones que los otros participantes en su momento: ser examinada por el mismo tribunal, con el mismo temario. Las pruebas se hicieron con las garantías que señalaban las bases y con la antelación suficiente puesto que no se ha probado lo contrario ni tampoco que no hubiera tenido tiempo para prepararse más aun cuando la Sra. Matilde no protestó ni formulo protesta alguna ni al recibir la comunicación que la citaba ni al realizar las pruebas. Por otro lado la cuantía esta lo suficientemente motivada.

Se puede decir que el auto dictado en el incidente de ejecución respondió

los cuestionamientos de la recurrente y explico el sustento de la indemnización por lo cual no se puede considerar desmotivada.

Finalmente concluimos con un comentario final: ¿es posible hablar de igualdad de condiciones en un proceso selectivo en el que a uno de los aspirantes se le impide seguirlo y luego esa conducta es declarada no ajustada a derecho y así cuando se restablece a la persona en su derecho han pasado varios años y ya no esta en las condiciones de antes? El retraso para dar solución a este conflicto es ineludible ya que el proceso toma tiempo y es evidente que llamar a la Sra. Matilde a realizar las pruebas luego de 9 años excede lo razonable pero considerar que las pruebas han sido realizadas y superadas como compensación a esa demora considerando que cuando las hizo obtuvo cero puntos no responde de ninguna manera a los principios de mérito, capacidad e igualdad. De esa forma el camino indemnizatorio se vislumbra como el único posible para compensar en estos casos a quienes padecen situaciones como la descrita siendo siempre necesario que las partes lo soliciten puesto que de no ser así el tribunal no lo puede otorgar por iniciativa propia.

COMENTARIO SENTENCIA 3

DIFERENCIA ENTRE LAS DOS FASES DEL PROCEDIMIENTO DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL: FASE DE ADMISIÓN Y FASE DE INSTRUCCIÓN.

(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Julio de 2016 Sala de lo Contencioso-Administrativo) (REC N° 3847/2014)

Esta resolución del Tribunal Supremo resuelve una sentencia referida a la solicitud de asilo que pide un ciudadano de Camerún al que se le niega la petición de reexamen de dicha solicitud de asilo denegada al confundirse las dos fases del procedimiento de protección internacional: fase de admisión y fase de instrucción.

El solicitante, ciudadano de Camerún como ya se dijo, cuenta como fueron sus primeros contactos con personas homosexuales y a partir de allí señala que

se dio cuenta que el también era homosexual y que pasó por una serie de vicisitudes que finalmente lo impulsaron a pedir asilo en España. Aunque antes de ellos indica que estuvo en Méjico y que lo regresaron de ese país por no tener dinero suficiente para quedarse y que tampoco podía volver a Camerún porque corría peligro y en Nigeria también era peligroso por los problemas políticos que se desarrollaban en dicho país. En general el sentía que estaba en peligro porque mucha gente odia a los homosexuales y a él lo discriminaban por dicha condición además había pasado por la experiencia del asesinato de su novio cuando lo descubrieron junto a él en una ocasión. Es decir esta persona narra una serie de circunstancias difíciles para él y para su integridad que lo impulsan a solicitar asilo en España.

Pese al informe de ACNUR en el sentido de que la petición fuese **admitida a trámite**, la Administración entendió que la solicitud de protección incurría en la causa de inadmisión-denegación del artículo 21.2.b/ de la Ley de Asilo por considerar que las formuladas por el peticionario eran "(...) alegaciones inverosímiles e insuficientes".

En la sentencia recurrida que resolvió la demanda en el tribunal de instancia, el demandante indicó que era relevante para el caso por la similitud de supuestos la Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3a. secc. 3a. S 12-2-2014 en el recurso 864/2013 que estima un recurso de casación y concede el estatuto de refugiado a un ciudadano camerunés que alega homosexualidad en el procedimiento ordinario. Y señala que "si en base a esta sentencia se ha concedido el estatuto de refugiado y las autoridades nacionales deben concederlo, con más razón deberán dichas autoridades nacionales **admitir a trámite** una solicitud de protección internacional, como es el caso que nos ocupa".

Hasta aquí podemos deducir que lo que esta pidiendo el demandante y que fue rechazado ya por la administración es que **se admita a tramite una solicitud** de protección internacional o asilo.

A continuación la sala de instancia explica porque los casos son diferentes: tanto el citado por el demandante del recurso 864/2013 como el del demandante mismo que recurre en casación. Lo explica así:

“La diferencia que existe entre el caso analizado en dicha Sentencia y el que no ocupa, es que en el primer caso la Sala de instancia, cuando el referido testimonio podría haber sido un elemento de prueba que dotara de mayor verosimilitud a los hechos de "persecución" descritos por él, la negativa a aceptar este testimonio privó, pues, de un medio de prueba legítimo solicitado por el recurrente para apoyar sus pretensiones acreditando los hechos controvertidos y vulneró, en esta misma medida, su derecho a la defensa.

En el supuesto que nos ocupa ni siquiera se ha interesado el recibimiento del pleito a prueba, de cualquier medio que permitiese trasladar a la Sala un elemento de prueba, aún indiciario, que dotase de credibilidad al relato, como, al menos intentarlo, traer al proceso un medio de proyectar la realidad no ya del relato, sino su afectación personal al actor”

Luego procede a citar otra sentencia del Tribunal Supremo (29 de abril 2011) sobre un recurso de casación interpuesto por un solicitante de asilo, que alegaba ser de Camerún y que solicitaba la protección internacional por ser perseguido en dicho país a consecuencia de su homosexualidad y en la que básicamente resume que la demanda reconoce que se carecía de cualquier prueba que respalde su relato, y que el relato no presenta la coherencia y exactitud que el recurrente le atribuye y en el que resaltan la vaguedad, incoherencias y contradicciones de su exposición, careciendo de vigor. Añade que para que el relato de un solicitante de asilo constituya por sí solo un indicio suficiente de lo expuesto, debe gozar de una precisión, detalle y coherencia tal que permita concluir racionalmente -puesto en relación con la situación social y política del país de origen- que es verosímil aún faltando pruebas añadidas que lo sustenten lo que no ocurre por lo que no basta este relato como base única para ser creíble por lo que se desestima el recurso.

Y en base a este mismo argumento la sentencia de instancia que da origen a esta de casación que estamos comentando procede también a desestimar el recurso interpuesto por don Modesto.

En la casación se arguyen dos motivos:

1. La confusión por parte de la sala de instancia acerca de las dos fases del

procedimiento de protección internacional: fase de admisión y fase de instrucción.

La sentencia recurrida sólo se refiere en su fundamento jurídico segundo a los artículos 2, 3, 6, 7 y 14 de la Ley 12/2009, referidos a la concesión del estatuto de refugiado, y no al 21, que fue el que aplicó la Administración y al que la sala de instancia sólo cita en el fundamento jurídico primero al resumir la demanda para señalar que se aplicó en la resolución administrativa impugnada. El recurrente indica que la sala confunde los preceptos aplicables y también la fase de admisión con la fase de concesión exigiendo al demandante el cumplimiento de los requisitos esta para esta última (es decir los indicios de la persecución sufrida) en lugar de los requeridos para la **admisión a trámite**, lo que genera una indefensión vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva.

2. La sala de instancia ha realizado una interpretación restrictiva y contraria a derecho de la prueba aportada, dentro del contexto del artículo 21 de la Ley 12/2009 .

- Por no aplicar ni tener presente el contexto específico del artículo 21 de la Ley 12/2009 .

- Por no considerar la información del país de origen aportada y por aplicación errónea de la jurisprudencia referida a casos de solicitantes de protección naturales de Camerún, pues la sentencia del Tribunal Supremo que cita la sentencia recurrida se refiere a un caso de denegación de asilo, y el que ahora nos ocupa es un supuesto de "**inadmisión a trámite**", por lo que no cabe examinar la suficiencia de la prueba sino la suficiencia o no de las alegaciones del solicitante. En esta fase de admisión en la que nos encontramos no es necesario aportar prueba indiciaria, que no es requerida por el citado artículo 21 de la Ley 12/2009 .

- Por realizar un análisis restrictivo de las alegaciones del solicitante.

- Por no tener en cuenta el informe favorable del ACNUR, que señala que las alegaciones del solicitante no podían considerarse manifiestamente inverosímiles.

- Por no haber tenido en cuenta la decisión de acordar la suspensión de la ejecución de las resoluciones impugnadas por parte de la propia sala de instancia,

que exigía a la sala razonar aún más la manifiesta inverosimilitud, dada la fase de **admisión a trámite** en la que nos encontramos.

La parte recurrente afirma que la sentencia ha errado al considerar que nos encontramos ante un procedimiento de concesión de estatuto de refugiado cuando el marco de valoración de la prueba del artículo 21.2.b/ de la Ley 12/2009 es distinto, correspondiendo a la fase de la **admisión a trámite** y donde la existencia de un relato mínimamente coherente es razón bastante para que se admita a trámite la solicitud.

Se pide que se case la sentencia recurrida y se admita a trámite la solicitud de protección internacional del recurrente, que el análisis de la solicitud se realice en el ámbito del artículo 21 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre sobre la base de informaciones generales sobre el país de origen.

Los motivos de casación están relacionados estrechamente.

Primero la confusión en que incurre la Sala de instancia al no diferenciar las dos fases del procedimiento de protección internacional: fase de admisión y fase de instrucción. La sala exige al demandante cumplir los requisitos para el otorgamiento del estatuto de refugiado (existencia de indicios de la persecución sufrida) en lugar de los que son propios para acordar la **admisión a trámite** de la solicitud.

Segundo la Sala de instancia interpretó restrictivamente la prueba aportada, contraria a derecho porque no la examinó considerando el contexto del artículo 21 de la Ley 12/2009, que hubiera admitido a trámite la solicitud en atención a la información disponible sobre el país de origen, al informe favorable de ACNUR, y a la propia jurisprudencia de esta Sala referida a solicitantes de protección naturales de Camerún que alegan persecución por razón de su homosexualidad.

Ambos motivos se acogieron.

La Sala de instancia no ha tenido en cuenta la interpretación restrictiva respecto de las posibilidades de inadmisión/denegación de las solicitudes de protección internacional formuladas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21.2 de la Ley 12/2009. El primer fundamento de la sentencia alude al artículo 21.2.b de la Ley 12/2009 y no vuelve a referirse a ese precepto en la fundamentación de la

sentencia. Continuando con ese error inicial, la sentencia recurrida alude en su fundamentación a la ausencia de elementos de prueba que respalden el relato del solicitante con apoyo en una sentencia del Tribunal Supremo que se pronuncia en esos términos.

Hablar de falta de prueba que sustente el relato del solicitante sería apropiado si el recurso contencioso- administrativo estuviese dirigido contra una resolución administrativa que hubiese terminado denegando la protección solicitada. Pero en este caso se trataba de una solicitud de protección presentada en puesto fronterizo donde las posibilidades de denegación (inadmisión) conforme a lo previsto en el artículo 21.2 de la Ley 12/2009 debieron interpretarse restrictivamente según la jurisprudencia respectiva.

En relación con los supuestos que contempla el artículo 21.2.b citado, no se dice nunca que el solicitante hubiese formulado alegaciones incoherentes o contradictorias, ni que su relato no coincida con la información disponible sobre su país de origen. La propia sentencia señala como dato indisputable que en Camerún se tipifican como delito los actos homosexuales y que es conducta reprimida en ese país. De esa manera y existiendo un informe de ACNUR favorable a la admisión a trámite por considerar que el relato no resulta inverosímil, no se ajusta a derecho la decisión de denegación (inadmisión) basada en la razón, expresada en términos genéricos, de que las alegaciones son inverosímiles e insuficientes.

Siendo así se ordena a la Administración que **admita la solicitud de protección** y continúe la tramitación del procedimiento administrativo en los términos previstos legalmente.

COMENTARIO SENTENCIA 4

COMUNIDAD AUTÓNOMA SOLICITA ANULACIÓN DE ACTO ADMINISTRATIVO POR INADECUACIÓN EN SU ELABORACIÓN (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Abril de 2014 Sala de lo Contencioso-Administrativo) (REC Nº 21/2013)

Esta resolución del Tribunal Supremo resuelve una sentencia referida a el recurso interpuesto por la Comunidad Autónoma de Aragón contra el Real Decreto 1422/2012, de 5 de octubre, que establece las Servidumbres Aeronáuticas del Aeropuerto de Lleida-Alguaire. Se pide la anulación de dicho acto administrativo (pretensión directa) por inadecuación del procedimiento de elaboración, como la anulación (pretensión indirecta) del artículo 29 del Decreto 584/1972, de 24 de febrero , que regula las servidumbres aeronáuticas en desarrollo del artículo 51 de la Ley 48/1960, de 21 de julio , sobre navegación aérea.

El proyecto de Real Decreto 1422/2012 tenía un gran error al afirmar que los términos municipales afectados por las servidumbres aeronáuticas del aeropuerto de Lérida se encontraban "ubicados en la provincia de Lleida" lo cual era falso ya que las servidumbres afectaban también a los terrenos situados en determinados municipios de la provincia de Huesca, expresamente incluidos en la relación de términos municipales afectados.

Es así que la propuesta de Real Decreto fue sometida al trámite de información pública sólo en territorio Generalidad de Cataluña, publicándose en el Diario Oficial de la Generalidad.

Y en el texto aprobado por el Consejo de Ministros y publicado en el BOE de 19 de octubre de 2012 se mantuvo que los municipios afectados por las servidumbres se ubican en la "provincia de Lleida". Posteriormente se publicó una "corrección de errores" para suprimir dicha afirmación, a la vez que se mantenía la lista de términos municipales afectados entre los que figuraban municipios aragoneses.

La cuestión es que en el procedimiento de elaboración del Real Decreto no han podido participar ni hacer alegaciones el Gobierno de Aragón ni los Ayuntamientos de Huesca cuyos términos municipales quedaban vinculados por las servidumbres aeronáuticas del aeropuerto de Lérida. El trámite de información pública que se anunció en el Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña no fue suficiente: la eficacia territorial de aquel Diario Oficial es la propia de la Generalidad de Cataluña, fuera de cuyo ámbito espacial de competencias su lectura no es obligada para el resto de las administraciones locales, provinciales y regionales de otras Comunidades Autónomas.

De esta forma en la tramitación del Real Decreto 1422/2002 se ha omitido un trámite esencial, el de la audiencia de las administraciones locales y autonómica interesados y afectados por la imposición de servidumbres sobre sus territorios que el ejercicio de sus propias competencias como planeamiento urbanístico, ejecución de obras, actividades e instalaciones en sus territorios. La omisión vicia de nulidad formalmente al Real Decreto que ha dejado indefensa a la Comunidad Autónoma de Aragón antes de su aprobación.

Se debió dejar intervenir en el proceso de elaboración del Real Decreto a los Ayuntamientos afectados. Si el Ministerio de Fomento da a conocer al Gobierno de Aragón y a las corporaciones locales de Huesca el texto ya aprobado del Real Decreto 1422/2012, es porque obviamente afecta a sus términos territoriales y al ejercicio de sus competencias propias por lo que no se entiende que omitiera este mismo traslado en la fase de elaboración de aquél.

El Decreto 584/1972 contenía, las prescripciones generales por las que se regulan las servidumbres aeronáuticas en el territorio nacional, el espacio aéreo y las aguas jurisdiccionales, servidumbres que derivan de las normas de la Organización Internacional de Aviación Civil y que, en el caso de España, se imponen al amparo de la habilitación legal que confiere al Gobierno el artículo 51 de la Ley 48/1960 .

Las servidumbres aeronáuticas se establecen el Decreto 584/1972. Para este recurso, en concreto, tienen particular importancia las que podrían calificarse de servidumbres "físicas" en virtud de las cuales los espacios cercanos a los

aeródromos se someten a ciertas limitaciones tanto para restringir la creación de nuevos obstáculos físicos como para eliminar los existentes o señalizarlos, siempre en beneficio de la seguridad del tráfico aéreo. En dichas áreas o espacios cabe prohibir las edificaciones o instalaciones que puedan afectar a la seguridad de la navegación aérea así como autorizar las que no la comprometan. Y en ese mismo orden de cosas, el planeamiento urbanístico debe incorporar y atenerse al régimen de servidumbres en cada caso.

Corresponde al Gobierno fijar la naturaleza y extensión de las servidumbres aeronáuticas específicas de cada aeródromo o instalación y al Ministerio competente la ejecución de lo establecido en el Decreto 584/1972. Según disponía (versión original) el artículo 29 de dicho Decreto , "los demás Organismos del Estado, así como los provinciales y municipales, no podrán autorizar construcciones, instalaciones o plantaciones en los espacios y zonas señaladas en los artículos anteriores, sin previa resolución favorable de dicho Ministerio, el cual tendrá, además, las facultades de inspección y vigilancia en relación exclusiva al cumplimiento de las resoluciones que en cada caso específico se hayan adoptado en virtud de la aplicación de este Decreto".

Al artículo 29 mencionado lo modifican el Real Decreto 1189/2011, de 19 de agosto y el Real Decreto 297/2013, de 26 de abril.

Los motivos sustantivos de nulidad que el Ayuntamiento de Peralta de Calasanz opone (en similar situación) frente al artículo 29 del Decreto 584/1972 son, en síntesis, los mismos que previamente aduce en su demanda contra las servidumbres establecidas en el Real Decreto 1422/2012. Afirma que infringen el principio de autonomía local "por suponer un exceso de control no justificado de la actuación de las entidades locales por parte de la administración estatal"; por la "no compatibilidad de esta autorización con la Directiva de servicios, la Ley 7/1985, en su artículo 84 bis y la Ley 12/2012, de 26 de diciembre , de medidas urgentes de liberalización del comercio de determinados servicios"; y "por vulnerar el principio de territorialidad en el ejercicio de sus competencias por parte de una administración [...] además de vulnerar el principio de autonomía local [...] por suponer un exceso de control del planeamiento no justificado de la actuación de

las entidades locales que no se encuentran próximas a las instalaciones aeroportuarias por parte de la administración estatal."

Pues bien, al igual que en el recurso contencioso-administrativo número 73/2013:

"en la demanda no se discuten los títulos competenciales del Estado respecto de la navegación aérea ni se afirma que las competencias municipales en materia de urbanismo deban sobreponerse a aquéllos. Reconoce la Corporación Local que la competencia estatal en este sector es incontrovertible. No podía ser de otra manera pues en la sentencia constitucional 46/2007 ya se dijo que "[...] serían, en su caso, las decisiones estatales relativas a los aeropuertos de interés general las que deban ser incorporadas a los instrumentos de ordenación territorial y no estos instrumentos los que condicionen estas decisiones estatales de modo tal que impidan su ejercicio".

La censura básica que se vierte en la demanda queda circunscrita a la amplitud del control estatal derivado de la imposición de servidumbres forzosas que se concreta en un doble plano, al exigir la "resolución favorable" de la Administración aeronáutica para "autorizar construcciones, instalaciones o plantaciones en los espacios y zonas señaladas", como al disponer la norma que la Dirección General de Aviación Civil ha de emitir unos "informes preceptivos y vinculantes en lo que se refiere a la compatibilidad del planeamiento con las servidumbres aeronáuticas

A juicio del Ayuntamiento demandante, no es válida "[...] una normativa genérica, que no distinga realidades muy diferenciadas en atención a tipos de obras y actividades, su afección a los bienes jurídicos que quieren protegerse y la consideración de la localización de estas obras o servicios en relación al espacio más crítico de un aeropuerto". Según su tesis, debería "modularse" el control en atención al tipo de actividad pues como se regulan las servidumbres aéreas en el artículo 29.2 del RD "cualquier tipo de plantación en un suelo urbano o rústico requeriría la previa autorización de la administración estatal ya sea una caseta de aperos o de abrir una guardería, o una granja, o un almacén agrícola. La modulación que propone estaría en relación con el tipo de instalaciones, según

fueran susceptibles o no de afectar a la seguridad aérea, y con la mayor o menor proximidad al aeropuerto mismo. Debería, afirma, "valorarse si el control puede efectuarse a posteriori, dependiendo de la lejanía al aeropuerto o el tipo de obra o actividad que se lleva a cabo".

Consideraciones más o menos análogas hace la Corporación local en torno al control "excesivo" sobre el régimen de aprobación de los instrumentos de planeamiento urbanísticos contenido en el artículo 29.2 del Decreto, régimen que debería ser sustituido "otros cauces de control" como el de "fijar zonas de proyección horizontal interna donde sea preceptivo el previo informe" y otras similares.

La defensa del Ayuntamiento afirma en su demanda que de las tres categorías de servidumbres previstas en el Decreto 584/1972 no afectan a su territorio ni las servidumbres de aeródromo ni las radioeléctricas, y sólo a una parte de su término municipal (concretamente, a algunas zonas de suelo no urbanizable) las servidumbres de la operación de aeronaves correspondientes a las superficies de aproximación intermedia y aproximación final.

Lo que quiere la demanda es más una propuesta de reforma que una verdadera impugnación de la norma reglamentaria objeto de recurso indirecto. El Ayuntamiento de Peralta de Calasanz admite que el régimen vigente en materia de servidumbres aeronáuticas resulta justificado cuando con él se trata de preservar la seguridad aérea; y reconoce igualmente (para las zonas o espacios sometidos a ellas) tanto la sujeción de ciertas obras e instalaciones a la previa resolución favorable de Administración aeronáutica cuanto la vinculación del planeamiento urbanístico al informe preceptivo de dicha Administración, en la parte que afecta a la compatibilidad de los planes con las servidumbres establecidas. De lo que discrepa es de la amplitud de este régimen de control pues, a su juicio, si se aplica a obras menores, o muy alejadas de los aeródromos, o que no pongan en riesgo la seguridad aérea, se convierte en excesivo y contrario a la autonomía local. Por ello propone su "modulación".

Ocurre que la regulación de las servidumbres aeronáuticas en los términos que contiene el Decreto 584/1972 es conforme con la Ley 51/1960 que desarrolla

y, admisible desde la perspectiva de la ponderación entre intereses generales e intereses locales. Y lo es en la doble faceta de control: la aplicable tanto para actos singulares cuanto para los planes urbanísticos o de otro tipo.

No es contrario a aquellas normas (ni a la autonomía municipal) que la Administración aeronáutica se reserve (como permite el artículo 29 del Decreto) un control preventivo consistente en autorizar por sí misma las instalaciones y actividades que se pretendan implantar en las zonas o áreas, cuando puedan perturbar el tráfico aéreo. Y pueden serlo todas aquellas que no respeten el estricto marco de las servidumbres (territorial como material) marco de actuación único en el que interviene la Administración aeronáutica.

El título competencial del Estado y el predominio del interés general (evitar los obstáculos que puedan incidir en la seguridad aérea) legitiman, dicho control en los términos que fija el Decreto 584/1972.

Es cierto que el Decreto podría (como sugiere el Ayuntamiento) permitir excepciones para supuestos poco relevantes, cuya incidencia fuese mínima, pero estando en juego intereses vitales el acuerdo previo favorable de la Administración supone una garantía adicional para preservar la eficacia de las servidumbres aeronáuticas y, la seguridad del tráfico aéreo que incluye la protección de la vida de los pasajeros y tripulantes. La eliminación de los obstáculos potenciales para estos intereses vitales legitima que el control sea más riguroso. La Administración aeronáutica no busca extralimitarse sino comprobar la observancia de las limitaciones impuestas por el régimen de servidumbres. Sin perjuicio de que cualquier exceso de intervención puede ser cuestionado por las administraciones territoriales competentes en materia urbanística y de ordenación del territorio.

En cuanto a los planes urbanísticos o de ordenación, en sentido amplio, la misma Disposición adicional única, incorporada por el artículo 63.4 de la Ley 55/1999, prescribe que "el planeamiento territorial, el urbanístico y cualesquiera otros que ordenen ámbitos afectados por las servidumbres aeronáuticas, incluidas las acústicas, han de incorporar las limitaciones que éstas imponen a las determinaciones que legalmente constituyen el ámbito objetivo de cada uno de los instrumentos referidos".

Este régimen de control preventivo tiene la misma finalidad de proteger la eficacia de las servidumbres aeronáuticas, ahora exigiendo a los instrumentos urbanísticos o de otro orden que regulen, con carácter general, el proceso edificatorio y el uso del espacio en los correspondientes términos municipales.

Debe considerarse que los informes que ha de emitir la Dirección General de Aviación Civil versan exclusivamente sobre los aspectos aeronáuticos y no pueden inmiscuirse en otras cuestiones que correspondan a las competencias locales o autonómicas en materia de ordenación del territorio y urbanismo.

Por motivos de seguridad pública, impone que se respeten en los ámbitos territoriales afectados las servidumbres aeronáuticas como garantía de la navegación aérea. Las servidumbres y limitaciones subsiguientes resultan justificadas (y proporcionadas) para el fin que con ellas se pretende, como lo está el hecho de que se instaure un sistema de control preventivo con tal objetivo

El Anexo V bis de Reglamento (CE) 216/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo del 20 de febrero de 2008 exige en su apartado C que el espacio aéreo en torno a las zonas de movimiento del aeródromo y sus espacios aledaños esté a salvo de obstáculos de manera que las operaciones de las aeronaves previstas puedan efectuarse sin crear un riesgo inaceptable debido a la aparición de obstáculos en sus alrededores. Requiere que se "controlen" de forma continua las superficies afectadas y los "peligros relacionados con las actividades humanas y el uso del suelo" en las correspondientes zonas, a través de una evaluación de los riesgos que pudiera proceder, entre otros factores, de los proyectos urbanísticos. Quién sea la Administración competente al efecto es algo que corresponde decidir a cada Estado, dentro del marco de sus competencias y del reparto territorial del poder.

La declaración de nulidad de este último Real Decreto, debida al motivo formal ya expuesto, al igual que en recurso contencioso-administrativo número 73/2013, ha de ir acompañada de una limitación temporal -y excepcional- de la eficacia de nuestra sentencia, limitación que imponen razones imperiosas ligadas precisamente a la seguridad de la navegación aérea.

Una vez comprobado que el régimen sustantivo de las servidumbres impuestas y de sus mecanismos de control es conforme a Derecho, la declaración de nulidad del Real Decreto 1422/2012 basada exclusivamente en motivos formales no puede tener como efecto inmediato que la navegación aérea con origen o destino en el aeropuerto de Lérida quede desprovista de las indispensables garantías de seguridad en atención a las cuales se prevén aquellas servidumbres.

Aun cuando los artículos 71 y 72 de la Ley Jurisdiccional no contemplan de modo expreso la limitación de los efectos de las sentencias que acojan pretensiones de nulidad de los actos administrativos, la sala llegó a estimar que ante **circunstancias excepcionales**, y por **razones muy cualificadas** que atañen a la seguridad y a la vida de las personas, nada obstaba a que **se mantenga temporalmente la eficacia del acto anulado, en tanto es subsanado el defecto formal determinante de la nulidad de aquellos actos.**