



CSITAL

Secretaris, Interventors i
Tresorers d'Administració Local
Col·legi Oficial de Lleida

16è Seminari d'Actualització Jurídica – 2021

Sessió de 26 de febrer de 2021

Actualització jurídica

Notes de jurisprudència contenciosa administrativa

Antonio Roperó Vilaró

Reconocimiento extrajudicial de créditos

Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya de 26 de junio de 2020 (recurso de apelación número 75/2018)

PRIMERO - 1) Constituye el objeto del proceso, la impugnación por la Delegación del Gobierno en Cataluña del acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Nulles (Tarragona), en sesión de fecha 8 de febrero de 2016, por el que decidió aprobar un expediente de reconocimiento extrajudicial de créditos, por total importe de 23.067,26 euros.

La Sentencia apelada, dictada por el Juzgado a quo en fecha 20 de octubre de 2017, estimó el recurso contencioso y anuló y dejó sin efecto el acuerdo impugnado.

La Sentencia apelada se remite (FJ 2º) a las previsiones contenidas en el art. 32 ("Causas de nulidad de derecho administrativo") del R. D. Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, TR de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), en relación con la nulidad de los contratos administrativos, y al art. 35.1 del mismo cuerpo legal ("Efectos de la declaración de nulidad"), y asimismo en relación con la revisión de actos nulos prevista en el art. 102 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, y concluye (FJ 3º) en que:

"el punto de partida de la actuación municipal está viciado en la medida en que entre la pretendida opción entre revisión de acto nulo y ejecución extrajudicial de crédito, en realidad y a juicio de este Juzgado, no tenía otra alternativa que seguir la primera (bien entendido que)... en el acuerdo que ponga fin al procedimiento de revisión de oficio de los contratos contraídos puede establecerse la indemnización oportuna a favor de los terceros afectados por dicha declaración de nulidad".

2) Frente a tales razonamientos se elega en esencia en el recurso de apelación que:

i) "Les factures que formen part de la relació del reconeixement extrajudicial de crèdit responen a despeses en béns corrents i serveis, lesquals disposaven de dotació pressupostària en l'exercici de 2015, però que per diversos motius es van quedar sense consignació pressupostària".

ii) "Son factures que corresponen als mesos de final d'any i que van haver de ser ateses, a càrrec del pressupost de 2016, ja que el servei s'havia prestat, a través d'acudir al procediment de reconeixement extrajudicial de crèdit ja que materialment no existia temps per poder tramitar una modificació pressupostària i imputar les despeses al pressupost de l'exercici 2015".

iii) "formen part del reconeixement extrajudicial de crèdit, factures de petites quantitats econòmiques i algunes delles no responen a l'execució de contractes administratius".

SEGUNDO - 1) La relación de 31 facturas y débitos pendientes, objeto del expediente de reconocimiento extrajudicial de créditos aprobado por el plenario municipal en el 8 de febrero de 2016, por total importe de 23.067,26 euros, incluye las siguientes (fol. 4 del expediente administrativo):

"Línia mòbil agutzil", 16,37 euros; "Línia Fax Ajuntament", 60,54 euros; "Lots de Nadal personal", 360 euros; "Còpies copiadora", 28,02 euros; "Comissió aval bancari", 3,01 euros; "Desembossament pica Bar Centre", 237,16 euros; "Gasoil escola pública", 566,40 euros; "Gasoil llar d'infants", 300,01 euros; "Enterraments novembre i desembre", 302,50 euros; "Cànon de l'aigua", debido al ACA, correspondiente al 4º trimestre de 2014 y 2º y 3º trimestre de 2015, 4.476,96 euros, 3.404,06 euros y 4.590,69 euros, respectivamente.

3) En el presente supuesto, a la vista de la naturaleza de los débitos que motivaron el acuerdo plenario municipal, resulta evidente la sinrazón y la desproporción que supone, remitir el pago a los proveedores al previo procedimiento de la revisión de oficio, ex art. 102 de la Ley 30/92 -y con posterioridad, art. 106 de la Ley 39/15-, y ello cuando por demás no consta de qué situaciones contractuales pueda tratarse exactamente, siendo de cualquier modo ínfimas las cuantías concernidas (en el caso de la deuda contraída

con el ACA, que supone más del 50 % de la total deuda, la demanda no suscitó ninguna cuestión al respecto, de modo que ese débito no ha sido objeto de debate).

Señala la SAN de 17 de enero de 2020, rec. 61/2019, FJ 2º, que:

"Con carácter general, la convalidación de gastos debe considerarse como un procedimiento excepcional, dirigido a la compensación a que hubiere lugar en caso de obligaciones de pago comprometidas, a efectos de abonar las prestaciones realizadas tanto para evitar una reclamación de responsabilidad patrimonial, como para corregir el enriquecimiento injusto que, en otro caso se produciría, pues el enriquecimiento sin causa es fuente de las obligaciones".

(En parecidos términos, SAN de 6 de junio de 2018, rec. 1007/2016, FJ 5º; y de 12 de septiembre de 2018, rec. 247/2017, FJ 5º).

Las STS, Sala 3ª, de 20 de diciembre de 1995, rec. 2762/1991, FJ 1º; y de 30 de septiembre de 1999, rec. 3836/1994, FJ 2º; entre otras; han aceptado las situaciones de enriquecimiento injusto, como fuente de obligaciones a reconocer por los Ayuntamientos.

(Y en el mismo sentido, Sentencia de esta Sala y Sección de 27 de diciembre de 2013, rec. 890/2010; del TSJ de la Región de Murcia de 30 de noviembre de 1999, rec. 909/1997; y del TSJ de Aragón de 22 de septiembre de 2004, rec. 737/2001).

4) Así las cosas, puestas en relación las previsiones normativas transcritas con las reseñadas circunstancias del caso, debe concluirse en la improcedencia de anular el acuerdo plenario municipal objeto de impugnación, con la consiguiente estimación del presente recurso de apelación y la revocación de la Sentencia apelada.

Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 17 de enero de 2020 (recurso de apelación número 61/2019)

Sólo los actos anulables son convalidables (artículo 67 Ley 30/92, y artículo 52 Ley 39/2015), no así los actos nulos de pleno derecho en los que sólo cabe la revisión de oficio para declarar su nulidad radical.

Por ello, cuando hay una contratación irregular, hay que diferenciar varios planos:

a) la cuestión relativa al abono al contratista de las prestaciones realizadas, bien como responsabilidad extracontractual o contractual o por reconocimiento extrajudicial de créditos en evitación de un enriquecimiento injusto;

b) la revisión de oficio del acto nulo o anulable, en su caso, conforme a los artículos 102 y 103 de la Ley 30/92 (106 y 107 de la Ley 39/2015), en relación a los arts. 28, 32.a) y c) y 34 del TRLCSP;

c) la exigencia de responsabilidades disciplinarias al titular del órgano o funcionario responsable que ha procedido a la contratación irregular conforme a los artículos 34 y Disposición adicional decimonovena del TRLCSP, en relación al artículo al artículo 145 de la Ley 30/92 (36 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público) y artículos 175 y 176 de la Ley General Presupuestaria;

d) la exigencia de responsabilidad por el incumplimiento del expediente de gestión económico-financiero, conforme al artículo 28. c) o d) y siguientes de la Ley 19/2013, de 19 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

[...]

Con carácter general, la convalidación de gastos debe considerarse como un procedimiento excepcional, dirigido a la compensación a que hubiere lugar en caso de obligaciones de pago comprometidas, a efectos de abonar las prestaciones realizadas tanto para evitar una reclamación de responsabilidad patrimonial, como para corregir el enriquecimiento injusto que, en otro caso se produciría, pues el enriquecimiento sin causa es fuente de las obligaciones".

Acceso a la información pública en materia de empleados públicos

Sentencia de la Sala contencioso-administrativa del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2020 (recurso de casación número 3845/2019)

Cuestión de interés casacional

1.– Determinar si el artículo 40.1 de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, prevé o no un régimen jurídico específico de acceso a la información.

2.– De entenderse que dicho texto legal no contiene un régimen específico y resultar de aplicación, en consecuencia, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, si, a efectos de otorgar un plazo para formular alegaciones a los interesados, en los términos del artículo 19.3 de este último texto legal, debe interpretarse que cuando la información solicitada contiene datos de carácter personal, dicha información afecta a derechos o intereses de los mismos.

Normativa objeto de interpretación

Art. 40.1 de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre.

Art. 19.3 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

Criterio interpretativo fijado por la sentencia

1.– Las previsiones contenidas en la Ley 19/2013, de transparencia y buen gobierno, por lo que respecta al régimen jurídico previsto para el acceso a la información pública, sus límites y el procedimiento que ha de seguirse, tan solo quedan desplazadas, actuando en este caso como supletoria, cuando otra norma legal haya dispuesto un régimen jurídico propio y específico de acceso a la información en un ámbito determinado, tal y como establece la Disposición adicional primera apartado segundo de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre. Ello exige que otra norma de rango legal incluya un régimen propio y específico que permita entender que nos encontramos ante una regulación alternativa por las especialidades que existen en un ámbito o materia determinada, creando una regulación autónoma respecto de los sujetos legitimados y/o el contenido y límites de la información que puede proporcionarse.

2.– El art. 40.1 del Real Decreto legislativo 5/2015 de 30 de octubre, por el que se regula el Estatuto Básico del Empleado Público, no contiene un régimen específico y alternativo que desplace el régimen general de acceso a la información contenido en la Ley 19/2013, ni limita o condiciona el acceso a la información que las Juntas de Personal pueden tener en relación con aquellas materias relativas los empleados que representan y la información que les atañe.

3.– Que el artículo 19.3 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, no resulta de aplicación cuando por parte de la Junta de Personal se solicita de la Administración la información sobre el Catálogo de los puestos de trabajo desempeñados por los funcionarios a los que representa y que se contiene en los catálogos de puestos de trabajo, no siendo por tanto necesario el trámite de audiencia previa a los funcionarios que ocupan tales puestos de trabajo.

Impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana

Sentencia de la Sala contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2020 (recurso de casación número 6386/2017)

Cuestión de interés casacional

Determinar si, para garantizar la seguridad jurídica (artículo 9.3 de la Constitución española), la igualdad en la aplicación de la ley (artículo 14 de la Constitución Española) y el respeto de la reserva de ley en materia tributaria (artículos 31.3 y 133.1 y 2 de la Constitución Española), la inconstitucionalidad de los artículos 107.1, 107.2.a) y 110.4 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, declarada en la sentencia del Tribunal Constitucional 59/2017, de 11 de mayo, obliga en todo caso a la anulación de las liquidaciones y al reconocimiento del derecho a la devolución de ingresos indebidos en las solicitudes de rectificación de autoliquidaciones por el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, sin entrar a valorar la existencia o no en cada caso de una situación inexpressiva de capacidad económica.

Normativa objeto de interpretación

Arts. 9.3, 14, 31.3 y 133.1 y 2 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1978.

Arts. 107.1, 107.2.a) y 110.4 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo.

Criterio interpretativo fijado por la sentencia

Resulta contraria a Derecho –por implicar un claro alcance confiscatorio– una liquidación del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana que, aplicando los artículos correspondientes de la Ley de Haciendas Locales, establezca una cuota impositiva que coincida con el incremento de valor puesto de manifiesto como consecuencia de la transmisión del terreno, esto es, que absorba la totalidad de la riqueza gravable.

Silencio administrativo y nulidad del planeamiento urbanístico

Sentencia de la Sala contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2020 (recurso de casación número 7929/2019)

Cuestión de interés casacional

1.– Si el vencimiento del plazo máximo, sin haberse notificado por la Administración competente resolución expresa, sobre la solicitud de una licencia de obra amparada en un Plan General de Ordenación Municipal, vigente al transcurso de dicho plazo, pero que es anulado, poco después, por sentencia judicial firme, legitima al interesado o interesados para entenderla estimada por silencio administrativo.

2.– Si la declaración de nulidad de la norma reglamentaria comunica sus efectos a los actos dictados en su aplicación, que sean anteriores a que la anulación de la norma general produzca efectos generales –y hayan ganado firmeza– en el caso en que, pudieran entenderse producidos por silencio administrativo.

Normativa objeto de interpretación

Arts. 43 y 44 Ley 30/92

Arts. 72.2 y 73 LJCA

Art. 11.3 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana.

Art. 9 del Decreto de 17 de junio de 1955 por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales.

Criterio interpretativo fijado por la sentencia

1.– El vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado por la Administración competente resolución expresa sobre la solicitud de una licencia de obra amparada en un Plan General de Ordenación Municipal, vigente al transcurso de dicho plazo, pero que es anulado poco después por sentencia judicial firme, legitima al interesado para entenderla estimada por silencio administrativo siempre que la licencia fuera conforme con dicho planeamiento posteriormente anulado.

2.– La declaración de nulidad de un plan general de ordenación municipal no comunica sus efectos a los actos dictados en su aplicación que sean anteriores a que la anulación de dicha norma general produzca efectos generales y hayan ganado firmeza, también en los casos en los que estos actos se hayan producido por silencio positivo.

Asignación de destinos sin previa publicación de vacantes por necesidades del servicio

Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2020 (recurso ordinario número 391/2019)

SEGUNDO.- Se impugna el art. 4, en la medida en que permite que para la asignación de determinados destinos se establezca un requisito de edad.

Es claro que esta impugnación está condenada al fracaso. En un cuerpo de seguridad del Estado, que además está sometido a estatuto militar, es evidente que hay determinadas tareas que no pueden ser desempeñadas adecuadamente a partir de cierta edad, por no tener ya la energía y resistencia necesarias. Y es asimismo claro que otras tareas exigen experiencia.

En íntima relación con lo anterior, se impugna también el art. 61.1.d), que prevé el cumplimiento de la edad máxima establecida para cubrir una plaza como causa de cese automático en aquella. Pues bien, desde el momento en que -como se acaba de exponer- la previsión de una edad máxima para determinados destinos no es en sí misma ilegal, resulta obvio que alcanzar dicha edad no puede por menos de determinar el cese en la correspondiente plaza. Otra cosa sería ilógica.

TERCERO.- Se impugna el art. 8, en la medida en que prevé que puede haber destinos de libre designación.

En toda organización hay ciertos puestos en los que resulta absolutamente crucial la confianza en la persona que los ocupa y, desde luego, en la Administración española no se discute la legitimidad de la existencia de tales puestos. Cuestión distinta es que a veces pueda haber abusos en la configuración de un puesto como de libre designación, algo que habrá de combatirse a la vista de las circunstancias del caso concreto. Pero, dado que lo que aquí se cuestiona es la posibilidad misma de la libre designación, la impugnación debe ser rechazada.

En estrecha conexión con lo anterior, se impugnan también los arts. 41.2.c) y 62, relativos respectivamente a la confianza como fundamento de la libre designación y a la potestad de cese discrecional en los puestos de libre designación. Pues bien, al igual que ocurría al tratar de la edad, estos preceptos son consecuencia inevitable de la existencia de puestos de libre designación: dado que ésta puede estar justificada en ciertas circunstancias, no tendría sentido no exigir que el designado goce de la confianza de quien le designa, ni que éste no pueda cesarlo libremente.

CUARTO.- Se impugna el art. 12, que regula la existencia de destinos específicos para el personal declarado apto con limitaciones por insuficiencia de condiciones psicofísicas.

Tampoco esta impugnación puede ser acogida. Que hay limitaciones físicas o psíquicas que hacen a la persona no idónea para realizar algunas tareas es evidente, como lo es que esas mismas limitaciones no tienen por qué ser necesariamente causa bastante para excluir del servicio activo a quienes las padecen. Por ello, prever que dichas personas puedan seguir en la Guardia Civil si bien únicamente en destinos para los que resulten aptas no tiene nada de irracional o absurdo; y, por supuesto, no contraviene ninguna norma de rango superior.

QUINTO.- Se impugna el art. 14. Este precepto reglamentario establece una serie de excepciones a la regla general de que las vacantes deben ser objeto de publicación, de manera que todos los interesados conozcan su existencia y puedan calcular cuáles son sus expectativas, así como adecuar sus posibles solicitudes. Debe señalarse que la no publicación es facultativa, no preceptiva. Hay diversas circunstancias que autorizan a omitir la publicación de vacantes: atención familiar, asignación de personal de nuevo acceso a plazas que hayan resultado desiertas, unidades afectadas por reducción de puestos o en curso de disolución, personal declarado apto con limitaciones, víctimas del terrorismo o de la violencia de género.

A todas estas circunstancias -no impugnadas por la recurrente- que autorizan la no publicación de una vacante, se añade otra contemplada en el apartado cuarto: "cuando respondan a necesidades del servicio". Esto es lo que la recurrente considera ilegal, por reputarlo incompatible con "la necesaria objetividad y transparencia de la actuación de la Administración". Y por conexión con ello, impugna también el art. 36, que regula la asignación de destinos con carácter extraordinario por necesidades del servicio.

A ello opondrá la Abogada del Estado, tras ilustrar el significado y alcance del citado art. 14 en su conjunto, que la facultad de asignar destinos sin previa publicación de las correspondientes vacantes por necesidades del servicio es una posibilidad excepcional, debidamente motivada en cada caso. Añade que en un cuerpo de seguridad del Estado tan amplio como la Guardia Civil, inevitablemente hay situaciones urgentes en que es preciso cubrir una plaza de manera inmediata.

Tiene razón la recurrente cuando afirma que la cognoscibilidad general de los destinos vacantes es una exigencia elemental de transparencia, por no mencionar que es una condición necesaria para una gestión del personal racional y virtuosa. Asignar un destino del que previamente no se sabe que esté vacante puede frustrar las legítimas expectativas de otros miembros de la institución, e incluso prestarse a finalidades inconfesables. De aquí que prudentemente el art. 14 configure esta posibilidad como excepcional y establezca un elenco tasado de circunstancias justificativas.

Llegados a este punto, no obstante, es preciso observar que entre todas las demás circunstancias previstas en el art. 14 y la de necesidades del servicio hay una diferencia esencial: la concurrencia de esas otras circunstancias es susceptible de verificación objetiva y, desde luego, no depende de la voluntad de quien asigna el destino. Víctima de violencia de género, personal de nuevo acceso o unidad en curso de disolución son circunstancias relativamente fáciles de comprobar y, sobre todo, provienen de la realidad exterior; es decir, son situaciones que le vienen impuestas a quien decide sobre los destinos. No ocurre lo mismo con las necesidades del servicio, que siempre responden a una valoración del superior jerárquico responsable, por muy ecuánime y justificada que sea tal valoración.

Ciertamente, aquí debe decirse algo parecido a lo expuesto más arriba a propósito de los puestos de libre designación: en toda organización puede haber circunstancias en que sea preciso cubrir un puesto de manera urgente e imperiosa. Y esta posibilidad está justamente contemplada en el apartado primero del art. 36. Que la norma permita enviar urgentemente a alguien a un puesto por necesidades del servicio no es, en sí mismo, objetable. Cuestión distinta, de nuevo, es el abuso que pueda hacerse de esta posibilidad, que deberá ser combatido cuando se produzca.

Ahora bien, lo que sí resulta objetable es que, con ocasión de una situación de urgencia para el servicio, se pueda enviar a alguien a un puesto de manera estable o por un período prolongado. Ello abre la puerta a utilizar las necesidades del servicio como medio para eludir las vías ordinarias de concurrencia entre posibles candidatos a un destino, en abierta contradicción con los principios constitucionales de igualdad en las condiciones de acceso a las funciones públicas y de mérito y capacidad (arts. 23 y 103 de la Constitución). A este reproche no escapa el apartado segundo del art. 36, porque no establece un límite temporal máximo y razonablemente breve. Dicho de otro modo, en su redacción actual, el apartado segundo del art. 36 -aun impidiendo que alguien pueda ser enviado forzosamente a un destino por más de un año- no impide que invocando necesidades del servicio se pueda asignar a alguien indefinidamente a un destino del que no consta públicamente que se halle vacante.

Por todo lo expuesto, la impugnación del inciso "cuando respondan a necesidades del servicio" del apartado cuarto del art. 14, y la del inciso "no estará sujeta a publicación previa de la vacante" del apartado segundo del 36 deben ser estimada.

SEXTO.- Se impugna el art. 38, que regula la asignación de destinos a las guardias civiles víctimas de violencia de género. El reproche es que se refiere únicamente a las mujeres.

Esta impugnación debe ser desestimada. Incluso pasando por alto que estadísticamente la violencia de género afecta casi siempre a las mujeres y que, por tanto, no parece que los hombres necesiten de una especial protección en este ámbito, es lo cierto que la recurrente no cuestiona que deba haber reglas específicas para la asignación de destinos a las víctimas de la violencia de género. Por ello, el problema que plantea sería de ilegalidad por omisión, cuyo remedio no puede consistir en anular el precepto reglamentario que protege a las mujeres. En otras palabras, si se considera que éste es un problema real, la solución sería pedir que, mediante una reforma normativa, se ampliase la mencionada previsión reglamentaria a los hombres.

Discrecionalidad técnica de los tribunales de selección

Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2020 (recurso contencioso-administrativo número 312/2019)

La STS de Sentencia de 16 marzo 2015 (RJ 20151933) nos dice que:

2.- La jurisprudencia inicial de esta Sala, desde el mismo momento del reconocimiento de esa discrecionalidad técnica, ya se preocupó en señalar unos límites para la misma, que vinieron a consistir en la aplicación también a ella de las técnicas de control que significan los elementos reglados, los hechos determinantes y los principios generales del derecho. Así lo hizo la STS de 5 de octubre de 1989, que se expresa así: "Los órganos administrativos a quienes corresponde la valoración de las pruebas de acceso a la función pública gozan de un cierto margen de discrecionalidad en la apreciación de las pruebas, que incluso merece la calificación de técnica no revisable jurisdiccionalmente en lo que se refiere a los juicios que la Administración emita acerca de la apreciación de los méritos aportados o ejercicios realizados, pero ello no excluye el que los Tribunales puedan controlar la concurrencia de los límites generales jurídicamente impuestos a la actividad discrecional no técnica de la Administración que se refieren a la competencia del órgano, procedimiento, hechos determinantes, adecuación al fin perseguido y al juego de los principios generales del derecho, entre los que, en estos casos, cobran especial interés los de mérito y capacidad expresamente señalados al efecto por el artículo 103 CE".

3.- La evolución jurisprudencial posterior, en aras de perfeccionar el control jurisdiccional y definir los espacios donde este control puede operar con normalidad, completó y aclaró esos límites inicialmente enunciados mediante la distinción, dentro de la actuación de valoración técnica, entre el "núcleo material de la decisión" y sus "aledaños". El primero estaría representado por el estricto dictamen o juicio de valor técnico, y los segundos (los aledaños) comprenderían, de un lado, las actividades preparatorias o instrumentales que rodean a ese estricto juicio técnico para hacer lo posible y, de otro, las pautas jurídicas que también son exigibles a dichas actividades. Esas actividades preparatorias o instrumentales serían las encaminadas a delimitar la materia que vaya a ser objeto de ese juicio técnico, a fijar los criterios de calificación que vayan a ser utilizados y a aplicar individualizadamente dichos criterios a cada uno de los elementos materiales que constituyan el objeto de la valoración; esto es, serían los pasos que resultan necesarios para llegar a la estimación cualitativa finalmente contenida en el estricto juicio técnico. Y esas pautas jurídicas estarían encarnadas por el derecho a la igualdad de condiciones que asiste a todos los aspirantes, por la necesidad de que el criterio de calificación responda a los principios de mérito y capacidad y por el obligado cumplimiento también del mandato constitucional de interdicción de la arbitrariedad. La anterior distinción está presente en la STC 215/1991, de 14 de noviembre, como también en numerosas sentencias de esta Sala (entre otras, en las SSTS de 28 de enero de 1992, recurso 172671990 de 11 de diciembre de 1995 recurso 13272/1991; 15 de enero de 1996, recurso 7895/1991; y 1 de julio de 1996, recurso 7904/1990).

4.- Un punto más en esa línea evolutiva de la jurisprudencia lo representa la necesidad de motivar el juicio técnico. Como ya se ha puesto de manifiesto, uno de los aledaños de ese juicio técnico está representado por la obligación de cumplir el mandato constitucional (artículo 9.3 CE) de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y, en el criterio de este Tribunal Supremo, ese cumplimiento conlleva la necesidad de motivar el juicio cuando así sea solicitado por algún aspirante o cuando sea objeto de impugnación. Así se expresa STS de 10 de mayo de 2007, recurso 545/2002: "(...) Tiene razón

el recurso de casación en que la sentencia de instancia no enjuició correctamente la cuestión de fondo que le fue suscitada y en la infracción del artículo 24 de la Constitución que con ese argumento se denuncia. La doctrina de la discrecionalidad técnica con que la Sala de Zaragoza justifica principalmente su pronunciamiento no ha sido correctamente aplicada; y no lo ha sido porque, en relación a la actuación administrativa para la que se ha hecho esa aplicación, no se ha observado el límite constitucional de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3 CE). Como es bien sabido, dicha discrecionalidad técnica significa, por un lado, respetar las valoraciones de esa índole que hayan sido realizadas por los órganos cualificados por la posesión del correspondiente saber especializado y, por otro, admitir el margen de polémica o discrepancia que sobre determinadas cuestiones venga siendo tolerado en el concreto sector de conocimientos técnicos de que se trate. Pero una cosa es el núcleo del juicio técnico sobre el que opera esa clase de discrecionalidad y otra diferente la obligación de explicar las razones de ese juicio técnico cuando expresamente hayan sido demandadas o cuando se haya planteado la revisión de la calificación que exteriorice ese juicio técnico. Esto último queda fuera del ámbito propio del llamado juicio de discrecionalidad técnica, ya que, ante la expresa petición de que dicho juicio sea explicado o ante su revisión, la constitucional prohibición de arbitrariedad hace intolerable el silencio sobre las razones que hayan conducido a emitir el concreto juicio de que se trate".

5.- La fase final de la evolución jurisprudencial la constituye la definición de cuál debe ser el contenido de la motivación para que, cuando sea exigible, pueda ser considerada válidamente realizada. Y a este respecto se ha declarado que ese contenido debe cumplir al menos estas principales exigencias: (a) expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico; (b) consignar los criterios de valoración cualitativa que se utilizarán para emitir el juicio técnico; y (c) expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un candidato frente a los demás. Son exponente de este último criterio jurisprudencial los pronunciamientos de este Tribunal Supremo sobre nombramientos de altos cargos jurisdiccionales (STS de 27 de noviembre de 2007, recurso 407/2006), sobre concursos de personal docente universitario (STS de 19 de mayo de 2008, recurso 4049/2004), sobre convocatorias del Consejo General del Poder Judicial para puestos en sus órganos técnicos (STS de 10 de octubre de 2007, recurso 337/2004); o sobre procesos selectivos en las distintas Administraciones Públicas (STS de 18 de diciembre de 2013, casación 3760/2012)". Entendemos que el Tribunal que elabora el supuesto práctico, aunque consista en la realización de un informe, ha de determinar también los criterios de corrección que empleará para valorar los principios de mérito y capacidad o, dicho de otro modo, qué pautas va a seguir para calificar el informe. En este caso, dado el contenido del informe, estaba obligado a atender de forma especial a las dos áreas de conocimiento jurídico a las que se refería (urbanismo y contratación) así como a establecer el peso de cada una de ellas en el desarrollo del ejercicio práctico.

Situación administrativa de excedencia voluntaria por cuidado de familiares

Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2020 (recurso de casación número 1365/2019)

Cuestión de interés casacional

Determinar si las previsiones del artículo 57 de Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, tienen efecto directo sin mediación de las correspondientes bases de la convocatoria y, en caso afirmativo, si imponen una valoración de la situación administrativa de excedencia voluntaria por cuidado de familiares idéntica a la que se otorga a la situación administrativa de servicio activo.

Normativa objeto de interpretación

Orden Ministerial de 10 de agosto de 1994 por la que se dictan normas sobre concursos de provisión de puestos reservados a funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter.

Art. 57 de la LO 3/20107, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Art. 89.4 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, Texto Refundido del EBEP.

Criterio interpretativo fijado por la sentencia

Las previsiones del art. 57 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, tienen efecto directo sin mediación de las correspondientes bases de la convocatoria imponiendo una valoración de la situación administrativa de excedencia voluntaria por cuidado de familiares idéntica a la que se otorga a la situación de servicio activo.

Falta de legitimación activa de los usuarios de un servicio público gestionado de forma indirecta

Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2020 (recurso de casación número 662/2019)

Cuestión de interés casacional

Determinar si un usuario de un servicio público gestionado de forma indirecta mediante concesión está legitimado activamente para impugnar en vía administrativa o jurisdiccional cualquier acuerdo relativo a dicho contrato de concesión.

Normativa objeto de interpretación

Arts. 31 y 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Arts. 19 y 69.b) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Criterio interpretativo fijado por la sentencia

La sola condición de usuario de un servicio público gestionado de forma indirecta mediante concesión no le legitima activamente para impugnar en vía administrativa o jurisdiccional cualquier acuerdo relativo a dicho contrato de concesión.

Vicios formales y retroacción de actuaciones

Sentencia de la Sala tercera del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2020 (recurso de casación número 2931/2018)

Cuestión de interés casacional

- 1.– Determinar si los actos dictados por la Administración tributaria en ejecución de una resolución judicial que se limite a anular una liquidación tributaria por falta de motivación, sin abordar el fondo del asunto, suponen o no una retroacción de actuaciones –al margen de que se ordene ésta formalmente en el fallo– y si, en cualquier caso, forman o no parte del mismo procedimiento de gestión en el que tuvo su origen el acto administrativo anulado por aquélla.
- 2.– Si la Administración ostenta en cumplimiento de lo ordenado en la sentencia una potestad propia o debe limitarse a observar lo mandado por los Tribunales de Justicia.
- 3.– Precisar, en todo caso, el plazo de que dispone la Administración para ejecutar tal sentencia y qué consecuencias surgen de su incumplimiento.

Normativa objeto de interpretación

Art 117.3 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1978.

Arts. 103 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa.

Arts.104 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria.

Criterio interpretativo fijado por la sentencia

- 1.– Los actos dictados por la Administración tributaria en ejecución de una resolución judicial que se limita a anular una liquidación tributaria por falta de motivación, sin abordar el fondo del asunto, suponen una retroacción de actuaciones –al margen de que se ordene ésta formalmente en el fallo–, formando para del mismo procedimiento de gestión en el que tuvo su origen el acto administrativo anulado por aquélla.
- 2.– La ejecución de las sentencias judiciales se rige por lo mandado por el artículo 117.3 CE, en relación con los artículos 103 y siguientes LJCA. La regulación administrativa que complementa el régimen procesal de la ejecución resulta aplicable en la medida en que no se oponga a la LJCA.
- 3.– Habida cuenta de que la anulación por motivos formales produce la retroacción de actuaciones, lo que procede es que se vuelva al procedimiento para que se subsane el vicio formal, momento en el que debe continuar el procedimiento dirigido a dictar la liquidación dentro del plazo que resta.

Acción pública en el ámbito presupuestario

Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2020 (recurso contencioso administrativo número 386/2019)

Y es que por mucha amplitud que quiera otorgarse al concepto de «interés legítimo» al que se refiere el artículo 24 de la Constitución, como presupuesto para obtener la tutela judicial efectiva, no debe ser tanta como para que se confunda con el mero interés por la legalidad; como es este caso en el que se razona en la demanda sobre la nulidad del Fondo por no haber respetado los principios y criterios que rigen en el ámbito presupuestario y la voluntad del Parlamento en este aspecto ya que, salvo en supuesto expresamente previsto por la ley en determinados sectores del ordenamiento jurídico, la acción pública no está reconocida en el sistema procesal contencioso-administrativo, ni viene impuesta por el artículo 23.1 de la Constitución, al referirse este artículo a la participación política en asuntos públicos.

En suma, son varias las razones que llevan a esta Sala a rechazar ese interés:

a) En primer lugar, respecto a las ONGs no se acredita el interés singular o específico pues no se acredita de forma suficiente en qué medida la anulación del Fondo de Contingencia, que tiene por objeto la cooperación con las autoridades marroquíes para frenar la migración irregular pueda implicar un beneficio o ventaja para dichas entidades, que lo que denuncian es, repetimos, el desajuste del Fondo de Contingencia al principio de legalidad presupuestaria y la actuación del Gobierno respecto a la decisión del Parlamento. La anulación del Fondo no implicaría por sí un beneficio para la ONG «Acces Europe Info» pues sus fines estatutarios se refieren en esencia al logro de una mayor transparencia en la actuación gubernamental, interés genérico que no guarda relación directa y singular con el Acuerdo impugnado que decide destinar una partida al Fondo de Contingencia para frenar o limitar la migración irregular. En efecto, lo que sustenta la impugnación en la demanda es la quiebra de los principios de la ley presupuestaria, sin que se refiera a la falta de transparencia del Acuerdo en sí mismo o a la oportunidad, sino en lo que se refiere a la gestión del Fondo de Contingencia, cuestión ajena a lo que aquí se debate. Así pues, si bien su pretensión debería fundarse en beneficiar a sus fines de transparencia, los fundamentos de su pretensión anulatoria, como antes se dijo, son que la tramitación del Fondo no se ajusta a las reglas de modificación del crédito presupuestario LGP, sin que se cuestione la partida en sí misma, como se afirma en la demanda en la que se sostiene que «no se trata de cuestionar la oportunidad de la firma de un acuerdo bilateral entre dos Estados» destinada a la limitación de la presión migratoria irregular, cuyo descenso -que se afirma en la demanda- tampoco se justifica.

b) En segundo término, tampoco cabe apreciar un interés legítimo en la entidad «Andalucía Acoge» en lograr la nulidad del Fondo de Contingencia por razón de la quiebra de la legalidad presupuestaria, pues las consideraciones sobre el contenido del Fondo destinado como hemos dicho a la contención de la migración irregular, tampoco presentan una relación directa con la defensa de los derechos humanos que constituye el objeto de la Asociación. Es cierto que en un pasaje de su escrito de conclusiones se hace referencia a la utilización del Fondo de Contingencia para fines diferentes, citando la posible y eventual vulneración de derechos de los migrantes que quieran acceder a nuestro país. No obstante, como implícitamente se reconoce, se trata de una mera hipótesis o eventualidad que no viene a sustentar un interés actual, específico y singular en la anulación del Fondo de Contingencia por dicha razón de un

supuesto uso contrario a los derechos humanos, algo que no puede presumirse y que en modo alguno resultaría amparado por el reseñado Fondo. La idea de que la anulación del acto comporte inexorablemente una ventaja a ambas ONGS no se acredita y únicamente se aduce como mera hipótesis la posible lesión de derechos humanos siendo así que no cabe cuestionar una actuación en el ámbito de las relaciones internacionales con el presupuesto no justificado de su ilicitud, sin la aportación de indicios de tal afirmación.

c) En fin, tampoco cabe reconocer legitimación a Don Jose Augusto para la impugnación del meritado Acuerdo del Consejo de Ministros en su condición de «contribuyente» y en su interés en que el Fondo se ajuste al principio de excepcionalidad y a los artículos 50 y ss de la LGP , pues eso sería tanto como reconocer un mero interés en la legalidad, que ya hemos dicho, no se reconoce en este ámbito. Entender lo contrario sería propiciar una acción pública no prevista en el ordenamiento jurídico, ni en ninguno de los preceptos invocados por el recurrente para impugnar la actuación del Consejo de Ministros con sustento en la quiebra de las previsiones de la Ley General presupuestaria. En fin, no se acredita, un interés suficiente y distinto del de cualquier persona por la legalidad, de modo que no cabe reconocer legitimación al aludido Sr. Jose Augusto.

Impugnación de circulares

Sentencia de la Sala contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2021 (recurso de casación número 3439/2019)

Cuestión de interés casacional

Determinar si la impugnación del contenido de la circular en vía jurisdiccional exige la existencia de un previo acto singular de aplicación.

Normativa objeto de interpretación

Arts. 9.3, 24.1 y 37.1 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1978.

Arts. 25.1 y 69 c) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa.

Arts. 6.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público.

Criterio interpretativo fijado por la sentencia

La dimensión meramente interna de la circular sin incidencia directa en los derechos de los ciudadanos determina que sea necesario un previo acto singular que la aplique para que las pautas interpretativas que en ella se contienen sean susceptibles de impugnación jurisdiccional.

Revisión de oficio de actos administrativos consentidos y firmes

Sentencia de la Sala contencioso-administrativa del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2021 (recurso de casación número 3290/2019)

Cuestión de interés casacional

1.– Si es o no necesario seguir los trámites del procedimiento de revisión de oficio de actos nulos en la hipótesis de que exista un acto consentido y firme que pudiera dar lugar a una situación jurídica consolidada, dejados sin efecto a raíz de una infracción jurídica avalada por un pronunciamiento judicial firme.

2.– En el supuesto de que sea innecesaria dicha acción de nulidad, si el cambio jurisprudencial subsiguiente al reconocimiento de la referida infracción jurídica ha de producir efectos pro futuro o efectos retroactivos.

Normativa objeto de interpretación

Art. 28 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa.

Arts. 106 y 110 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas.

Criterio interpretativo fijado por la sentencia

1.– Los actos administrativos consentidos, por no haber sido objeto de recurso en el plazo establecido y cuya nulidad de pleno derecho se afirme, solamente podrán ser removidos mediante el procedimiento de revisión de oficio previsto por el artículo 106 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común.

2.– Los efectos de la declaración de nulidad han de operar desde el momento en que se dictó la resolución que la padece, sin perjuicio de los límites establecidos por la ley en materia de prescripción de las obligaciones.

Tasa por aprovechamiento del dominio público por la actividad de telefonía fija y de acceso a Internet

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 27 de enero de 2021 (asunto C-764/18, Orange España *versus* Ayuntamiento de Pamplona)

Litigio principal y cuestiones prejudiciales

Orange España presentó ante el Ayuntamiento de Pamplona una «autoliquidación» de la tasa por aprovechamiento del dominio público prevista en la Ordenanza fiscal n.º 22/2014, correspondiente al segundo trimestre de 2014, por la actividad de telefonía fija y de acceso a Internet que ejerce en el término municipal de Pamplona.

15 No obstante, al considerar Orange España que la mencionada tasa es contraria a la normativa de la Unión que regula el sector de las telecomunicaciones, en particular a la Directiva autorización, tal como es interpretada por el Tribunal de Justicia, solicitó al Ayuntamiento de Pamplona la rectificación de la «autoliquidación» y la devolución de la suma ingresada, que consideraba indebida.

16 Como fundamento de su petición de rectificación, Orange España alegó, en primer lugar, que no era titular de las redes que explotaba en el territorio del Ayuntamiento de Pamplona, sino usuaria de las mismas en virtud de derechos de interconexión. Precisó, a continuación, que los servicios de telefonía fija y de acceso a Internet estaban comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva autorización, tal como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia en lo referente a la imposición de tasas y cánones a las empresas que ejercen sus actividades en el sector de la telefonía móvil. Por último, sostuvo que era contrario a los artículos 12 y 13 de dicha Directiva imponer un gravamen calculado exclusivamente sobre la base de un porcentaje fijo de los ingresos brutos de la empresa.

17 El Ayuntamiento de Pamplona desestimó la referida petición por entender que el importe de la tasa debida no adolecía de ningún error de hecho o de Derecho. Orange España interpuso un recurso contencioso-administrativo contra esta decisión municipal ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Pamplona. Este recurso fue desestimado mediante sentencia de 4 de diciembre de 2015 debido a que, por una parte, Orange España era titular de redes de infraestructuras y, por tanto, no podía ser exonerada del pago de la tasa y, por otra parte, el importe de la tasa se había determinado conforme al artículo 105, apartado 1, párrafo tercero, de la Ley Foral 2/1995.

18 Orange España interpuso recurso de apelación contra esa sentencia ante el Tribunal Superior de Justicia de Navarra. Este órgano jurisdiccional confirmó que Orange España, en su condición de titular de redes y de infraestructuras que ocupan el dominio público municipal, estaba obligada al pago de la tasa en cuestión, pero estimó parcialmente el recurso, al considerar que el método de determinación del importe de esa tasa era contrario a los artículos 12 y 13 de la Directiva autorización y que Orange España tenía, por ello, derecho a la rectificación de su «autoliquidación». El citado órgano jurisdiccional consideró que era preciso fijar el importe de dicha tasa a la luz de los principios de objetividad y de proporcionalidad enunciados en tales artículos, y no en función de los ingresos brutos o del volumen de negocios de una empresa, puesto que el importe obtenido en este caso va más allá de lo necesario para garantizar el uso óptimo de recursos escasos.

19 El Ayuntamiento de Pamplona interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo, alegando que el Tribunal Superior de Justicia de Navarra había vulnerado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia aplicable a los operadores de telefonía móvil, dimanante de la sentencia de 12 de julio de 2012, Vodafone

España y France Telecom España (C- 55/11, C- 57/11 y C- 58/11, EU:C:2012:446), al extenderla a los operadores que prestan servicios de telefonía fija y de acceso a Internet. En su defensa, Orange España sostiene que la Directiva autorización no distingue entre los operadores de servicios de telefonía móvil y los operadores de servicios de telefonía fija. Arguye que la interpretación del artículo 13 de dicha Directiva, efectuada por el Tribunal de Justicia en esa sentencia, es por tanto extensible a toda situación en la que se imponga a los prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas tasas a efectos de poder utilizar radiofrecuencias o números o de instalar recursos. Orange España subraya, por otro lado, que el Tribunal de Justicia no se pronunció en esa sentencia sobre el método de cálculo del importe de una tasa de esta naturaleza.

20 En tales circunstancias, el Tribunal Supremo decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) Si la Directiva [autorización], interpretada por el [Tribunal de Justicia] en relación con empresas que actúan en el sector de las telecomunicaciones móviles, y, específicamente, las limitaciones que la misma contempla en sus artículos 12 y 13 al ejercicio de la potestad tributaria de los Estados miembros, resulta de aplicación a las empresas prestadoras de servicios de telefonía fija e internet.

2) En el caso de que la cuestión anterior fuese respondida afirmativamente (y se declarara la aplicación de aquella Directiva a las prestadoras de servicios de telefonía fija e internet), si los artículos 12 y 13 de la Directiva [autorización] permiten a los Estados miembros imponer una tasa o canon cuantificados exclusivamente en atención a los ingresos brutos obtenidos anualmente por la empresa —propietaria de los recursos instalados— con ocasión de la prestación del servicio de telefonía fija e internet en el territorio correspondiente.»

[...]

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) declara:

1) La Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva autorización), en su versión modificada por la Directiva 2009/140/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, debe interpretarse en el sentido de que es aplicable también a las empresas que prestan servicios de telefonía fija y de acceso a Internet.

2) Los artículos 12 y 13 de la Directiva 2002/20, en su versión modificada por la Directiva 2009/140, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que impone, a las empresas propietarias de infraestructuras o de redes necesarias para las comunicaciones electrónicas y que utilicen estas para prestar servicios de telefonía fija y de acceso a Internet, una tasa cuyo importe se determina exclusivamente en función de los ingresos brutos obtenidos anualmente por estas empresas en el territorio del Estado miembro de que se trate.