
ACTUALIDAD JURÍDICA: RECOPIACIÓN DE JURISPRUDENCIA

I. TRIBUNAL SUPREMO

A. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

AUSENCIA DE INFORME DEL SECRETARIO PARA LA INTERPOSICIÓN DE UN RECURSO. EFECTOS.

Sentencia número 2604/2016 de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 14 de diciembre.

Recurso de casación 4017/2015.

Ponente: José Antonio Montero Fernández.

Varios Ayuntamientos integrantes de una mancomunidad de municipios interpusieron recurso contencioso administrativo ante el TSJ de Castilla – La Mancha contra la aprobación de la Ordenanza Fiscal de la Tasa por Suministro de Agua y otros actos, aprobada por la referida mancomunidad, dictando sentencia el TSJA, en el sentido de rechazar las causas de inadmisibilidad planteadas, y entrando en la cuestión de fondo, estima el recurso. La mancomunidad interpone recurso de casación contra la anterior sentencia.

La mancomunidad recurrente alega infracción del artículo 54.3 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto 781/1986, de 18 de abril y la jurisprudencia sentada en interpretación de dicho precepto, en el sentido de que la carencia de ese dictamen previo al acuerdo de ejercicio de acciones determina la nulidad de éste, condicionando un supuesto de inadmisibilidad del recurso, pues tal trámite no se considera superfluo o inocuo ni es contrario al derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la CE, ya que garantiza el uso reflexivo, por parte de las Corporaciones locales, de las acciones que deducen en defensa del interés general que representan, de modo que esa función de garantía no se cumple si no se acredita la existencia de este dictamen previo.

La sentencia de instancia, del TSJ, rechaza la causa de inadmisibilidad, que también planteó la mancomunidad en la instancia, porque el dictamen en ningún caso es vinculante, para el Ente Local no puede impedir ni nulificar la voluntad en el ejercicio de la acción, que queda evidenciada en el caso a través de los poderes presentados por los Alcaldes de quince municipios.

El TS declara que la necesidad de una previa opinión experta en derecho para la adopción de acuerdos de las Corporaciones Locales, sobre el ejercicio de acciones, para la que se dan amplias facilidades (puede prestarla el Secretario del Ayuntamiento, los

Servicios Jurídicos de Asesoramiento Municipal, cuando existen y en defecto de ambos, cualquier Letrado), tiene por finalidad -aunque no sea vinculante- hacer más difícil que un órgano administrativo inicie un pleito irreflexivamente o sin conocimiento de lo que son sus derechos, el modo de ejercitarlos y las razonables posibilidades de obtener una respuesta favorable.

Ciertamente no es indiferente al interés general, tanto desde el punto de vista de las propias Corporaciones, como desde el común de los ciudadanos a los que sirven, que las instituciones administrativas referidas puedan sumergirse sin el adecuado conocimiento previo en una conflictividad jurídica estéril y por ello la exigencia de ese mínimo requisito de la procedibilidad, en la forma flexible que se viene interpretando, no puede considerarse contrario al principio de tutela judicial efectiva, del art. 24 de la Constitución.

Por ello, el TS estima el recurso de casación.

REVISIÓN DE OFICIO. ACTOS NULOS. ACTOS NULOS POR SER DICTADOS POR ÓRGANO MANIFIESTAMENTE INCOMPETENTE. ACTOS NULOS POR SER DE CONTENIDO IMPOSIBLE. ACTOS NULOS POR HABERSE DICTADO PRESCINDIENDO TOTALMENTE DEL PROCEDIMIENTO LEGALMENTE ESTABLECIDO. DOCTRINA GENERAL.

Sentencia número 155/2017 de la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 2 de febrero.

Recurso de casación 91/2016.

Ponente: César Tolosa Tribiño.

El Tribunal Supremo declara que el artículo 102 LPAC) tiene como objeto facilitar la depuración de los vicios de nulidad radical o absoluta de que adolecen los actos administrativos, con el inequívoco propósito de evitar que el transcurso de los breves plazos de impugnación de aquellos derive en su consolidación definitiva. Se persigue, pues, mediante este cauce procedimental, ampliar las posibilidades impugnatorias, evitando que una situación afectada por una causa de nulidad de pleno derecho quede perpetuada en el tiempo y produzca efectos jurídicos pese a adolecer de un vicio de tan relevante trascendencia. Más la acción de nulidad no está concebida para canalizar cualquier infracción del ordenamiento jurídico que pueda imputarse a un acto administrativo, sino solo aquellas que constituyan un supuesto de nulidad plena, previsto en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992.

En este sentido, los vicios de nulidad radical deben ser objeto de una interpretación estricta, de manera que, dentro de la teoría de la invalidez, la anulabilidad se erige en la

regla general frente a la excepción que es la nulidad radical o de pleno derecho. Además, en relación con el concreto vicio de nulidad radical aducido por el interesado, el artículo 62.1.b) de la Ley 30/1992 exige un "plus", pues no será suficiente con que concurra la eventual incompetencia por razón de la materia para que pueda considerarse existente un vicio de nulidad radical, sino que además será preciso que se trate de una "manifiesta incompetencia". Lo decisivo y determinante en este supuesto de nulidad de pleno derecho, es que la incompetencia sea manifiesta, esto es "que se manifieste de modo ostensible, patente, claro e incontrovertido", de tal forma que, el adjetivo "manifiesta" exige que la incompetencia sea notoria y clara y que vaya acompañada de un nivel de gravedad proporcional a la gravedad de los efectos que comporta su declaración, lo que supone que no precisa de ningún esfuerzo interpretativo o argumental para detectarla. Esto es, no basta que el órgano que haya dictado el acto pueda ser incompetente, sino que, de forma clara y notoria, ha de carecer de toda competencia respecto de una determinada materia, siendo ello tan evidente que no es necesaria una especial actividad intelectual para su comprobación.

La nulidad de pleno derecho de actos administrativos que tengan un contenido imposible, es trasunto en el régimen de dichos actos del principio que expresa el artículo 1.272 del Código civil para los contratos. La nulidad de actos cuyo contenido sea imposible ha sido apreciada siempre con suma prudencia por la doctrina y la jurisprudencia, que trata de evitar que se amplíe inadecuadamente el supuesto legal a cualquier acto desprovisto de fundamento jurídico para ser dictado.

Sobre los requisitos de la imposibilidad, hemos señalado que la imposibilidad a que se refiere la norma de la Ley de procedimiento debe ser, por ello, de carácter material o físico, ya que una imposibilidad de carácter jurídico equivaldría prácticamente a ilegalidad del acto, que suele comportar anulabilidad (art. 48.1 LPA y 83.2 de la LJCA); la imposibilidad debe ser, asimismo, originaria ya que una imposibilidad sobrevenida comportaría simple ineficacia del acto.

Actos nulos por tener un contenido imposible son, por tanto, los que resultan inadecuados, en forma total y originaria, a la realidad física sobre la que recaen. Son también de contenido imposible los actos que encierran una contradicción interna en sus términos (imposibilidad lógica) por oponerse a leyes físicas inexorables o a lo que racionalmente se considera insuperable. Por fin, la jurisprudencia ha equiparado en algunos casos la indeterminación, ambigüedad o ininteligibilidad del contenido del acto con la imposibilidad de éste (sentencias de 6 Nov. 1981 y 9 May. 1985).

Y, finalmente, para declarar la nulidad en la omisión del procedimiento legalmente establecido, dicha infracción ha de ser clara, manifiesta y ostensible, lo que supone que

dentro del supuesto legal de nulidad, se comprendan los casos de ausencia total del trámite o de seguir un procedimiento distinto.

CAPACIDAD TRIBUTARIA DE LOS CONSORCIOS QUE PRESTAN SERVICIOS A VARIOS MUNICIPIOS PARA IMPONER TASAS A LOS USUARIOS DEL SERVICIO MEDIANTE LA APROBACIÓN DE LA CORRESPONDIENTE ORDENANZA FISCAL

Sentencia número 214/2017 de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 9 de febrero.

Recurso de casación 3671/2015.

Ponente: Rafael Fernández Montalvo.

El Ayuntamiento de Onteniente interpone recurso contencioso-administrativo ante el TSJ de la Comunidad Valenciana contra la desestimación del recurso que interpuso contra un acuerdo del Consorcio del Plan Zona de Residuos, por el que se aprueba la Ordenanza fiscal reguladora de la Tasa por Transferencia, Transporte, Valorización y Eliminación de residuos urbanos y ecoparques, recurso que es desestimado por el TSJ, y contra la que se interpone el presente recurso de casación.

Los motivos en los que se basa el recurso pueden dividirse en dos planos: el de la competencia del Consorcio recurrido para la prestación de la transferencia, transporte, valorización y eliminación de residuos urbanos; y el de la competencia del propio Consorcio para la aprobación de la Ordenanza Fiscal Reguladora de la Tasa por dicha prestación, que es precisamente la norma objeto de impugnación. Competencias a las que el Ayuntamiento recurrente opone el valor institucional de su autonomía local y lo dispuesto en los preceptos de la LRBRL y de la Carta Europea de Autonomía Local que invoca.

La Sala declara que comparte con el Ayuntamiento recurrente el carácter institucional de la autonomía local y la condición de garantía constitucional que comporta, y también que el servicio de recogida y tratamiento de residuos es una competencia municipal, de prestación obligatoria en determinados municipios, para lo que los Ayuntamientos detentan las necesarias potestades.

Pero el anterior reconocimiento no es obstáculo para la existencia de competencias concurrentes, sobre la materia del tratamiento de residuos, derivados de títulos competenciales que corresponden a las Comunidades Autónomas, especialmente a través de una actuación planificadora supramunicipal en el tratamiento de los residuos, ni para la posibilidad de utilizar la forma asociativa consorcial en la prestación del servicio. En este ámbito se inscribe, de una parte, el que la Generalitat valenciana

ejerza, de acuerdo con la legislación sectorial Ley 22/2011, de 28 de julio, de Residuos y Suelos Contaminados, y la Ley 10/2000, de 12 de diciembre de Residuos de la Comunidad Valenciana), sus funciones de coordinación, planificación y de autorización mediante los Planes Zonales. Y, de otra, que la gestión de residuos se realice directamente o mediante cualquier otra forma de gestión prevista en la legislación sobre régimen local, por cada entidad local de forma independiente o mediante la asociación de varias Entidades Locales, y ésta última, al tiempo que reitera la competencia de las entidades locales para la gestión de los residuos urbanos en los términos establecidos en la estatal, a la sazón, Ley 10/1998, de 21 de abril, y en la LRBRL, se proclama la competencia de la Generalitat, entre otras materias, para: la coordinación mediante los diferentes planes autonómicos de residuos, de todas las actuaciones que se desarrollen en materia de gestión en el territorio de la Comunidad Valenciana; y la colaboración con las administraciones locales para el ejercicio de sus competencias de gestión residuos urbanos o municipales (artículo 8.2 y 4).

Como principio general, el artículo 15.1.a) de la Ley 10/2000, de 12 de diciembre establece que la Generalitat y las administraciones locales valencianas coordinarán sus competencias en orden a realizar una planificación concertada y una ejecución conjunta de las acciones necesarias para las actuaciones que enumera en materia de tratamiento de residuos urbanos, y prevé, entre los recursos económicos para la gestión de los residuos, las tasas obtenidas por la prestación del servicio, recaudadas por las Administraciones municipal y autonómica (art. 20.a).

Los Consorcios tienen carácter de Corporación interadministrativa en cuanto surgen de la asociación de varias Administraciones públicas de igual o de distinto nivel. Tienen carácter institucional o instrumental, en cuanto se ordenan a la consecución de intereses comunes de las Administraciones consorciadas a través del desarrollo de determinadas actividades que consisten en la prestación de servicios comunes (o, en su caso, ejecución de obras). Se constituyen como una organización independiente de la de los entes que se asocian, aunque la titularidad de las competencias de los miembros no se asume por la organización consorcial, sino que se limita a asumir la gestión fiduciaria de aquellas.

Los Consorcios locales están contemplados en el artículo 57 LRBRL (redacción dada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre. Nuestra jurisprudencia ha señalado que no cabe duda de que para la gestión conjunta de medios instrumentales de los servicios de las Entidades locales caben las diversas fórmulas asociativas que ofrece la legislación de régimen local. Incluso, puede decirse que tales modalidades tienen una doble justificación. En primer término, de orden estructural, puesto que como consecuencia del reparto constitucional de competencias entre las distintas Administraciones

territoriales, la áreas de interés que han de tutelar cada una de ellas no constituyen ámbitos competenciales exclusivos, sino en gran medida concurrentes; de manera que la redistribución formal de la competencia supone al propio tiempo la necesidad de fórmulas de cooperación o de colaboración organizadas. En segundo término, de orden material, derivada de la imposibilidad de muchos municipio de organizar y desarrollar por sí mismos los cada vez más complejos y gravosos servicios públicos. Y la legislación sectorial prevé en ocasiones los Consorcios con una finalidad determinada y que son, así, entidades asociativas públicas locales con una habilitación legal precisa reconocida en la legislación autonómica propia a cuyo amparo se constituyen, como ocurre con la Ley 10/2000, de 12 de diciembre (LCV 2000, 385) , de Residuos de la Comunidad Valenciana.

En definitiva, se reconoce con carácter general la competencia de las entidades locales para la gestión de los residuos urbanos o municipales, siendo los municipios titulares del servicio público de recogida, transporte, valorización y eliminación de residuos urbanos. Se someten las actividades de valorización y eliminación de los residuos urbanos al régimen de autorización administrativa y planificación de la Comunidad Autónoma valenciana. Y se prevé, de forma expresa, la posibilidad de que se constituyan voluntariamente consorcios entre los entes locales y la Generalitat para una más eficaz prestación de los mencionados servicios, así como la posibilidad de que los municipios soliciten su dispensa en los términos dispuestos en la vigente legislación de régimen local.

El segundo plano competencial, el del Consorcio para aprobar una Ordenanza Fiscal Reguladora de la Tasa de que se trata, es el más importante y específico para resolver los motivos de casación de que se trata. El artículo 2 del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales reconoce a los tributos entre los posibles recursos de los que pueden disponer las entidades locales. En particular, este precepto se desarrolla en cuanto a sus aspectos generales en los artículos 6 a 19, y en cuanto a sus modalidades concretas -tasas, contribuciones especiales e impuestos- en los artículos 20 a 38.

De dicho régimen jurídico, que conforma el contenido de la potestad tributaria local, resulta que las potestades de las Entidades locales no son las mismas en los diferentes tributos. Mientras el establecimiento y exigencia de impuestos queda reservado a los municipios (artículos. 38.1 y 59 TRLHL), las tasas y las contribuciones especiales se atribuyen a todas las Entidades locales (artículos 20.1, 28 y 29).

Históricamente, los Consorcios han tenido atribuida potestad tributaria para establecer y exigir tasas. Así resultaba, "ad exemplum", del artículo 155.1 del Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales o del artículo 129 del Real Decreto 3250/1976, de 30 de diciembre, por el que se ponen

en vigor las disposiciones de la Ley 41/1975, de Bases del Estatuto del Régimen Local., relativas a ingresos de las corporaciones locales.

Y, desde luego, resulta reconocida la posibilidad del establecimiento de tasas a los Consorcios, en cuanto entidades municipales asociativas, en el TRLRL. El Título IV se dedica a los "Recursos de otras entidades locales", y en su Capítulo I se contemplan específicamente los "recursos de las entidades supramunicipales", en cuyo artículo 152.1 se reconoce expresamente la potestad de establecer y exigir tasas, al establecer que *"Las comarcas, áreas metropolitanas, entidades municipales asociativas y demás entidades supramunicipales podrán establecer y exigir tasas, contribuciones especiales y precios públicos, de conformidad con lo previsto en sus respectivas normas de creación y en los términos establecidos en esta ley y disposiciones que la desarrollen"*.

El Ayuntamiento considera que la Ordenanza infringe el principio de reserva de Ley *tanto en materia tributaria como reglamentaria establecidos en el artículo 31.3 de nuestra Constitución y en el artículo 4 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local.*

Sin embargo, la reserva de ley tributaria debe compatibilizarse con la potestad tributaria de los entes locales, que carecen de potestad legislativa. Dichos entes pueden establecer y exigir tributos de acuerdo con la Constitución y las leyes (artículo 133.2 CE). Esto es, pueden establecerlos y decidir sobre la regulación de sus elementos esenciales si cuentan para ello con habilitación explícita de una Ley que predetermine los límites de la regulación de dichos tributos.

Ahora bien, de acuerdo con este esquema el TRLHL ha establecido el sistema de ingresos de los entes locales incluyendo, junto a otros medios financieros, los de naturaleza tributaria.

En definitiva, el TRLHL da la cobertura legal necesaria que deriva de los artículos 133.2 y 142 CE, y lo hace de diferente manera según se trate de impuestos o de tasas y contribuciones especiales.

En relación con los primeros el TRLHL contiene su regulación material o sustantiva, de manera que la potestad tributaria de las Corporaciones Locales, en relación con los impuestos propios, se limita a la facultad de decidir sobre su establecimiento o aplicación en concreto, salvo en los casos de imposición obligatoria, y a la determinación del tipo o cuantía dentro de los márgenes fijados por la Ley. Mientras que respecto a los segundos (tasas y contribuciones especiales), la reserva de ley, que ya es relativa en el ámbito tributario, según la doctrina del Tribunal Constitucional, no se opone a que las necesarias Ordenanzas fiscales, normas de carácter reglamentario, integren el contenido preciso para su exigencia con el respeto y observancia de las

previsiones legales contenidas en las Secciones Tercer y Cuarta del Capítulo III del Título I del TRLHL.

En definitiva, determinada la posibilidad de que los entes locales establezcan una tasa por la prestación de un concreto servicio y prefijados los rasgos generales de los elementos configuradores de ese tributo por el texto refundido de la Ley de Haciendas Locales, el Pleno del órgano, de carácter representativo, ha de aprobar la correspondiente ordenanza fiscal no sólo para establecerla en su territorio sino también para regularla, concretando aquellas genéricas determinaciones legales, en el ejercicio de su autonomía.

De esta manera, en la aprobación por los Consorcios de la correspondiente Ordenanza Fiscal reguladora de la tasa ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en los respectivos Estatutos, a los que se confía una especie de "ius singulare", sin perjuicio de exigencias y limitaciones que derivan de la normativa que integra el régimen tributario y la normativa local. De esta manera resulta ser la Asamblea del Consorcio el órgano que aprueba dicha Ordenanza, como órgano representativo de las entidades consorciadas, que han sido elegidos previamente por sus respectivas Corporaciones.

ELECCIONES LOCALES. NO PUEDEN PRESENTARSE COALICIONES ELECTORALES CON NOMBRES IGUALES A PARTIDOS POLITICOS REGISTRADOS

Sentencia número 255/2017 de la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 15 de febrero.

Recurso de casación 834/2015.

Ponente: Celsa Pico Lorenzo.

La Coalición Electoral Blanes y Ciudadanos por Onil, Ciudadanos de Monforte, Podemos en L'Alacanti y La Marina Baixa, recurren acuerdo de la Junta Electoral Central, que deniega que se utilice las denominaciones adoptadas por las formaciones al inducir a confusión al elector por utilizar la denominación de una formación política inscrita en el Registro de Partidos Políticos.

Por el contrario, los recurrentes sostienen que no puede existir monopolio exclusivo por determinadas fuerzas políticas de palabras como "podemos" "ciudadanos", "socialista", "popular", etc.

Aquí el conflicto se suscita entre coaliciones electorales y partidos políticos legalmente inscritos que contienen las expresiones "ciudadanos" y "podemos" guardando relación, en ese sentido, con el supuesto de 1991 en que (independientemente de lo luego

acontecido con la voz "verde") colisionaba el nombre de una coalición con el de un partido previamente inscrito.

En el momento presente no se vislumbra, que acontezca con las palabras "ciudadanos" y "podemos" lo sucedido con el término "los verdes". Ambos dos gozan de clara atribución partidista concreta y determinada identificando a dos partidos específicos.

No estamos ante vocablos genéricos como "conservador", "socialista", o, más recientemente "verde" etc. de amplia raigambre ideológica sino ante un adjetivo (que también puede ser utilizado como sustantivo aplicado a personas) y un tiempo verbal que desempeñan el papel de marcas políticas individualizadas debidamente registradas.

Por tanto el uso por las Agrupaciones electorales recurrentes de denominaciones de partidos políticos ya registrados, aunque en esa concreta elección no concurrieran a los comicios, puede inducir a error.

La preferencia de que goza la denominación de un partido político inscrito en el pertinente Registro de Partidos Políticos (STC 103/1991, de 13 de mayo) conduce a la desestimación de la pretensión. La diferente simbología del partido y de una coalición no es elemento determinante para autorizar las denominaciones interesadas.

B. SALA DE LO CIVIL

ALCALDE. DERECHO AL HONOR. ALCALDE QUE REALIZA UNAS MANIFESTACIONES EN RUEDA DE PRENSA CONTRA UNA MAGISTRADA RELATIVAS A UN AUTO JUDICIAL EN LA QUE ÉSTA ACORDABA LA CONTINUACIÓN DE LA INSTRUCCIÓN PENAL CONTRA AQUÉL. INTROMISIÓN ILEGÍTIMA

Sentencia número 92/2017 de la Sección 1ª de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 15 de febrero.

Recurso de casación 808/2016.

Ponente: Antonio Sala Carceller.

El Alcalde del Ayuntamiento de Oleiros (La Coruña) convocó una rueda de prensa en septiembre de 2012, en el transcurso de las cuales prefirió expresiones respecto de la Magistrada que dictó un Auto en el que se acordaba el sobreseimiento provisional de unas diligencias penales en cuanto a una serie de actuaciones urbanísticas, y al mismo tiempo la continuación de la instrucción penal respecto de otras operaciones en dicho municipio que se referían al alcalde a la sazón, y que podían constituir delito de negociaciones prohibidas a funcionarios públicos.

La Magistrada interpuso demanda por intromisión ilegítima al derecho al honor, solicitando, además de la declaración de efectiva intromisión ilegítima a su honor y otras medidas, a que la indemnizara en 60.000 euros. El juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda; interpuesto recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, que desestimó el recurso, y contra la que interpone el presente recurso de casación.

El TS desestima el recurso, declarando que las resoluciones judiciales son, reiteramos, plenamente susceptibles de crítica por la ciudadanía, pues en nuestra democracia pluralista la jurisdicción se ejerce no sólo en el seno del debate procesal, sino también, dictada la resolución que proceda, ante el foro de la opinión pública libre. Pero lo que la Constitución no protege es la censura a esas resoluciones o a sus autores que parta exclusivamente, como aquí fue el caso, ya de la reprobación *ad personam*, sin razón atendible, de quienes las dictaron, ya de premisas argumentales (la aducida incorrección de la pericia, sobre todo) que no consienten, en manera alguna, concluir en reproche tan severo como el de parcialidad. Son dicerios, no criterios, los que así se difunden entonces, con daño tanto para el honor profesional del juez al que se dirigen como para la confianza en la justicia, esto es, en una imparcialidad judicial que se presume siempre y que no puede ponerse en público entredicho sin datos o argumentos aptos para justificar acusaciones tan graves, cuya entidad, obvio es, no viene a menos por la circunstancia de que censuras infundadas de tal alcance no sean, como es de lamentar, enteramente insólitas, pues la mayor o menor frecuencia con que se llegue a abusar de determinado derecho no legitima la conducta de quien incurra en ese ejercicio excesivo de la libertad constitucional.

La anterior doctrina resulta de aplicación al caso en tanto que el demandado disponía de vías adecuadas para poner de manifiesto cualquier reserva sobre la imparcialidad de la demandante e incluso la denuncia de su actuación ante los órganos competentes si consideraba que la misma no se ajustaba adecuadamente al cumplimiento de las obligaciones de su cargo, pero lo que no resulta admisible es que -con aprovechamiento de su condición política- haga declaraciones ante los medios de comunicación atentatorias al prestigio profesional de la demandante imputándole que actuaba por animadversión hacia él en el ejercicio de sus funciones judiciales, sin limitarse a acudir a las vías legales oportunas, cuando -como resulta evidente- no se trata en el caso de una confrontación política en la que ambas partes se sitúan en condiciones de igualdad ante la opinión pública, dados los condicionamientos estatutarios que lógicamente afectan a los miembros del poder judicial y que no permiten entablar una contienda de manifestaciones enfrentadas como resulta socialmente admisible, e incluso frecuente, en el ámbito de la controversia política.

C. SALA DE LO PENAL

DELITOS DE PREVARICACION Y DE GESTIÓN INTERESADA. REQUISITOS DE AMBOS DELITOS. ALCALDE QUE AUTORIZA CONTRATOS DE SUMINISTRO EN LOS QUE PARTICIPA SU CÓNYUGE. CONCURSO REAL DE DELITOS, NO IDEAL, POR PROTEGER CADA UNO DE LOS DOS TIPOS PENALES BIENES JURÍDICOS DISTINTOS.

Sentencia número 60/2017 de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 7 de febrero.

Recurso de casación 578/2016.

Ponente: José Ramón Soriano Soriano.

El Alcalde y el Primer Teniente de Alcalde del Ayuntamiento de Puerto Serrano (Cádiz) celebraron una serie de contrato menores de suministro de flores, plantas y artículos de papelería con una floristería que regentaba la esposa del Alcalde, a pesar de las advertencias en múltiples informes de reparo del Secretario-Interventor, en los que se ponía de manifiesto la nulidad de dicha contratación por la prohibición de contratar que concurría en la esposa del Alcalde conforme el artículo 20 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y el 49.1.f. de la Ley30/2007, Ley de Contratos del Sector Público.

La Audiencia de instancia condenó al Alcalde como autor de sendos delitos continuados de prevaricación, y de gestión interesada; al Primer Teniente de Alcalde como autor de un delito continuado de prevaricación, y como cooperador necesario de un delito de gestión interesada; y a la esposa del Alcalde como cooperadora necesaria de un delito continuado de gestión interesada.

Contra la anterior sentencia los condenado interponen el recurso de casación que comentamos.

Uno de los motivos del recurso es que no estamos en presencia de un concurso real de delitos, sino de un concurso ideal; y ello porque el concurso real requeriría dos acciones separadas y distintas, cuando en realidad nos hallamos ante una sola acción continuada.

Declara el TS que para que para apreciar el delito de prevaricación es necesario que se den los siguientes requisitos: a) una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; b) que sea objetivamente contraria al Derecho, esto es, ilegal; c) que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el

propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable; d) que ocasione un resultado materialmente injusto; y e) que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho.

Por su parte, el delito de gestión interesada está integrado por los siguientes requisitos: a) el sujeto activo ha de ser una autoridad o funcionario que interviene por razón de su cargo en un contrato u operación; b) que el sujeto, abusando o aprovechándose de las funciones públicas que ejerce, tome interés en dicho contrato, que casualmente tendrá naturaleza económica (aunque puede referirse a cualquier otra compensación privada), y en el cual se inmiscuye él para obtener un beneficio; y c) que el dolo consista en la voluntad concreta de asumir a la vez su intervención como cargo público y como interesado en la operación, no siendo necesario que haya engaño o lucro, por tratarse de un delito de mera actividad.

Aunque sean en esencia unos mismos hechos los cometidos por el mismo autor, ambos tipos aplicados protegen bienes jurídicos diferentes, lo que entra de lleno en el concurso ideal de infracciones a que se refiere el artículo 77.1º y 2º del Código Penal.

En el delito del artículo 439 del Código Penal se pretende la defensa del interés de la Administración pública, más moral que patrimonial, así como la preservación de la integridad y rectitud del funcionario, o incluso la moralidad en la actuación del mismo. Se trata en suma de proteger el patrimonio público del peligro que constituye la duplicidad de posiciones del funcionario, cuando actúe simultáneamente como gestor de la administración y como particular interesado en el negocio, desdoblamiento ilícito que la ley trata de impedir en el desarrollo de actividades contrapuestas y contradictorias, con la consiguiente mala imagen pública del mismo, al instrumentalizar de ese modo el cargo que desempeña.

A su vez el delito de prevaricación administrativa tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación: a) el servicio prioritario a los intereses generales; b) el sometimiento pleno a la ley y al derecho; y c) la absoluta objetividad en el cumplimiento de sus fines (art. 103 CE). Por ello, la sanción de la prevaricación garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un estado social y democrático de derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas. Por lo cual, es claro que una vez dictada la resolución arbitraria ya resulta lesionado el bien jurídico, al quedar menoscabado el ejercicio de la función pública de acuerdo con el principio de legalidad y los restantes principios exigibles por la Constitución de un Estado de Derecho. Sin que sea preciso que, con arreglo a la redacción del precepto, la resolución tangible para un ciudadano determinado o un ámbito específico de la Administración.

En nuestro caso, sin embargo, la conducta enjuiciada ha avanzado un paso más de lo que integraría el delito de prevaricación, materializándose en conductas ilícitas, igualmente previstas como delictivas (gestión interesada) de tal suerte que el delito de prevaricación no abarca y absorbe el de gestión interesada, no produciéndose un solapamiento total de ambas conductas, precisamente por no ser coincidentes los bienes jurídicos que protegen ambas infracciones.

CONCEPTO DE FUNCIONARIO A LOS EFECTOS PENALES. DELITO DE MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS. GERENTE DE UNA EMPRESA DE TITULARIDAD MUNICIPAL

Sentencia número 83/2017 de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 14 de febrero.

Recurso de casación 965/2016.

Ponente: Carlos Granados Pérez.

El TS declara que el Gerente de una sociedad municipal cumple la condición exigida por el artículo 24 del CP, esto es, participar del ejercicio de las funciones públicas, siempre que, de acuerdo con los Estatutos Sociales tenga plenos poderes de disposición sobre las cuentas de la sociedad. Esta interpretación amplia del concepto de funcionario público ha sido la tónica seguida por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, rebasando así las líneas definitorias del concepto administrativo de funcionario, en tanto se atiende de forma primordial a la función desempeñada, alcanzando incluso al personal laboral contratado para el ejercicio de funciones en el ámbito de un organismo público.

II. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

PREMIO POR JUBILACIÓN ANTICIPADA DE FUNCIONARIO DE ADMINISTRACIÓN LOCAL. LEGALIDAD

Sentencia número 3197/2016 de la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Granada, de 19 de diciembre.

Recurso contencioso administrativo 328/2015.

Ponente: Inmaculada Montalbán Huertas.

El Ayuntamiento de Almería deniega a uno de sus funcionarios la solicitud de abono del premio de jubilación voluntaria establecida en el Acuerdo de Funcionarios del Ayuntamiento, vigente a la sazón; interpuesto recurso contencioso, el Juzgado de este orden de Almería lo desestima, e interpuesto apelación contra esta sentencia, el TSJA la estima.

La sentencia de instancia desestimó la pretensión con el argumento de prohibición legal de retribución alguna por jubilación distinta a la prevista en el Régimen General de la Seguridad Social. Previsión legal de rango superior al art. 23 del Acuerdo municipal de funcionarios 2008-2011, en el que el recurrente justifica su pretensión.

El TSJA declara que la naturaleza de los premios por jubilación ha sido muy discutida dentro de la jurisprudencia. Por una parte se encuentra la línea jurisprudencial según la cual tienen naturaleza retributiva, y no se encuentran dentro de las materias que pueden ser objeto de negociación, por no tener acomodo entre ninguno de los componentes de la estructura salarial de los funcionarios. De otra parte se sitúan las sentencias que consideran estas medidas como asistenciales, no retribuyen la prestación de servicios, sino que prestan auxilio a los funcionarios ante determinadas situaciones de necesidad. La falta de una regulación más detallada de contenido de las medidas de acción social ha suscitado dudas sobre la naturaleza del denominado "premio de jubilación" y ha generado contradicciones que finalmente han sido resueltas en el sentido de considerar como acción social las ayudas a la jubilación. De otra forma la diferenciación entre el régimen de funcionarios y laborales podría ser constitucionalmente discriminatoria. Añade que toda medida de asistencia social tiene un coste económico cuyo control de legalidad se efectúa impugnando los presupuestos municipales.

La actual línea jurisprudencial explica que el premio por jubilación forzosa no es sino una mejora voluntaria en las prestaciones por jubilación (artículo 39 del Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio), que puede ser pactada en el marco de la negociación colectiva al amparo del artículo 37.1 e) del Estatuto Básico del Empleado Público, que se refiere a "los planes de Previsión Social Complementaria", y apartado g) "los criterios generales para la determinación de prestaciones sociales y pensiones de clases pasivas". No hay ninguna razón para hacer una interpretación restrictiva de estos preceptos, excluyendo la posibilidad de establecer regímenes de previsión social complementarios, y diferenciando en esto el régimen de los funcionarios de aquél de los empleados laborales de las administraciones públicas.

En el presente caso, el llamado premio de jubilación regulado el artículo 23 del Acuerdo municipal se trata de ayudas sociales que se ofrecen a los funcionarios que accedan a la jubilación voluntaria "consistente en un porcentaje de costo total que habría de soportar el Ayuntamiento de Almería desde la fecha en que el funcionario accede a la jubilación voluntaria hasta aquella en que cumpliera la edad de jubilación forzosa, incrementado

cada año con el porcentaje del IPC correspondiente, de acuerdo con la siguiente escala: 50 % con una antelación de un año; 45 % con una antelación de dos años; 40 % con una antelación de tres años; 35 % con una antelación de cuatro años; 30% con una antelación de cinco años. Dicho premio no podrá rebasar, en ningún caso, la cantidad de 556.482,79 Euros. El importe resultante del premio se dividirá proporcionalmente en tantas mensualidades como aquella que le resten al funcionario desde la fecha en que accede a la jubilación voluntaria hasta que cumpliera la edad de la jubilación forzosa, haciéndose efectivo en mensualidades consecutivas hasta el cumplimiento de dicha edad de jubilación forzosa."

En consecuencia, según el criterio más reciente estas ayudas sociales se encuentran dentro del ámbito de negociación de los funcionarios, por lo que el TSJA estima el recurso de apelación y reconoce y revoca el derecho del funcionario de carrera del Ayuntamiento demandado jubilado voluntariamente a la edad de 63 años con efectos de 1 de abril de 2013 en el Régimen General de la Seguridad Social - al abono de 41.697,09 euros en concepto de ayuda social por acceso anticipado a la jubilación (24 mensualidades por 1.737,38 euros).