

CRÓNICA DE JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TSJ DE ANDALUCÍA

LUIS ÁNGEL GOLLONET TERUEL¹

La Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía tiene su capital en Granada, pero cuenta también con otras dos Salas desplazadas en Sevilla y Málaga. En la capital judicial, por su parte, la Sala de lo Contencioso está dividida en cuatro secciones funcionales. El reparto de competencias entre las distintas secciones ha sido objeto de Acuerdo de 13 de julio de 2022, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, publicado en el Boletín Oficial del Estado de 25 de julio de 2022.

La Sección Primera conoce de los recursos en materia de contratación pública, responsabilidad patrimonial, dominio público y propiedades especiales, y régimen jurídico local. La Sección Segunda se encarga de los recursos contra la actuación de la Administración tributaria. La Sección Tercera de la materia relacionada con el medio ambiente, Universidad, función pública y Seguridad Social. Y la Sección Cuarta conoce de los recursos en materia de urbanismo, expropiación forzosa, y extranjería. Algunos asuntos son conocidos por el Pleno, y luego hay otros criterios residuales para el reparto de asuntos.

En la siguiente crónica de jurisprudencia vamos a hacer referencia a una resolución judicial de cada una de las secciones señaladas.

I. SECCIÓN 1ª. Auto nº 267/2021, de 10 de mayo de 2021, recurso 908/2021.

Aunque pueda parecer que ya es algo del pasado, hace tan solo dos años que se declaró el estado de alarma mediante Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, luego declarado inconstitucional (STC 148/2021, de 14 de julio de 2021), como consecuencia de la pandemia causada por el coronavirus, pandemia de la que aún se padecen algunas consecuencias y que a día de hoy sigue condicionando, aunque en menor medida, determinados aspectos de la vida cotidiana.

Decía Benjamín Franklin que quienes renuncian a la libertad por la seguridad, no merecen ni una ni otra, y acaban perdiendo ambas.

Según los datos oficiales, España fue uno de los países con más contagiados y elevado

¹ Magistrado de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Andalucía. luis.gollonet@poderjudicial.es

número de fallecidos, más afectación en la economía y con menor libertad, ya que se acordó un confinamiento muy estricto en nombre de la seguridad, que fue contrario a la Constitución y los más elementales derechos fundamentales, como la libertad de circulación, el derecho de reunión, el derecho de manifestación, la libertad religiosa, la tutela judicial efectiva, o el derecho de asociación.

Además, durante este periodo la Administración ejerció una fortísima e inaudita actividad sancionadora, llegando a imponer más de un millón de multas (1.142.127, según los datos del Ministerio del Interior, que no incluyen a País Vasco y Cataluña) en apenas tres meses (de marzo a junio de 2020), cifras sin parangón en el periodo democrático, e incluso sin precedentes en otros periodos. Muchas de tales multas fueron recurridas en vía judicial y anuladas por ser ilegales por los Juzgados de lo Contencioso, y el resto fueron luego anuladas en su gran mayoría tras la STC 148/2021.

A pesar de estos demoledores datos, seguimos careciendo de un marco normativo que nos permita afrontar con seguridad jurídica futuras epidemias, aunque sí que hay diversos criterios jurisprudenciales.

En ese contexto, se aprobó la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, que modificó el artículo 10.8 de la Ley 13/1998, de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA), que dispuso que los Tribunales Superiores de Justicia "*conocerán de la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que las autoridades sanitarias de ámbito distinto al estatal consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente*".

Ese apartado de la ley también fue declarado inconstitucional por la STC 70/2022, de 2 de junio, pero en ese ínterin se dictaron diversas resoluciones por todos los TSJ en las que, en defensa de los derechos fundamentales y la Constitución, se denegaron medidas contrarias a la Carta Magna que habían adoptado las autoridades sanitarias, tales como confinamientos perimetrales, toques de queda o pasaporte COVID.

Como ejemplo de tales decisiones, vamos a hacer referencia al Auto nº 267/2021, de 10 de mayo de 2021, del Pleno de la Sala de lo Contencioso, que denegó la solicitud de la Junta de Andalucía de confinar el municipio de Montefrío, y fijó un criterio luego reiterado por la Sección Primera al denegar los confinamientos perimetrales de Granada capital, Bailén, Peal de Becerro, y diversos municipios.

El fundamento de la solicitud de confinamiento formulada por la Administración autonómica estaba en que el municipio de Montefrío había superado la tasa de 1.000 casos de infecciones por el SARS-Cov-2 por cada 100.000 habitantes en 14 días, y el confinamiento se denegó por tres motivos fundamentales, a saber:

1) La regulación de los derechos fundamentales debe hacerse por ley orgánica, como exige el artículo 81.1 de la Constitución, por lo que las leyes sanitarias autonómicas, al ser leyes ordinarias, no son fundamento jurídico habilitante para una afectación tan grave de los

derechos fundamentales. Por su parte, la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, en su artículo 3, se considera que solo permite adoptar medidas de aislamiento para quienes estén o hayan estado en contacto con la enfermedad, pero no de manera indiscriminada. Se razona que el citado artículo 3 adolece de una imprecisa redacción, y, por tanto, en la hipótesis de que la norma admitiera distintas interpretaciones, deberá optarse por aquella que resulta más favorable al ejercicio de los derechos fundamentales y, en consecuencia, procurar un entendimiento restrictivo de los límites que el ordenamiento jurídico.

2) El confinamiento del municipio de Montefrío durante 7 días carece de justificación y no supera el necesario juicio de idoneidad. Respecto de la motivación se razona que *"en atención a los limitados datos puestos a disposición de este órgano judicial, se desconoce la extensión o nivel de propagación del COVID-19 en los municipios que limitan con Montefrío, por razones únicamente imputables a la Administración autonómica. En este contexto, no es posible afirmar que se encuentren debidamente acreditadas las premisas que pudiera amparar la adopción de esta medida, y, por tanto, que se halle justificada en el caso concreto"* y en cuanto a la idoneidad se considera que la Administración podría adoptar otras medidas que no fueran tan lesivas para los derechos fundamentales.

Y 3) por falta de proporcionalidad, pues *"no puede considerarse proporcionado ni justificado, de esta manera, situar en un plano de equivalencia jurídica a los ciudadanos que se encuentre plenamente inmunizados respecto de aquellos que no han recibido ambas dosis de la vacuna, pues su situación sanitaria es distinta. Dicho con otros términos, si el título habilitante de la medida que nos ocupa es conjurar un riesgo de carácter transmisible, no supera el canon de razonabilidad limitar con idéntica intensidad el derecho fundamental a la libre circulación de un conjunto de la población en la que el citado riesgo es inferior"*.

En cualquier caso, más allá de ejemplos concretos, sería conveniente reflexionar sobre los límites del derecho de excepción, las garantías de los derechos fundamentales especialmente en momentos de crisis sanitaria, y analizar sosegadamente qué mecanismos jurídicos deberían ser modificados para, en un hipotético caso, tener las herramientas adecuadas para afrontar futuras situaciones similares con la necesaria seguridad jurídica que en los últimos dos años ha brillado por su ausencia.

II. SECCIÓN SEGUNDA. Sentencia nº 4833/2022, de 29 de noviembre de 2022, recurso nº 1529/2019.

¿Vale la pena recurrir en vía judicial un embargo, una sanción tributaria o una liquidación de 120 euros? Esta pregunta, que puede parecer un tanto absurda, en realidad tiene graves implicaciones para el derecho a la tutela judicial efectiva. En efecto, cuando se interpone un recurso, más allá de cuestiones jurídicas, hay una racionalidad económica subyacente en la decisión de recurrir. De tal forma que, si cuesta más el proceso que el acto recurrido, no tiene sentido económico iniciar un proceso judicial.

En esta sentencia, en la que se recurre un embargo por el impago de una multa de 120 euros, se aborda una interpretación del artículo 139 de la LJCA en relación con el artículo 394.3 de la LEC que pretende hacer efectivo el derecho de acceso a la jurisdicción como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva. Y así, en conclusión, se expone que cuando se recurren actos administrativos de escasa cuantía (en general, menos de 1.500 euros), si se imponen las costas al recurrente, deben limitarse a una tercera parte de la cuantía del proceso, lo que supondría, en ese caso concreto, un máximo de 40 euros. Pero, por el contrario, en caso de estimación del recurso, no se limitan las costas a abonar por la Administración, esto es, no se aplica el límite de una tercera parte de la cuantía del proceso (40 euros), pues de lo contrario no se garantizaría la indemnidad del recurrente.

La diferencia de trato se justifica porque el principio de igualdad que refieren los artículos 1.1, 9.2 y 14 de la Constitución, entre otros, implica tratar de forma igual los supuestos de hecho iguales, y permite que se trate de forma desigual lo que es desigual y es claro que la Administración pública, cuando interviene en un proceso, no se encuentra en la misma posición jurídica o procesal que un ciudadano, no solo por los privilegios procesales y las potestades exorbitantes que tiene la Administración, sino, sobre todo, en lo que a la imposición de costas se refiere, por la existencia de unos cuerpos o servicios jurídicos permanentes, especializados y prestigiosos como la Abogacía del Estado, por lo que *"en este estado de cosas, resulta justificado que no se dé un trato igual a lo que es abiertamente desigual, esto es, no es la misma posición jurídica la que tiene un ciudadano cuando accede a la jurisdicción que la posición que tiene la Administración Pública, lo que justifica que no tengan un idéntico trato en la imposición de costas."*

La razón jurídica de que en estos procesos de escasa cuantía en que se anula el acto administrativo no se aplique como límite máximo de las costas la cantidad de 40 euros (tercera parte de la cuantía del proceso), la encontramos en los artículos 24.2 y 106.1 de la Constitución, y en lo que se denomina la "garantía de indemnidad jurisdiccional" o "garantía de indemnidad al recurrir".

En efecto, con arreglo a la citada jurisprudencia constitucional, no se compece con el derecho a la tutela judicial efectiva *"un impedimento injustificado para el acceso a la Justicia en sus distintos niveles"*.

Y cuando la baja cuantía de las costas hace que la eventual reducción del importe de la sanción en caso de pago voluntario sea, en muchas ocasiones, lo menos perjudicial para el afectado, pese a estar convencido de la ilicitud del acto sancionador, tampoco se cumple con el derecho fundamental.

En el caso de la Sentencia de 29 de noviembre de 2022, lo que se discute es un embargo de 120 euros; al haberse estimado el recurso, si se impusieran las costas a la Administración en la cuantía máxima de 40 euros, es posible que el Letrado del recurrente una vez cobrados 40 euros de la Administración condenada a su pago, procediese a reclamar el resto de su minuta, que sería muy superior a 40 euros.

En esta tesitura, si antes del recurso el recurrente hubiera decidido no recurrir, el coste de

tal decisión habría sido 120 euros; una vez interpuesto el recurso, y, pese a haber ganado el recurso con costas, si se limitan las costas a 40 euros su situación no es mucho mejor, sino peor. Pues cuando su Letrado (y su Procurador) le pasen al cobro sus minutas, resultaría el irritante espectáculo de que el coste de su decisión sería muy superior a 120 euros, pese a haber ganado el proceso judicial.

Y, en todo caso, el hecho de recurrir y ganar el recurso no habría garantizado su indemnidad, esto es, el recurrente no habría quedado en la misma situación que si no se hubiera dictado el acto administrativo anulado por Sentencia.

Esta situación, manifiestamente injusta, no se compadece con el derecho a la tutela judicial efectiva, porque se sitúa a quien recurre y gana un proceso contra la Administración con condena en costas en una posición peor que si se hubiera acogido al pronto pago o hubiera aceptado una sanción o liquidación que era ilegal.

Dicho con otras palabras, en este recurso, con arreglo a la citada jurisprudencia constitucional, no se compadece con el derecho a la tutela judicial efectiva “un impedimento injustificado para el acceso a la Justicia en sus distintos niveles”, siendo tal impedimento injusto e injustificado un cálculo básico sobre los costes y las costas del proceso.

Y es que, se concluye, cuando la baja cuantía de las costas hace que la eventual reducción del importe de la sanción en caso de pago voluntario sea lo menos perjudicial para el afectado, pese a estar convencido de la ilicitud del acto sancionador o pese a conseguir la estimación del recurso con imposición de las costas, tampoco se cumple con el derecho fundamental.

Para evitar esa situación, en definitiva, se establece el criterio de la no limitación de las costas a abonar por la Administración en los casos de escasa cuantía.

Por lo que, respondiendo a la pregunta inicial, de si vale la pena recurrir en vía judicial una sanción tributaria o un embargo de 120 euros, pregunta que estaba pendiente de responder, hemos de responder que sí, con esta jurisprudencia, que tiene en cuenta los costes del proceso en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva.

III. SECCIÓN TERCERA. Sentencia nº 476/2022, de 25 de febrero de 2022, recurso de apelación nº 113/2022.

La influencia del Derecho comunitario en la vida jurídica nacional de los Estados miembros de la Unión Europea es innegable y afecta en ocasiones a ámbitos o situaciones muy diversos. En esta sentencia se trata una cuestión de máxima actualidad relacionada con los empleados públicos que no son funcionarios de carrera, pero que por un abuso de la Administración pública en la contratación temporal llevan años desempeñando sus funciones en un mismo puesto, llegando a ostentar la cualidad de “interinos”.

Es un asunto de actualidad precisamente por el influjo del Derecho comunitario y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que en diversas resoluciones ha alertado del fraude que supone este abuso de la contratación temporal, y de la obligatoriedad de poner fin a tales situaciones. Ahora bien, recogiendo la última jurisprudencia del Tribunal Supremo, la Sentencia de 25 de febrero de 2022 del TSJ señala que *“en la situación de abuso en la contratación temporal de personal interino la solución sancionadora no era la conversión de la relación temporal en una relación definitiva, sino la subsistencia y continuación de tal relación de empleo, con los derechos profesionales y económicos inherentes a ella hasta que la Administración cumpla en debida forma con lo que está obligada por Ley”*. Y añade que *“la adquisición de la condición de personal funcionario/estatutario solo es posible a través de la superación de un proceso selectivo”*.

En el caso que analizamos, por tanto, se desestima la pretensión de la recurrente del reconocimiento de su condición de empleada pública fija y su derecho a permanecer en el puesto de trabajo que actualmente desempeña con los mismos derechos y sujeción al régimen de estabilidad que rige para los funcionarios de carrera. Y, además, se rechaza la pretensión subsidiaria de que se le reconozca el derecho a ser indemnizada por esta situación con la cantidad de 12.500 euros, por el perjuicio ocasionado al ser mantenida en una situación de abuso de temporalidad desde el año 1999.

Se desestima la petición de indemnización por los daños y perjuicios porque *“el mero hecho de que haya habido una situación objetivamente abusiva, no puede determinar la conversión directa de la relación de duración determinada en una de carácter fijo y no implica automáticamente que quien se halló en ella haya sufrido un daño efectivo”*.

IV. SECCIÓN CUARTA. Sentencia nº 4147/2021, de 2 de diciembre de 2021, recurso nº 98/2018.

En esta sentencia se analizan los principios del Derecho sancionador, en el marco de un expediente disciplinario abierto a un funcionario de correos por falta grave de desconsideración con un superior jerárquico.

Los hechos por los que se sanciona, según el expediente sancionador, hacen referencia a que tras *“una discrepancia con un compañero sobre quién de los dos debía llevar un paquete para su reparto, lo lanzó en dirección hacia el otro empleado, quedando roto en el suelo y saliendo el contenido fuera de su embalaje. En ausencia de acta de deterioro y ante la disparidad de testimonios, no ha podido establecerse con certeza si la rotura se produjo como consecuencia del impacto con el suelo o ya estaba anteriormente deteriorado. A continuación, el Sr. X, en vez de recoger el paquete del suelo se negó a ello, teniéndolo que recoger la responsable de la Unidad mientras que el expedientado profería gritos contra el otro empleado y contra ella”*.

Se califican los hechos como falta tipificada en el art. 7.1.e) del 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, en correlación con el art. 54.1 del 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 TREBEP), siendo la falta por la que se le sanciona por *“La grave desconsideración con los superiores, compañeros o subordinados”*.

El punto de partida de este expediente sancionador, como todos, está en la presunción de inocencia, de tal forma que es la Administración quien tiene que aportar pruebas de cargo suficientes que acrediten la comisión de la infracción. El Tribunal, en su constitucional función de controlar la legalidad de la actuación administrativa, considera que hay prueba de cargo que corrobora la realidad de los hechos, en particular las testificales de los presentes en el incidente, así como las propias declaraciones del sancionado, y, finalmente, se considera que los hechos son típicos.

Se trata de un asunto del que conoció el Tribunal en primera instancia, y cuya sentencia no fue recurrida. De tal forma que no se planteó si cabía o no un derecho a la segunda instancia como consecuencia de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de junio de 2020 dictada en el caso *“Saquetti Iglesias contra España”*. En esta sentencia del TEDH se condenó a España por vulneración del artículo 2 del Protocolo nº 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que regula el derecho a un doble grado jurisdiccional en materia penal, por entender que contra una sentencia dictada en única instancia que resuelve sobre una sanción administrativa grave de naturaleza penal es necesario que se garantice la posibilidad de recurso en segunda instancia.

La propia jurisprudencia del TEDH, en el caso Engel y otros contra Países Bajos señala que una sanción grave de naturaleza penal se da en función de los siguientes requisitos (conocidos como criterios Engels): 1) la calificación de la infracción en el Derecho interno; 2) la naturaleza de dicha infracción, lo cual a su vez tiene que apreciarse a la luz de: o la magnitud del colectivo al que se dirige la norma, o de la naturaleza de los intereses protegidos y o de la existencia de un objetivo de disuasión y represión; y 3) la gravedad de la sanción.

El Tribunal Supremo, en Sentencia del Pleno de la Sala Tercera de 25 de noviembre de 2021 señaló, sobre la posibilidad de que el recurso de casación fuera una vía adecuada para garantizar la doble instancia que *“la exigencia de revisión por un tribunal superior de la sentencia confirmatoria de una resolución administrativa por la que se impone una sanción de naturaleza penal, a que se refiere el artículo 2 del Protocolo n.º 7 del CEDH, en la interpretación dada por la sentencia del TEDH, de 30 de junio de 2020, en el asunto Saquetti contra España, puede hacerse efectiva mediante la interposición de recurso de casación, para cuya admisión habrá de valorarse si en el escrito de preparación se justifica la naturaleza penal de la infracción que ha sido objeto de sanción en los términos establecidos por el TEDH y el fundamento de las infracciones imputadas a la sentencia recurrida al confirmarla resolución administrativa sancionadora”*.

