

A ESTRUTURA
E O CONTEÚDO
DAS DECISÕES
JUDICIAIS



DOMINUS DEDIT
DOMINUS ABSTULIT



VULTUS EORUM
MELIORES APPARUERUNT



PRU
DEN
TI



FORTI
TU
DO

++ IN · SECURITATE
· REGENS · AC · DUCENS
+++ PRUDENTIA

CONSTANTER · ET · VIRI
LITER · SEMPER · AGENS
+++ FORTITUDO



IU
STI
TIA




TEMPE
RAN
TIA

++ SUUM · CUIQUE
· RITE · TRIBUENS
++++ IUSTITIA

NON · TEMERE · SED ·
MODERATE · UTENS
++ TEMPERANTIA



LUCYVA
1901



O Colóquio foi – com sentido de oportunidade e utilidade – organizado pela Associação dos Magistrados da Jurisdição Administrativa e Fiscal de Portugal.

O Centro de Estudos Judiciários pela relevância e interesse do tema associou-se nesta fase de publicação e divulgação.

Porque interessa a magistrados de todas as jurisdições.

Porque releva para quem contacta com Tribunais...

Para ler e...esperar por mais....

(ETL)

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



Ficha Técnica

Nome:

A estrutura e o conteúdo das decisões judiciais

Coleção:

Caderno Especial

Conceção e organização:

Carlos Luís Medeiros de Carvalho – Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal Administrativo

Dora Lucas Neto – Juíza Desembargadora do Tribunal Central Administrativo Sul

Intervenientes:

Carlos Luís Medeiros de Carvalho – Juiz Conselheiro, Presidente da AMJAFP

Vítor Manuel Gonçalves Gomes – Juiz Conselheiro, Presidente do Supremo Tribunal Administrativo

José António Mouraz Lopes – Juiz Conselheiro do Tribunal Contas

Edgar Taborda Lopes – Juiz Desembargador, Coordenador do Departamento da Formação Centro de Estudos Judiciários

Esperança Mealha – Juíza Desembargadora, Referendária no Tribunal Geral da União Europeia

Mercenario Villalba Lava – Juez del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura

Revisão final:

Edgar Taborda Lopes

Lucília do Carmo Perdigão – Departamento da Formação do CEJ

Ana Caçapo – Departamento da Formação do CEJ

Notas:

Para a visualização correta dos e-books recomenda-se o seu descarregamento e a utilização do programa Adobe Acrobat Reader.

Foi respeitada a opção dos autores na utilização ou não do novo Acordo Ortográfico.

Os conteúdos e textos constantes desta obra, bem como as opiniões pessoais aqui expressas, são da exclusiva responsabilidade dos/as seus/suas Autores/as não vinculando nem necessariamente correspondendo à posição do Centro de Estudos Judiciários relativamente às temáticas abordadas.

A reprodução total ou parcial dos seus conteúdos e textos está autorizada sempre que seja devidamente citada a respetiva origem.

Forma de citação de um livro eletrónico (NP405-4):

AUTOR(ES) – **Título** [Em linha]. a ed. Edição. Local de edição: Editor, ano de edição.
[Consult. Data de consulta]. Disponível na internet: <URL:>. ISBN.

Exemplo:

Direito Bancário [Em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015.

[Consult. 12 mar. 2015].

Disponível na

internet: <URL: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Direito_Bancario.pdf.

ISBN 978-972-9122-98-9.

Registo das revisões efetuadas ao e-book

Identificação da versão	Data de atualização
1.ª edição – 05/06/2020	

A estrutura e o conteúdo das decisões judiciais

Índice

1. Notas de abertura	9
Carlos Luís Medeiros de Carvalho e Dora Lucas Neto	
2. Conteúdo, forma e fundamentação da sentença. O estado da questão	13
Vítor Manuel Gonçalves Gomes	
3. Estrutura e conteúdo das decisões judiciais – «Experiências»	19
José António Mouraz Lopes	
4. Estrutura e conteúdo das decisões judiciais ou fazer uma sentença – o paradoxo da síntese fundamentadora	27
Edgar Taborda Lopes	
5. Notas sobre a adoção de regras formais para a redação das decisões judiciais	33
Esperança Mealha	
6. Estrutura e conteúdo das decisões judiciais em Espanha. O uso da informática judicial e a sua influência na devida congruência, clareza e precisão das sentenças	59
Mercenario Villalba Lava	
7. Estrutura e conteúdo das decisões judiciais. Breve balanço	75
Carlos Luís Medeiros de Carvalho	
Anexos	
Alemanha	79
Dinamarca	87
Espanha – Tribunal Supremo	91
Espanha – Estremadura	173
Espanha – Audiência Nacional	209
França	233
Itália	311
TJUE	389

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



1. NOTAS DE ABERTURA

CARLOS LUÍS MEDEIROS
DE CARVALHO E
DORA LUCAS NETO

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



1. NOTAS DE ABERTURA

Carlos Luís Medeiros de Carvalho*

Dora Lucas Neto**

O colóquio que está na base deste livro digital [e-book], tendo sido dirigido apenas a juízes da jurisdição administrativa e fiscal poderia, numa primeira abordagem, ter soado a estranho e bizarro, mas hoje sabemos que esta primeira abordagem não se confirmou e que não foi tempo perdido e em vão o que se passou naquela manhã.

Poderíamos começar por dizer que o tema era muito óbvio: as sentenças e os acórdãos são textos, textos jurídicos, escritos para serem lidos.

Poderíamos também dizer que não nos esquecemos que o seu leitor mais direto serão os advogados, destinatários mediatos dessas decisões; as partes, destinatários imediatos das mesmas, sobre a vida de quem, estas se vão inevitavelmente repercutir; o público em geral, porque cada vez mais interessado no que “dizem” e como decidem os tribunais, órgãos de soberania; mas também os próprios magistrados e a academia, no estudo e análise da jurisprudência, ainda que cada um sob diferente foco e perspetiva.

Não podemos esquecer-nos de “ninguém¹”, para que não julgue que não faz parte deste contexto.

O que todos queremos é encontrar nas decisões judiciais o que procuramos e perceber o que nelas foi decidido, ainda que delas possamos dissentir.

Começar a refletir em conjunto sobre como se pode melhorar o conteúdo, a forma e a fundamentação das decisões judiciais foi o que a Associação se propôs dar início.

Procurar extrair e encontrar, com essa reflexão, algumas linhas mestras, ideias e consensos junto e entre os juízes desta jurisdição e, desta feita, tal poder vir a ser uma mais-valia para os objetivos traçados, isso constitui o nosso projeto.

Nunca desistir de fazer mais e melhor pela jurisdição administrativa e fiscal tal será sempre o nosso objetivo.

Esperamos, por isso, voltar a este assunto muito em breve, ficando neste livro digital, que ora se publica, o registo documental das intervenções havidas no colóquio que teve lugar no dia 20 de abril de 2018, no auditório do Tribunal de Contas.

* Juiz Conselheiro, Presidente da AMJAFP.

** Juíza Desembargadora, Vogal da AMJAFP.

¹ Referência à personagem do Romeiro (D. João de Portugal), da peça *Frei Luís de Sousa*, de Almeida Garrett.

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



**2. CONTEÚDO,
FORMA E
FUNDAMENTAÇÃO
DA SENTENÇA. O
ESTADO DA QUESTÃO**

VÍTOR MANUEL
GONÇALVES GOMES

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



2. CONTEÚDO, FORMA E FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA. O ESTADO DA QUESTÃO

Vítor Manuel Gonçalves Gomes*

1. Atendendo à maturidade profissional do seu público alvo, o tema deste colóquio é, à primeira vista, surpreendente. Debater a estrutura e o conteúdo das decisões judiciais dir-se-ia, *prima facie*, assunto próprio de começo de vida judiciária, ou de quem tenha de partilhar conhecimentos com quem esteja a dar os primeiros passos nos tribunais. Pois não sabemos todos que a sentença tem uma estrutura tripartida, que se inicia com o relatório que deve consistir numa exposição sucinta dos termos do litígio, a que se segue a fundamentação que incorpora a fixação dos factos provados e a interpretação do direito aplicável, analisando todas as questões que cabe apreciar, e que termina com a decisão ou parte dispositiva, na qual o juiz toma posição explícita sobre as pretensões deduzidas, não se esquecendo de condenar em custas? Sabemos bem, mesmo que a nossa prática nem sempre corresponda ao ideal deste modelo normativo. A finalidade do colóquio não é obviamente ensinar estes rudimentos jurídicos ou discorrer teoricamente sobre o conceito de sentença. Nem sequer visa em primeira linha, embora desta temática ande mais próximo e ela não esteja arredada da motivação e oportunidade desta iniciativa, reflectir sobre as exigências que os tempos de comunicação totalitária porventura imponham às decisões judiciais, enquanto actos do poder público com um círculo de interessados mais abrangente do que os sujeitos da concreta relação processual em que são produzidas. É, de modo mais profícuo e pragmaticamente orientado para a prestação da justiça como serviço público, corporizada no seu produto final que é a sentença, permitir uma reflexão sobre as práticas - as boas e, porventura, as menos boas práticas - e a comparação de experiências quanto ao modo como, em diversos contextos, se aplicam regras como as do artigo 607.º do CPC, como as do artigo 94.º do CPTA ou outras de conteúdo prescritivo e função similar. Para isso, em boa hora, a Associação juntou aqui, como protagonistas principais e portadores qualificados de informação diversificada para a partilharem e debaterem connosco, um Juiz Conselheiro do Tribunal de Contas, o Coordenador do Departamento da Formação do Centro de Estudos Judiciários, uma Juíza dos Tribunais Administrativos e referendária no Tribunal Geral da União Europeia e um Juiz de um Tribunal superior da vizinha Espanha. Olhares cruzados e a observação de modos diferentes de prosseguir o mesmo objectivo fundamental permitem tomar mais perfeita consciência dos problemas próprios de cada jurisdição e apreciar o alcance das evoluções em curso. E não há melhor nem mais insuspeito ambiente para a discussão destes assuntos sensíveis do que o proporcionado por uma iniciativa de uma associação de magistrados, primeiros responsáveis e interessados em fazer melhor e fazer mais. Que nos tenhamos disposto a responder em número tão significativo ao repto da Direcção da AMJAF é um claro indício do reconhecimento da actualidade e relevância prática do assunto.

2. Como certamente teremos oportunidade de ver ao longo do debate, a preocupação com a melhoria da redacção das decisões judiciais é um tema actual que se insere no moderno conceito de “qualidade da justiça”.

Em vários sistemas judiciários que nos são próximos, a modernização do modo de redacção das decisões dos tribunais tornou-se uma preocupação maior na última década, em ordem à

* Juiz Conselheiro, Presidente do Supremo Tribunal Administrativo.

inteligibilidade, legibilidade, clareza, e conseqüente facilidade de compreensão, das pronúncias dos tribunais.

Atributos entendidos ou relevantes não apenas como requisitos formais do acto processual, mas também como exigência de cidadania. É o caso das - tímidas pelo nosso padrão, mas demoradamente reflectidas e minuciosas - alterações de redacção dos acórdãos do *Conseil Constitutionel*, bem como do *Conseil d'Etat* e demais órgãos da jurisdição administrativa, em França.

Entre nós, o debate não será fácil e dele poderá mais aspirar-se a que a ideia germine do que a colher frutos imediatos. Porque só em pequena parte é matéria de regras jurídicas ou de definição de puros quadros normativos.

Trata-se, sobretudo, de uma questão de cultura profissional sedimentada dos profissionais do foro e do domínio de técnicas e de *know-how* extra-jurídico, com a inerente resistência à mudança, e de ultrapassar uma arreigada atitude de suspeita de ameaça à individualidade e liberdade de expressão de cada juiz, se não à própria independência judicial, perante tudo o que possa indiciar propósitos de normalização.

Na verdade, sobre o sentido das prescrições normativas relativas à estrutura e conteúdo das sentenças há acordo, que eu diria universal na nossa doutrina e na jurisprudência.

Apesar disso, as sentenças dos tribunais portugueses apresentam uma estrutura pouco uniforme e, sobretudo, modos de expressão diversificados.

Ao sabor das preferências estilísticas de cada juiz ou relator, acolhem uma técnica dissertativa que confere a parte delas uma extensão e uma aparência doutrinal ou um pendor académico sem paralelo na maior parte dos sistemas judiciários que nos são próximos.

Geralmente, como é sabido, a extensão desnecessária do texto obscurece ou dificulta a percepção do seu sentido.

É certo que a excessiva brevidade também e que a capacidade de síntese não está ao alcance de todos.

Mas somos demasiado apegados à originalidade e ao estilo próprio de cada juiz ou relator e temos horror – magistrados e advogados – à normalização de procedimentos, que tendemos a confundir com ataque à independência funcional.

E, em boa verdade, muitas vezes não temos sequer tempo para reconduzir os textos que redigimos à concisão e clareza desejáveis, como acto comunicacional que as sentenças também são. Porque combinar clareza e rigor do raciocínio jurídico na exposição dos assuntos exige tempo de reflexão e distanciação perante o texto inicialmente elaborado e disponibilidade para eliminar dele o supérfluo sem afectar a sua integralidade e a capacidade de convencimento.

Simplificar não é sinónimo de abandonar o rigor dos conceitos técnico-jurídicos, nem de aligeirar a fundamentação.

Pecamos por excesso, umas vezes por receio de censura de insuficiência da fundamentação, outras pela tentação de demonstrar erudição ou originalidade ou, concomitantemente, por legítimas preocupações de carreira face ao sistema de avaliação instituído.

Mas, muitas vezes, porque no modo e condições em que exercemos, nem sempre dispomos do tempo e do distanciamento necessários para a revisão dos nossos textos.

O conteúdo e extensão da fundamentação da sentença são, em primeiro lugar, tributários dos termos do contraditório processual. Mas também do “estado da questão” que nela se discute, na jurisprudência dos tribunais superiores.

Algumas decisões podem e devem ser breves, se versam sobre questões repetidas e jurisprudencialmente esgotadas, designadamente por simples transcrição ou por remissão para decisões facilmente acessíveis.

Outras têm necessariamente de ser extensas, quando a complexidade e a novidade das questões ou a dinâmica da lide assim o exigem.

Mas sempre sem perder de vista que o objectivo primordial da fundamentação é expor de modo claro, suficiente e congruente as razões que justificam a solução adoptada relativamente às questões submetidas, ponderando a argumentação dos intervenientes processuais, mas sem digressões nem referências supérfluas.

Por outro lado, o defeito é, em grande parte, induzido pela actuação a montante. Efectivamente, da mesma cultura de excesso comungam as peças processuais das partes, caindo os juízes muitas vezes na prolixidade por receio de abrir espaço para a arguição de nulidades da decisão.

No contencioso administrativo e fiscal a disponibilização às partes, porventura a título experimental ou de experiência piloto, sempre com natureza opcional e com a atractividade de redução significativa de custas, de formulários padronizados em alguns tipos de contencioso mais frequentes e repetitivos poderia contribuir para maior fluidez e celeridade do tratamento dos litígios e para mais fácil cognoscibilidade da norma jurisprudencial na resolução deles, com o consequente efeito dissuasor da litigiosidade.

Mas, em contrapartida, isso impõe que, do nosso lado, haja também capacidade e disposição para a resposta adequada, isto é, tendencialmente padronizada.

Prevejo objecções de ambos os sectores. Que não acompanho, porque só hipostasiando os princípios, desligando-os da sua teleologia imanente, podem repudiar-se medidas prudentes neste domínio, seja em nome da liberdade dos mandatários das partes na defesa dos interesses que lhes é cometida, seja da independência dos juízes.

3. As sentenças não se destinam a fascinar as academias jurídicas ou literárias nem a proclamar preferências dogmáticas individuais.

Devem tratar com completude e rigor jurídico as questões colocadas pelas partes e aquelas de conhecimento oficioso, evidenciando com clareza a *ratio decidendi*, resistindo não só à tentação de dissertações didáticas ou de demonstração pública de erudição, mas também a considerações marginais e picardias.

Aliás, estas são geralmente comprometedoras da imagem de isenção e imparcialidade do tribunal.

A contenção é um dever do juiz.

Muito especialmente do juiz de direito público que exerce o controlo jurídico do poder administrativo.

Deve ter presente que as decisões que profere, ou que prepara ou subscreve como integrante de formações colegiais, são decisões do tribunal.

E deve igualmente ter presente que os acórdãos são, em todos os seus aspectos, da responsabilidade de todos aqueles que os assinam.

Por isso deve ser entendida e exigida como cumprimento normal de um indeclinável dever do cargo, a preocupação dos adjuntos, não apenas com o sentido da decisão mas também com o texto proposto, sem melindres nem receio de melindrar.

A colegialidade deve ser efectiva e responsabilizante. A observância de regras comuns de boas práticas – do género manuais de procedimento ou livros de estilo, de preferência consensualizadas

sem a rigidez da prescrição normativa formal – contribuirão para facilitar a tarefa de todos, com aumento de produtividade e reforço da aceitação das decisões e de prestígio dos tribunais.

Há uma outra ideia que gostaria de adiantar e que é aplicável em todas as instâncias.

O que está dito em anteriores decisões e consideremos ajustado ao tratamento das questões colocadas podemos e devemos repeti-lo, sem preocupações de substituição por sinónimos ou desconforto de aparência de plágio, porque os textos são do tribunal e não de quem acidentalmente teve o encargo de os redigir.

Neste domínio a originalidade não é necessariamente uma virtude e, se nada em nosso julgamento temos a acrescentar, devemos esforçar-nos por promover uma unidade de tom no tratamento substancialmente idêntico das mesmas questões que faça transparecer essa identidade.

4. O esforço de modernização da redacção de sentenças aliás, não se restringe à estrutura, conteúdo e estilo da redacção da decisão da responsabilidade do juiz.

Estende-se à sua própria apresentação gráfica, estilo de formatação e correcção ortográfica e formal.

Também para este efeito seria muito proveitoso que o juiz dispusesse de assessoria e secretariado competente, que o libertasse para a sua tarefa essencial de fixar os factos e dizer o direito.

Posso afirmá-lo com convicção porque, mesmo antes das funções que actualmente desempenho, tive a sorte de beneficiar desse tipo de apoio.

Mas isso são, por agora, contas de outro rosário e é tempo de entrarmos no debate e no cotejo das nossas práticas e realidades com outras experiências de prossecução do mesmo objectivo essencial que é o de decidir os litígios que não são submetidos em tempo razoável mediante decisões cujo rigor jurídico e clareza granjeie – não digo a aceitação porque raramente as sentenças podem agradar a todos – mas o respeito dos destinatários e a compreensão pelo auditório de pessoas prudentes.

Passemos, então, ao trabalho.

**3. ESTRUTURA E
CONTEÚDO DAS
DECISÕES JUDICIAIS
«EXPERIÊNCIAS»**

JOSÉ ANTÓNIO
MOURAZ LOPES

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



3. ESTRUTURA E CONTEÚDO DAS DECISÕES JUDICIAIS – «EXPERIÊNCIAS»

José Mouraz Lopes*

A construção da decisão judiciária sustenta-se numa dimensão dogmática que assume, em muitos países, uma identificação e autonomia própria, evidenciando a importância que a matéria comporta para quem interpreta e aplica o direito e, sobretudo, para quem é destinatário das decisões.

A chamada de atenção para autores tão relevantes como Richard Posner, em obras como *Reflections on Judging*,¹ ou *Judges' Writing Styles (And Do They Matter)*, evidencia a relevância sobre a matéria de «construção» ou elaboração de decisões judiciais.

Estas questões, no entanto, sempre andaram afastadas de todo o processo de formação jurídica nacional e, concretamente, da formação profissional dos magistrados. Com alguns «oásis», o deserto dogmático sobre a matéria é impressionante².

A reduzida relevância atribuída à questão decorre de um profundo enraizamento processual exageradamente formalista, que sempre entendeu o direito numa perspectiva auto-poiética, onde os principais destinatários – os cidadãos – não se apresentavam, num primeiro momento, como sujeitos essenciais e legitimadores das próprias decisões jurisdicionais.

Importa começar por recordar a dupla referência normativo-constitucional de que «os tribunais são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo» [artigo 202.º, n.º 1, da CRP] e que «as decisões dos tribunais que não sejam de mero expediente são fundamentadas na forma prevista na lei» [artigo 205.º, n.º 1, da CRP], norma cujo corolário direto comporta a possibilidade do efetivo controlo dos cidadãos da justiça, nomeadamente pelas decisões proferidas pelos tribunais.

Recorde-se, também, que para além da «resolução do litígio» ou da «estabilização da paz jurídica», a jurisprudência permite a segurança jurídica necessária à manutenção do quadro jurídico-valorativo que cimta a sociedade. Por isso o conhecimento das decisões ultrapassa o mero «auditório» bidimensional que em regra comporta apenas os sujeitos processuais integrantes de um qualquer processo jurisdicional.

Qualquer cidadão, através das decisões e dos seus fundamentos, pode questionar o modo como os juízes aplicam a lei.

Qualquer cidadão, através dos meios formais ou informais (institucionais ou não institucionais) pode exercer o controlo de uma forma efetiva, exprimindo a sua opinião e, tendo legitimidade, despoletar as instâncias formais de controlo específicas quando estas não atuam.

Isto é a matriz essencial do princípio da confiança que a justiça deve assegurar aos cidadãos.

* Juiz Conselheiro no Tribunal de Contas.

¹ *Reflections on Judging*, Harvard University Press, 2013, «Judges' Writing Styles (And Do They Matter)», *The University of Chicago Law Review*, n.º 62, 1995.

² Evidenciamos como «oásis» a obra coletiva coordenada por Rui do Carmo, *Linguagem, Argumentação e Decisão Judiciária*, Justiça XXI, Coimbra Editora, 2012.

Este princípio é, de alguma forma, a base de legitimação de todo o sistema judicial e das suas decisões.

O direito quer-se, no entanto, efetivo.

A efetividade, neste âmbito, comporta a necessidade dos sistemas de justiça adotarem mecanismos e procedimentos que permitam a sua máxima acessibilidade, a compreensibilidade das suas decisões e a disponibilidade das mesmas, quer aos destinatários, quer aos cidadãos em geral.

Trata-se de conformar e tornar «amigável» o conhecimento do sistema judicial e a sua concreta utilização pelos cidadãos.

O objetivo da decisão judicial é resolver definitivamente um conflito e restaurar a paz jurídica, finalizando um procedimento que se sustenta, em regra, através de escolhas alternativas que terminam numa determinada ação.

Independentemente dos quadros normativos específicos estabelecidos nos vários códigos de processo que fixam os requisitos estruturais a que deve obedecer a sentença, a construção de uma decisão judicial assenta num procedimento contraditório, intersubjetivo e público, sustentado numa dimensão argumentativa, tanto factual como jurídica, que se apresenta como elemento estrutural³. Procedimento que funciona por isso, como «espinha dorsal» de toda a decisão.

A decisão deve informar de forma compreensível os seus destinatários do conteúdo decidido de modo a que seja perfeitamente percecionada pelos vários auditórios e, por outro lado, permitir o controlo das autoridades judiciárias de recurso.

Finalmente, e apenas de um ponto de vista tópico, importa fazer emergir a questão da linguagem como questão essencial no processo de construção da decisão.

O discurso jurídico, ainda que obedeça a cânones e terminologias próprias, não pode omitir a necessidade da linguagem a utilizar nas decisões dever ser simples, clara, concisa e direta, evitando termos e expressões que sejam difíceis de compreender. Os conceitos jurídicos devem, se necessário, ser clarificados para que possam ser efetivamente entendidos e compreendidos.

Nas decisões judiciais, que não deixam de assumir uma dimensão narrativa, a linguagem utilizada deve funcionar como um fio condutor que favorece tanto o dispositivo (a decisão), como a fundamentação que o sustenta.

Na elaboração da decisão deve exigir-se, igualmente uma especial atenção à capacidade de síntese. Neste sentido há que escrever o que é efetivamente essencial, eliminando o acessório, nomeadamente a adjectivação e a redundância. De igual modo importa controlar o excesso de linguagem e a prolixidade nos textos produzidos, nomeadamente evitando a utilização de jargão e eliminando fórmulas e rituais desnecessários que transmitem à decisão uma imagem “sagrada”, mas que, quase sempre, são vazias de conteúdo.

³ Desenvolvimento, cf. José Mouraz Lopes, *A Fundamentação da sentença no Sistema Penal Português*, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 157 e seguintes.

Como se referiu, o conhecimento das decisões judiciais como mecanismo de afirmação de confiança de um sistema é um mecanismo relevante da legitimação dos tribunais.

Conhecer publicamente as decisões, discuti-las e sobretudo salientar a sua vinculação como modo de conformação de valores e comportamentos sociais é um exercício fundamental de uma cidadania participativa.

As decisões judiciais dos tribunais superiores continuam, salvo algumas exceções, completamente «inacessíveis», no seu conteúdo, aos cidadãos ou a quem, por, eles se torna seu mensageiro. Quando se fala de «inacessibilidade», não se trata da disponibilidade «física», *on line* da maioria das decisões daqueles Tribunais superiores, atualmente concretizada, em Portugal, por via do IGFEJ⁴.

Olhando para a forma e o estilo das decisões é difícil, ao cidadão «médio», entender, em muitas situações, o próprio conteúdo das mesmas. Desde logo porque não têm um formato idêntico, mesmo no âmbito do mesmo Tribunal.

Igualmente as decisões judiciais, em regra, não têm um estilo comum. Neste domínio, desde o tipo de letra utilizado, que varia consoante o «grau de miopia» de cada um dos relatores, ao espaçamento entre linhas que não obedece a qualquer uniformização do Tribunal onde a mesma é proferida, nada é previsível para quem acede às decisões e quer conhecê-las.

Ainda no âmbito do estilo utilizado, as citações doutrinárias, em regra abundantes, confundem-se sistematicamente com a essência da pronúncia jurisdicional.

A utilização de notas de rodapé, para além de, em termos de hermenêutica jurídica serem erradamente utilizadas, confunde o leitor entre o que é a necessidade, em determinadas circunstâncias, de um *obiter dictum* e o exagerado e desnecessário «floreado» doutrinário.

Ainda de um ponto de vista formal, a extensão do relatório [que faz parte da estrutura da decisão], impede que se chegue, rapidamente, à compreensão da argumentação.

De igual modo, o jargão utilizado torna ininteligível o que deve ser compreendido por todos. Deve sublinhar-se, ainda, que, muitas vezes, as formalidades utilizadas escondem a ausência de substância do que se decide.

Um último tópico decorre da atenção pública a algum tipo de jurisprudência, cada vez mais frequente, com o conseqüente conhecimento público e maior exposição a algumas das suas potenciais vulnerabilidades ou fragilidades, decorrentes, por exemplo, de «excessos» de linguagem. E nesse sentido tais decisões podem transformar-se em casos «quase trágicos» para a própria legitimação dos Tribunais onde foram proferidas.

O discurso e a linguagem jurídica, maioritariamente estabelecidos, e, naturalmente, o seu reflexo nas decisões judiciais comportam por aquelas razões, perplexidades, críticas e mesmo deturpações da própria decisão.

É preciso, por isso, fazer alguma coisa.

Sendo, de alguma forma, difícil alterar uma linguagem técnica específica já não será difícil melhorar a redação dos textos e facilitar a sua compreensão pelos seus destinatários.

⁴ Disponíveis em regra no site <http://www.dgsi.pt/>.

Desde logo o esforço de contenção da escrita utilizada, de rigor e precisão conceptual assumem-se como princípios inequívocos que hoje são exigidos ao juiz.

Por outro lado, mas absolutamente relevante, o princípio da *cross fertilization*⁵ das decisões judiciais em espaços judiciários nacionais, regionais ou mesmo mundiais, deve obrigar a uma reflexão sobre a aplicação mais uniforme das decisões. O que hoje é judicialmente decidido no Luxemburgo ou em Estrasburgo tem repercussões diretas nas decisões judiciais proferidas em Lisboa. Por outras palavras, não é possível omitir o conhecimento e a compreensibilidade da jurisprudência dos Tribunais europeus, tanto do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, como do Tribunal de Justiça da União Europeia. O seu reflexo nas ordens jurídicas nacionais é, hoje, inquestionável.

Mas é possível igualmente harmonizar muitos procedimentos, tornando-os mais simples e claros.

Noutros sistemas há alguma cultura de autorregulação nesta matéria refletida em «Manuais» e/ou «Guias» elaborados pelos próprios Tribunais, nomeadamente por Tribunais Superiores, que assumem um papel fundamental na orientação e disciplina que deve sustentar que a construção das decisões judiciais quer a sua harmonização, de modo a permitir uma efetiva aproximação da decisão aos seus destinatários⁶.

Deve sublinhar-se a relevância de, nesta matéria, ser exatamente a área onde faz todo o sentido evidenciar uma dimensão autorregulatória. Contrariando uma dimensão «paternalista» externa, trata-se de matérias onde os próprios juízes devem assumir um papel proativo, ainda que autocrítico, de modo a perspetivarem, em termos de resposta adequada, ao que lhes é exigido pelos destinatários das suas decisões.

É nesta perspetiva que importa dar conta do caminho que vem sendo efetuado no Tribunal de Contas no sentido de, por um lado criar mecanismos de suporte e ajuda na elaboração das decisões e, por outro lado, tão ou mais relevante, concretizar um caminho de «aproximação» da jurisprudência aos destinatários e ao cidadão (e é só sobre essa dimensão que importa falar) no sentido de melhorar todo o conhecimento das decisões judiciais aí proferidas, concretamente na 1.ª secção⁷ e, conseqüentemente, permitir uma maior aproximação do Tribunal aos cidadãos.

Assim no Plano Trienal do Tribunal de Contas para 2014/2016, bem como no Plano Anual para 2014, foi decidido proceder à harmonização dos modelos de decisões proferidas pela 1.ª secção deste Tribunal.

A justificação para a alteração do modelo vigente até então de decisões decorreu, desde logo, de um ponto de vista processual, da alteração ao Código de Processo Civil ocorrida em 2013

⁵ Como exemplo. Cf. Tullio Treves, «Cross-Fertilization between Different International Courts and Tribunals: The Mangouras Case» in *Coexistence, Cooperation and Solidarity* (2 vols.) Liber Amicorum Rüdiger Wolfrum, International Law ebooks on line, 2011.

⁶ Vidé, entre outros, *Judicial Writing Manual: A Pocket Guide for Judges*, 2.ª ed. 2013 – Federal Judicial Center (US), CreateSpace Independent Publishing Platform; *Guide to Uniform Production of Judgements* – Honourable Justice, Olson, L. T., 1999, Supreme Court of South Australia; *Canadian Guide to the Uniform Preparation of Judgement*, Prepared for the Canadian Judicial Council and the Judges Technology Advisory Committee.

⁷ A 1.ª secção do Tribunal de Contas tem competência, essencialmente e para o que releva nesta sede, para decidir em coletivo a recusa de visto (em subsecção) e julgar os recursos, em Plenário, daquelas decisões [artigo 77.º da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto (Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas)].

que introduziu algumas modificações no regime legal das sentenças e acórdãos, concretamente os seus artigos 607.º e 663.º.

Numa segunda ordem de razões, a justificação para a alteração decorreu da necessidade de harmonizar o modelo de decisões proferidas, concretamente na 1.ª secção, obedecendo a uma estrutura ou estilo semelhante, permitindo-se uma identificação cabal das decisões da secção e do Tribunal de Contas.

À semelhança do que acontece para alguns Tribunais Superiores de Portugal e de outros países, o cidadão, em nome do qual o Tribunal exerce a sua jurisdição, poderá identificar imediatamente uma decisão do Tribunal de Contas, qualquer que seja o seu relator ou a secção de onde emane, ainda que restrito às decisões da 1.ª secção do Tribunal.

O processo e harmonização não foram, num primeiro momento, fáceis. Algumas incompreensões sobre o que estava em causa e, também, as resistências a mudar comportamentos e práticas individuais constituíram um «desacelerador» a um processo que se pretendia mais rápido.

No entanto, foi possível chegar a um consenso de autorregulação sobre a matéria, ainda que circunscrito a uma secção do Tribunal.

Assim e como primeira metodologia de construção de um modelo, foram analisadas, em primeiro lugar os vários tipos de decisões proferidas pelos Conselheiros do Tribunal de Contas ao longo do tempo, decisões de outros tribunais superiores nacionais e tribunais estrangeiros, concretamente tribunais internacionais, bem como decisões de Tribunais de Contas de outros países.

Foi, igualmente, levado em consideração, o teor das Normas de Produção Documental aprovadas pelo Despacho n.º 30/04 –DG do Tribunal de Contas.

Com tal metodologia permitiu-se concluir que seria importante atentar nos seguintes aspetos:

- (i) tendo presente a dimensão mais recente da dogmática que sustenta a racionalidade jurídica, as decisões devem ter o mesmo tipo de letra, o mesmo tamanho de letra, o mesmo espaçamento entre linhas e um corpo de decisão que insira no texto toda a matéria doutrinal relevante, não se utilizando, por regra, o sistema de notas de rodapé;
- (ii) relevar a importância da estrutura da decisão de forma a que no seu «conteúdo» se permita rapidamente identificar alguma parte que seja mais relevante, ou seja, aquele bloco da decisão que possa interessar a um qualquer destinatário, no vasto leque do «auditório» à qual a decisão é dirigida, seja por via de uma citação seja por via de uma constatação de um qualquer problema, procedendo-se, por isso, à identificação dos parágrafos com um número sequencial, eventualmente subdividido em alíneas e subalíneas;
- (iii) finalmente foram tidos em conta os princípios da diferenciação das decisões judiciais e o princípio da concisão, efetuando diferenciações consoante o tipo de decisões proferidas pela secção, nomeadamente decisões proferidas por um juiz singular ou por um coletivo de juízes.

O resultado da reflexão empreendida resultou na aprovação da Resolução n.º 2/2014-16 DEZ 1.ª S/PL, que harmoniza as decisões proferidas na 1.ª secção do TdC, levando em consideração aqueles princípios.

Algumas alterações muito recentes na «estratégia de comunicação do Tribunal de Contas» aprovada já em 2017, vieram modificar alguns pontos da referida circular, nomeadamente o tipo de letra utilizado e nos «cabeçalhos» das decisões, sem pôr em causa o processo de harmonização entretanto conseguido.

Este é, ainda, um caminho em construção que deverá levar a uma extensão do modo de elaboração de decisões a todas as decisões do Tribunal de Contas, ainda que obedeçam a estruturas processuais diferenciadas.

**4. ESTRUTURA E
CONTEÚDO DAS
DECISÕES JUDICIAIS OU
FAZER UMA SENTENÇA –
O PARADOXO DA
SÍNTESE
FUNDAMENTADORA**

**EDGAR TABORDA
LOPES**

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



4. ESTRUTURA E CONTEÚDO DAS DECISÕES JUDICIAIS OU FAZER UMA SENTENÇA – O PARADOXO DA SÍNTESE FUNDAMENTADORA

Edgar Taborda Lopes*

As linhas que se seguem correspondem ao embrião do que virá a ser um texto mais completo e elaborado contendo uma reflexão sobre o que pode ser uma Sentença, que respeite todas as exigências da Constituição e da Lei (incluindo aqui, dentro do possível, uma fundamentação clara e compreensível ao cidadão a que - também - se dirige), mas não deixe de ser uma peça escorreita, objectiva e sem excrescências, tudo com evidentes benefícios em termos de celeridade da administração da Justiça.

Curiosamente, sendo uma matéria formal e que não contende directamente com o seu conteúdo, gera alguma controvérsia, precisamente porque toca em hábitos antigos e arraigados, fazendo - injustamente - temer por uma uniformização/normalização que condicione a liberdade do julgador, o que se tem como pouco crível nas situações normais em que não está em causa litigância de massa.

Esse texto chegará a seu tempo, ficando por ora apenas um seu guia, que foi utilizado na intervenção ocorrida no Colóquio organizado pela AMJAFP, no dia 20/04/2018.

1. O que queremos, na decisão.
2. O que a(s) lei(s) exige(m).
3. O que temos (as diferenças com outros países do nosso entorno; o que fazemos mais e melhor que os outros; a necessidade de dosear o que fazemos bem).
4. O que a Advocacia quer.
5. O que a Comunidade espera.
6. Excesso de fundamentação tem a mais-valia de dar a consciência da necessidade de fundamentar.
7. Uma coisa é a fundamentação e o seu excesso, outra é o conteúdo da fundamentação (a qual pode conter os maiores dislates em apenas duas linhas...).
8. A Sentença é um acto de comunicação com distintos tipos de destinatários, cada qual com o seu nível de percepção e de linguagem (problema do JURIDIQUÊS):
 - COMUNIDADE;
 - PARTES;
 - ADVOGADOS.

* Juiz Desembargador, Coordenador do Departamento da Formação Centro de Estudos Judiciários.

9. A SIMPLIFICAÇÃO pode ser perigosa (porque traiçoeira) e não pode escapar ao RIGOR.
10. A necessidade de haver Advogados/as nos processos tem razões substanciais.
11. O Direito tem linguagem técnica e nem tudo é simplificável ou passível de ser colocado em palavras perceptíveis por todos/as.
12. A linguagem jurídica pode ser clara e sintética.
13. ESTRUTURA - LEI (Base) – CÓDIGOS.
14. CONTEÚDOS - variável - dependem sempre dos casos concretos e do que está em causa.
15. Reflexão sobre o MODELO DE MAGISTRADO que pretendemos. A auto-regulação.
16. Modelo pela negativa (não se quer um juiz autoritário, sobranceiro e/ou prepotente).
17. Modelo de Sentença (porque não?) para cada uma das instâncias.
18. Para a área CÍVEL.
19. Para a área PENAL.
20. Para a área ADMINISTRATIVA.
21. Para a área TRIBUTÁRIA.
22. Especificidades de cada área.
23. A exaustividade na explicação da prova.
24. A descrição dos FACTOS (a insanidade da transcrição dos Certificados de Registo Criminal).
25. O DIREITO
 - 25.1. As citações (entre o excesso e a ausência).
 - 25.1.1. A doutrina.
 - 25.1.1.1. Lá fora.
 - 25.1.1.1.1. Itália veda no art. 118.º do CPC, mas Tribunais às vezes não põem as aspas...
 - 25.1.1.1.2. Inglaterra só se citavam os mortos, mas desde o último quartel do século XX a riqueza da literatura jurídica fez abandonar essa prática.
 - 25.1.1.1.3. Alemanha cita muito.
 - 25.1.1.1.4. França é lacónica e seca (referência a condenações do TEDH por deficiente fundamentação).
 - 25.1.1.2. A situação em Portugal (o “corta e cola”).

25.1.2. A jurisprudência.

25.1.3. Outras citações (poesia, literatura, pintura, desenho, referências cinéfilas, adágios populares, etc.

25.1.3.1. (O perigo da descontextualização e de, depois, alguém só ler essa parte: “Quem cabritos vende e cabras não tem, de algum lado lhe vêm” depois de duas páginas de argumentação).

25.1.4. A lucidez, o propósito e o despropósito: tudo pode ser (des)propositado

25.1.4.1. As três perguntas: é necessário? é útil? é mais valia? (uma resposta negativa deve excluir citação):

25.1.5. As opiniões.

25.1.6. As considerações, as picardias e a reactividade.

25.1.7. O enquadramento.

25.1.8. A adjectivação.

25.1.9. As notas de rodapé, o tipo de letra e seu tamanho.

25.1.10. Os erros ortográficos e os erros gramaticais.

25.1.11. A disciplina de abordar apenas o que é controvertido, duvidoso ou discutível.

25.1.12. O que releva é a justificação das opções (é uma questão de lealdade processual e de transparência).

25.2. Sentença/Decisão - acto processual, acto da República (Francisca Van Dunem), para resolver problemas e não criá-los, mas não deixa de ser um acto pessoal em que o juiz se mostra e mostra quem é e como é (com os riscos que isso implica, que são os riscos da justiça ser humana).

25.3. Sentença/Decisão não deixa de ser uma peça literária.

25.4. Tentar tornar asséptico o que é humano e, como tal, tem cor (dada pelo juiz).

25.5. Ligação ao Modelo de Juiz.

25.6. Juiz é o intermediário (o *interface*) entre:

- a REALIDADE (processo, factos, o litígio que tem diante de si);

- a UNIVERSIDADE (a Doutrina que estudou as questões);

- a PRÁTICA JURISPRUDENCIAL (a bem da segurança jurídica);

- a sua PRÓPRIA VISÃO DO MUNDO E CONHECIMENTOS e FORMA DE OS PROCESSAR (onde se vê a sua Humanidade);

- esforço para que as convicções pessoais nunca se sobreponham às obrigações legais.

25.7. Na decisão o juiz reflecte o que estudou e o influenciou na decisão - de Facto ou de Direito, e em que termos chegou às suas conclusões:

- COM PROPÓSITO;

- COM SENSATEZ;

- COM ADEQUAÇÃO.

25.8. A distorção retrospectiva: como é que é possível ter escrito isto? A auto-crítica

25.9. O problema da quantidade e da exaustividade (como defesa contra recurso ou decisão de Tribunal superior).

25.10. O Juiz tem - naturalmente - a tendência a colocar tudo o que resultou do seu trabalho de preparação da decisão naquilo que escreve:

- porque é importante em termos de consciência;
 - porque é importante em termos profissionais - porque também é avaliado por isso (o que não acontece em muitos países).
- 26.** Um Guia de Boas Práticas (livro de estilo), para a elaboração de Sentença e para a elaboração de Acusação.
- 27.** O sistema de controlo e avaliação da actividade profissional (inspecções, avaliação, progressão na carreira - ESTÁ TUDO LIGADO - efeito de reprodução).
- 28.** O papel dos Conselhos Superiores (sem eles, não é possível).
- 29.** Ideias de simplificação e sistematização disciplinadora: frases curtas, cada parágrafo, uma ideia, cada parágrafo, um argumento.
- 30.** Ser sintético mas esclarecedor (Cardona Ferreira).
- 31.** Definição das questões - o que há que decidir:
- PEDIDO;
 - CONCLUSÕES.
- 32.** SENTENÇA é, por natureza, eficaz (porque decide de alguma maneira), mas o patamar a atingir é o da eficiência (e isso implica decidir, comunicar e garantir níveis altos de compreensibilidade e aceitabilidade, para o Processo e para o Sistema).
- 33.** Aprender a aprender com a certeza de que nunca vamos conseguir aprender tudo.

**5. NOTAS SOBRE A
ADOÇÃO DE
REGRAS FORMAIS
PARA A REDAÇÃO
DAS DECISÕES
JUDICIAIS**

ESPERANÇA
MEALHA

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



5. NOTAS SOBRE A ADOÇÃO DE REGRAS FORMAIS PARA A REDAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS*

Esperança Mealha**

Introdução

1. “Técnicas de redação” nos tribunais portugueses
 2. Técnicas de redação nas jurisdições da União Europeia e dos Estados-Membros
 - 2.1. Tribunal de Justiça da União Europeia
 - 2.2. França
 - 2.3. Alemanha
 3. Notas finais
- Apresentação *Power Point*

Introdução

A Associação dos Magistrados da Jurisdição Administrativa e Fiscal de Portugal (AMJAFP) deu um passo pioneiro na organização deste Colóquio, intitulado “Estrutura e conteúdo das decisões judiciais”, o qual introduz um tema pouco (ou nada) discutido na comunidade judiciária e, em geral, na comunidade jurídica portuguesa. Trata-se aqui de debater, não o âmbito ou a extensão do dever de fundamentação das decisões judiciais, mas antes a eventual consagração de regras formais para a redação e estruturação das decisões judiciais, no caso, das decisões dos tribunais administrativos e fiscais.

Procurando contribuir para este debate, alinhavei algumas notas breves sobre as regras e técnicas de redação de decisões judiciais existentes noutras jurisdições. A partir deste olhar geral, procurei retirar alguns pontos úteis para a jurisdição administrativa e fiscal portuguesa, o que, a meu ver, passa por perceber os objetivos e vantagens da consagração de tais regras, as metodologias utilizadas para a sua aprovação e os tipos de regras geralmente aceites.

Cheguei à conclusão de que existem vantagens evidentes na consagração de regras formais uniformes (entendidas, evidentemente, como meros auxiliares à decisão) para a redação das decisões judiciais, sua formatação e estruturação.

A decisão judicial é “um ato de comunicação que responde a uma questão” e, como tal, a sua legibilidade é fundamental na acessibilidade do cidadão à justiça. Como referiu no discurso de abertura o Senhor Presidente do Supremo Tribunal Administrativo, Juiz Conselheiro Vítor Gomes, a questão da inteligibilidade das decisões judiciais é, antes de tudo, uma “exigência de cidadania”.

Os modelos e técnicas de redação adotados em cada país (e mesmo no seio das diferentes jurisdições de um só país) variam necessariamente, desde logo porque são o resultado de

* O presente texto constitui um resumo da intervenção proferida no dia 20 de abril de 2018, no Colóquio sobre a “Estrutura e conteúdo das decisões judiciais”, organizado pela AMJAFP com o apoio do Supremo Tribunal de Justiça e do Tribunal de Contas. A signatária agradece ao Senhor presidente da AMJAFP, Juiz Conselheiro Carlos Carvalho, o honroso convite para participar neste Colóquio.

** Juíza Desembargadora, em licença para o exercício de funções como referendária no Tribunal Geral da União Europeia. As opiniões expressas no presente artigo são estritamente pessoais e não vinculam senão a autora.

tradições jurídicas distintas e das escolhas de organização judiciária que lhes são próprias. Contudo, independentemente das diferenças, os resultados pretendidos são comuns: qualidade da justiça e segurança jurídica.

1. “Técnicas de redação” nos tribunais portugueses

Em Portugal, as técnicas de redação das decisões judiciais são oriundas de uma longa tradição e são passadas entre juízes de modo mais ou menos informal, desde logo, no âmbito do Centro de Estudos Judiciários e dos estágios efetuados no início da carreira.

Não obstante esta tradição “costumeira”, não há grande uniformidade na técnica de redação das decisões judiciais, situação que tem tendência a agravar-se num quadro de crescimento contínuo do número de juízes e de aumento do número de litígios (e da sua complexidade e diversidade).

Neste cenário, constituem exceção o Tribunal de Contas (que aprovou regras de harmonização da redação das suas decisões no âmbito de uma das suas secções) e o Tribunal Constitucional.

No seio do Tribunal Constitucional (TC) foram adotadas certas regras visando uniformizar o tratamento de texto, a formatação e a estrutura dos acórdãos e decisões sumárias. O resultado desta uniformização é bem visível na apresentação cuidada das decisões¹, mas ultrapassa uma mera questão estética. A leitura e compreensão das decisões do TC é facilitada pelo facto de aquelas apresentarem uma estrutura uniforme (em regra com uma divisão em títulos e subtítulos) e utilizarem as mesmas regras formais (por exemplo, para as citações ou para as abreviaturas e itálicos).

Além disso, importa salientar que o Tribunal Constitucional disponibiliza uma versão em inglês da sua página na internet, onde, além do mais, se encontram traduções dos sumários das suas decisões mais importantes. A disponibilização de sumários traduzidos (em regra, para inglês) dos principais acórdãos das jurisdições superiores é comum, por exemplo, na Alemanha ou na Dinamarca. Em Portugal, impunha-se que tal prática fosse alargada aos dois supremos tribunais, pois só assim parece possível dar a conhecer a jurisprudência portuguesa, nomeadamente, no seio da própria União Europeia.

Da mesma forma, a prática, já seguida pelo Tribunal Constitucional, de disponibilizar comunicados de imprensa visando informar o público e os jornalistas sobre o sentido e conteúdo dos seus acórdãos mais relevantes afigura-se indispensável para uma melhor comunicação (e compreensão) entre a justiça e o cidadão.

¹ Acessíveis em www.tribunalconstitucional.pt.

2. Técnicas de redação nas jurisdições da União Europeia e dos Estados-Membros

2.1. Tribunal de Justiça da União Europeia

No Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) vigora um vasto conjunto de regras obrigatórias de tratamento, redação e apresentação de todos os documentos relativos à atividade jurisdicional das suas duas jurisdições (Tribunal de Justiça e Tribunal Geral). Embora tais regras tenham sido pensadas para um contexto particular de multilinguismo², os principais objetivos que lhes estão subjacentes – a saber, *harmonização*, *legibilidade* e *celeridade* – são inteiramente transponíveis para jurisdições de monolinguismo.

O *vade-mecum* que consagra tais regras divide-se em três partes.

Na primeira parte são enunciadas as regras de apresentação formal dos textos e, nomeadamente, as regras de citação de legislação e jurisprudência (não é prática fazer citações doutrinárias), de identificação das instituições e organismos (da União e dos Estados-Membros), bem como regras, entre outras, sobre a estrutura e os títulos das decisões ou as convenções sobre o uso de itálicos, aspas, abreviaturas, pontuação.

A segunda parte contém as regras aplicáveis à parte introdutória das decisões jurisdicionais (nomeadamente, regras relativas à identificação das partes, ao objeto do recurso, à formação de julgamento, aos dados relativos aos trâmites processuais ou, ainda, à publicação e confidencialidade) e, por outro, à parte final das decisões (dispositivo e assinaturas).

A terceira parte é constituída por modelos que ilustram as regras enunciadas.

As decisões do TJUE são escritas com recurso a um programa informático próprio, no qual se encontram pré-preenchidos determinados campos (*v.g.* o número do processo, a identificação das partes e dos advogados ou a formação de julgamento). Encontram-se igualmente pré-definidos certos elementos de apresentação formal, tais como o tipo e tamanho de letra, o espaçamento ou a apresentação dos títulos e subtítulos. Além da economia de tempo subjacente a este pré-preenchimento, há uma diminuição da margem de erro na identificação dos elementos formais do processo, uma vez que o dito programa informático é alimentado pelos dados do processo, devidamente coligidos e atualizados a cada momento pela secretaria.

Além disso, no TJUE são seguidas muitas convenções (escritas e não escritas) sobre a estrutura da motivação das decisões e vigoram regras rigorosas sobre o “nome das coisas”, *i.e.*, sobre a forma de identificar e denominar as questões ou institutos jurídicos. A uniformidade quase total das expressões e fórmulas jurídicas utilizadas oferece vantagens claras, nomeadamente, afastando dúvidas sobre o sentido da jurisprudência, evitando eventuais erros de tradução e facilitando a pesquisa “*booleana*” do acervo jurisprudencial.

² A língua do processo é escolhida pelo requerente de entre uma das 24 línguas oficiais da UE. Assim, embora as decisões do TJUE sejam escritas em francês (língua de trabalho), a versão autêntica (*faisant foi*) é a versão traduzida para a língua do requerente (com exceção, evidentemente, dos casos em que o francês seja a língua do processo).

À semelhança dos juízes do Conselho de Estado francês (*Conseil d'État*) ou do Tribunal Federal Administrativo alemão (*Bundesverwaltungsgericht*), os juízes da União têm tendência para reproduzir, de um acórdão para o outro, os mesmos considerandos de princípio a propósito da mesma questão jurídica, assim evitando que qualquer inflexão possa ser mal interpretada como contendo um significado jurídico diferente. O cuidado na repetição das mesmas fórmulas é ainda mais acentuado no contexto multilinguístico do TJUE, onde qualquer pequena alteração de texto pode levantar dúvidas de tradução.

A redação das decisões do TJUE é fruto de um verdadeiro trabalho coletivo, envolvendo a contribuição de todos os juízes da formação de julgamento (três juízes, em regra, e cinco juízes em caso de formação alargada). O Tribunal dispõe ainda de um serviço especializado de releitura que se encarrega de controlar a exatidão de todas as referências textuais e jurisprudenciais e contribui para a uniformidade das técnicas de redação.

A preocupação com a uniformidade da estrutura das decisões e com a uniformidade das fórmulas jurídicas usadas não é estranha à forma como se faz referência aos precedentes jurisprudenciais, na linha da tradição romano-germânica que é comum à generalidade dos Estados-Membros da Europa continental. Assim, embora não funcionando com precedentes obrigatórios, o TJUE apoia-se sobre as suas decisões precedentes para garantir a coerência e a estabilidade da jurisprudência (com a inerente obrigação de motivar os eventuais desvios à jurisprudência entretanto estabelecida).

2.2. França

A tradição jurisdicional francesa em matéria de redação de decisões judiciais caracteriza-se por um princípio de *imperatoria brevitatis*, de onde emerge uma fundamentação das decisões judiciais muito sintética, que tem sido alvo de críticas e que se distancia das motivações mais desenvolvidas que são típicas, por exemplo, dos tribunais alemães ou portugueses.

Mas a tradição francesa (pelo menos, mais recentemente) caracteriza-se também, por um lado, por uma discussão frontal no seio da comunidade jurídica sobre os méritos e deméritos das técnicas de redação e fundamentação das sentenças; e, por outro lado, pela preocupação das jurisdições superiores em efetuarem uma reflexão interna sobre o modo de redação das suas decisões e de introduzirem mudanças no sentido do reforço da inteligibilidade das suas decisões³.

Essa reflexão começou no seio do *Conseil d'État*, que criou um grupo de trabalho sobre a redação das suas decisões, do qual emergiu um relatório em 2012⁴, contendo uma série de propostas concretas, que foram adotadas, primeiro, em secções /tribunais-piloto e, depois,

³ Esta preocupação com a “*clear writing*” não é evidentemente um exclusivo francês, sendo partilhada por outras jurisdições superiores de outros países, como se extrai, por exemplo, de M.-C. Ponthoreau, “L’énigme de la motivation encore et toujours, l’éclairage comparatiste”, in F. Hourquebie et M.-C. Ponthoreau (dir.), *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, Bruylant, 2012.

⁴ O referido relatório do “*Groupe de travail sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative*” pode ser consultado em www.conseil-etat.fr, na rubrica “*actualités/ communiqués/ communiqué du 14 mai 2012*”.

generalizadas aos demais tribunais administrativos. O aperfeiçoamento das técnicas de redação é, no entanto, um trabalho sempre inacabado, que continua a ser objeto de trabalho e reflexão interna no seio da jurisdição administrativa francesa.

Em resultado desta análise, foi nomeadamente abandonada a motivação por considerandos (que era típica da jurisdição administrativa francesa) e privilegiado o discurso direto, assim como se introduziu uma motivação um pouco mais desenvolvida da que era habitual. Ainda assim, as decisões dos tribunais franceses são muito mais sintéticas e parcas em argumentação que, por exemplo, as dos tribunais portugueses ou alemães. Independentemente do entendimento que se possa ter sobre o grau de desenvolvimento necessário para cumprir o dever de motivação das sentenças, o certo é que o modelo francês assenta num quadro legislativo menos exigente que o português desse ponto de vista e, além disso, decorre de elementos próprios do sistema jurisdicional francês, que inexistem em Portugal. Recorde-se, a título de exemplo, que, nos tribunais administrativos franceses, a decisão judicial é, na maioria dos casos, precedida das conclusões do “*rappporteur public*”, sendo nestas que se encontram as referências legais e jurisprudenciais, que o juiz administrativo francês prescinde de repetir. Recorde-se também que os sistemas jurisdicionais português e francês estão nos antípodas no que respeita, por exemplo, à problemática dos votos de vencido⁵.

O trabalho desenvolvido pelo *Conseil d'État* no seio da jurisdição administrativa tem inspirado reflexões idênticas noutras jurisdições francesas, nomeadamente, na *Cour de cassation* e no *Conseil constitutionnel*.

Assim, o *Conseil constitutionnel* anunciou a sua intenção de modernizar do modo de redação das suas decisões, o que é visto por muitos como uma medida útil e importante, na medida em que contribui, por um lado, para o aprofundamento da motivação das decisões e, por outro, para o reforço da sua inteligibilidade e legibilidade, ou seja, para a simplificação da sua leitura⁶.

Também no seio da *Cour de cassation* foi instituída, em 2014, uma “comissão de reflexão” sobre a reforma da *Cour*, que integrou um grupo de trabalho específico sobre a redação e motivação das decisões⁷. Para esse efeito, foram tidas em conta as raízes e a evolução histórica da motivação das decisões desta instituição e o facto de as técnicas de redação estarem ao serviço da missão da instituição, aqui entendida como uma função “normativa” de “*dire le sens de la règle de droit*”. O trabalho desenvolvido no seio da *Cour* não escamoteou as

⁵ Em França, as “*opinions dissidentes*” são entendidas como constituindo um elemento de fragilização da autoridade das decisões e da coerência do direito e como colocando em causa o “*secret du délibéré*”. Neste ponto, o sistema jurisdicional português parece aproximar-se mais dos sistemas de *common law*.

⁶ Neste sentido, Maxime Charité, « Réflexions sur la modernisation du mode de rédaction des décisions du Conseil constitutionnel », *Revue général du droit*, (www.revuegeneraldu droit.eu), *Études et réflexions 2017*, número 1.

⁷ “*Commission de réflexion sur la réforme de la Cour – Groupe de travail motivation*”, in *Service de Documentation des études et du rapport de la Cour de cassation*, www.courdecassation.fr Cfr., a este respeito, a conferência inaugural de Pascale Deumier, *Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation ? Raisons, identification, réalisation*, também disponível em www.courdecassation.fr

fortes críticas à motivação das suas decisões, que frequentemente acusam esta instituição de proceder “*par voie d’affirmation*” sem esforço de persuasão⁸.

Mas se é certo que o caráter excessivamente sintético das decisões dos tribunais franceses⁹ é suscetível de fortes críticas, não menos certo é que, a propósito de decisões judiciais muito motivadas, se tem dito também que o excesso de motivação impede a apreensão do verdadeiro sentido da decisão judicial e, no limite, pode mostrar-se contrário ao objetivo da transparência dos processos judiciais¹⁰.

2.3. Alemanha

Na Alemanha, as decisões dos tribunais administrativos também obedecem a padrões de redação estritos, ainda que muito diferentes dos aplicados pelo juiz administrativo francês¹¹.

Por um lado, a escolha das fórmulas redacionais parece mais ampla do lado alemão que do francês. Por outro lado, os acórdãos (*Urteile*) do Tribunal administrativo federal (*Bundesverwaltungsgericht*) seguem uma ordem lógica inversa relativamente à que é habitual em França ou entre nós.

Assim, o acórdão começa com a identificação das partes e dos seus representantes e logo de seguida apresenta o dispositivo da decisão (*Tenor* ou *Urteilsformel*), que resume (em uma ou duas frases) a solução dada ao litígio. Depois, prossegue com a fundamentação (*Gründe*) da solução já antecipada¹². A primeira parte da fundamentação é dedicada aos factos do litígio e embora a sua exposição seja detalhada, não deixa de se ater aos factos essenciais à compreensão e análise do litígio, em obediência aos princípios de economia processual (*Verfahrensökonomie*) e da clareza do direito (*Rechtsklarheit*). A segunda parte contém a motivação jurídica e começa por recordar a solução final do litígio, já revelada no início do acórdão.

Contrariamente ao exemplo francês, as referências legais e jurisprudenciais (e também doutrinárias) são mais abundantes, sendo na maior parte das vezes feitas entre parêntesis e nunca acompanhadas da transcrição dos textos aplicáveis, no pressuposto de que o leitor da decisão os conhece perfeitamente.

⁸ Já foi dito que « *pour le style, aucun reproche ne peut être adressé à la Cour de cassation. Il est précis concis, sans élégance, parfois un peu lourd, superficiel en profondeur et complexe sans complications* » - Ph. Malaurie, « La cour de cassation du XXème siècle », *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 1999, p. 11.

⁹ Tal síntese é, em parte, explicada por uma tradição jurisdicional própria, mas, no seu limite, arrisca uma incompatibilidade com as exigências da motivação das decisões, que decorrem dos direitos fundamentais que impõem tal exigência, como ilustram algumas decisões do TEDH.

¹⁰ Neste sentido v. L. Coutron, « Style des arrêts de la Cour de Justice et normativité de la jurisprudence communautaire », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2009, 643; e F. Picod, “La transparence dans les procédures juridictionnelles” in J. Rideau (dir), *La transparence dans l’Union européenne. Mythe ou principe juridique ?*

¹¹ Neste sentido e com mais desenvolvimentos v. Bruno Bachini, “La motivation des décisions de la Cour administrative fédérale de l’Allemagne: l’héritage de Savigny”, *Revue française de droit administratif*, n.º 5, 2017.

¹² Em muitas outras jurisdições, e também na nossa, o dispositivo só surge na parte final da decisão, como resultado da motivação jurídica precedente.

O Tribunal administrativo federal da Alemanha confere enorme importância aos comunicados de imprensa, que sintetizam em poucos parágrafos a solução dada ao litígio pelo acórdão em causa, bem como descrevem os interesses em jogo e traçam em grandes linhas a motivação da decisão. Tais comunicados são disponibilizados, em regra, na data da leitura (em audiência) do dispositivo do acórdão e nesse sentido constituem um complemento escrito dessa leitura oral. Procedimento idêntico pode ser encontrado no Tribunal de Justiça da União Europeia ou no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

Cumpra, ainda, salientar que uma elevada uniformidade de fórmulas redacionais é partilhada por toda a comunidade jurídica alemã que, por exemplo, tem por hábito usar, desde a universidade, as exatas mesmas abreviaturas, tal como se encontram listadas no índice *Juristische Abkürzungen von A bis Z*.

3. Notas finais

Independentemente das muitas diferenças que separam os vários sistemas jurídicos, a imposição, mais ou menos obrigatória, de técnicas e regras comuns para a redação das decisões judiciais tem em vista objetivos comuns. De entre estes, destacamos, por um lado, a uniformidade, a síntese e a inteligibilidade da decisão; por outro, a celeridade e a produtividade, enquanto instrumento de auxílio ao trabalho do juiz; por outro ainda, a imagem e transparência da justiça; e, por fim, mas mais importante, a acessibilidade do cidadão à justiça.

Regressando à conclusão já avançada na introdução: afigura-se de toda a utilidade (e necessidade) a consagração de regras e modelos de redação das decisões dos tribunais administrativos.

Para o efeito, podem retirar-se indicações úteis das metodologias seguidas noutras jurisdições, como a francesa, onde a iniciativa e a coordenação do trabalho foi centralizada no topo da hierarquia da jurisdição administrativa. Parece também sensato que as propostas iniciais sejam testadas em tribunais-piloto que eventualmente se voluntariem para o efeito. O trabalho inicial carecerá de acompanhamento posterior, com vista à sua evolução e aperfeiçoamento contínuo.

As regras de redação que podem ser uniformizadas dividem-se em dois tipos principais.

Por um lado, as regras de tratamento de texto, de natureza mais formal, mas que têm um grande impacto na celeridade da produção do texto e também na imagem da “palavra” da jurisdição.

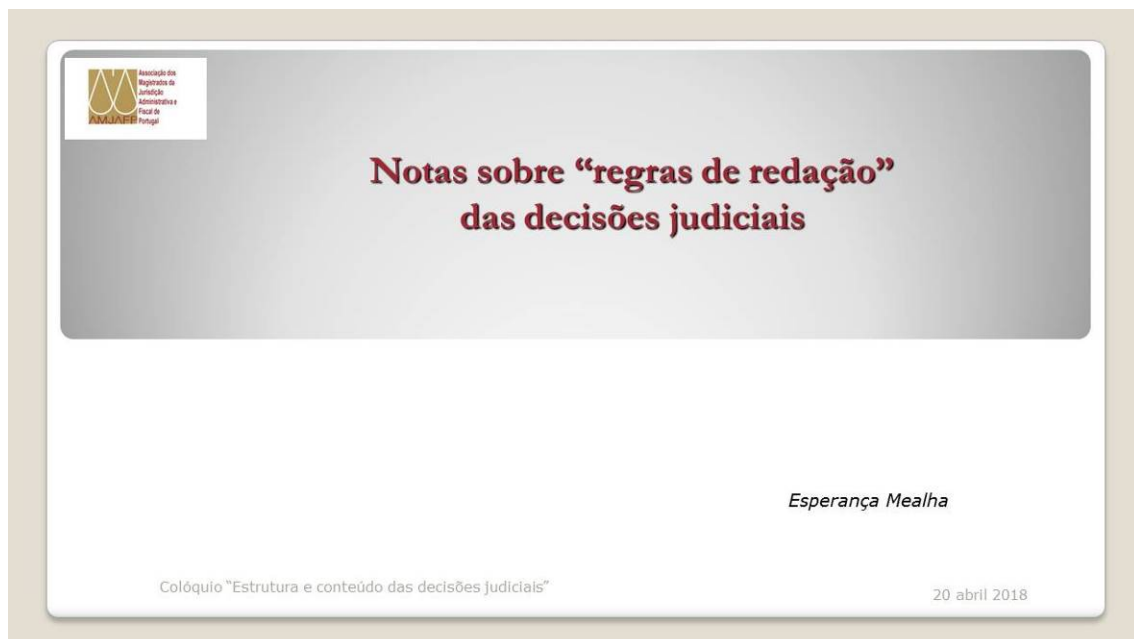
Por outro lado, os métodos de redação, que devem orientar-se para o núcleo da técnica redacional, a saber, a concisão, a precisão terminológica e o rigor lógico.

O debate em torno da consagração de regras e técnicas de redação uniformes para as decisões jurisdicionais dos tribunais administrativos e fiscais não se espera consensual, mas tem que ser feito, como muito bem antecipou a AMJAFP. E tem que ser feito, antes de tudo, internamente, no seio da própria jurisdição e sob a égide da sua mais alta instância.

O ponto de partida para a eventual consagração de tais regras não pode deixar de ser, por um lado, o quadro legal e processual aplicável e, por outro, a tradição jurídica e a prática jurisdicional que nos são próprias.

As hipóteses de concretização de uma tal reforma são inúmeras e a cada passo há que fazer escolhas, testá-las e modificá-las sempre que necessário. A prudência desaconselha grandes reformas, os resultados poderão ser mais facilmente atingidos dando pequenos, mas firmes, passos no sentido de uma paulatina harmonização das técnicas de redação das decisões dos tribunais administrativos e fiscais.

Apresentação *Power Point*





- Notas breves sobre “regras de redação” noutras jurisdições
- Ilações e desafios

Colóquio “Estrutura e conteúdo das decisões judiciais”

20 abril 2018



Portugal – Tribunal Constitucional

Regras escritas

- tratamento texto
- formatação
- estrutura acórdãos

Colóquio “Estrutura e conteúdo das decisões judiciais”

20 abril 2018



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Portugal

Processo n.º 194/11
Plenário
Relator: Conselheiro Vítor Gomes

ACÓRDÃO N.º 400/2011

Acordam, em Plenário, no Tribunal Constitucional

I – Relatório

1. O representante do Ministério Público junto do Tribunal Constitucional requereu, nos termos do artigo 82.º da Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional, aprovada pela Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro, e alterada, por último, pela Lei n.º 13/A/98, de 26 de Fevereiro (LTC), a apreciação e a declaração, com força obrigatória geral, da inconstitucionalidade da norma constante do n.º 3 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 164/99, de 13 de Maio, na interpretação segundo a qual a obrigação do Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Menores consiste em assegurar as pensões de alimentos a menor, judicialmente fixadas, em substituição do devedor, só se constitui com a decisão do Tribunal que determine o montante da prestação a pagar por este Fundo, não sendo exigível o pagamento de prestações respeitantes a períodos anteriores a esta decisão.

Legítima o pedido a circunstância de a referida dimensão normativa já ter sido julgada inconstitucional, no âmbito da fiscalização concreta da constitucionalidade, através do Acórdão n.º 54/11 e das Decisões Sumárias n.º 97/11, 98/11 e 101/11, todos transitados em julgado.

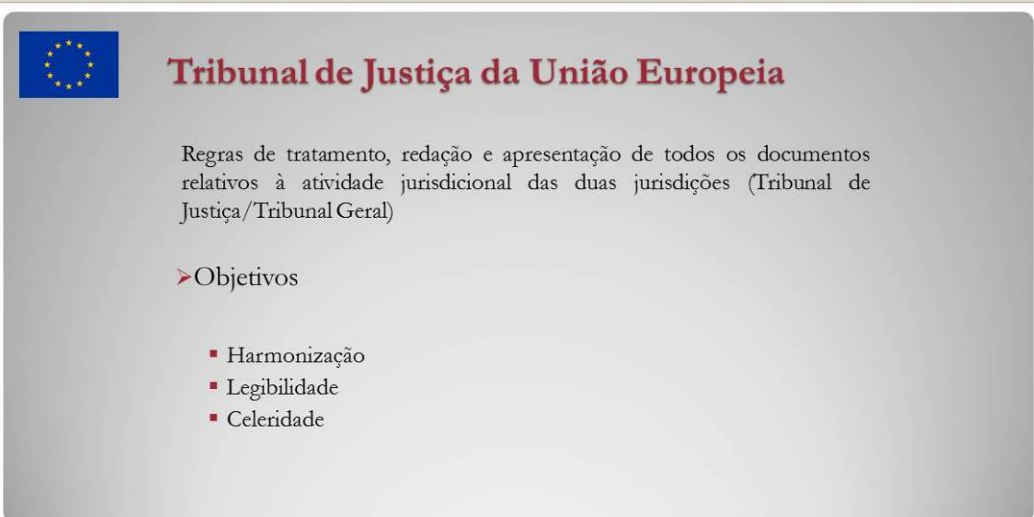
2. Notificado nos termos e para os efeitos dos artigos 54.º e 55.º, n.º 3, da LTC, o Presidente do Supremo Tribunal de Justiça declarou não pretender pronunciar-se sobre o requerido.

3. Discutido o *memorando* apresentado pelo Presidente do Tribunal, cumpre formular a decisão em conformidade com o entendimento que prevaleceu.

II – Fundamentação

4. O preenchimento dos requisitos previstos nos artigos 281.º, n.º 3, da CRP e 82.º da LTC não suscita dúvidas, uma vez que a interpretação normativa que o Tribunal Constitucional julgou inconstitucional nas quatro decisões invocadas pelo requerente – Acórdão n.º 54/11 e Decisões Sumárias n.º 97/11, 98/11 e 101/11 (disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt) – coincide com aquela que agora se pretende venha a ser

Colóquio "Estrutura e conteúdo das decisões judiciais" 20 abril 2018



Tribunal de Justiça da União Europeia

Regras de tratamento, redação e apresentação de todos os documentos relativos à atividade jurisdicional das duas jurisdições (Tribunal de Justiça/Tribunal Geral)

➤ **Objetivos**

- Harmonização
- Legibilidade
- Celeridade

Colóquio "Estrutura e conteúdo das decisões judiciais" 20 abril 2018



Tribunal de Justiça da União Europeia

➤ Contexto:

- Multilinguismo (24 línguas oficiais)
- Língua do processo *vs.* língua de trabalho
- Organização interna

➤ Instrumentos

- Manual de redação (*Vademecum*)
- Esquemas e parágrafos “tipo”
- Programa informático
- “Célula leitores e corretores acórdãos”

Colóquio “Estrutura e conteúdo das decisões judiciais”

20 abril 2018



Acórdão do TG de 9 de março de 2018, Portugal/ Comissão, T-462/16 (despesas excluídas financiamento FEAGA)



DEIN EUIROPEÁICAE UNIÓNNE RE I
GEBICHT DER EUROPEISCHEN UNION
EUROPSKA SUDNÍ TRIBUNAL
FEDERAL ANKASTROPPEDS SUPREMATIKEN ENDELL
GENERAL COURT OF THE EUROPEAN UNION
TRIBUNAL DE LA UNIÓN EUROPEA
KURTI TRIBUNALI ILLI AN UNIONI EUIROPEAICAE
COURT OF THE EUROPEAN UNION
COURT OF THE EUROPEAN UNION
TRIBUNAL E DRELLI UNIONI EUIROPEAICAE

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL GERAL (Quarta Secção) 9 de março de 2018 •

«FEAGA — Despesas excluídas do financiamento — Ajudas por superfície — Despesas efetuadas por Portugal — Confiança legítima — Artigo 41.º, n.º 3, do Regulamento (CE) n.º 73/2009 — Artigo 31.º, n.º 2, do Regulamento (CE) n.º 1290/2005 — Proporcionalidade»

No processo T-462/16,

República Portuguesa, representada por L. Inez Fernandes, M. Figueiredo, J. Saraiva de Almeida e P. Estêvão, na qualidade de agentes,

recorrente,

contra

Comissão Europeia, representada por A. Sauka, na qualidade de agente, assistido por M. Marques Mendes e A. Dias Henriques, advogados,

recorrida,

que tem por objeto um pedido apresentado nos termos do artigo 263.º TFUE e destinado a obter a anulação da Decisão de Execução (UE) 2016/1059 da Comissão, de 20 de junho de 2016, que exclui do financiamento da União Europeia determinadas despesas efetuadas pelos Estados-Membros a título do Fundo Europeu Agrícola de Garantia (FEAGA) e do Fundo Europeu Agrícola de Desenvolvimento Rural (FEADER) (JO 2016, L 173, p. 59), na parte em que diz respeito à República Portuguesa.

Colóquio “Estrutura e conteúdo das decisões judiciais”

20 abril 2018



Tribunal Geral

vistos os autos e após a audiência de 10 de outubro de 2017,

profere o presente

Acórdão

Antecedentes do litígio

- 1 De 30 de setembro a 4 de outubro de 2013, a Comissão Europeia procedeu a um inquérito, com a referência AA/2013/004, a fim de verificar a correta aplicação, pela República Portuguesa, das regras relativas às ajudas «Superfícies».
- 2 Por ofício de 22 de janeiro de 2014, a Comissão comunicou à República Portuguesa as suas constatações (a seguir «primeira comunicação»), em conformidade com o artigo 11.º, n.º 1, primeiro parágrafo, do Regulamento (CE) n.º 885/2006 da Comissão, de 21 de junho de 2006, que estabelece as regras de execução do Regulamento (CE) n.º 1290/2005 do Conselho no respeitante à acreditação dos organismos pagadores e de outros organismos e ao apuramento das contas do FEAGA e do FEADER (JO 2006, L 171, p. 90). A Comissão considerou que algumas despesas efetuadas não respeitavam o direito da União

Colóquio "Estrutura e conteúdo das decisões judiciais"

20 abril 2018




Tribunal Geral

Quanto ao primeiro fundamento, baseado na violação do princípio da confiança legítima

- 17 A República Portuguesa alega que a Comissão, num primeiro momento, reconheceu que as autoridades portuguesas executaram um programa de desenvolvimento público para «adaptar os direitos» em conformidade com o artigo 41.º, n.º 3, do Regulamento n.º 73/2009, mas, num segundo momento, veio a excluir do financiamento da União despesas efetuadas na implementação desse programa. Ora, em seu entender, essa «mudança de apreciação» viola o princípio da confiança legítima.
- 18 A Comissão contesta a procedência deste fundamento.
- 19 No que respeita ao princípio da confiança legítima, resulta de jurisprudência constante que o direito de invocar este princípio se estende a qualquer interessado ao qual uma instituição da União tenha criado expectativas fundadas e que ninguém pode invocar uma violação deste princípio na falta de garantias precisas dadas pela Administração (v. Despacho de 4 de julho de 2013, Menidzherski biznes reshenia, C-572/11, não publicado, EU:C:2013:456, n.º 30 e jurisprudência referida).
- 20 Constituem garantias suscetíveis de criar essas expectativas, qualquer que seja a forma como são comunicadas, as informações precisas, incondicionais e

Colóquio "Estrutura e conteúdo das decisões judiciais"

20 abril 2018



Tribunal Geral

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL GERAL (Quarta Secção)

decide:


- 1) **É negado provimento ao recurso.**
- 2) **A República Portuguesa é condenada nas despesas.**

Kanninen
Schwarzc
Iliopoulos

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 9 de março de 2018.

O Secretário
O Presidente

Colóquio "Estrutura e conteúdo das decisões judiciais"
20 abril 2018



França – Jurisdição Administrativa

Contexto

- Língua francesa
- *Conseil d'État* e organização dos tribunais administrativos

Colóquio "Estrutura e conteúdo das decisões judiciais"
20 abril 2018

Un langage clair, ça simplifie la vie !

GUIDE PRATIQUE
de la rédaction administrative

Ministère de l'Intérieur et de la Réforme de l'État

Colóquio "Estrutura e conteúdo das decisões judiciais"

20 abril 2018

S'adresser au **JUGE** Administratif

LA JUSTICE ADMINISTRATIVE EN PRATIQUE

- ✔ **Mon affaire** relève-t-elle du juge administratif ou du juge judiciaire ?
- ✔ **N'existe-t-il** pas d'autres moyens de régler un litige ?
- ✔ **Que** peut faire le juge administratif pour moi ?
- ✔ **À quelle** juridiction administrative dois-je m'adresser ?

VERSAILLES ADMINISTRATIVE D'APPEL

L'audience et l'arrêt

Vous allez assister à une audience et vous aimez comprendre comment elle va se dérouler.

Colóquio "Estrutura e conteúdo das decisões judiciais"

20 abril 2018



França: Jurisdição Administrativa

- Grupo de trabalho 2013 - *Conseil d'État*
- Secções/ Tribunaux – piloto
- Comité de avaliação

Colóquio "Estrutura e conteúdo das decisões judiciais"

20 abril 2018



Acórdão da Cour administrative d'appel Versailles (anulação decisão não autorização exportar material biológico – PMA)



 LE SERVICE PUBLIC DE LA DIFFUSION DU DROIT

Références
CAA de VERSAILLES
N° 17VE00824

Formation plénière

M. BROTONS, président
 Mme Laurence BESSON-LEDEY, rapporteur
 Mme ORIO, rapporteur public
 SCP PIWNICA & MOLINIÉ, avocat

lecture du lundi 5 mars 2018
 REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Texte intégral
Vu la procédure suivante :

Procédure contentieuse antérieure :

M. et Mme F...B...ont demandé au Tribunal administratif de Montreuil d'annuler la décision du 24 juin 2016 par laquelle la directrice générale de l'AGENCE DE LA BIOMEDECINE a rejeté leur demande d'autorisation d'exportation de gamètes et de tissus germinaux aux fins d'assistance médicale à la procréation (AMP).


Par un jugement n° 1606724 du 14 février 2017, le Tribunal administratif de Montreuil a annulé la décision litigieuse et a enjoint à la directrice générale de l'AGENCE DE LA BIOMEDECINE de procéder au réexamen de la demande de M. et MmeB... dans le délai d'un mois.

Procédure devant la Cour :

Par une requête et un mémoire, enregistrés les 14 mars et 15 mai 2017, l'AGENCE DE LA BIOMEDECINE, représentée par la SCP Piwnica etD..., avocats, **demande à la Cour** :

Colóquio "Estrutura e conteúdo das decisões judiciais"

20 abril 2018



Cour administrative d'appel Versailles

ont été entendus au cours de l'audience publique :

- le rapport de Mme Besson-Ledey,
- les conclusions de Mme Orio, rapporteur public,
- et les observations de Me D...pour l'AGENCE DE LA BIOMEDECINE et celles de MeC... pour M. et MmeB...


1. **Considérant** qu'il ressort des pièces du dossier que M. et MmeB..., ne pouvant naturellement donner naissance à un enfant en raison, d'une part, d'une contamination par le VIH et d'une baisse importante de production d'ovocytes concernant Mme B...et, d'autre part, d'anomalies génitales affectant la fertilité de M. B...en raison d'une azoospermie, ont envisagé de réaliser un projet parental dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation, en ayant recours à une fécondation in vitro avec don d'ovocytes et utilisation des gamètes congelés de M.B..., recueillis entre 2008 et 2010 préventivement à l'altération de sa fertilité ; qu'à cette fin le laboratoire d'analyses de biologie médicale Eylau, situé à Paris, a présenté, le 25 mai 2016, à l'AGENCE DE LA BIOMEDECINE pour le compte de M. et Mme B...une demande tendant à obtenir l'autorisation d'exporter les gamètes conservés de M. B...vers un établissement de santé spécialisé en AMP à Valence (Espagne) ; que, par une décision du 24 juin 2016, la directrice générale de cette agence a rejeté la demande d'autorisation formée devant elle, au motif que M.B..., né en 1946, ne pouvait être regardé comme étant encore en âge de procréer au sens de l'article L. 2141-2 du code de la santé publique ; que l'AGENCE DE LA BIOMEDECINE relève appel du jugement du 14 février 2017, par lequel le Tribunal administratif de Montreuil a annulé la décision litigieuse et lui a enjoint de procéder au réexamen de la demande de M. et Mme B...dans un délai d'un mois ;

Sur le **cadre juridique** applicable au litige :

2. Considérant, d'une part, qu'aux termes de l'article L. 2114-1 du code de la santé publique " Les activités cliniques d'assistance médicale à la procréation, à l'exception de l'insémination artificielle et de la stimulation ovarienne, ne peuvent être pratiquées que dans des établissements de santé (...). " ; qu'aux termes de l'article L. 2141-2 du code du même code : " L'assistance médicale à la procréation a pour objet de remédier à l'infertilité d'un couple ou d'éviter la

Colóquio "Estrutura e conteúdo das decisões judiciais"

20 abril 2018



Cour administrative d'appel Versailles

les capacités procréatives de l'homme sont généralement altérées ;

Sur le moyen tiré de la méconnaissance de l'article L. 2141-2 du code de la santé publique :

6. Considérant qu'il résulte de ce qui a été dit aux points 2 à 5 que c'est à bon droit que M.B..., qui était âgé de 69 ans lorsqu'il a sollicité l'autorisation de transfert, a été regardé comme n'étant plus en âge de procréer, au sens de l'article L. 2141-2 du code de la santé publique, alors même qu'il avait fait procéder à la conservation de ses gamètes et tissus germinaux alors qu'il était âgé de 63 ans ; que l'AGENCE DE LA BIOMEDECINE n'a, dès lors, commis ni erreur de droit ni erreur d'appréciation en refusant l'exportation de ceux-ci ; qu'elle est, par suite, fondée à soutenir que c'est à tort que les premiers juges ont accueilli le moyen tiré de la méconnaissance de ces mêmes dispositions pour annuler la décision de sa directrice générale en date du 24 juin 2016 ;

Sur les autres moyens soulevés par M. et MmeB... :


7. Considérant, toutefois, qu'il appartient à la Cour, saisie de l'ensemble du litige par l'effet dévolutif de l'appel, d'examiner les autres moyens soulevés par M. et Mme B...à l'encontre de la décision litigieuse ;

8. Considérant, en premier lieu, que par une décision n° 2016-02 du 1er janvier 2016, publiée au Bulletin officiel " Santé - Protection sociale - Solidarité " n° 2016/3 du 15 avril 2016, la directrice générale de l'AGENCE DE LA BIOMEDECINE a donné délégation à M. G...E..., directeur général adjoint chargé des ressources, pour signer, en son nom, " (...) tout acte (...) intéressant l'agence " ; que, par suite, le moyen tiré du défaut de délégation donnée au signataire de la décision attaquée doit être écarté ;

9. Considérant, en deuxième lieu, qu'aux termes de l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de

Colóquio "Estrutura e conteúdo das decisões judiciais"

20 abril 2018



Cour administrative d'appel Versailles

DECIDE :


Article 1er : Le jugement n° 1606724 du Tribunal administratif de Montreuil du 14 février 2017 est annulé.
 Article 2 : La demande présentée par M. et Mme B...devant le Tribunal administratif de Montreuil est rejetée.
 Article 3 : Il n'y a pas lieu de statuer sur les conclusions aux fins d'injonction présentées par M. et MmeB...
 Article 4 : Les conclusions présentées par l'AGENCE DE LA BIOMEDECINE et M. et Mme B...au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.
 7
 No 17VE00824

Analyse

Abstrats : 26-055-01-08 Droits civils et individuels. Convention européenne des droits de l'homme. Droits garantis par la convention. Droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8).
 61-05-05 Santé publique. Bioéthique.

Colóquio "Estrutura e conteúdo das decisões judiciais"

20 abril 2018



Cour administrative d'appel Versailles

5 mars 2018

Arrêts n° 17VE00824 et n°17VE00826 du 5 mars 2018 Agence de la Biomédecine

La cour administrative d'appel de Versailles, siégeant en formation plénière, confirme deux décisions de l'Agence de la Biomédecine.

La cour administrative d'appel de Versailles, siégeant en formation plénière, confirme deux décisions de l'Agence de la Biomédecine rejetant les demandes, formées par deux couples ne pouvant donner naturellement naissance à un enfant, tendant à ce que soit autorisée l'exportation à l'étranger de gamètes et de tissus germinaux aux fins d'assistance médicale à la procréation.

Par deux arrêts de sa formation plénière du 5 mars 2018, la cour administrative d'appel de Versailles a fait droit aux requêtes d'appel formées par l'Agence de la Biomédecine contre deux jugements du tribunal administratif de Montreuil du 14 février 2017. Par ces jugements, le tribunal administratif avait annulé les décisions de l'Agence de la Biomédecine refusant à deux couples l'autorisation d'exportation de gamètes et tissus germinaux. Les décisions litigieuses de l'Agence de la Biomédecine, fondées sur l'article L. 2141-2 du code de la santé publique, avaient été opposées au motif qu'au sein de chacun des couples en cause les deux hommes, âgés respectivement de 68 et 69 ans, ne pouvaient plus être regardés comme étant encore « en âge de procréer » au sens de cette disposition législative.

Colóquio "Estrutura e conteúdo das decisões judiciais"

20 abril 2018



Alemanha – Jurisdição Administrativa

- Inexistência de regras escritas
- Tradição
- Referências comuns comunidade jurídica
(Ex. lista abreviações “legais/jurídicas” de A a Z)

Colóquio “Estrutura e conteúdo das decisões judiciais”

20 abril 2018



Tribunal Federal Administrativo (Leipzig)

Acórdão do Bundesverwaltungsgericht
(Construção ciclovias em área protegida - Diretiva Habitats)



Colóquio “Estrutura e conteúdo das decisões judiciais”

20 abril 2018

Tribunal Federal Administrativo(Leipzig)

die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Dr. Bick und die Richter am Bundesverwaltungsgericht Steinkühler, Dr. Martini und Dr. Dieterich

für Recht erkannt:

Rechts
Rechts d'admissiof e on parte formab

Das Urteil des Sächsischen Oberverwaltungsgerichts vom 22. Juli 2015 wird aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das Oberverwaltungsgericht zurückverwiesen.

Die Entscheidung über die Kosten bleibt der Schlussscheidung vorbehalten.

Gründe: *Factos*

I

- 1 Der Kläger, eine anerkannte Naturschutzvereinigung, macht einen Anspruch gegen den beklagten Landkreis auf Unterbindung der Nutzung eines Radweges geltend.

Colóquio "Estrutura e conteúdo das decisões judiciais"

20 abril 2018

Tribunal Federal Administrativo (Leipzig)

- 7 Der Beklagte beantragt,
das Urteil des Sächsischen Oberverwaltungsgerichts vom 22. Juli 2015 sowie das Urteil des Verwaltungsgerichts Chemnitz vom 29. Januar 2014 zu ändern und die Klage abzuweisen, soweit sie Gegenstand des Berufungsverfahrens war.
- 8 Der Kläger beantragt,
die Revision zurückzuweisen.
- 9 Er verteidigt das Berufungsurteil.

Conclusion der partes

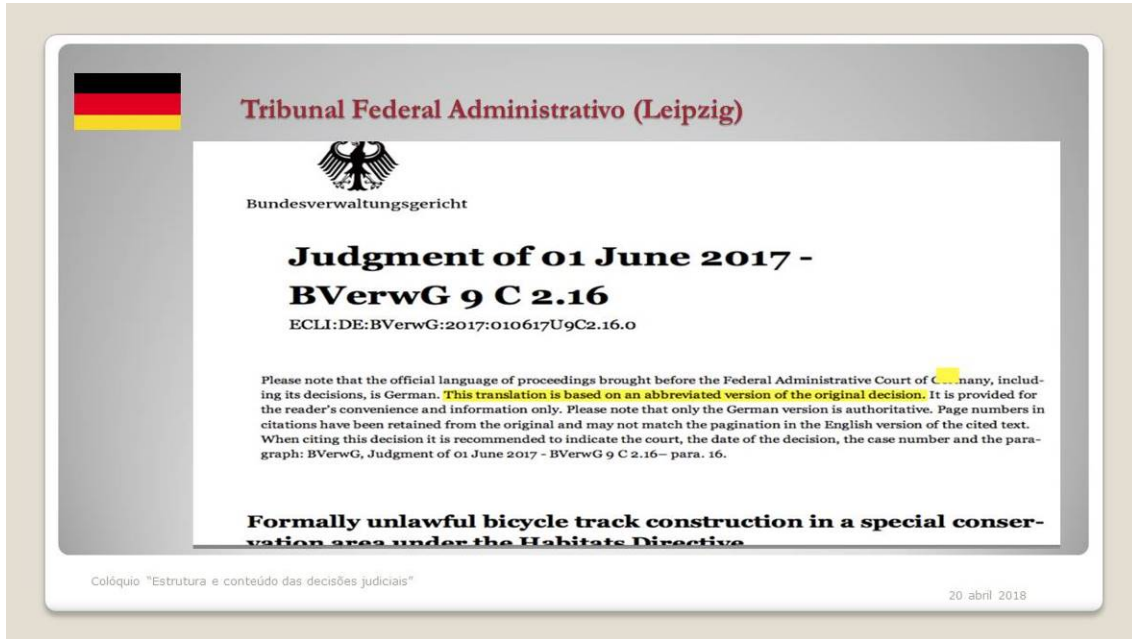
Markt: - Letzt admissiofale - Formaverfahren j. deicio


II


10 Die zulässige Revision des Beklagten ist teilweise begründet. Das Berufungsurteil steht nicht in jeder Hinsicht mit Bundesrecht in Einklang (§ 137 Abs. 1 VwGO) und erweist sich insoweit auch nicht im Ergebnis als richtig (§ 144 Abs. 4 VwGO). Da ergänzende Feststellungen getroffen werden müssen, ist das Urteil gemäß § 144 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 VwGO aufzuheben und die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das Oberverwaltungsgericht zurückzuverweisen.

Colóquio "Estrutura e conteúdo das decisões judiciais"

20 abril 2018



 **Tribunal Federal Administrativo (Leipzig)**

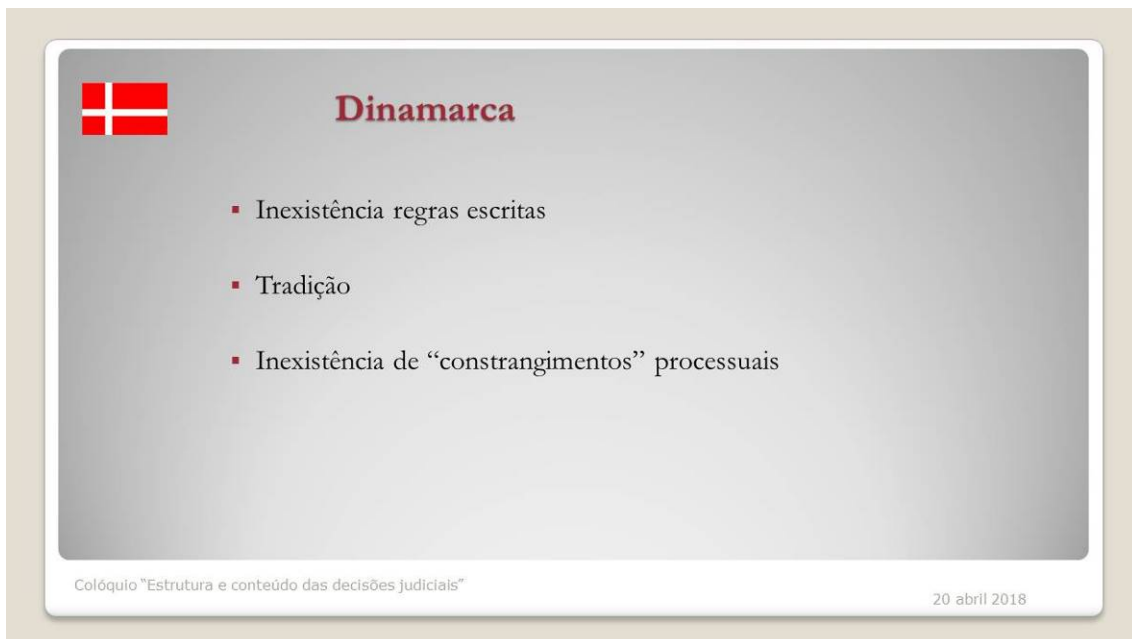

Bundesverwaltungsgericht


**Judgment of 01 June 2017 -
BVerwG 9 C 2.16**
ECLI:DE:BVerwG:2017:010617U9C2.16.0

Please note that the official language of proceedings brought before the Federal Administrative Court of Germany, including its decisions, is German. **This translation is based on an abbreviated version of the original decision.** It is provided for the reader's convenience and information only. Please note that only the German version is authoritative. Page numbers in citations have been retained from the original and may not match the pagination in the English version of the cited text. When citing this decision it is recommended to indicate the court, the date of the decision, the case number and the paragraph: BVerwG, Judgment of 01 June 2017 - BVerwG 9 C 2.16 – para. 16.

Formally unlawful bicycle track construction in a special conservation area under the Habitats Directive


Colóquio "Estrutura e conteúdo das decisões judiciais" 20 abril 2018



 **Dinamarca**


- Inexistência regras escritas
- Tradição
- Inexistência de “constrangimentos” processuais

Colóquio "Estrutura e conteúdo das decisões judiciais" 20 abril 2018




Supremo Tribunal Dinamarca

Acórdão FEAGA - despesas excluídas



Colóquio "Estrutura e conteúdo das decisões judiciais"

20 abril 2018



Ilações e desafios

✓ **Objetivos a atingir**

- **Síntese / uniformidade / legibilidade**
 - “Acto de comunicação que responde a uma questão”
- **Celeridade**
 - produtividade/ auxílio trabalho juiz
- **Imagem da justiça**
- **Acessibilidade do cidadão à justiça**

Colóquio "Estrutura e conteúdo das decisões judiciais"

20 abril 2018



✓ Metodologias

- Iniciativa e coordenação tribunal supremo
- trabalho inicial/ trabalho de acompanhamento
- experiências-piloto

Colóquio "Estrutura e conteúdo das decisões judiciais"

20 abril 2018



Tipos de "regras de redação"

- regras tratamento texto
 - imagem da "palavra" dos TAF
 - "traduzir" jurisprudência para o exterior
- métodos redacionais:
 - encontrar núcleo da técnica redacional:
 - concisão; precisão terminológica e rigor lógico

Colóquio "Estrutura e conteúdo das decisões judiciais"

20 abril 2018



✓ Ideias e desafios

- “auxílios à decisão”
 - não atingem independência do juiz

- um debate que não se espera consensual
 - mas que tem que ser feito

- ponto de partida:
 - regras processuais + nossa tradição jurídica

Colóquio “Estrutura e conteúdo das decisões judiciais”

20 abril 2018



Obrigada pela vossa atenção!

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



6. ESTRUTURA E CONTEÚDO DAS DECISÕES JUDICIAIS EM ESPANHA

MERCENARIO
VILLALBA LAVA

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



6. ESTRUTURA E CONTEÚDO DAS DECISÕES JUDICIAIS EM ESPANHA. O USO DA INFORMÁTICA JUDICIAL E A SUA INFLUÊNCIA NA DEVIDA CONGRUÊNCIA, CLAREZA E PRECISÃO DAS SENTENÇAS

Mercenario Villalba Lava*

Agradecimentos

I. Introdução

II. Nome das resoluções do Processo judicial espanhol

III. Estrutura dos autos e sentenças

IV. O conteúdo das sentenças

V. Características das resoluções judiciais

1) Congruentes

2) Clareza e precisão

- Um problema histórico, que continua

- O poder legislativo

- O Tribunal Constitucional

VI. O problema da modernidade. A informática judicial

VII. Conclusões

VIII. Final

AGRADECIMENTOS

Gostaria, em primeiro lugar, de cumprimentar o Senhor Presidente do Supremo Tribunal Administrativo, Dr. Vítor Manuel Gonçalves Gomes, e agradecer à Associação dos Magistrados da Jurisdição Administrativa e Fiscal de Portugal o amável convite que me fez para participar neste colóquio sobre a estrutura e o conteúdo das decisões judiciais e especialmente ao seu Presidente Dr. Carlos Luís Medeiros de Carvalho que com tanto sucesso a preside.

É para mim uma grande honra e responsabilidade participar neste colóquio pelo nível académico, intelectual e profissional do auditório mas estou tranquilo porque sei que me encontro entre colegas se não entre amigos, como sem dúvida me demonstraram desde que estive em estágio nos Tribunais Administrativos e Fiscais de Lisboa no ano 2010, e depois quando eles me distinguiram ao ser associado honorífico da Associação dos Magistrados da Jurisdição Administrativa e Fiscal de Portugal com a qual colaboro com tudo o que ela precise, estando também à disposição de todos os seus associados para o que necessitem.

Em 2017 estive nas primeiras jornadas de Direito Comparado Luso-Brasileiro e em 2018, em Outubro, conto voltar a Portugal para participar num estágio organizado pela União Europeia. Em 2006 também estive num outro estágio, organizado pela União Europeia, nos Tribunais Cíveis, na Rua Mouzinho da Silveira, nome da rua do autor da frase que diz que: “a mais bela e útil descoberta do século XIX, sem dúvida, é a diferença de administrar e julgar”, que como sabemos é o moderno conceito do processo judicial contencioso-administrativo.

* Magistrado Especialista de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura (España). Doctor Europeo en Derecho.

A minha preferência por Portugal começou especialmente quando estive a preparar a minha tese de doutoramento, da mão do meu mestre, o Professor Doutor Filipe Themudo Barata e li magníficas obras como *Portugália Monumenta Histórica*, onde se encontram todos os forais e costumes antigos de Portugal ou o *Livro Preto Cartolario da Sé de Coimbra* e também autores da dimensão de Frey António de Brandão, Almeida Costa, Diogo Freitas do Amaral ou Veríssimo Serrão, entre outros. Desses outros, quero destacar José Mattoso: o seu livro *“Levantar o céu. Os labirintos da sabedoria”* e, muito especialmente, o texto - oração de sapiência proferida em Viseu, na abertura do V Congresso dos Juizes Portugueses - que trata de “O poder judicial ontem e hoje”, que contem uma análise dos problemas da Justiça diferente da habitual.

I. INTRODUÇÃO

Há diversos acórdãos do Tribunal Constitucional Espanhol (a primeira sentença a 22/84) que estabelecem que o princípio da autotutela é conforme à Constituição Espanhola de 1978, com fundamento no seu artigo 103º.2, que recolhe o princípio de eficácia.

O Tribunal de Justiça da União Europeia (depois do Tratado de Lisboa), nos processos *Factortame* e *Zuckerfabrik* de 1990 e 1991, estabeleceu que a autotutela administrativa é também conforme com o Direito Comunitário, igualmente por via do princípio de eficácia.

Em Espanha distinguimos entre o procedimento administrativo e fiscal perante a própria administração (que é regulada pela Lei 39/2015 e pela Lei Geral Tributária do ano 2003) e o processo judicial, a que chamamos processo contencioso-administrativo (que é regulado pela Lei 29/98).

No processo contencioso-administrativo não há nenhuma diferença entre o processo judicial das questões administrativas e fiscais. A diferença mais significativa é na matéria da suspensão administrativa, posto que a suspensão é a regra geral na matéria fiscal e é excecional no Direito Administrativo geral.

Nós não chamamos processo ou procedimento administrativo mas processo contencioso-administrativo ao que se segue no âmbito judicial.

II. NOME DAS RESOLUÇÕES DO PROCESSO JUDICIAL ESPANHOL

Não procuro aqui dar uma palestra magistral com muitos dados e artigos, mas falar num estilo coloquial, dar o meu ponto de vista sobre os problemas de clareza e de técnica jurídica, principalmente, das sentenças em Espanha. Não obstante isso, será sempre preciso falar também das regras gerais.

O nome e a regulação das decisões judiciais constam:

- i) Dos artigos 244.º e seguintes da Lei Orgânica do Poder Judicial de 1985;
- ii) Dos artigos 67.º e seguintes da Lei 29/98 da Jurisdição Contencioso-Administrativa; e, supletivamente,
- iii) Dos artigos 206.º e 265.º e seguintes da Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000.

No impulso e tramitação processual do processo contencioso-administrativo, o Letrado da Administração da Justiça (antigo secretário judicial), detém um grande protagonismo com emissão dos decretos e das diligências de ordenação, como sucede com:

- A admissão ou não do recurso,
- A admissão ou não da demanda,
- A fixação da quantia e a aprovação das custas.

Contra estas resoluções do Letrado da Administração de Justiça é possível recurso dirigido ao juiz.

O Letrado da Administração de Justiça também faz proposta de providências que o juiz apenas assina. As providências são questões simples.

As principais resoluções do juiz no processo chamam-se sentenças e autos.

A decisão do objeto principal do processo chama-se sempre sentença, seja de órgão unipessoal ou colegial.

Resolvem-se por auto outras questões importantes que precisam de uma decisão do juiz:

- Da admissão ou não da prova,
- Resolução dos recursos contra as decisões do Letrado da Administração de Justiça,
- Questões incidentais como por exemplo as medidas cautelares.

Os autos devem ser fundamentados e conter os factos e o Direito aplicável e as razões para se aplicar este ou aquele Direito e, por último, contém a parte dispositiva onde consta o mandado do juiz. Deve também conter a indicação dos recursos admissíveis contra essa resolução, do órgão perante o qual se deve apresentar e o prazo de apresentação.

Mas falemos agora das sentenças: tanto nos tribunais unipessoais como nos colegiais a decisão do objeto principal do processo é uma resolução que se chama sentença (não há acórdãos).

III. ESTRUTURA DOS AUTOS E SENTENÇAS

A estrutura dos AUTOS inclui o nome do tribunal, a data, o número do processo, o nome do juiz relator, contém uma parte para os factos, outra para os raciocínios jurídicos e outra para a parte dispositiva.

Os devem também conter, por fim, a indicação dos recursos admissíveis contra essa resolução, do órgão perante ante o qual se devem apresentar e o prazo de apresentação.

Já a estrutura da SENTENÇA é a seguinte:

a) Cabeçalho: onde consta o nome do tribunal, a data, e o nome do juiz ou juízes, o número do processo, o nome das partes, dos representantes e dos advogados, o ato administrativo impugnado (seja expresso ou tácito) e a petição genérica, a quantia do processo, (que é importante para determinar os recursos possíveis e as custas), e o nome do relator;

b) Antecedentes de facto: onde aparecem os pedidos das partes, os factos alegados, as provas pedidas e realizadas/produzidas. Em Espanha isto faz-se normalmente em formulário ou de forma genérica;

c) Fundamentos jurídicos: as sentenças do processo contencioso-administrativo não contêm nenhum texto específico com os factos provados (que unicamente é preciso nos processos penais) mas, nos fundamentos jurídicos das mesmas, deve-se esclarecer quais são os factos provados e quais não são, e as razões para dizer uma coisa ou outra e o Direito aplicável para uma resposta adequada (sejam normas jurídicas de Direito Comunitário ou Espanhol), assim como a jurisprudência dos Tribunais Comunitários, do Tribunal Supremo, da Audiência Nacional e dos Tribunais Superiores de Justiça (muito excepcionalmente dos órgãos unipessoais do contencioso administrativo), mas nunca se cita a doutrina ou pensamento dos catedráticos;

d) Indicação dos recursos admissíveis contra tal resolução, o órgão perante o qual se deve apresentar e o prazo de apresentação.

IV. O CONTEÚDO DAS SENTENÇAS

Quando o processo termina, o juiz deve ditar a sentença no prazo de 10 dias e, se não for possível, deve dizer o prazo em que o vai fazer. O conteúdo da sentença pode ser de:

- Inadmissibilidade:

1 – Quando o tribunal decide que não tem competência material, porque a matéria tem natureza civil ou laboral. Se tem natureza penal pode, com carácter prejudicial, resolver ou ficar à espera de que seja resolvida pelos tribunais penais.

Neste último caso, as leis tributárias têm normas específicas para os casos de prejudicialidade.

O nosso Tribunal Constitucional diz que se isto é conhecido antes, deve ditar-se um auto para sanar ou remeter o processo para os Tribunais competentes.

2 – Por a pessoa recorrente não estar corretamente representada não ser capaz ou não ter legitimidade. A legitimidade, normalmente é pessoal, respeita a quem é afetado, pessoalmente não como coletividade, mas há matérias como o urbanismo em que qualquer cidadão tem legitimidade.

3 – Por o ato não ser suscetível de impugnação.

4 – Por o recurso ter sido apresentado fora do prazo legal.

5 – Por ocorrer litispendência ou caso julgado.

Fora destas questões, o juiz deve decidir se o ato ou a norma é ou não conforme de Direito e então deve anular ou ratificar e restabelecer a situação indevidamente alterada do cidadão, incluindo os danos e prejuízos, desde que pedidos e provados.

No processo onde são debatidas questões tributárias se há precedência total ou parcial, deve-se condenar também por todos os custos do aval ou garantia prestada.

O artigo 71º.2 da Lei 99/98 diz que o juiz não pode dizer a forma pela qual deve ser redigida uma norma jurídica (o que a Lei de 1956 permitia para os entes territoriais locais) e também existe o problema dos atos discricionários (se o juiz pode ou não definir/decidir a situação concreta ou se apenas pode anular a decisão e remeter à Administração para voltar a decidir).

Pode haver votos de vencido para os juízes que manifestem posições divergentes ou não inteiramente coincidentes com a que obteve vencimento, mas as sentenças não podem ser alteradas, salvo se contiverem erros materiais ou aritméticos, podendo ser completadas se alguma parte do pedido não tenha tido resposta ou não tenha sido resolvida. Por outro lado, as partes podem pedir esclarecimento, mas não podem é pretender mudar a decisão.

O Tribunal Constitucional Espanhol diz que não é preciso dar uma resposta expressa a tudo caso, mesmo que implicitamente se possa saber o resultado, sendo que o mesmo acontece com os raciocínios.

V. CARACTERÍSTICAS DAS RESOLUÇÕES JUDICIAIS

O artigo 218.º da LEC diz que as sentenças devem ser claras, precisas e congruentes:

1) CONGRUENTES, valendo aqui:

Ne eat iudex ultra, citra petita partium (o juiz não pode dar mais do que lhe foi pedido nem uma coisa diferente da que lhe foi peticionada).

Reformatio in peius (em sede de recurso o recorrente não pode ficar numa situação pior do que a que tinha antes do recurso, nem depois de ir para o Tribunal Judicial, nem em instância, nem em apelação).

Iudex iudicare debet secundum allegata e probata partium (o juiz deve julgar segundo os factos e o Direito alegados pelas partes).

Mas também se aplicam outros princípios como: *Iura novit curia* e *Dabo mihi factum dabo tibi ius*.

O princípio da congruência no processo contencioso-administrativo tem a peculiaridade de o juiz poder suscitar uma alegação jurídica que pode mudar o resultado do processo e as partes dispõem de um prazo de cinco dias para se pronunciarem sobre essa questão e só então o juiz pode analisar esse fundamento para decidir.

O citado artigo 218.º diz que não é preciso¹ mas eu acho que para cumprir o princípio do contraditório deve fazer-se assim.

Há questões em que pode haver conhecimento oficioso, como ocorre com a prescrição e a caducidade.

E também se pode ordenar de *motu proprio* a produção de outros meios de prova mas não se pode mudar a causa *petendi*.

Na *Cumbre Judicial Iberoamericana de Paraguay* de 2016, os Estados membros concordaram em que nas resoluções judiciais não haveria expressões em latim.

¹ Artículo 218 Exhaustividad y congruencia de las sentencias. Motivación:1. Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Harán las declaraciones que aquéllas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate. El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes.2. Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón. 3. Cuando los puntos objeto del litigio hayan sido varios, el tribunal hará con la debida separación el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos.

Eu acho que utilizar ou falar latim nas resoluções judiciais não será correto e contribui para a obscuridade, mas não quando se tratam de máximas jurídicas que contribuem para uma linguagem mais correta e precisa.

2) CLAREZA E PRECISÃO: Quando o legislador diz que as sentenças devem ser claras tal não é uma mera indicação, mas antes constitui uma ordem obrigatória.

Na decisão do caso *Fox Campbell e Hartley* contra o Reino Unido de 1986 afirmou-se que a clareza da linguagem é uma garantia do processo.

A clareza permite concluir que o juiz conhece o objeto do processo e que percebeu o que aconteceu.

Em Espanha diz-se que uma pessoa percebe uma coisa quando é capaz de o dizer à sua avó e ela o percebe...

A sentença é a clarificação do problema e não pode contribuir para o adicionar da complexidade, nem serve para a criação de problemas novos, pelo que será grave que a redação da sentença os origine. A técnica jurídica é importante e eu tenho constatado pessoalmente que perante um mesmo problema jurídico, se é resolvido por um juiz pode aparecer como muito complexo, mas se o for por outro, utilizando outra técnica jurídica, pode parecer muito mais simples.

A precisão está relacionada com as palavras e por isso devem ser utilizadas as menos ambíguas possíveis.

Com a utilização de conceitos passa-se o mesmo, por isso devem-se utilizar os conceitos menos ambivalentes como resposta aos pedidos das partes (por isso mesmo se pede às partes que os seus pedidos sejam precisos, com a identificação do ato expresso ou tácito impugnado ou a norma jurídica e as consequências pedidas pela sua desconformidade ao Direito e os seus efeitos na esfera pessoal do recorrente).

A precisão e a clareza têm uma grande relação entre si.

Os tribunais internacionais não têm uma língua oficial nem tradução para todas as línguas dos Estados membros e por isso a clareza e a precisão são uma exigência reforçada para que as sentenças sejam percebidas noutros idiomas e para que a tradução seja muito mais fácil.

Precisão - quer dizer que o Tribunal deve falar sobre o que é o objeto do processo. Hoje fala-se muito e de muitas coisas nas sentenças e menos precisamente do objeto, mas como a sentença é muito longa o juiz acha que o povo é maluco e ficará contente.

A sentença não é literatura e também não é uma obra doutrinal de Direito.

A sentença deve ser concisa e falar estritamente do objeto do processo e das normas precisas, nada mais.

Há um ditado que diz: Se eu tivesse mais tempo, escreveria menos. Ou seja, transpondo, se eu conhecesse melhor o caso também escreveria menos².

Mas também não pode dizer-se de menos porque é preciso que as partes do processo conheçam as razões pelas quais o juiz decide. E também não se podem ter argumentos em excesso, que impeçam as partes de perceber as verdadeiras razões da decisão.

Nas sentenças deve distinguir-se entre *ratio decidendi* e *obiter dicta* e pode acontecer que se houver muitos *obiter dicta*, isso não sirva para aclarar a *ratio decidendi*, mas para a obscurecer.

É verdade que para ser juiz não é preciso ter uma preparação literária ou linguística, mas é preciso seguir as normas e procurar obedecer-lhes.

A linguagem das sentenças não deve ser totalmente técnica.

Devemos saber que as sentenças são dirigidas essencialmente para os advogados, mas também para as próprias partes que não conhecem o Direito e, por isso, temos a obrigação de falar com clareza.

Na sua via profissional, os juízes tendem a utilizar uma grafia ilegível, com tecnicismos exagerados e desnecessários e não devemos seguir esse caminho.

As partes devem conhecer as razões porque o juiz decide, assim como as sentenças devem ser conhecidas pela sociedade, o que constitui uma forma de evitar litígios, pois pode acontecer não chegar a haver litígio depois de conhecer uma determinada sentença.

As sentenças têm também outros destinatários que são os juízes, quer os que vão resolver os recursos de apelação ou cassação, quer os que possam levá-las em consideração ou para as aplicar em outros processos onde existe identidade de razão. Com certeza existem sentenças em Espanha que não percebemos quando as lemos.

Lembro-me duma sentença sobre a tributação dos bens próprios levados à comunhão de adquiridos.

Li-a de manhã, à tarde e à noite, mas continuei a não a perceber. Então, dei-a aos meus colegas para lerem, mas também eles não percebiam o que ela dizia.

Mas isto não pode acontecer, que os próprios juízes não percebam o que diz uma sentença.

² Estes são alguns dados em Espanha: no ano 1975 houve 15.000 processos judiciais contencioso-administrativos. Em 2009 houve 300.000 processos e 300.000 sentenças e 200.000 processos e 205.000 sentenças em 2016.

A falta de clareza também pode ser uma forma de esconder que o juiz não sabe ou não quer saber o que acontece no caso.

Para o advogado é mais difícil apresentar um recurso quando não percebe bem o que a sentença diz, mas também é mais fácil apresentar o recurso de maneira fraudulenta.

As partes não conhecem o Direito e então devemos decidir se se deve seguir a técnica dos livros anglo-saxónicos ou continentais.

Diz-se que os primeiros tratam desde as coisas mais elementares da matéria até às mais complexas para melhor entender e que os continentais são feitos para iniciados na matéria. Acho que embora a sentença deva ser motivada e compreendida pelo público em geral, ela deve ser concisa e sucinta em concordância com a sua própria definição.

O artigo 120º CE diz que as resoluções judiciais devem ser motivadas e o artigo 417º.5 LOPJ estabelece que é uma falta disciplinar muito grave a falta de motivação manifesta.

No Antigo Regime Absolutista a motivação era proibida em muitas ocasiões (inclusive o sábio rei espanhol, Carlos III, em Real Cédula de 23 de junho de 1778³, proibiu a motivação das sentenças).

Não devemos esquecer, também, que as mais modernas teorias destacam que este modelo do silogismo (factos, direito e parte dispositiva), próprio do juiz posterior à Revolução Francesa, não é verdadeiro e que é apenas uma aparência porque as razões pelas quais o juiz decide são ocultas e diferentes (ideologia do juiz, intuições, preconceitos, a formação académica).

Neste ponto quero destacar que estive numa palestra proferida pelo professor García de Enterría, no ano 1995, onde os advogados tinham muita preocupação e consideravam muito importante na resolução do processo a origem profissional prévia do juiz.

As sentenças não devem ser sexistas e a LOPJ diz que também é uma falta grave a utilização de palavras ofensivas ou desrespeitosas.

UM PROBLEMA HISTÓRICO, QUE CONTINUA

A *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1881 também dizia no artigo 345º que as sentenças deviam ser claras, precisas e congruentes mas, tradicionalmente, dizia-se que a obscuridade da linguagem

³ «Para evitar los perjuicios que resultan con la práctica, que observa la Audiencia de Mallorca, de motivar sus sentencias, dando lugar a cavilaciones de los litigantes, consumiendo mucho tiempo en la extensión de las sentencias, que viene a ser un resumen del proceso, y las costas que a las partes se siguen; mando, cese en dicha práctica de motivar sus sentencias, ateniéndose a las palabras decisorias, como se observa en el mi Consejo, y en la mayor parte de los tribunales del reino (...) los tribunales ordinarios, incluso los privilegiados, excusen motivar las sentencias, como hasta aquí, con los vistos y atentos, en que se refería el hecho de los autos, y los fundamentos alegados por las partes; derogando, como en esta parte derogo, el auto acordado 22, tít. 2, libro 3, duda 1.ª, R. u otra cualquiera resolución o estilo que haya en contrario».

do juiz era um mal muito estendido na administração de justiça, sendo que o sistema democrático de 1978 procurou a sua desapareção.

Até à reforma de 1985, os factos da sentença começavam com o gerúndio *resultando* e os fundamentos jurídicos com o gerúndio *considerando*. Não se utilizava ponto final e também não ponto final parágrafo. Nada disto ajudava a clareza.

O Pacto de Justiça (do ano 2001), a Carta de Direito dos Cidadãos ante a Justiça (de 2005) e o Plano de Transparência Judicial (de 2015) dizem que os cidadãos têm direito a que as resoluções judiciais sejam compreendidas pelos cidadãos com a construção de frases simples, mas com rigor jurídico, o que tem relação com o princípio da segurança jurídica dos artigos 9º.3 e 120º.2 da CE.

Estipulam tais normativos que as frases não devem ser longas, com subjuntivos ou de sintaxes complexas, com frases encadeadas.

Também não é bom o uso intercalado de citações da jurisprudência.

Também não se devem utilizar acrónimos ou siglas.

Há um conselho para os advogados que diz: “fala claro para que perceba bem o porteiro do Tribunal porque assim vai ser difícil que não perceba o juiz”.

Mas falar com complexidade também pode ser uma forma em que o advogado ou o próprio juiz dão mais transcendência ou importância ao litígio.

Pessoalmente não gosto de comentar ou qualificar o trabalho dos advogados nem do juiz que fez a sentença sob recurso, se é brilhante, surpreendente, etc...

O PODER LEGISLATIVO

Mas isto também tem relação com o legislador. Dizia-se na época romana que jamais esteve a República tão mal como quando houve tantas leis, sendo que agora temos um crescimento exponencial do legislador, que está todo o dia a fazer novas leis.

O catedrático, Santiago Muñoz Machado, que fez o manual de estilo jurídico e que eu considero que, na atualidade, em Espanha, é a figura mais importante do Direito Administrativo Espanhol, diz que é muito difícil saber hoje em dia qual é o Direito vigente⁴.

⁴ Señala MUÑOZ MACHADO, Santiago, “Ideas y propósitos”, El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, número cero, octubre, 2008 págs. 7 y 8 con relación a la multiplicidad de normas existentes en nuestro ordenamiento jurídico, que es un grave problema en la actualidad, debido no sólo a la multiplicidad de origen de las normas: Estatal, Autonómico, Local y Comunitario, que explicaría por sí la dificultad sino a la imposibilidad de usar brújula para un tránsito seguro, llegando la situación a tal extremo, que los juristas prácticos como los abogados en ejercicio, por ejemplo, cuando tienen que

Não devemos esquecer o importante labor pedagógico do legislador.

Com relação à clareza das leis, quando eu era estudante era fácil memorizar as leis.

Hoje, o estilo do legislador torna isso praticamente impossível, e digo-o que não é por uma questão de idade, pois os meus colegas mais novos também afirmam que não podem memorizar e eu compreendo as suas razões.

E o que agora vos vou dizer não são invenções minhas, mas apenas a literalidade de exemplos extraídos de algumas leis espanholas, frases complexas que não dizem nada e que se poderiam dizer de uma forma mais simples:

- Art. 13.º do Estatuto Básico do Empregado Público (que para nós é uma lei essencial no nosso sistema jurídico) diz que: “é pessoal directivo aquele que faz funções directivas, que são as definidas pelas normas jurídicas”;

- Uma lei de pesca de Comunidade Autónoma diz que: “não pode ter licença de pesca quem não tem as condições legais para ter”;

- A Administração utiliza muitas expressões como: “é proibido matar pássaros e animais”, ou, “é proibido atirar-se de cabeça dentro e fora da piscina”.

Como é um problema internacional, em 1976, 1978 e 1998, a Suécia, Reino Unido, o Canadá e os USA encarregaram uma revisão da sua legislação a especialistas linguistas.

O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

O Tribunal Constitucional Espanhol depois do ano de 1994 tem entendido que não é uma motivação aceitável a que é feita numa linguagem inexpressiva *que serve igual para uma coisa e outra*.

Fala também da inconstitucionalidade de sentenças feitas em modelos impressos, que agora são camuflados pela informática e não podem ser comprovados tão facilmente.

Foi o Tribunal Constitucional quem começou a falar doutrinariamente nas sentenças, inclusivamente, através de uma compilação da sua doutrina sobre a matéria. E, depois, todos os Tribunais espanhóis começaram a imitar e começaram a escrever muito.

O nosso Tribunal Constitucional tem a linguagem académica, (não devemos esquecer que muitos dos seus membros são professores universitários), falando-se muito da intervenção dos

resolver un problema derivado de la aplicación de normas, es habitual que tenga que solicitar del cliente, que se las traiga debajo del brazo para poder conocerla.

assessores do Tribunal Constitucional que fazem estudos que, depois, os magistrados copiam literalmente⁵.

Se se fizer uma comparação entre as sentenças do Tribunal Supremo até 1980 e as de agora ficaremos surpreendidos porque as sentenças são agora muitíssimo mais longas.

Pode ser que na primeira etapa fossem mais breves e pouco explicadas, mas agora seguem a técnica do Tribunal Constitucional e eu acho que também não são corretas.

Agora pode conhecer-se um tema com apenas a leitura de uma sentença que contém toda a doutrina, mas eu acho que a jurisprudência deve ficar apenas na cabeça do juiz para que a sentença seja clara e concisa.

Além disso, muitas sentenças falam da doutrina e não resolvem o caso concreto.

Vou-vos falar um pouco do novo recurso de cassação no Supremo Tribunal Administrativo espanhol, que derroga todos os anteriores recursos de cassação em razão do valor, para unificação de doutrina ou interesse da lei, com a ideia de estabelecer um critério de aplicação das leis. Este pode ser útil também para o legislador, mas eu não concordo com esta ideia, posto que é um trabalho próprio do poder legislativo e o trabalho dos juízes não é a ordenação do Estado senão, como dizem os revolucionários ingleses do século XVII, que é a proteção dos direitos subjetivos⁶.

Diz-se em Espanha que o mundo de juízes deve ser o de Azorin e não o de Quevedo ou Góngora e, em Portugal, pode ser que seja o de Manuel Alegre e não o de Pessoa ou de Saramago. Na verdade, eu considero que a linguagem dos juízes deve ser a do neoclassicismo do século XVIII e não a do Barroco do século XVII.

⁵ Como señala Pablo Salvador Coderch, los Magistrados de nuestro Tribunal Constitucional habrían de esforzarse un poco más en escribir más parte de sus sentencias y en redactarlas del modo más sencillo posible. Hay demasiada sentencias de Letrado, es decir, muy sustancialmente redactadas por buenos Letrados del Tribunal Constitucional pero la redacción de las sentencias es responsabilidad primaria del Juez, que no de los Letrados. Entiende, modestamente, que ha de haber menos acarreo de precedentes abstrusos, menos recortes sobresaltados de otras sentencias, menos manos al fin. A los Plenos hay que acudir con una ponencia redactada de puño y letra de su firmante y no con una cuartilla, como acaso podría haber ocurrido en alguna ocasión, de manera que se trasluzca el estilo personal, El País, 12-7-2012, pág. 32.

⁶ Eu gostei de ler um livro que foi traduzido para português mas não para espanhol e que se intitula *Os caminhos para a Modernidade: Os Iluminismos Britânico, Francês e Americano*, que é uma tese de doutoramento de Gertrude Himmelfarb, a qual é precisa com os conceitos e dá todo o valor de criação dos conceitos às revoluções Britânica e Americana e apenas a difusão à Francesa, para além dos erros como aconteceu com Montesquieu.

VI. O PROBLEMA DA MODERNIDADE - A INFORMÁTICA JUDICIAL.

Vamos tratar um tema principal deste colóquio, do problema da modernidade, de que falou o meu mestre falecido, um grande impulsor da informática judicial, Jose M^a Álvarez Cienfuegos⁷, que, no ano 1999, dizia que a utilização da informática é útil como base de dados e da jurisprudência e, também, nas comunicações, mas começava a produzir os seguintes efeitos:

- Empobrecimento da linguagem jurídica;
- Estandarização dos conceitos;
- Afetação da reflexão jurídica sem a tradicional individualidade e sem uma reflexão individualizada dos factos nem um estudo particular do Direito (que é plasmado no papel diretamente, sem a reflexão pessoal do juiz).

Os juízes devem saber que a informática é um instrumento para melhor trabalharem, mas não podemos esquecer que é a reflexão pessoal a propriedade mais importante do nosso trabalho e que é necessário ter-se um grande conhecimento de Direito, não bastando aplicar a base de dados (o que qualquer pessoa pode fazer). É por isso que temos que fazer bem o nosso trabalho.

Os juízes espanhóis, em geral imitam o Tribunal Constitucional e não sei se isto pode ser um verdadeiro incumprimento ou esquecimento da obrigação de concretização ou precisão e clareza.

VII. CONCLUSÕES

Eu acho que hoje, os problemas na redação das resoluções judiciais, nomeadamente das sentenças são os seguintes:

1 – As sentenças são muito longas, porque pretendem ser muito motivadas com o conteúdo expresso de jurisprudência e doutrina de outros Tribunais, mas isto pode ser uma forma de esconder a falta de reflexão pessoal do juiz.

Precisamente, quando eu fiz a minha tese de doutoramento, os professores diziam que a cópia literal era própria das pessoas que não trabalhavam e que não se deveria fazer. Não percebo, por isso, como agora se diz que isto é um mal dos professores universitários.

2 – Apesar de as resoluções serem tão longas as mesmas não estudam verdadeiramente o concreto caso em questão.

⁷ José María Álvarez-Cienfuegos Suárez, “Comentario a la sentencia 48/1999 de 22 de marzo del Tribunal Constitucional”, Diario La Ley, Sección Doctrina, 1999, Ref. D-219, T. 5, La Ley 11029/2001, Edit. La Ley.

Acho que todos os juízes concordam com o que eu estou a dizer, mas por que razão não o fazem?

Esta maneira de trabalhar pode ter também como sua causa a subida de categoria a Magistrado do Tribunal Supremo, em que se procede a uma análise das suas sentenças, e como uma forma de acreditar os seus conhecimentos jurídicos.

VIII. FINAL

Fala-se muito do nascimento dos direitos fundamentais na Revolução Francesa, acabamos de falar, até de certo ponto, do mais desconhecido protagonismo da revolução inglesa.

É que sem dúvida o nascimento dessas ideias, como diz o professor Muñoz Machado e da Segunda Escolástica e da Escola de Salamanca (não devemos esquecer o interesse de Rebelo de Sousa em visitar a Universidade de Salamanca na sua visita a Espanha nesta semana), que foi passado às universidades inglesas no reinado consorte do nosso Filipe II, e de onde foi passado à Holanda e daí à América, ao Novo Mundo e começaram a fazer um modelo de organização social, quando passa à velha Europa foi de transformação social.

Sem dúvida, se a obra doutrinal de Francisco de Vitoria fundador da Escola de Salamanca é muito importante, o que devemos dizer do Padre Suárez?⁸

Esta bagagem doutrinal comum não deve perder-se e considero ser muito interessante este estudo comum dos problemas jurídicos de Portugal e Espanha.

⁸ O qual está enterrado na igreja de São Roque de Lisboa, no Bairro Alto, muito perto do Supremo Tribunal Administrativo.

**7. ESTRUTURA E
CONTEÚDO DAS
DECISÕES
JUDICIAIS. BREVE
BALANÇO**

**CARLOS LUÍS MEDEIROS
DE CARVALHO**

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



7. ESTRUTURA E CONTEÚDO DAS DECISÕES JUDICIAIS. BREVE BALANÇO.

Carlos Luís Medeiros de Carvalho*

Caras e Caros Colegas é tempo de encerrar este colóquio, e por isso serei breve...

A jurisdição administrativa e fiscal vive e atravessa um momento em que urge encontrar soluções e vias para os vários problemas com que é e está confrontada.

Os seus juízes e os tribunais em que exercem funções encontram-se assoberbados e subjugados por um volume processual e de serviço, que lhes exige um esforço enorme, diria mesmo nalguns casos dramáticos sobre-humano. Todos sentimos e sabemos o que é exigido hoje a um juiz. Mas, dizia eu, esse esforço e a concentração exigida para o exercício da função acabam por lhe retirar discernimento e distanciamento, por lhe roubar espaço e tempo para refletir sobre aquilo que é a sua atividade, modo como a organiza e a executa ou realiza.

Daí este colóquio enquanto tempo e momento para, num ambiente descontraído e aberto, despido de ideias feitas geradas e formadas no quadro do sistema, livre de pré-juízos e pré-conceitos, pararmos um pouco, para respirarmos profundamente, oxigenarmos o cérebro, ouvirmos e pensarmos, debatendo e refletindo o conteúdo das decisões judiciais e modo como as fazemos ou elaboramos.

No contexto em que vivemos e daquilo que queremos que seja ou venha a ser o futuro, importa, por um lado, avaliar se o que temos em termos de comandos legais serve ou não, se basta ou não para cumprir a função de realização da justiça em tempo razoável; e, por outro lado, no entretanto e enquanto não conseguirmos ou não existir resposta à primeira questão, se podemos fazer ou mudar algo nas decisões ou no modo como as elaboramos encontrando soluções inovadores... fora da caixa/«out of the box» como por vezes hoje se afirma, e que nos ajudem ao desempenho da função de julgar com melhor qualidade e ambiência nas nossas vidas.

Importa que tenhamos presente que a Justiça para o ser e cumprir a sua função ou papel carece de ser comunicada, bem comunicada, de chegar ao seu destinatário e por este poder ser compreendida e aceite.

E o comunicar não é feito apenas com recurso à linguagem escrita e falada, as imagens revelam e marcam de forma indelével muitos dos juízos que fazemos e formamos. Como é habitual afirmar-se «uma imagem vale mais que mil palavras...».

Daí que a apresentação e estética das decisões seja, desde logo, aspeto que não podemos, nem devemos descuidar, tanto mais que o conteúdo e sua qualidade irrepreensível pode ser

* Juiz Conselheiro, Presidente da AMJAFP.

subalternizada pela impressão visual que nos é transmitida pela pura observação e visualização da decisão.

Mas não nos podemos deixar ficar pela apresentação e estética da decisão, importa irmos mais fundo... captarmos e termos sempre na nossa linha de mira, termos sempre presente, o fim ou função que uma decisão judicial possui e desempenha.

E nesse quadro ouvimos e pudemos hoje aqui apreender várias experiências e formas de trabalhar e de proferir decisões, algumas que exigem uma mudança de quadro legal e de paradigma, mas outras que podem facilmente e sem grande dificuldade irem sendo introduzidas com ganhos de eficácia e de agilização, com melhorias para a nossa imagem e para a nossa vivência.

Este foi o pontapé de saída... a reflexão individual, o trabalho em grupo a constituir e o debate coletivo certamente continuarão e trarão, num futuro que se quer próximo, ganhos para todos e em vários planos (vida pessoal e profissional, imagem de tribunais e de juízes perante os seus concidadãos). Disso estou certo e nisso estamos empenhados e quando tal se concretizar cumprir-se-ão os objetivos e propósitos deste colóquio.

A todos o meu/nosso muito obrigado, renovando os agradecimentos pessoais e institucionais ao Senhor Presidente do STA, ao Tribunal de Contas (Dr. Luis Rosa), aos Colegas e Amigos intervenientes neste colóquio, aos companheiros de Direção coautores e/ou cúmplices nestas realizações e projetos, e todos os Amigos e Colegas que hoje nos deram o gosto da presença e que com a sua participação augura confiança no futuro.



ANEXOS
ALEMANHA

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS





Bundesverwaltungsgericht

Judgment of 01 June 2017 - BVerwG 9 C 2.16

ECLI:DE:BVerwG:2017:010617U9C2.16.0

Please note that the official language of proceedings brought before the Federal Administrative Court of Germany, including its decisions, is German. **This translation is based on an abbreviated version of the original decision.** It is provided for the reader's convenience and information only. Please note that only the German version is authoritative. Page numbers in citations have been retained from the original and may not match the pagination in the English version of the cited text. When citing this decision it is recommended to indicate the court, the date of the decision, the case number and the paragraph: BVerwG, Judgment of 01 June 2017 - BVerwG 9 C 2.16– para. 16.

Formally unlawful bicycle track construction in a special conservation area under the Habitats Directive

Headnotes

1. The right of an association to bring legal proceedings in the interest of the general public (section 2 (1) in connection with section 1 (1) of the Environmental Appeals Act (UmwRG, *Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz*)) includes the right to institute an action for administrative intervention against a project built and operated without a decision on the required permission.
2. As a general rule, the discretion of the nature conservation authority to prevent the use of a bicycle track built without the required planning approval procedure (*Planfeststellungsverfahren*) pursuant to section 3 (2) of the Federal Nature Conservation Act (BNatSchG, *Bundesnaturschutzgesetz*), turns into a legal obligation where such use reasonably gives rise to concrete fears over considerable adverse effects in excess of the construction-related disturbance until completion of the subsequent planning approval procedure.

Sources of law



Act on Supplementary Provisions on Appeals in Environmental Matters in accordance with Directive 2003/35/EC – Environmental Appeals Act -	UmwRG, <i>Gesetz über ergänzende Vorschriften zu Rechtsbehelfen in Umweltangelegenheiten nach der EG-Richtlinie 2003/35/EG, -Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz-</i>	section 1 (1), section 2 (1)
---	--	------------------------------

Code of Administrative Court Procedure	VwGO, <i>Verwaltungsgerichtsordnung</i>	section 42 (2)
Directive 2011/92/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on the assessment of the effects of certain public and private projects on the environment - EIA Directive -		article 11
Council Directive 92/43/EEC of 21 May 1992 on the conservation of natural habitats and of wild fauna and flora, - Habitats Directive -		article 6
Federal Nature Conservation Act	BNatSchG, <i>Bundesnaturschutzgesetz</i>	section 3 (2), section 34
Saxony Roads Act	SächsStrG, <i>Sächsisches Straßengesetz</i>	section 3 (1) no. 4, section 39 (1) second sentence
Act on Environmental Impact Assessment in the Federal State of Saxony	SächsUVPG, <i>Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung im Freistaat Sachsen</i>	section 3 (1) no. 2

Summary of the facts

The claimant, a recognised environmental protection association, asserts a claim against the defendant district, to prevent the use of a bicycle track.

The Elster bicycle track, in part still under construction, runs from the Elster source in Czechia to the Leipzig lowland bay. The subsection (section 4) of the road section between Asch and Oelsnitz at issue here, starts south of Adorf at the federal highway B 92, crosses the "Weiße Elster" by way of a bridge, continues its way parallel to the water to the north and ends on a site in the town of Adorf. To a considerable part, it is situated in the special area of conservation under the Habitats Directive (Habitats Directive Area) "Elstertal oberhalb Plauen". Its protective objectives are amongst others to conserve predominantly semi-natu-

ral running water sections with minor alder-riverside forest and waterside shrub land as well as to preserve or to re-establish a favourable conservation status for certain animal and plant species.

The defendant carried out the construction project in the aforementioned subsection without environmental impact assessment, and due to the alleged minor importance of the project, refrained from initiating a planning approval procedure (*Planfeststellungsverfahren*). In the course of construction works, existing roads were enlarged to a width of predominantly 2.50 m and were paved; the old bridge was replaced.

Upon action filed, the Administrative Court had ordered the defendant in accordance with the application to prevent the use of the road within the Habitats Directive Area for all types of traffic by way of suitable means until completion of the planning approval procedure including an environmental impact assessment, whether with or without public participation . The Higher Administrative Court dismissed the defendant's appeal on points of fact and law.

Reasons (abridged)

The admissible appeal on points of law is partly founded. The judgment of the court of appeal is not in every regard in line with federal law (section 137 (1) Code of Administrative Court Procedure (VwGO, *Verwaltungsgerichtsordnung*)) and insofar does not prove to be correct in its result either (section 144 (4) VwGO). Since additional factual findings are needed, the judgment is to be quashed and remitted to the Higher Administrative Court for proceedings and ruling pursuant to section 144 (3) sentence 1 VwGO).

1. While, contrary to the defendant's view, the action is admissible in its scope still pending.

a) The claimant's right to bring legal proceedings results from section 2 (1) in conjunction with section 1 (1) of the Environmental Appeals Act (UmwRG, *Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz*) as still applicable here in its version of 8 April 2013 Federal Law Gazette (BGBl., *Bundesgesetzblatt*) I p. 753) last amended by act of 20 November 2015 (BGBl. I S. 2069). (...)

The right to bring legal proceedings in the interest of the general public conferred to an association includes the right to institute an action for administrative intervention against a project built and operated without a decision on the required permission (...).

The objective of the rules under sections 1 and 2 UmwRG in particular argues for this result. It namely consists in transposing applicable standards of European and International law into national law. Pursuant to article 11 (1) and (3) of the Directive 2011/92/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on the assessment of the effects of certain public and private projects on the environment (OJ L 26, p. 1) - (EIA Directive) -, which itself is based on article 9 (2) and (3) of the Aarhus-Convention, the Member States are under an obligation to grant access to environmental associations to a review procedure (before a court of law) "to challenge the substantive or procedural legality of decisions, acts or omissions". The environmental associations have the possibility to have the legal provisions originating from Union law reviewed comprehensively without restriction to subjective rights (Court of Justice of the European Union (ECJ), judgments of 12 Mai 2011 - C-115/09 [ECLI:EU:C:2011:289], *Trianel* - para. 45 et seq. and of 15 October 2015 - C 137/14 [ECLI:EU:C:2015:683] *Commission v Germany* - para. 33). This applies without regard to whether the obligation to conduct an environmental impact assessment arises already conclusively from article 4 (1) in conjunction with annex I of the EIA Directive or whether it arises from article 4 (2) in conjunction with annex II of the EIA Directive and the legal provision of the Member States as is the case in other road projects not mentioned in annex I.

The obligation to cure the unlawful consequences of a breach of the law also results from Union law. Where there is a failure to conduct an environmental impact assessment, the competent authorities as well as the courts are required to take all and any measures to effectively cure such shortcoming. They must take the suitable and proportional "measures to suspend" provided by national law in order to prevent the plan

or the project to be put into effect without the prescribed environmental impact assessment (ECJ, judgment of 28 February 2012 - C 41/11 [ECLI:EU:C:2012:103], *Inter Environnement Wallonie* - para. 43 et seq. with further references). Just as suspending construction, closing down a project illegally built on procedural grounds is in principle a suitable measure in terms of the principle of effectiveness, resulting in an environmental association being able to force its adoption by bringing legal action in court. (...)

2. However, on the merit, the Higher Administrative Court, based on the findings so far, should not have upheld the first instance judgment allowing the claim.

a) In complying with federal Law, the Higher Administrative Court held that section 3 (2) of the Federal Nature Conservation Act (BNatSchG, *Bundesnaturschutzgesetz*), whose scope of application is not limited but enlarged by section 2 sentence 1 of the Nature Conservation Act of the State of Saxony (Sächs-NatSchG, *Sächsisches Naturschutzgesetz*) (see article 72 (4) first sentence no. 2 of the Basic Law (GG, *Grundgesetz*)), provides a proper legal basis for the requested measure. Accordingly, the authorities competent for environmental conservation and landscape preservation supervise compliance with the provision of this law as well as compliance with the provisions adopted on the basis of this law and, unless otherwise provided, in accordance with proper exercise of discretion, adopt the measures required in each individual case in order to ensure compliance with such provisions. Section 3 (2) half sentence 2 BNatSchG lays down the power to intervene, inspired by the general clause under police law, which, as a general rule, applies next to other authorities' competing powers to intervene and which is put into execution by the competent nature conservation authority in its capacity of a special regulatory authority (...). As decided by the Higher Administrative Court in applying federal state law, the defendant, as legal entity of the lower environmental conservation authority (*untere Naturschutzbehörde*), is competent to this effect. The Higher Administrative Court could not identify any superseding special provisions and such provisions are not evident to the Senate either.

The preconditions laid down in the elements of section 3 (2) half sentence 2 BNatSchG are fulfilled in the case here at issue. As correctly elaborated by the Higher Administrative Court and as is now undisputed between the parties, the project carried out without a planning approval procedure and thus without environmental impact assessment, is in violation of procedural and substantive nature conservation law. For, according to the result of the assessment on the impact on the Habitats Directive Area commissioned by the defendant, the finished construction considerably adversely effects the conservation objectives of the Habitats Directive Area concerned, causing the only way to legalise it to be a deviating decision - in view of the adverse effects on a priority natural habitat with the involvement of the EU-Commission - (article 6 (3) and (4) of Council Directive 92/43/EEC of 21 May 1992 on the conservation of natural habitats and of wild fauna and flora <OJ. L 206 p. 7> - Habitats Directive, section 34 (3) and (4) BNatSchG). Under such circumstances, putting the project into effect without involving the claimant is also in violation of section 63 (2) no. 5 BNatSchG; for, within the meaning of this provision, the general inadmissibility of this project with considerable adverse effects is deemed a "prohibition" and the deviating decision an "exemption" thereof (BVerwG, judgment of 1 April 2015 - 4 C 6.14 - Rulings of the Federal Administrative Court (BVerwGE, *Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts*) 152, 10 para. 12 with further references).

b) The Higher Administrative Court further held that, under the present circumstances, the defendant's discretion to prevent such use was reduced to one remaining lawful decision. This is not in compliance with federal law.

aa) Pursuant to section 3 (2) half sentence 2 BNatSchG, the decision to intervene is, as a general rule, left to the proper exercise of discretion of the competent environmental conservation authority (including the discretion on the decision whether to act and on the choice of means to be employed). The violation of nature conservation law alone does not in itself result in the failure to intervene to constitute an error of discretion. However, a particularly serious violation of nature conservation law may result in a reduction of discretion; this applies increasingly so, the more precious, sensitive and scarce the natural asset concerned. Under such circumstances, the provisions of Union law in particular, lead to a reduction in the scope of discretion provided for by national law. In order to prevent considerable adverse effects for a Habitats Directive Area, the authority is, as a general rule, under an obligation to intervene (...).

Against this background, the Higher Administrative Court assumed that the discretion to issue a prohibiti-

on to use was reduced, where a street was built or expanded in a Habitats Directive Area without first carrying out the required planning approval procedure. The construction-related interference in the Habitats Directive Area had been "further intensified" without other aspects, in particular security aspects, demanding a different assessment in the present case. Under the given circumstances, the defendant rightfully opposes this view. (...)

From a Union law perspective, the question, whether there is an imperative obligation to prevent the use of a road built without first assessing the implications for the Habitats Directive Area, is to be judged by applying article 6 of the Habitats Directive. Contrary to the claimant's view, article 6 (3) of the Habitats Directive shall not be applied directly in this regard. The question, whether this provision, if so required, in conjunction with the duty of loyalty arising from article 4 (3) of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), is to be interpreted to the effect that a Member State has to close down a project realised without the required assessment until such assessment has been carried out, can, without submission to the European Court of Justice (article 267 TFEU), clearly be judged on the basis of the past jurisprudence of the Court of Justice. Article 6 (3) of the Habitats Directive provides for an assessment procedure which, by way of previous control, is supposed to warrant that projects are not granted approval except to the extent that they do not adversely affect the area as such. Therefore, this provision does apply only, if a national authority approves a project without such assessment. It does however not apply to activities requiring permission but carried out unlawfully without such permission (ECJ, judgment of 10 November 2016 - C-504/14 [ECLI:EU:C:2016:847], Commission v Greece - para. 120 et seqq.).

Rather, the standard of review whether there is an obligation to close down an unlawfully completed construction is the general duty to protect under article 6 (2) of the Habitats Directive, which is related to section 6 (3) and is supposed to warrant the same level of protection for natural habitats and habitats of species (ECJ, Judgment of 14 January 2016 - C-339/14 [ECLI:EU:C:2016:10], Grüne Liga Sachsen e.V. - para. 36 et seq., 52 with further references). Insofar it is sufficient but also necessary that there is a probability or danger that the operation of the structures originating from an unauthorised project, causes a considerable disturbance of the conservation objectives of the area; there is no need to establish the existence of a causal link (ECJ, judgments of 14 January 2016 - C-399/14 - para. 42 and of 10 November 2016 - C-504/14 - para. 29). Whereas, in the last-mentioned judgment, the Court of Justice held the concrete risks for natural habitats and habitats of species established by an expert opinion, correlating with the use of unauthorised roads, to be sufficient to constitute an infringement of article 6 (2) of the Habitats Directive. However, to the extent that such concrete risks did not exist, it denied such infringement (judgment of 10 November 2016 - C-504/14 - para. 53 et seqq.).

bb) On this basis, in the present case, findings by made by the judges of fact are needed as to whether and to what extent any further temporary use of the bicycle track until completion of the subsequently initiated planning approval procedure, may reasonably give rise to concrete fears over considerable adverse effects on the conservation objectives of the Habitats Directive Area in excess of the construction-related disturbances. On the one hand, a connecting factor is the point in time immediately following the listing of the Habitats Directive Area. To the extent that the initial roads, later built over in the course of this controversial project, did already exist and were already in use, this shall be factored in as prior encumbrance. On the other hand, one must take into consideration that the construction-related interference has ended. Whether and to what extent it has to be undone will depend on the outcome of the planning approval procedure. Under these circumstances, one must examine, whether there is a likelihood or danger of additional use-related deteriorations. The assessment on the impact on the Habitats Directive Area commissioned by the defendant, which has already been prepared and which, if need be, is to be explained by the authors, may serve as a basis for such examination.

Where there is a concrete risk of additional use-related deteriorations, the discretion of the defendant on whether to intervene in order to prevent such deterioration is, as a general rule, reduced to one remaining lawful decision (*Ermessensreduzierung auf Null*). Exceptionally, something different may only apply, where public interests of considerable weight, in particular such of road safety, are opposed to closing down the structure. Where the defendant must intervene against such use, the defendant must, within the discretion conferred to him on the means to employ, decide whether such use is to be prevented completely, or whether restriction of use in time, space or otherwise are sufficient in order to avoid additional rele-

vant environmental conservation related disturbances.

Where there is no reasonable need to fear additional use-related deteriorations, **the defendant's discretion** on whether to intervene against the temporary use of such unlawfully built structure, is, as a general rule, not reduced to one remaining lawful decision. This applies - as is the case here - whenever the project does not consist of a new construction but of the expansion of a traffic road already existing in the sphere of the Habitats Directive Area. In such case, as a general rule, weighing is needed in each individual case, factoring in not only nature conservation interest but also the interests of the users of the traffic road (here in addition to cyclist also pedestrians and farmers). Exceptional circumstances may however reduce administrative discretion in such constellation, where applicable, they may even turn into an obligation to prevent such use. As already elaborated in another context, the obligation of authorities as well as of courts to cure the consequences resulting from a breach of environmental law as characterised by European law follows from Union law (ECJ, judgement of 28 February 2012 - C41/11 - para. 43 et seqq. with further references). Where there is a wrongful failure to carry out the prescribed planning approval procedure including an environmental impact assessment prior to the commencement of the construction - as is the case here - it must not only be initiated subsequently but must also be completed without delay. Where, as a result, it turns out that a permission for the structure built cannot be granted, such structure must, in case of need, be modified or removed (see also BVerwG, judgment of 15 July 2016 - 9 C 3.16 - (...)). Where the procedural steps needed in this regard are being delayed, prohibiting the use can suggest itself in order to add authority to the command to rectify errors. (...)



ANEXOS
DINAMARCA

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



Cookies på www.supremecourt.dk

Der benyttes cookies på www.supremecourt.dk for at forbedre din brugeroplevelse.

[OK](#)**Ønsker du at læse m**[Læs om cookies på www.](#)

Agricultural aid

06-07-2017

Case no. 215/2016

Judgment delivered on 6 July 2017

Peter Martin Andersen
vs.
The Board of Appeal for Environment and Food
and
The Danish Agrifish Agency

Agricultural aid recovered as fields did not meet requirement for thick and low vegetation cover.

In 2007 and 2008, a farmer was awarded and paid agricultural aid under different EU aid schemes. According to the terms for the granting of the aid, the fields had to be grazed by cattle and have thick and low vegetation cover.

In the autumn of 2010, the farmer's fields were selected for inspection. The inspector estimated that more than half of the fields did not meet the requirement concerning, among other things, thick and low vegetation cover. Accordingly, the Danish Agrifish Agency and the Ministry of Food's Complaints Centre (now the Board of Appeal for Environment and Food) adopted a decision to withdraw a part of the aid.

The case concerned, among other things, whether the Danish Agrifish Agency's and the Complaints Centre's decisions had been made on an adequately informed basis and how to assess whether the requirement concerning thick and low vegetation cover had been met. New instructions for this had been issued in the autumn of 2010, stipulating that vegetation cover covering less than 50% of an area could be more than 40 cm in height. The case also concerned the significance of the Danish Agrifish Agency's assessment that the farmer's use of the land was in accordance with, among other things, the protection of biodiversity.

The Supreme Court found that the inspection had been conducted in accordance with the instructions, and that the Danish Agrifish Agency and the Complaints Centre could thus base their subsequent decisions on the information from this inspection. In addition, Peter Martin Andersen had been heard before the decisions were made. There was therefore no basis for establishing that the decisions had been made on an inadequate basis.

The Supreme Court also held that the purpose of the new instructions was not seen as being to tighten controls but simply to record the already existing guidelines. Accordingly, this was not, neither in fact nor according to a literal interpretation, a more strict interpretation with retrospective effect.

Finally, the Supreme Court found that, when assessing whether the eligibility conditions had been met, the Danish Agrifish Agency could not attach decisive importance to whether considerations for biodiversity, among other things, had won out over the grazing and mowing requirements under the agricultural aid schemes in the planning of the land use.

The proportionality principle did not preclude recovery of any aid unduly received, the claim for recovery was not time-barred, and acquiescence could not be invoked.

The Supreme Court affirmed the High Court's judgment on the above grounds.

[« Tilbage](#)

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS





ANEXOS
ESPAÑA
TRIBUNAL SUPREMO

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS





Roj: **STS 157/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:157**

Id Cendoj: **28079130032017100029**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **19/01/2017**

Nº de Recurso: **506/2013**

Nº de Resolución: **63/2017**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 63/2017

Fecha de sentencia: 19/01/2017

Tipo de procedimiento: REC.ORDINARIO(c/a) Número del procedimiento: 506/2013

Fallo/Acuerto: Sentencia Estimatoria

Fecha de Votación y Fallo: 20/12/2016

Ponente: Excm. Sra. D.^a María Isabel Perelló Doménech

Procedencia:

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurelia Lorente

Lamarca

Transcrito por: PET Nota:

Resumen

Cese del Presidente y Consejero de la CNMT: RD 795/13 y 800/13 de 11 de octubre.- D. Roman y D. Teodulfo .-

REC.ORDINARIO(c/a) núm.: 506/2013

Ponente: Excm. Sra. D.^a María Isabel Perelló Doménech

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurelia Lorente

Lamarca

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 63/2017

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Pedro José Yagüe Gil, presidente

D. Eduardo Espín Templado

D. José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS





D. Eduardo Calvo Rojas

D^a. María Isabel Perelló Doménech

D. José María del Riego Valledor

D. Diego Córdoba Castroverde

D. Ángel Ramón Arozamena Laso

En Madrid, a 19 de enero de 2017.

Esta Sala ha visto el recurso contencioso-administrativo número 2/506/2013, interpuesto por D. Roman y D. Teodulfo representada por el Procurador D. Carlos Cabrero del Nero, contra los Reales Decreto 795/13 y 800/13, sobre cese del Presidente y de Consejero de la CMT respectivamente. Se ha personado como demandando el Abogado del Estado en la representación que legalmente ostenta de la ADMINISTRACION DEL ESTADO.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a María Isabel Perelló Doménech.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Industria, Comercio y Turismo, dictó el Real Decreto 795/2013, de 11 de octubre, por el que se dispone el cese de D. Roman como Presidente de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, y el Real Decreto 800/2013, de 11 de octubre, por el que se dispone el cese de D. Teodulfo como Consejero de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, ambos con efectos de 7 de octubre de 2013 (publicados en el BOE núm. 247, de 15 de octubre de 2013).

SEGUNDO.- La representación procesal de D. Roman y D. Teodulfo, mediante escrito de 13 de diciembre de 2013 interpuso recurso contencioso-administrativo contra los mencionados Reales Decretos de 11 de octubre, por los que se les cesaba en sus cargos en la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

TERCERO.- Formalizada su demanda el 6 de marzo de 2014, expuso los fundamentos de derecho que consideró oportuno, realizando alegaciones: 1) sobre la ilegalidad de las resoluciones por infracción de la Directiva marco comunitaria y la legislación de aplicación; 2) sobre la arbitrariedad, por falta de motivación y de previa comunicación de la misma a los interesados; y 3) sobre la ilegalidad de la retroactividad de los ceses.

Y termina suplicando a la Sala dicte Sentencia por la que, con estimación del recurso contencioso-administrativo, se declare la disconformidad a derecho de los Reales Decretos 795/2013 y 800/2013, de 11 de octubre, por ser declarados nulos de pleno derecho, o por declarar su anulabilidad, y como consecuencia de ello se condene a la Administración General del Estado a reponer a D. Roman y a D. Teodulfo como miembros del Organismo regulador de las telecomunicaciones de España, debiendo abonárseles los salarios correspondientes desde la fecha de efectos del cese hasta el momento de su reposición, con intereses.

Subsidiariamente, en caso de solo declarar nulo el efecto retroactivo de las resoluciones recurridas, se condene a la Administración demandada al pago de los salarios correspondientes desde la fecha de efectos del cese hasta el día siguiente a su publicación, con intereses. Todo ello, con expresa condena a la administración General del Estado al pago de las costas del procedimiento.

Por otrosí digo considera necesario plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En segundo otrosí, solicita el recibimiento a prueba del presente procedimiento, solicitando prueba documental privada, y testifical de la Comisión Europea. El el tercer otrosí, considera indeterminada la cuantía del procedimiento. El otrosí cuarto, solicita el trámite de conclusiones.

CUARTO.- El Abogado del Estado presentó escrito de contestación a la demanda en fecha 7 de abril de 2014, en el que solicitó a la Sala resuelva el recurso por sentencia que lo desestime con constas.

En otrosí digo manifiesta que la cuantía del proceso es indeterminada. En el otrosí segundo, impugna los documentos aportados junto con la demanda (cartas de la Vicepresidente de la Comisión Europea a miembros del Gobierno de España) con base en lo dispuesto en el Reglamento (CE) 1049/2001, y solicita se deniegue la admisión de dichos documentos. En otrosí tercero, impugna el documento, carta de la Vicepresidente de la Comisión Sra. Milagros al recurrente Sr. Teodulfo, por estar redactada en inglés sin traducción al español. En el cuarto, se opone al recibimiento a prueba sobre la "motivación política" del cese, además de ser una opinión, se basa en documentos impugnados. En el quinto, solicita el recibimiento a prueba, señalando la documental que se acompaña con la contestación. En sexto otrosí digo, no considera necesario el planteamiento de cuestión prejudicial. Manifiesta en el otrosí séptimo, que considera innecesaria la celebración de vista, bastando la realización de conclusiones.



QUINTO.- Mediante Decreto de 10 de abril de 2014, se fijó la cuantía del procedimiento en indeterminada.

En el posterior Auto de 20 de mayo de 2014, se acordó el recibimiento del proceso a prueba, admitiendo y declarando pertinente la documental que se adjuntó con los escritos de contestación y demanda, y la sentencia de 8 de abril de 2014 de la Gran Sala del TJUE, así como el interrogatorio de la Administración en la persona del Excmo. Sr. Ministro de Industria, Comercio y Turismo. Se inadmitió la testifical de Doña. Milagros .

Interpuesto recurso de reposición por la Administración del Estado, fue resuelto por Auto de 30 de junio de 2014 que lo desestimó. Y una vez practicada la prueba, y abierto el plazo de conclusiones, ambas partes evacuaron el trámite.

SEXTO.- Quedando las actuaciones pendientes de señalamiento, se señaló para votación y fallo el día 14 de abril de 2015, en que se suspendió el señalamiento y se concedió plazo de alegaciones sobre la procedencia de plantear Cuestión Prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

SÉPTIMO.- Mediante Auto de 3 de julio de 2015, la Sala acordó **plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, las siguientes cuestiones prejudiciales:**

A) La interpretación de la Directiva 2002/21/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, ¿permite considerar compatible con ella, desde la perspectiva de salvaguarda efectiva de los intereses generales que competen al órgano nacional de regulación en esta materia, la creación por el legislador nacional de un órgano de regulación y supervisión que responda a un modelo institucional de carácter no especializado, que fusiona en un solo organismo los órganos de control en el ámbito de la energía, las telecomunicaciones y la competencia, entre otros, existentes hasta entonces?

B) ¿Las condiciones de "independencia" de las autoridades nacionales de regulación en materia de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, a las que se refiere el artículo 3, apartados 2 y 3 bis de la Directiva 2002/21/CE, modificada por la Directiva 2009/140/CE, han de ser análogas a las requeridas para las autoridades nacionales de control de protección de datos personales según el artículo 28 de la Directiva 95/46/CE?.

C) ¿Sería aplicable la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de abril de 2014 al supuesto en que los responsables de una autoridad nacional de reglamentación de las telecomunicaciones son cesados antes de la expiración de su mandato por exigencia de un nuevo marco legal que crea un órgano de supervisión en el que se agrupan diversas autoridades nacionales de reglamentación de sectores regulados? Dicho cese anticipado, por la mera entrada en vigor de una nueva ley nacional y no por la pérdida sobrevenida de las condiciones personales de sus titulares que fueron establecidas de antemano en el derecho nacional, ¿puede considerarse compatible con lo dispuesto en el artículo 3, apartado 3 bis, de la Directiva 2002/21/CE?.

NOVENO.- Por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se siguió el planteamiento de Cuestión Prejudicial con el número C- 424/15, en el que se dictó sentencia de fecha 19 de octubre de 2016 por la Sala Segunda del TJUE.

DÉCIMO.- Oídas las partes sobre la mencionada sentencia, el Abogado del Estado y los demandantes evacuaron el trámite, señalándose nuevamente para votación y fallo el día 20 de diciembre de 2016 en que se llevó a cabo con observancia de las disposiciones legales, salvo el plazo de dictar sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los demandantes, ex presidente y ex consejero, respectivamente de la extinta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), han impugnado sendos Reales Decretos aprobados en la reunión del Consejo de Ministros de 11 de octubre de 2013 y publicados en el BOE del día 15 inmediato siguiente, por los que se dispuso su cese en los cargos directivos que venían ostentando en dicho organismo.

En su demanda, **enfatan los recurrentes** la caracterización jurídica de la CMT como regulador independiente, con las notas típicas de esta clase de organismos (centradas en la preservación de su estabilidad, solvencia técnica e independencia frente a la contingencia de la lucha política), y resaltan la regulación incorporada al artículo 13 de la Ley de Economía Sostenible 2/2011, vigente al tiempo en que fueron nombrados, a cuyo tenor el mandato del Presidente y los Consejeros habría de durar seis años, con el añadido de que su eventual cese sólo podría producirse por las causas tasadas establecidas en el artículo 16, a saber:

« a) Por renuncia.

b) Por expiración del término de su mandato. c) Por incompatibilidad sobrevenida.



d) Por haber sido condenado por delito doloso. e) Por incapacidad permanente.

f) Mediante separación acordada por el Gobierno por incumplimiento grave de los deberes de su cargo o el incumplimiento de las obligaciones sobre incompatibilidades, conflictos de interés, y del deber de reserva. La separación será acordada por el Gobierno, con independencia del régimen sancionador que en su caso pudiera corresponder, previa instrucción de expediente por el titular del Ministerio competente.»

Ocurre, sin embargo - prosiguen su exposición los actores-, que habiendo sido nombrados para sus cargos directivos en la CMT en mayo de 2011, el Gobierno resultante de las elecciones generales celebradas el mismo año promovió una reforma legislativa de los organismos reguladores, que se plasmó en la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), que concentró y unificó en un solo organismo regulador los distintos reguladores sectoriales existentes, y derogó los artículos 13 y ss. de la Ley 2/2011 de Economía Sostenible. Como consecuencia de esta nueva estructura del regulador, se produjo el cese, entre otros, de los ahora recurrentes. Pues bien, siempre según el relato de los demandantes, esta reestructuración legal del sistema regulador, y el consiguiente cese de los vocales o directivos de los reguladores extintos, respondió, al menos en el caso de los recurrentes, a la intención fraudulenta de soslayar o eludir la regla preexistente sobre la inamovilidad temporal por seis años, antes descrita. Sostienen, en efecto, los demandantes que la reforma del sistema no buscaba tanto una mejora o una racionalización del mismo como más bien apartar a unos consejeros que habían sido nombrados por el Gobierno anterior y que el nuevo Gobierno entrante no quería mantener en el cargo sino todo lo contrario.

Dicho esto, alegan los demandantes que tal forma de proceder del Gobierno, a través de los Reales Decretos impugnados, incurre en diversas infracciones del Ordenamiento Jurídico.

Así, en primer lugar, consideran que se ha vulnerado el artículo 3.3 bis de la Directiva 2009/140/CE, que establece que:

«Los Estados miembros velarán por que el responsable de la autoridad nacional de reglamentación o, cuando proceda, los miembros del órgano colegiado que desempeñen dicha función en el seno de la autoridad nacional de reglamentación a la que se refiere el párrafo primero o sus sustitutos solo puedan ser cesados en caso de que dejen de cumplir las condiciones requeridas para el ejercicio de sus funciones, que hayan sido establecidas de antemano en el Derecho nacional. La decisión de cesar al responsable de la autoridad nacional de reglamentación de que se trate o, si procede, a los miembros del órgano colegiado que desempeñen dicha función se hará pública en el momento del cese. El responsable de la autoridad nacional de reglamentación que haya sido cesado o, si procede, los miembros del órgano colegiado que desempeñen dicha función recibirán una exposición de los motivos de la decisión y tendrá derecho a solicitar que sea publicada, cuando no lo haya sido, en cuyo caso deberá atenderse su solicitud».

Siempre a juicio de los demandantes, se ha infringido este precepto porque su cese, ahora impugnado, no se debió a ningún incumplimiento sobrevenido de las condiciones requeridas para el ejercicio de sus funciones tal como éstas se hallaban definidas al tiempo de su nombramiento (que es el momento al que -insisten- debe referirse la determinación de tales condiciones). Concretamente, resaltan que no concurre en su cese ninguna de las circunstancias antes enumeradas del artículo 16 de la Ley 2/2011; y por eso consideran, en definitiva, que esos ceses son nulos, puesto que - afirman- si no se entendiera así, «se estaría abriendo un peligroso antecedente que podría ser utilizado por posteriores gobiernos, mediante la utilización torticera de la técnica legislativa, para ir cesando a los Consejos de los organismos reguladores nombrados en el mandato del anterior Gobierno, y convirtiendo en papel mojado el principio de independencia de dichos organismos reguladores».

Añaden, además, con nueva cita del precitado artículo 3.3. bis, que en todo caso el cese de los consejeros o vocales de los reguladores debe ser notificado al cesado con expresión de las razones que lo han determinado, esto es, debe ser motivado; siendo así que en este caso ni ha habido una notificación personal ni los Reales Decretos impugnados contienen explicación alguna de las razones determinantes de su cese. Por eso señalan que concurre una nueva y añadida causa de nulidad, por haberse prescindido de los mínimos requisitos procedimentales para llevar a cabo un cese como el aquí concernido. Más aún, incluso aunque no se apreciara tal causa de nulidad, en todo caso se trataría de una actuación anulable por estar incurso en el vicio de desviación de poder.

Finalmente, exponen los demandantes que los Reales Decretos aquí impugnados incurren en retroactividad prohibida, toda vez que se acordaron en la reunión del Consejo de Ministros de 11 de octubre de 2013 y se publicaron en el BOE del día 15 inmediato siguiente, pero fijaron como fecha de efectividad de los ceses el día 7 del mismo mes, es decir, días antes de su fecha de adopción. Se ha producido, así, afirman los recurrentes, una lesión patrimonial por el importe salarial y de indemnización adicional que les habría correspondido por tal periodo.



SEGUNDO.- En su contestación, apunta el Sr. abogado del Estado que el Derecho de la Unión Europea, y concretamente la Directiva invocada por los demandantes, no establece ni predetermina un modelo concreto de autoridad nacional de regulación, limitándose a describir las características principales de tales autoridades; de manera que los Estados miembros son libres de decidir el modelo de autoridad nacional regulatoria (ANR) que consideren más adecuado. Partiendo de esta base, sostiene el abogado del Estado que el modelo por el que ha optado la reforma legal operada en virtud de la Ley 3/2013, en cuya virtud se unificaron los preexistentes organismos reguladores sectoriales en un regulador único, no se opone en modo alguno al Derecho de la Unión; y añade que no cabe defender con base en el Derecho europeo una suerte de «petrificación» del sistema regulatorio en cuya virtud el mismo nunca podría ser alterado.

Situado en esta perspectiva, razona el abogado del Estado que tanto el artículo 3.3 bis de la Directiva como el artículo 16 de la Ley española de 2011, *supra cit.*, se refieren únicamente a causas de cese vinculadas a la

«persona» del responsable o miembros del órgano colegiado, orientadas a preservar su independencia; pero dichos preceptos no contemplan otras causas de cese referidas no a las personas de los consejeros sino a otras razones como, precisamente, la reforma estructural del modelo de autoridades regulatorias.

Llegado a este punto, enfatiza el abogado del Estado que tal es el caso, pues la razón de los ceses aquí cuestionados no se debió a consideraciones «*ad personam*» sino al cambio radical de modelo regulatorio, que afectó a todos los organismos reguladores y no solamente a la CMT. Sostiene, así, el abogado del Estado lo siguiente:

«Evidentemente, si la finalidad de la creación de un nuevo organismo es la de cesar a los consejeros del organismo anterior, tanto dicha creación como el cese vinculado a la misma serían contrarios a Derecho. Además, dicha disconformidad sería consecuencia del fraude de Ley que supone ampararse en el derecho que la Directiva Marco reconoce a los Estados para elegir (y cambiar) el modelo de ANR, persiguiendo un fin contrario al artículo 3.3 Bis de la propia DM, a saber, el cese de un miembro de la ANR por motivos vinculados a su persona distintos del incumplimiento de las condiciones requeridas para el ejercicio de sus funciones establecidas de antemano en el derecho nacional. Este supuesto hipotético constituiría un uso torticero de la potestad de organización desvinculada de sus fines públicos. Ahora bien, es evidente que este no es el caso planteado por los ceses impugnados».

Puntualiza el abogado del Estado que en el ámbito de la Unión Europea no se ha promovido ningún recurso de incumplimiento contra el Reino de España por causa de esta nueva regulación, y añade que realmente los demandantes no han argumentado que este nuevo modelo sea disconforme con la Directiva marco. De hecho -seguimos recogiendo la exposición del abogado del Estado-, el estatuto jurídico de la nueva CNMC mantiene e incluso refuerza las condiciones relativas a la independencia y la suficiencia de los recursos financieros y humanos de los anteriores organismos reguladores, y además conlleva, como ventaja añadida, un sustancial ahorro económico. En fin, otra ventaja del nuevo modelo es que a través del mismo se consigue una visión global e integrada de cuestiones técnicamente complejas que antes sólo se examinaban desde la perspectiva parcial de cada regulador sectorial.

Por lo que respecta a la alegada falta de notificación y motivación de los acuerdos de cese, opone el abogado del Estado que los recurrentes, precisamente por los cargos que ostentaban en la CMT, tuvieron puntual y fluido conocimiento de la reforma legal (y su correspondiente desarrollo reglamentario) que se encuentra en la base de su cese. El anteproyecto de Ley fue remitido para informe a la CMT, que formuló alegaciones sobre dicho anteproyecto, de manera que resulta imposible sostener que los demandantes no han tenido conocimiento de la razón de su cese.

Finalmente, en cuanto a la denunciada retroactividad de los ceses, aduce el abogado del Estado que no se ha producido ninguna retroactividad prohibida, ya que la fecha de efectividad de los ceses, 7 de octubre de 2013, coincide exactamente con la fecha de constitución y entrada en funcionamiento de la nueva autoridad de regulación, que determina la extinción de las antiguas autoridades sectoriales, cuyas funciones y competencia asume la nueva CNMC.

TERCERO.- Así planteado el debate procesal en los respectivos escritos de demanda y contestación, esta Sala acordó elevar al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión prejudicial en torno a las cuestiones controvertidas, formulando las siguientes tres preguntas:

«1) La interpretación de la 2002/21/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, ¿permite considerar compatible con ella, desde la perspectiva de salvaguarda efectiva de los intereses generales que competen al órgano nacional de regulación en esta materia, la creación por el legislador nacional de un órgano de regulación y supervisión que responda a un modelo institucional de carácter no especializado, que fusiona en un solo



organismo los órganos de control en el ámbito de la energía, las telecomunicaciones y la competencia, entre otros, existentes hasta entonces?

2) ¿Las condiciones de "independencia" de las autoridades nacionales de regulación en materia de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, a las que se refiere el artículo 3, apartados 2 y 3 bis, de la Directiva 2009/140/CE, han de ser análogas a las requeridas para las autoridades nacionales de control de protección de datos personales según el artículo 28 de la Directiva 95/46 CE?

3) ¿Sería aplicable la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de abril de 2014, al supuesto en que los responsables de una autoridad nacional de reglamentación de las telecomunicaciones son cesados antes de la expiración de su mandato por exigencia de un nuevo marco legal que crea un órgano de supervisión en el que se agrupan diversas autoridades nacionales de reglamentación de sectores regulados? Dicho cese anticipado, por la mera entrada en vigor de una nueva ley nacional y no por la pérdida sobrevinida de las condiciones personales de sus titulares que fueron establecidas de antemano en el derecho nacional ¿puede considerarse compatible con lo dispuesto en el artículo 3, apartado 3 bis, de la Directiva 2002/21/CE?»

Pues bien, esta cuestión prejudicial ha sido resuelta por la sentencia del TJUE (Sala Segunda) de 19 de octubre de 2016, dictada en el asunto C-424/15. De esta sentencia interesa transcribir las siguientes consideraciones del Tribunal europeo:

A) Sobre la primera cuestión prejudicial:

«27 Mediante su primera cuestión prejudicial, el tribunal remitente solicita, en esencia, que se dilucide si la Directiva marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional que lleva a cabo la fusión de una ANR, en el sentido de dicha Directiva, con otras autoridades nacionales de reglamentación, como las responsables de la competencia, del sector postal o del sector de la energía, para crear un organismo de reglamentación multisectorial al que se encomiendan, en particular, las funciones confiadas a las ANR en el sentido de dicha Directiva.

28 Con arreglo al artículo 2, letra g), de la Directiva marco, el concepto de «ANR» designa al organismo u organismos a los cuales ha encomendado un Estado miembro cualquiera de las misiones reguladoras asignadas en dicha Directiva y en las Directivas específicas. Sin embargo, como ya ha señalado el Tribunal de Justicia, ni la Directiva marco ni las Directivas específicas designan los organismos de los Estados miembros a los que éstos han de confiar las misiones reguladoras asignadas a sus ANR (véase, en este sentido, la sentencia de 6 de octubre de 2010, Base y otros, C-389/08, EU:C:2010:584, apartado 23).

29 A este respecto, debe recordarse que del artículo 288 TFUE resulta que, al adaptar el Derecho interno a las disposiciones de una directiva, los Estados miembros están obligados a garantizar la plena eficacia de ésta, a la vez que disponen de un amplio margen de apreciación respecto de la elección de los medios. Por tanto, esta libertad no menoscaba la obligación de los Estados miembros destinatarios de aquélla de adoptar, en su ordenamiento jurídico nacional, todas las medidas necesarias para garantizar la plena eficacia de la directiva, conforme al objetivo por ella perseguido (véase, en este sentido, la sentencia de 6 de octubre de 2010, Base y otros, C-389/08, EU:C:2010:584, apartados 24 y 25 y jurisprudencia citada).

30 En consecuencia, si bien, en estas circunstancias, los Estados miembros gozan de autonomía institucional en la materia respecto de la organización y estructuración de sus ANR, en el sentido del artículo 2, letra g), de la Directiva marco, dicha autonomía sólo puede ejercerse respetando plenamente los objetivos y las obligaciones establecidos en esa Directiva (sentencias de 6 de marzo de 2008, Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, C-82/07, EU:C:2008:143, apartado 24; de 6 de octubre de 2010, Base y otros, C-389/08, EU:C:2010:584, apartado 26, y de 17 de septiembre de 2015, KPN, C-85/14, EU:C:2015:610, apartado 53).

31 De este modo, en el marco de una reforma institucional como la controvertida en el litigio principal, un Estado miembro sólo puede atribuir a un organismo de reglamentación multisectorial las tareas que incumben a las ANR en virtud de la Directiva marco y de las Directivas específicas si en el ejercicio de dichas funciones el organismo cumple los requisitos de organización y funcionamiento a los que estas Directivas someten a las ANR (véase, por analogía, la sentencia de 6 de octubre de 2010, Base y otros, C-389/08, EU:C:2010:584, apartado 27).

32 A este respecto, se desprende del artículo 3, apartados 1 a 3, de la Directiva marco que los Estados miembros deben velar por que un organismo competente desempeñe cada una de las funciones asignadas a las ANR, que deben garantizar la independencia de estas ANR de modo que sean jurídicamente distintas y funcionalmente independientes de todas las entidades suministradoras de redes, equipos o servicios de comunicaciones electrónicas y que deben velar por que dichas ANR ejerzan sus competencias con



imparcialidad, transparencia y a su debido tiempo y por que dispongan de recursos financieros y humanos adecuados para desempeñar las tareas que se les hayan asignado.

33 Además, en virtud del artículo 3, apartado 3 bis, de la Directiva marco, sin perjuicio de los supuestos de consulta y cooperación con otras autoridades nacionales previstos en los apartados 4 y 5 de dicho artículo, las ANR responsables de la regulación ex ante del mercado o de la solución de litigios entre empresas han de actuar con independencia y no solicitar ni aceptar instrucciones de ningún otro organismo en relación con la ejecución de las tareas que se les asignen. En virtud de ese mismo artículo 3, apartado 3 bis, los Estados miembros deberán velar por que estas ANR tengan presupuestos anuales separados que se hagan públicos y cuenten con los recursos financieros y humanos suficientes para participar activamente en las actividades del ORECE.

34 El artículo 3, apartados 4 y 6, de la Directiva marco establece asimismo que los Estados miembros publicarán las misiones que incumben a las ANR de forma fácilmente accesible y notificarán a la Comisión todas las ANR que tengan asignadas misiones con arreglo a la Directiva marco y a las Directivas específicas, así como sus respectivas responsabilidades.

35 Además, con arreglo al artículo 4 de la misma Directiva, las decisiones de las ANR deben poder ser objeto de un recurso efectivo ante un organismo independiente de las partes implicadas.

36 Por consiguiente, debe señalarse que, en principio, la Directiva marco no se opone a que una ANR, en el sentido de dicha Directiva, se fusione con otras ANR y que dicho conjunto forme un único organismo de reglamentación multisectorial, sin perjuicio de que, en el ejercicio de las funciones que la Directiva marco y las Directivas específicas atribuyen a las ANR, este organismo cumpla con los requisitos de competencia, independencia, imparcialidad y transparencia establecidos por la Directiva marco y que las decisiones que adopte puedan ser objeto de un recurso efectivo ante un organismo independiente de las partes implicadas (véanse, por analogía, las sentencias de 6 de octubre de 2010, Base y otros, C-389/08, EU:C:2010:584, apartado 30, y de 17 de septiembre de 2015, KPN, C-85/14, EU:C:2015:610, apartado 57).

37 Incumbe al tribunal remitente comprobar si la CNMC responde a estos requisitos cuando interviene en el sector de las comunicaciones electrónicas como ANR. Sin embargo, a este respecto puede observarse que parece deducirse de la Ley 3/2013 que ésta contiene las disposiciones necesarias al objeto de garantizar que la CNMC ejerza las funciones atribuidas a las ANR por la Directiva marco y las Directivas específicas, que la CNMC está estructurada de forma que se tienen en cuenta las diferentes funciones que se le atribuyen, que sus órganos directivos están compuestos de miembros cuya autoridad y competencia profesional están reconocidos en los sectores de los que la CNMC es responsable y que dispone de un patrimonio propio, independiente del de la Administración General del Estado, y de la autonomía suficiente y de la capacidad jurídica necesaria para la gestión de estos recursos. También se deduce del tenor de la Ley 3/2013 que están previstos recursos contra las resoluciones de la CNMC.

38 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la primera cuestión prejudicial que la Directiva marco debe interpretarse en el sentido de que, en principio, no se opone a una norma nacional que consiste en fusionar una ANR, en el sentido de esta Directiva, con otras autoridades nacionales de reglamentación, como las responsables de la competencia, del sector postal o del sector de la energía, para crear un organismo de reglamentación multisectorial al que se encomiendan, en particular, las funciones delegadas a las ANR en el sentido de dicha Directiva, siempre que, en el ejercicio de estas funciones, ese organismo cumpla los requisitos de competencia, independencia, imparcialidad y transparencia establecidos por ella y que las decisiones que adopte puedan ser objeto de un recurso efectivo ante un organismo independiente de las partes implicadas, lo que incumbe comprobar al tribunal remitente.»

B) Sobre las cuestiones prejudiciales segunda y tercera

«39 Mediante sus cuestiones prejudiciales segunda y tercera, que procede examinar conjuntamente, el tribunal remitente desea saber, en esencia, si el artículo 3, apartado 3 bis, de la Directiva marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a que, por el mero hecho de una reforma institucional consistente en fusionar una ANR, responsable de la regulación ex ante del mercado o de la resolución de litigios entre empresas, con otras ANR para crear un organismo de reglamentación multisectorial responsable, en particular, de las funciones encomendadas a las ANR, en el sentido de dicha Directiva, el

Presidente y un Consejero de la ANR fusionada sean cesados antes de la finalización de sus mandatos.

40 El artículo 3, apartado 3 bis, párrafo segundo, de la Directiva marco establece, en sustancia, que los Estados miembros velarán por que el responsable de la ANR encargada de la regulación ex ante del mercado o de la resolución de litigios entre empresas o, cuando proceda, los miembros del órgano colegiado que desempeñen dicha función en el seno de la ANR sólo puedan ser cesados en caso de que dejen de cumplir las condiciones



requeridas para el ejercicio de sus funciones, que hayan sido establecidas de antemano en el Derecho nacional. Además, en virtud de dicha disposición, la resolución de cese debe ser pública y la motivación del cese debe ser comunicada al responsable cesado o a los miembros cesados del órgano colegial que desempeñen esta función, quienes tienen derecho a solicitar su publicación si no se produce de oficio.

41 En el caso de autos, ha de señalarse que consta, por un lado, que la CMT, que era responsable, en particular, de la resolución de litigios entre empresas del sector de las telecomunicaciones, estaba dirigida por un órgano colegial y, por otro, que el cese del Presidente y del Consejero de la CMT, demandantes en el litigio principal, que tuvo lugar antes de la expiración de sus mandatos respectivos, no resulta de la aplicación de una de las causas de cese en sus funciones previstas en el artículo 16 de la Ley 2/2011, sino de la reforma institucional controvertida en el litigio principal, que entrañó la supresión de la CMT y la asunción de sus funciones como ANR, en el sentido de la Directiva marco, por la CNMC.

42 También consta que, si bien cuando se produjo la reforma resultante de la Ley 2/2011 se previeron medidas transitorias, no fue el caso en lo que atañe a la reforma resultante de la Ley 3/2013, que tuvo por efecto poner fin anticipadamente a los mandatos de Presidente y de Consejero de la CMT de los demandantes en el litigio principal.

43 Por consiguiente, debe afirmarse, visto el tenor del artículo 3, apartado 3 bis, párrafo segundo, de la Directiva marco, que el cese controvertido en el litigio principal no responde a los requisitos establecidos en esta disposición, ya que se ha producido por una razón distinta del hecho de que dichos demandantes ya no cumplan las condiciones requeridas para el ejercicio de sus funciones, que hayan sido establecidas de antemano en el Derecho nacional.

44 Sin embargo, el tribunal remitente se pregunta si, debido a la autonomía institucional reconocida a los Estados miembros en la organización y estructuración de sus ANR, una reforma institucional como la controvertida en el litigio principal puede no obstante ser un motivo legítimo de cese anticipado, que no menoscabe la independencia de las ANR tal como la garantiza la Directiva marco.

45 A este respecto, debe recordarse que, a pesar de que el artículo 3 de la Directiva marco, en su versión inicial, tenía esencialmente por objeto garantizar la independencia e imparcialidad de las ANR asegurando la separación de las funciones de reglamentación y explotación, el legislador de la Unión, mediante la Directiva 2009/140, y como indica su considerando 13, pretendió reforzar la independencia de las ANR para garantizar una aplicación más eficaz del marco normativo e incrementar su autoridad y la previsibilidad de sus decisiones (véase, en este sentido, la sentencia de 28 de julio de 2016, *Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni*, C-240/15, EU:C:2016:608, apartados 32 y 34).

46 De este modo, el considerando 13 de la Directiva 2009/140 enuncia que, a tal efecto, debe disponerse expresamente en el Derecho nacional que, en el ejercicio de sus funciones, la ANR responsable de la regulación del mercado ex ante o de la resolución de litigios entre empresas esté protegida de intervenciones exteriores o presiones políticas que puedan comprometer su evaluación independiente de los asuntos que se le sometan, y que, a tal fin, procede establecer con carácter previo normas relativas a las causas de cese del responsable de la ANR para disipar toda duda razonable en cuanto a la neutralidad de dicho organismo y a su impermeabilidad frente a factores externos.

47 Ahora bien, este objetivo de refuerzo de la independencia y la imparcialidad de las ANR perseguido ahora por la Directiva marco, que halla su expresión en el artículo 3, apartado 3 bis, de ésta, se vería comprometido si, por el mero hecho de una reforma institucional, como la controvertida en el litigio principal, estuviera permitido poner fin de forma anticipada e inmediata al mandato de uno o varios miembros de la instancia colegial que dirige la ANR en cuestión. En efecto, si se admitiera, el riesgo de cese inmediato por una razón distinta de las previamente establecidas por la ley, al que aun un solo miembro de tal órgano colegial podría estar sometido, podría generar dudas razonables en cuanto a la neutralidad de la ANR afectada y a su impermeabilidad a los factores externos y menoscabar su independencia, su imparcialidad y su autoridad.

48 También ha de subrayarse que, como señaló el Abogado General, en esencia en el punto 45 de sus conclusiones, las ANR, en el marco de las funciones que les asignan la Directiva marco y las Directivas específicas, tienen concretamente que atribuir derechos individuales y resolver litigios entre empresas, están dotadas de cierta facultad normativa, concretamente en materia de control de precios, y pueden imponer obligaciones a las empresas que tienen una presencia significativa en un mercado. Además, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que, en el ejercicio de las funciones de regulación de los mercados de comunicaciones electrónicas que les ha atribuido la Directiva marco, las ANR disfrutaban de una amplia facultad para poder apreciar la necesidad de regulación de un mercado en función de cada situación, caso por caso (véase, en este sentido, la sentencia de 3 de diciembre de 2009, *Comisión/Alemania*, C-424/07, EU:C:2009:749, apartados 55 a 61).



49 En este marco, es preciso recordar que, aunque la Directiva 2009/140 reforzó la independencia de las ANR, como se ha recordado en el apartado 45 de la presente sentencia, para garantizar una aplicación más eficaz del marco normativo e incrementar su autoridad y la previsibilidad de sus decisiones, sigue siendo cierto que, con arreglo a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia recordada en el apartado 30 de la presente sentencia, los Estados miembros disfrutaban, con el límite del pleno respeto de los objetivos y obligaciones establecidos por la Directiva marco, de una autonomía institucional en la organización y la estructuración de sus ANR.

50 Por consiguiente, la necesidad de respetar la imparcialidad e independencia del responsable de una ANR encargada de la regulación del mercado ex ante o de la resolución de litigios entre empresas, o, en su caso, de los miembros del órgano colegial que ejerce esta función, no puede obstar a que una reforma institucional, como la controvertida en el litigio principal, tenga lugar cuando sus mandatos están aún vigentes.

51 No obstante, incumbe al Estado miembro de que se trate, para cumplir las obligaciones fijadas en el artículo 3, apartado 3 bis, de la Directiva marco, prever normas que garanticen que el cese antes de la finalización de sus mandatos no menoscabe la independencia y la imparcialidad de las personas afectadas.

52 De todas las consideraciones anteriores se desprende que procede responder a las cuestiones prejudiciales segunda y tercera que el artículo 3, apartado 3 bis, de la Directiva marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a que, por el mero hecho de una reforma institucional consistente en fusionar una ANR, responsable de la regulación ex ante del mercado o de la resolución de litigios entre empresas, con otras autoridades nacionales de reglamentación para crear un organismo de reglamentación multisectorial responsable, en particular, de las funciones encomendadas a las ANR, en el sentido de dicha Directiva, el Presidente y un Consejero, miembros del órgano colegial que dirige la ANR fusionada, sean cesados antes de la finalización de sus mandatos, siempre que no estén previstas reglas que garanticen que tal cese no menoscaba su independencia e imparcialidad. »

En definitiva, el TJUE declara, en respuesta a la cuestión planteada por este Tribunal Supremo del Reino de España, lo siguiente:

« 1) La Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco), 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, en principio, no se opone a una norma nacional que consiste en fusionar una autoridad nacional de reglamentación, en el sentido de la Directiva 2002/21, en su versión modificada por la Directiva 2009/140, con otras autoridades nacionales de reglamentación, como las responsables de la competencia, del sector postal o del sector de la energía, para crear un organismo de reglamentación multisectorial al que se encomiendan, en particular, las funciones delegadas a las autoridades nacionales de reglamentación en el sentido de dicha Directiva, siempre que, en el ejercicio de estas funciones, ese organismo cumpla los requisitos de competencia, independencia, imparcialidad y transparencia establecidos por ella y que las decisiones que adopte puedan ser objeto de un recurso efectivo ante un organismo independiente de las partes implicadas, lo que incumbe comprobar al tribunal remitente.

2) El artículo 3, apartado 3 bis, de la Directiva 2002/21, en su versión modificada por la Directiva 2009/140, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que, por el mero hecho de una reforma institucional consistente en fusionar una autoridad nacional de reglamentación, responsable de la regulación ex ante del mercado o de la resolución de litigios entre empresas, con otras autoridades nacionales de reglamentación para crear un organismo de reglamentación multisectorial responsable, en particular, de las funciones encomendadas a las autoridades nacionales de reglamentación, en el sentido de dicha Directiva en su versión modificada, el Presidente y un Consejero, miembros del órgano colegial que dirige la autoridad nacional de reglamentación fusionada, sean cesados antes de la finalización de sus mandatos, siempre que no estén previstas reglas que garanticen que tal cese no menoscaba su independencia e imparcialidad.»

CUARTO.- La sentencia del TJUE que se acaba de transcribir aclara la respuesta a las cuestiones planteadas por los recurrentes en este proceso contencioso-administrativo.

Ante todo, el TJUE concluye que la fusión de los distintos órganos reguladores sectoriales en un regulador único (un «superregulador», como se ha caracterizado de forma descriptiva) no se opone al Derecho de la Unión, siempre y cuando se den dos requisitos o condiciones: *primero*, que ese organismo cumpla los requisitos de competencia, independencia, imparcialidad y transparencia establecidos en el propio Ordenamiento europeo; y *segundo*, que las decisiones que adopte puedan ser objeto de un recurso efectivo ante un organismo independiente de las partes implicadas, lo que incumbe comprobar al Tribunal remitente.

Pues bien, no puede dejar de resaltarse que realmente los aquí recurrentes no situaron su demanda en esta perspectiva impugnatoria, pues en la demanda discurrieron abundantemente sobre el supuesto fraude de ley



en que había incurrido la nueva legislación del sistema regulatorio, pero no problematizaron la idoneidad del nuevo regulador para cumplir satisfactoriamente su función desde el prisma de dichos principios. De hecho, los propios recurrentes lo han reconocido así en el trámite de alegaciones últimamente abierto tras recibirse la sentencia del TJUE, donde con laudable franqueza apuntan, en relación con la respuesta dada a la primera cuestión planteada ante el TJUE, lo siguiente:

«Al respecto de esta cuestión, y tal como ya manifestamos en el escrito de alegaciones en respuesta a la providencia de esta Sala, de fecha catorce de abril de dos mil quince, compartimos la preocupación de esta Sala por la legalidad y conveniencia fáctica de la fusión efectuada. Sin embargo, esta representación no puso énfasis alguno en sus escritos respecto a esta cuestión, puesto que consideramos que es una cuestión que pudiera haber excedido, en parte, al caso que nos ocupa, en la medida que esta parte únicamente podía atacar los actos administrativos por los que se acordaron sus ceses y su legalidad, sin poder entrar a valorar, en esta vía y mediante el recurso contra los mismos, la ilegalidad de la fusión efectuada desde el punto de vista del Derecho Comunitario».

Ciertamente, esta perspectiva en la que ahora nos hemos situado, la de la idoneidad del nuevo «superregulador» para cumplir su función con respeto y salvaguardia de los principios de independencia y plena justiciabilidad al elevado nivel que marca la normativa europea, no fue -insistimos- cuestionada por los recurrentes en su demanda, y ha sido sólo últimamente, al hilo de la cuestión prejudicial, cuando se han referido a ella. Este dato, por sí mismo, ya priva de consistencia a su impugnación, pero a mayores ocurre que las razones que tan tardíamente aportan los recurrentes se mueven más en el plano de la oportunidad y la conveniencia que en de la legalidad, único que aquí interesa.

La opción del legislador español por unificar todos los reguladores en un solo organismo puede ser vista con más o menos agrado desde el punto de vista de su oportunidad, pero esas consideraciones, por sí solas, carecen de vigor para dar lugar a la estimación del presente recurso al no incidir en el plano de la legalidad, que es el único que puede adquirir trascendencia invalidante de los Reales Decretos impugnados. Y realmente no se han aportado razones que permitan concluir que la ordenación jurídica del «superregulador» no supere los estándares del Derecho de la Unión europea. Más bien al contrario, merece ser destacado que el propio TJUE no deja de apuntar (párrafo 37 de la sentencia) que la nueva regulación española parece cumplir el estándar europeo de independencia, imparcialidad, transparencia y justiciabilidad; y como hemos indicado, no se han aportado razones suficientes que permitan concluir lo contrario.

QUINTO.- Por otra parte, y entrando en la respuesta dada por el TJUE a las preguntas segunda y tercera, declara la sentencia del TJUE, ciertamente, que el Derecho de la Unión se opone a que, por el mero hecho de una reforma institucional consistente en fusionar los reguladores sectoriales para crear un organismo regulador único multisectorial, los dirigentes de un regulador fusionado sean cesados antes de la finalización de sus mandatos; ahora bien -puntualiza el TJUE inmediatamente a continuación-, *« siempre que no estén previstas reglas que garanticen que tal cese no menoscaba su independencia e imparcialidad»*.

Viene a decir el TJUE que el cese anticipado de los dirigentes del órgano fusionado, consecuente a la puesta en marcha del «superregulador», puede tenerse por contrario al Derecho de la Unión si no existen previsiones normativas adecuadas o idóneas para salvaguardar el *status* de independencia e imparcialidad inherente a la función regulatoria.

Pues bien, a partir de dichas declaraciones, nos corresponde analizar si la ordenación jurídica del nuevo regulador, la CNMC, incluye previsiones normativas idóneas que garanticen dichos principios de forma equiparable al que tenían los reguladores fusionados y quienes los dirigían.

Según hemos expuesto, con arreglo a la precedente Ley de Economía Sostenible, 2/2011, de 4 de marzo, el mandato del Presidente y Consejeros de la CMT tenía una duración de seis años y su cese únicamente podría producirse por las causas exclusivas previstas en del artículo 16, que antes hemos transcrito.

Sucede que el mandato de los recurrentes, nombrados en mayo de 2011 Presidente y Consejero de la CMT - Reales Decretos 667/2011 y 669/2011, de 9 de mayo- debía mantenerse hasta el mes de mayo de 2017. No obstante, su cese efectivo tuvo lugar anticipadamente -con efectos de 7 de octubre de 2013- en virtud de los Reales Decretos 795/2013 y 800/2013, de 11 de octubre aquí impugnados, dictados al amparo de la nueva ley 3/2014, de 4 de junio, de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Ello implica que el mandato inicial de seis años del Presidente y los Consejeros se cercenó y se redujo a menos de la mitad sin que los titulares del órgano hubieran incurrido en ninguna de las causas legales de cese, siendo éste debido al mero hecho de la reforma institucional de la autoridad nacional de reglamentación operada por la Ley 3/2014, que tuvo por efecto poner fin y extinguir los mandatos de los recurrentes.



Y como ha declarado el TJUE, una reforma legal de la autoridad de regulación como la examinada, no conforma una razón suficiente para el cese de sus directivos salvo que se prevean reglas que garanticen que dicho cese antes de la finalización de los mandatos «no menoscaba la independencia e imparcialidad de las personas afectadas». Lo cual nos sitúa en el examen del contenido de dicha Ley 3/2013, de 4 de junio, de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Pues bien, la mencionada Ley 3/2014 reordena las autoridades reguladoras nacionales, para su fusión en un único organismo regulador, subrayando en su Preámbulo la necesidad de garantizar su independencia, estableciendo en el artículo 23.1 las mismas causas taxativas de cese que las contempladas en la precedente Ley 2/2011, de Economía Sostenible.

Por lo demás, únicamente se incluye en las Disposiciones Adicionales de dicha Ley 3/2013, un régimen de incompatibilidad e indemnización del Presidente y Consejeros de los organismos extintos. Singularmente, la Disposición Adicional Tercera establece además de la incompatibilidad de los miembros, una compensación económica en función del tiempo de desempeño de su cargo. Medidas claramente insuficientes para salvaguardar la independencia a la que se refiere la sentencia y la jurisprudencia del TJUE, en cuanto no incorpora ninguna medida dirigida a permitir la conclusión del mandato legal del Presidente y Consejero de la CMT designados al amparo de la anterior ley.

En efecto, la noción de independencia de un organismo regulador se ha interpretado por el TJUE considerando que se extiende e incluye el respeto al mandato legal y que el cese solo se produzca por las causas legales previstas de antemano. El artículo 3.3 de la Directiva 2009/140/CE del Parlamento Europeo y del Consejo dispone la obligación de los Estados Miembros de «velar» por que el responsable de la autoridad nacional de reglamentación o los miembros del órgano colegiado desempeñen sus funciones en el seno de la autoridad nacional de reglamentación solo sean cesados cuando dejen de cumplir las condiciones requeridas para el ejercicio de sus funciones que hayan sido establecidas de antemano por el derecho nacional. Y el considerando 13 de la aludida Directiva a fin de reforzar la independencia de las Autoridades nacionales de regulación y a fin de proteger de intervenciones externas, enuncia que procede establecer con carácter previo normas relativas a las causas de cese del responsable de las ANR para disipar toda duda razonable en cuanto a la neutralidad de dicho organismo y a su impermeabilidad frente a factores externos. De modo que la independencia de los miembros del órgano regulador frente a posibles injerencias externas exige a los Estados Miembros «velar» por el respeto en su plenitud de los períodos temporales previamente establecidos excluyendo el cese por razones distintas a las tasadas de antemano en la ley.

Dado que se trataba de un cese anticipado de un mandato legal, era obligado «velar» por que no se afectara a la independencia de los miembros de la CMT ahora recurrentes a través de cautelas idóneas y adecuadas para garantizar el mandato íntegro, que comenzó en el año 2011. Según hemos expuesto, en dicha Ley 3/2013 que da nueva ordenación del sistema regulatorio, no se adopta ninguna disposición transitoria específica que hubiera permitido agotar el mandato inicial del Presidente y Consejero de la CMT, y nada obstaba para la incorporación de reglas transitorias encaminadas a que el mandato pudiera cumplirse en su totalidad.

En fin, la ausencia de reglas específicas en la ley dirigidas a garantizar el íntegro mandato por los recurrentes que se encontraban desempeñando sus cargos sin incurrir en ninguna de las causas legales de cese previstas conlleva que no se hayan adoptado las medidas necesarias para «velar» o garantizar que el cese no se produciría sino una vez transcurrido la totalidad del período contemplado.

La omisión de dichas medidas y el efectivo cese en virtud de la reforma legal afectó a la independencia inherente a la función desarrollada por los recurrentes en cuanto miembros de la CMT, razón por la que el recurso debe ser acogido.

Aun cuando como indica el Abogado del Estado, pudiera considerarse que el criterio inspirador de la reforma fue procurar una racionalización del sistema que lo dotara, en el contexto de la crisis económica, de mayor eficacia y eficiencia, es lo cierto que esta reforma debió partir del respeto al nombramiento inicial realizado al amparo de la anterior Ley e introducir disposiciones necesarias dirigidas a permitir agotar el mandato inicial.

SEXTO.- Procede, pues, la estimación del recurso contencioso deducido por los recurrentes y anular los Reales Decretos 795/2013 y 800/2013, ambos de 11 de octubre, que dispusieron el cese de D. Roman y D. Teodulfo como Presidente y Consejero de la Comisión Nacional de las Telecomunicaciones, por ser contrarios a derecho.

Y de conformidad con lo solicitado en el suplico de la demanda deducida, se condena a la Administración General del Estado a reponer a D. Roman y a D. Teodulfo como miembros del organismo regulador de las Telecomunicaciones de España, con abono de los salarios correspondientes desde la fecha de efectos del cese hasta el momento de su reposición, con los intereses correspondientes.



En el supuesto de que concurran causas de imposibilidad material o legal de llevar a efecto lo decidido en el fallo podrán las partes procesales instar el correspondiente incidente previsto en el artículo 105.2 de la Ley de la Jurisdicción, que permite al Tribunal sentenciador declararlo así, debiendo señalar, por el trámite correspondiente, la indemnización procedente, que sustituya a la ejecución de la sentencia en sus propios términos.

SÉPTIMO.- Respecto a las costas deberá cada parte abonar las causadas a su instancia, sin que concurran razones de temeridad o mala fe para decidir de otro modo de conformidad con el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional.

OCTAVO.- Para dar cumplimiento al artículo 107.2 de la Ley Jurisdiccional procede la publicación del fallo de esta sentencia en el Boletín Oficial del Estado.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala **ha decidido**

Primero.- ESTIMAR el recurso contencioso-administrativo número 2/506/2013, interpuesto por D. Roman y D. Teodulfo, contra el Real Decreto 795/13 de 11 de octubre, y el Real Decreto 800/13 de 11 de octubre, que acordaban sus ceses como Presidente y Consejero de la CMT, respectivamente.

Segundo.- Anular, los Reales Decretos 795/2013 y 800/2013, ambos de 11 de octubre, que dispusieron el cese de D. Roman y D. Teodulfo como Presidente y Consejero de la Comisión Nacional de las Telecomunicaciones, por ser contrarios a derecho.

Tercero.- Condenar a la Administración General del Estado a reponer a D. Roman y a D. Teodulfo como miembros del organismo regulador de las Telecomunicaciones de España, con abono de los salarios correspondientes desde la fecha de efectos del cese hasta el momento de su reposición, con los intereses correspondientes.

En el supuesto de que concurran causas de imposibilidad material o legal de llevar a efecto lo decidido en el fallo podrán las partes procesales instar el correspondiente incidente previsto en el artículo 105.2 de la Ley de la Jurisdicción, que permite al Tribunal sentenciador declararlo así, debiendo señalar, por el trámite correspondiente, la indemnización procedente, que sustituya a la ejecución de la sentencia en sus propios términos.

Cuarto.- Cada parte abonará las costas de este recurso causadas a su instancia y las comunes por mitad, sin que concurran razones de temeridad o mala fe para decidir de otro modo.

Quinto.- Publicar el fallo de esta sentencia en el Boletín Oficial del Estado.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Magistrada Ponente Excm. Sra. D^a. María Isabel Perelló Doménech, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS





Roj: **STS 4547/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:4547**

Id Cendoj: **28079130062017100033**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **18/12/2017**

Nº de Recurso: **4816/2016**

Nº de Resolución: **2001/2017**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **JOSE MANUEL SIEIRA MIGUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Sexta

Sentencia núm. 2.001/2017

Fecha de sentencia: 18/12/2017

Tipo de procedimiento: REC.ORDINARIO(c/a)

Número del procedimiento: 4816/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 14/12/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. **Jose Manuel Sieira Miguez**

Procedencia: CONSEJO GRAL.PODER JUDICIAL

Letrada de la Administración de Justicia: Secretaría Sección 006

Transcrito por:

Nota:

REC.ORDINARIO(c/a) núm.: 4816/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. **Jose Manuel Sieira Miguez**

Letrada de la Administración de Justicia: Secretaría Sección 006

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Sexta

Sentencia núm. 2001/2017

Excmos. Sres.

D. Luis Maria Diez-Picazo Gimenez, presidente

D. Jorge Rodriguez-Zapata Perez

D. Pedro Jose Yague Gil

D. **Jose Manuel Sieira Miguez**



D. Nicolas Maurandi Guillen

En Madrid, a 18 de diciembre de 2017.

Esta Sala ha visto el recurso contencioso-administrativo núm. 4816/16 interpuesto el Procurador Sr. Rosch Nadal en nombre y representación de D. Ignacio , asistido por el Letrado Sr. Calero Martínez, contra la inacción administrativa del Consejo General del Poder Judicial. Siendo parte demandada el Consejo General del Poder Judicial, representado y defendido por el Sr. Abogado Estado y personado el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente **Jose Manuel Sieira Miguez**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación procesal de D. Ignacio se interpone recurso contra la inacción administrativa del CGPJ, haciendo constar expresamente que lo hacía a través del procedimiento especial de los derechos fundamentales de la persona regulado en los artículos 53.2 de la CE y 114 y siguientes de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

SEGUNDO.- Recibido el expediente administrativo y con entrega del mismo a la parte recurrente, se confirió tramite para la formulación del correspondiente escrito de demanda, en el cual el recurrente termino suplicando a la Sala dicte sentencia de acuerdo en todo con sus pedimentos.

TERCERO.- Conferido traslado de la demanda a la parte demandada, el Sr. Abogado del Estado presenta el escrito de contestación en el que tras las alegaciones oportunas, suplica a la Sala dicte sentencia que inadmita el recuso por falta de legitimación del recurrente, o subsidiariamente, desestime el recurso y declare la conformidad a Derecho de la resolución recurrida.

El ministerio Fiscal solicita a la Sala que proceda a dictar sentencia que declare, en primer lugar, la inadmisibilidad del presente recurso por los motivos expuestos y, subsidiariamente, su desestimación por no vulnerar la actuación de la Administración demandada los derecho fundamentales del artículo 24 CE Invocados.

CUARTO.- Mediante auto de 18 de septiembre de 2017, se acuerda no haber lugar al recibimiento a prueba.

QUINTO.- Se concedió a las partes plazo, por el orden establecido en la Ley Jurisdiccional, para formular conclusiones. Trámite que evacuaron mediante la presentación de los correspondientes escritos.

SEXTO.- Señalándose para la deliberación y fallo del presente recurso el día **CATORCE DE DICIEMBRE DE DOS MIL DIECISIETE**.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso se interpone por el procedimiento especial para la protección de Derechos Fundamentales contra la inacción administrativa del CGPJ, como órgano de gobierno de los jueces, y cuya inactividad se dice viene provocando la lesión del derecho de tutela judicial efectiva del recurrente, al haber solicitado, por tres veces, a aquella alta institución que requiera a la Juez titular de Juzgado de Instrucción NUM001 de DIRECCION000 , Doña Almudena , para que de respuesta motivada y razonada a sus escritos de demanda de nulidad de sus actuaciones por violación de diversos derechos fundamentales en relación con el procedimiento que sigue por Diligs. Previas 1773/2011. Igualmente se demanda que, en su caso, se adopten las medidas disciplinarias que estime oportunas. Conforme establece el recurrente en su escrito de interposición.

El recurso lo fundamenta el recurrente en su escrito de demanda como sigue:

«El derecho cuya protección se insta es susceptible de amparo constitucional cumpliéndola exigencia del artículo 53.2 al tratarse de un derecho reconocido en el 24 de la Constitución Española como es el derecho de defensa y a tener un juicio justo.

Argumentos sustanciales que **fundamentan la demanda**.

Primero.- La inactividad del CGPJ ante las reiteradas denuncias de un grave incumplimiento de la titular del Juzgado de Instrucción u° NUM001 de DIRECCION000 y que constan en el expediente aportado por el órgano administrativo, no instando o sancionando, en su caso, a la Juez por no dar cumplida contestación a este demandante de las graves denuncias que reiteradamente ha venido interponiendo durante más de tres años, y que vienen provocando una abierta indefensión y una lesión en su derecho de defensa y a obtener una resolución en plazo razonable.



A la vez, contraviene el principio de audiencia y contradicción como garantía constitucional de los procesos jurisdiccionales (art 24.1 CE) y la bilateralidad de la acción, íntimamente ligadas en la norma fundamental al derecho de defensa reconocido en este artículo 24, y a un proceso en igualdad de armas como garantía recogida en el CEDH (art.6).

La inacción del CGPJ frente a la injustificada negativa de la titular del Juzgado a emitir una respuesta concreta, razonada y motivada a lo solicitado por este demandante durante más de tres años, conduce a una abierta "indefinición", un resultado permanentemente combatido por la doctrina jurisprudencial, y la del TC en particular, como garantía de defensa de todo ciudadano. La ausencia de respuesta concreta a lo solicitado, priva también a este demandante de su derecho constitucional (art.24) a obtener una resolución fundada en derecho y a una tutela judicial efectiva, que de forma injustificada en este caso, no ha encontrado respuesta en el órgano judicial ni en el amparo legítimamente solicitado al Consejo.

Esta ausencia de una resolución fundada en derecho y durante un tiempo razonable, ante hechos tan graves, ha determinado una evidente indefensión en este ciudadano y graves perjuicios morales y económicos, viendo con impotencia cómo sus legítimas pretensiones no encuentran justa respuesta, sufriendo una no justificada dilación de la que solicita obtener amparo jurisdiccional a través de este procedimiento, por una injustificada inacción que el CGPJ comparte, y es la causante final de dicha vulneración del derecho de defensa. Dicho Consejo ha desestimado reiteradamente sancionar la conducta de la Juez a pesar de entender esta parte que atenta contra la deontología profesional, y de constituir falta muy grave en base a lo establecido en los arts. 417 , 418 y concordantes de la LOPJ .

Segundo.- Consecuencia de la inacción del CGPJ frente a la ausencia de una resolución judicial, los graves hechos denunciados por escrito de 8 de Agosto de 2013, *lesionadores de diversos derechos fundamentales*, no han encontrado legítimo amparo hasta la fecha. Inacción mantenida en este tiempo por el mismo Consejo, a pesar de constituir falta grave o muy grave de la conducta de la Juez, de acuerdo con lo dispuesto en la LOPJ.

Tercero,- Consecuencia de la inacción anterior, tampoco ha encontrado amparo la palmaria indefensión(art 24 CE) de este ciudadano, al haber promovido la AEAT una paralela comprobación tributaria, apropiarse ésta de toda su documentación personal y profesional, sin disponer este demandante de los medios necesarios y legítimos de defensa, documentación, por otra parte, indebidamente apropiada por la AEAT (encontrándose hasta la fecha depositada en sus dependencias bajo la extraña e ilegal "custodia" de la inspectora de la ONIEF Doña. Andrea - NUM000 , según su propia declaración en el procedimiento abreviado 2695/2014 que se sigue en el Juzgado de Instrucción 12 de Madrid), y aún a esta fecha, sigue depositada sin garantías en sus dependencias inspectoras, ante la inacción y descontrol del citado Juzgado de DIRECCION000 , que legalmente sería el encargado de su custodia, y que aún, casi tres años después, no ha sido devuelta a este interesado para poder así ejercer su defensa (**Art.24.1**), lo que ha desembocado en un procedimiento tributario paralelo desarrollado sin igualdad de armas, al igual que un proceso judicial en las mismas circunstancias. Graves hechos vulneradores de derechos fundamentales, frente a los cuales el CGPJ ha decidido no actuar en este tiempo, restaurando el legítimo de derecho de defensa a este recurrente.

Este grave descontrol judicial viene provocando directa indefensión (art.24 CE) en este recurrente, al resultar los hechos denunciados (Anexos XI y XII) ante el Cal lo suficientemente graves como para que éste hubiera decidido actuar mediante el apremio judicial o, al menos, una advertencia o acción disciplinaria. Entre otros, a modo enunciativo estos son algunos de los graves hechos denunciados que aún hoy no han encontrado respuesta:

-Permitir la Juez del JI NUM001 de DIRECCION000 que el **material informático fuese desprecintado y manipulado por la policía judicial a espaldas del juzgado y de un fedatario públicojudicial** (Anexo XI, pags. 4 y 5).

-**Consentir y amparar que se entregue por el Juzgado directamente a la AEAT "soportes informáticos" once meses antes de que se unieran a la causa, negando su constancia ni conocimiento de su contenido a esta parte.**

-**Grave disfunciones en la cadena de custodia cuya garantía la Juez no ha podido acreditar. La Juez desconoce** en estos momentos dónde se encuentra y quién custodia el **material informático, ni tampoco los documentos físicos en su momento incautados, que sospecha están 'custodiados' por la AEAT.**

-**No notificación a las partes ni al Ministerio Fiscal de autos** que son, además, de esencial trascendencia en el procedimiento.

-Emisión por la Letrado de la Administración de Justicia de certificaciones procesales (de **7 de julio** del presente) premeditadamente equívocas y que no responden a la verdad.»



El recurrente termina su demanda con el siguiente suplico:

«**SUPLICO:** Que teniendo por presentado este escrito, junto con los documentos que se acompañan, se tenga a mi representado como comparecido y parte recurrente, teniendo por interpuesto recurso contencioso-administrativo en tiempo y forma y formalizada demanda contra la recurrente inacción del CGPJ, y prosiguiéndole la tramitación del Recurso Contencioso-Administrativo hasta su resolución, dicte Sentencia por la que, estimándola, se sirva:

-CONDENAR a la Administración demandada, el CGPI, por lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la CE por reiterada inacción de dicha institución, y requiera a ésta para que de forma efectiva apremie a la Juez del Juzgado de Instrucción NUM001 de DIRECCION000 a que resuelva en la forma exigida por la Ley, respetando el derecho de defensa de este demandante., evitando su indefensión, y resolviendo sobre las numerosas demandas por violación de derechos fundamentales interpuestas en su Juzgado.

-ORDENAR al CGPJ que se adopten las medidas necesarias contra la vía de hecho, y requiera a la citada alta institución para que adopte las medidas disciplinarias que estime oportunas ante la gravedad de los hechos aquí denunciados. Se requiera al órgano demandado que adopte o inste a que se adopten las medidas necesarias para evitar la lesión de los derechos fundamentales de defensa de este demandante (art.24 CE) y se restablezca la situación personal y patrimonial de este recurrente anterior a las actuaciones lesionadoras de los mismos.

-ORDENAR al CONSEJO que practique las diligencias de investigación necesarias en relación con los indicios de hechos y vulneraciones cuya supervisión y control le compete, suficientes para determinar la continuación y legalidad de la instrucción y se analicen e investiguen las vulneraciones y disfunciones del procedimiento, puestos de mar ,esto en el presente contencioso, así como, se depuren las infracciones disciplinarias que se deduzcan de dicha investigación.

-REQUIERA al Consejo para que se reconozca y repare el derecho a la tutela judicial efectiva aquí lesionado, así como también acuerde este Tribunal., si lo estima oportuno, el amparo de cualquier otro desecho que entienda vulnerado.»

SEGUNDO.- Como acertadamente sostiene el Ministerio Fiscal, respecto a la falta de actividad administrativa impugnada, se observa que el recurrente expone que el objeto del recurso es la inactividad de la Administración, consistente en no otorgar el Consejo General del Poder Judicial el amparo que le ha sido solicitado, hasta en tres ocasiones. Es por ello que en el suplico interesa que se tenga por interpuesto recurso contencioso-administrativo en tiempo y forma y formalizada demanda "*contra la recurrente inacción del Consejo General del Poder Judicial*" y que se dicte sentencia por la que estimándola, se condene, entre otros pronunciamientos, que igualmente se solicitan, a "*la Administración demandada, el CGPJ, por lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva del art 24 de la CE por reiterada inacción de dicha institución...*".

Ahora bien, del examen del expediente administrativo se desprende la inexistencia de la inactividad del Consejo General del Poder Judicial que el recurrente dice que impugna y que, según afirma, constituye el objeto de su recurso. En concreto, consta que, con fecha de entrada de 16 de diciembre de 2014, el actor interpuso una primera queja ante el órgano de gobierno de los Jueces, relativa a la actuación de la titular del Juzgado de Instrucción nº NUM001 de DIRECCION000 , en la tramitación de las Diligencias Previas nº 1773/2011. Dicha queja dio origen a la incoación de la Información Previa nº 844/2014, en cuyo seno se dictó Acuerdo por el Promotor de la Acción Disciplinaria de fecha 26 de enero de 2015, en virtud del cual se procedió al archivo de la citada Información Previa y se decidió no incoar expediente disciplinario. Recurrido en alzada por el recurrente, dicho Acuerdo fue confirmado por la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial mediante resolución de 21 de agosto de 2015.

Asimismo, según el expediente administrativo, el ahora recurrente había presentado el día 23 de abril de 2015 un nuevo escrito de queja contra la misma Magistrada y en relación al mismo procedimiento judicial. Esta nueva queja dio lugar a la incoación de la Información Previa nº 294/2015 en la que, tras recabar un informe de la Ilma. Sra. Magistrada-Juez, se dictó Acuerdo de fecha 1 de junio de 2015 por el Promotor de la Acción Disciplinaria, archivando la Información Previa y acordando no incoar expediente disciplinario. Recurrido en alzada por el recurrente, este nuevo Acuerdo fue confirmado por la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial mediante resolución de 8 de octubre de 2015.

Por último, con fecha 20 de junio de 2016, el actor ha presentado un tercer escrito de queja ante el Consejo General del Poder Judicial referido a idéntico procedimiento penal y en relación a la misma Ilma. Sra. Magistrada Juez. Esta nueva queja ha originado la incoación, con fecha 27 de junio de 2016, de la Diligencia Informativa nº 539/2016 por parte del Promotor de la Acción Disciplinaria, interesando en esa misma fecha



informe de la Ilma. Sra. Magistrada Juez denunciada. Dicho informe consta remitido al Promotor de la Acción disciplinaria con fecha 8 de julio de 2016.

Esta última queja fue ampliada por el recurrente mediante escrito presentado el 18 de julio de 2016 en el Consejo General del Poder Judicial, constando la unión de dicho escrito a la Diligencia Informativa nº 539/2016 el día 21 de julio de 2016.

De lo hasta ahora expuesto se desprende que las dos primeras quejas presentadas por el recurrente fueron tramitadas y resueltas por el Consejo General del Poder Judicial, otorgando la correspondiente respuesta al actor. Es decir, no cabe hablar respecto de las mismas de inacción o comportamiento omisivo del Consejo General del Poder Judicial. Por el contrario, la Administración demandada actuó, y lo hizo conforme estipulan los arts. 605 , 607.3 y 608.1 en relación con el art. 423.2 LOPJ , resolviendo las quejas hasta agotar la vía administrativa.

Y, respecto de la tercera queja, la presentada el 20 de junio de 2016, posteriormente ampliada mediante escrito de 18 de julio de 2016, el examen del expediente administrativo denota, igualmente, una ausencia de pasividad o de inacción por parte del Consejo General del Poder Judicial. Así, el 27 de junio de 2016 se incoó una Diligencia Informativa, acordándose oficiar a la Ilma. Sra. Magistrada para que procediese a informar sobre los hechos expuestos en la queja. Recibido dicho informe el día 8 de julio, tan sólo 10 días después, se presentó la ampliación de la queja, que fue unida a la Diligencia Informativa a los tres días, es decir, el día 21 de julio de 2016. No obstante, el recurrente ya había interpuesto el presente recurso el día 19 de julio, esto es, transcurrido únicamente un día desde la presentación de la ampliación de la queja.

La secuencia temporal descrita pone de manifiesto la ausencia de inacción por parte de la Administración demandada. La queja fue correctamente impulsada en su tramitación y la falta de resolución no es imputable a la pasividad o inactividad de la parte demandada, sino a una imposibilidad material debido a la falta de tiempo para concluir, antes de la interposición de este recurso, la Diligencia Informativa incoada.

El recurrente lo que pretende es identificar la pretendida inacción del Consejo General del Poder Judicial con el hecho de que este órgano no haya resuelto las quejas presentadas de conformidad con lo por él pedido, esto es, no haya requerido a la Magistrada Juez para que dé respuesta motivada y razonada a los escritos presentados en el seno del proceso judicial por el actor solicitando la nulidad de actuaciones por violación de derechos fundamentales o no la haya sancionado. Es decir, equipara de facto la inactividad que denuncia con su disconformidad con la respuesta otorgada por la parte demandada, lo que, obviamente, es incompatible pues si ha habido respuesta y la ha habido, no cabe hablar de falta de actividad o pasividad.

Por consiguiente, no es posible apreciar inacción o inactividad del Consejo General del Poder Judicial, con lo que, en realidad no existe la actuación administrativa que se dice es objeto del presente recurso, conclusión que ha de conllevar a su inadmisión.

Sin perjuicio de lo dicho, si entendiéramos que el objeto del presente recurso es la actuación desplegada por el Consejo General del Poder Judicial para dar respuesta a las quejas presentadas por el recurrente, la impugnación a través de este recurso de los acuerdos de la Comisión Permanente resolutorios de las dos primeras quejas, que han puesto fin a la vía administrativa, es notoriamente extemporánea por haber excedido con creces del plazo de diez días estipulado en el art. 115.1 LJCA para la interposición del recurso por este cauce procesal especial. Es decir, el recurso es por esa razón igualmente inadmisibles respecto de dichos acuerdos. Y, en cuanto a la actividad administrativa iniciada a consecuencia del tercer escrito de queja, resulta que el único acto susceptible de impugnación sería el Acuerdo de 27 de junio de 2016, que acordó la incoación de una Diligencia Informativa y la práctica de diligencias consistentes en recabar informe de la Magistrada Juez de Instrucción. Dicha resolución, ha de considerarse como un acto de trámite insusceptible de impugnación autónoma, la lectura del art. 25.1 de la LJCA pone de manifiesto que el recurso contencioso-administrativo condiciona su admisibilidad, entre otros supuestos, a que el acto administrativo impugnado, ya sea definitivo o de trámite, decida directa o indirectamente sobre el fondo del asunto, de modo que ponga término a la vía administrativa o haga imposible su continuación.

Pero concurre otra causa de inadmisión, esta vez parcial, consistente en la falta de legitimación del actor. Esta Excm. Sala tiene reiteradamente declarado, por todas sentencias de 30 de abril de 2015 (recurso nº 390/2014), que *"el denunciante está legitimado para exigir en vía judicial que los acuerdos de archivo de quejas adoptados por el Consejo General del Poder Judicial estén razonablemente motivados y vayan precedidos de una suficiente comprobación e investigación de los hechos expuestos en las quejas. Y, por el contrario, hemos venido negando legitimación para reclamar que la actividad investigadora iniciada por el Consejo General del Poder Judicial a resultas de sus denuncias necesariamente finalice en la incoación de un procedimiento disciplinario o en la imposición de una sanción, ello en consideración a que la imposición o no de una sanción al Juez o Magistrado denunciado no produce efecto positivo alguno en la esfera jurídica del denunciante, ni*



elimina carga o gravamen alguno de esa esfera (por todas, sentencias de 4 de diciembre de 2013, recurso n° 297/2013 , y 12 de octubre de 2012, recurso n° 882/2011). Igualmente, es jurisprudencia reiterada de la Sala (por todas, sentencia de 5 de marzo de 2012, recurso n° 475/2009) la que viene apreciando en los denunciados interés legítimo en que el Consejo General del Poder Judicial tramite sus denuncias conforme a lo previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial y practique, en su caso, las actuaciones de investigación que pudieren ser necesarias, en el bien entendido de que, por la naturaleza de los hechos denunciados, los términos de la denuncia o cualquier otra circunstancia que lo justifique, podrá proponerse en el correspondiente informe del Servicio de Inspección, como expresamente dispone el artículo 423.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , que se acuerde el archivo de plano de la misma".

En el caso que nos ocupa, las pretensiones del recurrente expresadas en los dos primeros "suplico" de la demanda tienen por objeto que esa Excm. Sala requiera al Consejo General del Poder Judicial para que apremie a la Juez a que resuelva en la forma exigida por la ley y para que el propio Consejo adopte las medidas disciplinarias que estime oportunas ante la gravedad de los hechos denunciados. Dicho contenido debe dar lugar a la inadmisibilidad del recurso en relación a tales pretensiones, con la consecuente desestimación de las mismas en el fallo.

Sí lo hasta aquí dicho no fuera suficiente para rechazar las pretensiones formuladas en la demanda, el actor, en su demanda considera que la inacción administrativa impugnada vulnera distintos derechos fundamentales consagrados en el art. 24 CE . Así, a lo largo de la misma refiere como vulnerados el derecho a no sufrir indefensión, el derecho de defensa, el derecho a una resolución fundada en derecho y el derecho a una tutela judicial efectiva.

El Tribunal Constitucional tiene declarado reiteradamente, por todas la STC 42/89 de 16 de febrero , que *"las garantías del art. 24 CE , referidas a la tutela judicial efectiva, no pueden trasladarse sin más a las actuaciones administrativas, salvo que éstas tengan una naturaleza sancionadora equivalente materialmente a las actuaciones propiamente penales. En los demás casos, en los que ha de encuadrarse la expropiación que nos ocupa, la defensa de los derechos e intereses legítimos en el procedimiento administrativo es una cuestión que ha de resolverse por los órganos de la jurisdicción competente en aplicación de las leyes"*.

A su vez, el ATC 518/2005, de 19 de diciembre , insiste en que *"debe señalarse como punto de partida, que este Tribunal ha establecido que las garantías del art. 24 de la CE no son trasladables como derechos fundamentales al procedimiento administrativo, salvo en los supuestos de procedimientos sancionadores (SSTC 68/1985, de 27 de mayo, FJ 4 ; 42/1989, de 16 de febrero , FJ 5), por ello carece de relevancia constitucional la queja relativa a la supuesta indefensión sufrida en el procedimiento administrativo, ya que, para que la indefensión alcance dimensión constitucional, es necesario que sea imputable, y que tenga su origen inmediato y directo en actos u omisiones de los órganos judiciales"*.

A ello ha de añadirse, en cuanto al derecho a la tutela judicial propiamente dicho, que dicho derecho, tiene su lugar propio de satisfacción en un proceso judicial, de manera que, "son los Jueces y Tribunales los que han de otorgar la tutela judicial efectiva y los únicos, en consecuencia, a los que cabe imputar su violación" (STC 197/1988, de 24 de octubre , FJ 3; en el mismo sentido, STC 26/1983, de 13 de abril , FJ 1; AATC 263/1984, de 2 de mayo, FJ 1 ; 664/1984, de 7 de noviembre, FJ 1 ; y 104/1990, de 9 de marzo , FJ 2), aunque cabe también la posibilidad de que el art. 24 CE resulte vulnerado por actos dictados por órganos no judiciales, ello se produce sólo en aquellos casos que no se permita al interesado, o se le dificulte, el acceso a los Tribunales (STC 197/1988, de 24 de octubre , FJ 3; igualmente, SSTC 90/1985, de 22 de julio, FJ 4 ; 243/1988, de 19 de diciembre, FJ 2 ; 123/1987, de 1 de julio, FJ 6 ; y 36/2000, de 14 de febrero , FJ 4), o cuando se trate de indefensión padecida en el procedimiento administrativo especial de control de las elecciones (STC 103/1996, de 11 de junio , FJ 3) o en los procedimientos administrativos sancionadores (por todas, SSTC 3/1999, de 26 de enero, FJ 4 ; y 236/2002, de 9 de diciembre , FJ2).

La aplicación de la doctrina jurisprudencial expuesta conduce inexorablemente a la desestimación del recurso. La inactividad administrativa impugnada no trae causa de un procedimiento que ostente una verdadera naturaleza sancionadora, pues las Informaciones Previas y la Diligencia Informativa incoadas son actuaciones administrativas dirigidas a esclarecer los hechos y valorar la procedencia de incoar o no un expediente sancionador. En consecuencia, son actuaciones previas a la eventual puesta en marcha de un procedimiento sancionador que carecen de dicha naturaleza. Y, por ello, no resulta sostenible la lesión de las garantías del art. 24 CE invocada por el recurrente.

Además, la denominada por el actor inactividad administrativa ha podido ser recurrida jurisdiccionalmente, lo que revela que la Administración demandada no ha obstaculizado o impedido el acceso a la jurisdicción, por lo que el derecho a la tutela judicial ha quedado incólume.



La lectura de la demanda pone de manifiesto que, en realidad, la infracción del art. 24 de la CE la imputa el recurrente a la actuación de la Magistrada Juez del Juzgado de Instrucción nº NUM001 de DIRECCION000 , lo que revela la corrección jurídica de la actuación del Consejo General del Poder Judicial que aquí se recurre, pues la verdadera pretensión del actor parece ser que se enjuicie por el Consejo y, ahora por esta Sala, la actividad de dicha Magistrada-Juez en el procedimiento judicial en el que el actor está incurso.

La doctrina consolidada de esta Excm. Sala, entre otras sentencia de 30 de septiembre de 2011 (recurso nº 273/2011), *"impide al Consejo General del Poder Judicial, y por extensión a esta Sala, entrar a controlar o revisar el acierto de la aplicación del Derecho llevada a cabo por los Jueces y Tribunales en el ejercicio de su potestad jurisdiccional, de tal forma que la posible vulneración constitucional o legal en que pudieran haber estado incursas las resoluciones jurisdiccionales del órgano denunciado sólo pueden hacerse valer a través de los recursos previstos en las leyes procesales"*.

En este caso, consta que las quejas del actor fueron adecuadamente atendidas dentro del ámbito competencial del Consejo General del Poder Judicial, toda vez que, respecto de las dos primeras, se tramitaron las oportunas informaciones previas, se efectuaron las investigaciones que se consideraron procedentes acerca de los hechos denunciados y a la vista de lo actuado se decidió el archivo de las mismas al entender que no procedía realizar reproche disciplinario alguno y que las quejas iban referidas al modo de interpretar la Magistrada-Juez el Ordenamiento Jurídico, esto es, a cuestiones jurisdiccionales que es territorio exento de cualquier interferencia del Consejo, todo ello a través de resoluciones motivadas y razonadas.

Y respecto de la tercera queja, se inició la correspondiente Diligencia Informativa y comenzaron a practicarse las investigaciones oportunas, sin que hubiese tiempo material para su finalización ante la inmediata presentación del presente recurso.

Todo lo cual revela la corrección de la actuación de la Administración demandada y la inexistencia de la vulneración de los derechos fundamentales del art. 24 CE alegada.

Consecuencia de todo lo dicho es que en este momento procesal procede una decisión desestimatoria de los recursos interpuestos.

TERCERO.- De conformidad con el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional procede la condena en costas al recurrente con el límite de 4.000 euros más IVA.

Vistos los preceptos legales y demás de general aplicación.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido : Desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales Sr. Rosch Nadal en nombre y representación de D. Ignacio asistido del Letrado Sr. Carelo Martínez contra la inacción del Consejo General del Poder Judicial a que se refiere el presente recurso con expresa imposición de costas al recurrente con el límite de 4.000 euros más IVA.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Luis Maria Diez-Picazo Gimenez D. Jorge Rodriguez-Zapata Perez

D. Pedro Jose Yague Gil D. **Jose Manuel Sieira Miguez** D. Nicolas Maurandi Guillen

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo Sr. Magistrado Ponente de la misma, Don **Jose Manuel Sieira Miguez**, hallándose celebrando audiencia pública, ante mi la Letrada de la Administración de Justicia, certifico.

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS





Roj: **STS 1087/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:1087**

Id Cendoj: **28079130052018100109**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **20/03/2018**

Nº de Recurso: **159/2017**

Nº de Resolución: **457/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **WENCESLAO FRANCISCO OLEA GODOY**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 457/2018

Fecha de sentencia: 20/03/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 159/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 13/03/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. **Wenceslao Francisco Olea Godoy**

Procedencia: T.S.J.CANARIAS SALA CON/AD

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

Transcrito por:

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 159/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. **Wenceslao Francisco Olea Godoy**

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 457/2018

Excmos. Sres.

D. Jose Manuel Sieira Miguez, presidente

D. Rafael Fernandez Valverde

D. Octavio Juan Herrero Pina

D. Juan Carlos Trillo Alonso

**D. Wenceslao Francisco Olea Godoy**

D. Jose Juan Suay Rincon

D. Cesar Tolosa Tribiño

En Madrid, a 20 de marzo de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación número 159/2017 interpuesto por doña Bárbara , don Juan Antonio , don Alexis , doña Delfina y doña Florinda , representados por la procuradora Sra. Marín Pérez, bajo la dirección letrada de doña María Jesús Padrón Ruiz contra la sentencia núm. 151/2015, de 16 de noviembre, dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, dictada en el recurso número 21/2012 . Ha comparecido como parte recurrida la Comunidad Autónoma de Canarias, representada por la letrada doña Ana M^a Quintana López.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Wenceslao Francisco Olea Godoy**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida de fecha 16 de noviembre de 2015 contiene la parte dispositiva del siguiente tenor literal:

<<PRIMERO. Desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de Dña Rocío contra el acto administrativo a que se refiere el antecedente de hecho primero de la presente resolución por ser ajustado a derecho. SEGUNDO. Sin costas.>>

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia, la representación procesal de los recurrentes presentó escrito ante la Sala de instancia preparando recurso de casación contra la misma. La Sala tuvo por preparado en tiempo y forma el recurso de casación, emplazando a las partes para que comparecieran ante el Tribunal Supremo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones ante este Tribunal, la representación procesal de los recurrentes, se personó ante esta Sala e interpuso el anunciado recurso de casación, fundamentado en los siguientes motivos:

Primero.- Por la vía que autoriza el artículo 88.2º.d) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , se denuncia que la sentencia de instancia vulnera lo establecido en los artículos 70.2º) de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local , así como los artículos 33 y 34 de la Ley sobre Régimen del Suelo y Valoraciones de 6/1998, de 13 de abril.

Segundo.- Por la misma casacional que el anterior, se denuncia que la sentencia de instancia vulnera la jurisprudencia de esta Sala Tercera, de la que se deja cita concreta, que interpreta los mencionados preceptos.

Tercero.- Por la vía casacional del párrafo c) del mencionado artículo 88.2º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , se denuncia que la sentencia recurrida incurre en vicio de falta de motivación y exhaustividad, con vulneración de los artículos 218 y 209 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de los artículos 33.1º de la mencionada Ley Jurisdiccional , todo ello en relación con el artículo 24 de la Constitución .

Cuarto.- También por la misma vía casacional del "error in procedendo" que el anterior, se denuncia que la sentencia de instancia incurre en vicio de incongruencia omisiva, con vulneración de lo establecido en el mencionado artículo 24 de la Constitución .

Quinto.- En el último motivo, también por la vía del párrafo c) del precepto mencionado y con invocación del ya citado artículo 24 de la Constitución , se denuncia que la sentencia de instancia incurre en vicio de falta de motivación.

CUARTO.- Teniendo por interpuesto y admitido el recurso de casación por esta Sala, se emplazó al representante legal de la Comunidad Autónoma de Canarias para que en el plazo de treinta días, formalice escrito de oposición, lo que realizó, oponiéndose al recurso de casación y suplicando a la sala que se desestime el mismo, con imposición de las costas a la otra parte.

QUINTO.- Conclusas las actuaciones, se señaló para votación y fallo la audiencia del día 13 de marzo de 2018, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Objeto del recurso y motivos.-



Se interpone el presente recurso de casación número 159/2017 por doña Bárbara , don Juan Antonio , don Alexis , doña Delfina y doña Florinda , contra la sentencia núm. 151/2015, de 16 de noviembre, dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, en el recurso número 21/2012 , que había sido promovido por los recurrentes, en impugnación del acuerdo de la Comisión de Valoraciones de Canarias, adoptado en sesión de 6 de julio de 2010 (expediente NUM000), por el que se denegaba fijar el justiprecio que se había interesado por los recurrentes, instando la expropiación por ministerio de la ley, de una finca de su propiedad, al sitio de " El Cercado ", en término municipal de Mogán (Gran Canarias), de una superficie de 2.661,0 m2, que conforme al planeamiento estaba calificado como " *suelo dotacional, espacio libre, parque urbano* " .

A tenor de lo que se razona en el mencionado acuerdo, la denegación de la fijación del justiprecio y, por tanto, la iniciación del procedimiento de expropiación por ministerio de la ley, estaba motivado porque, a juicio del órgano de valoración, la petición de expropiación a la Administración actuante, el Ayuntamiento de Mogán, se realizó anticipadamente a los plazos establecidos legalmente.

A la vista de lo declarado por el órgano de valoración, se interpone el recurso ante la Sala de instancia que en la sentencia que se recurre desestima el recurso y conforma el acuerdo impugnado.

Las razones que llevan a la Sala de instancia a la mencionada decisión se contienen en el fundamento tercero en el que, tras exponer la jurisprudencia de esta Tribunal Supremo en relación con la expropiación por ministerio de la ley, se declara: <<[...] *la expropiación por ministerio de la ley -que constituye una excepción a la regla general según la cual no cabe, en principio, obligar a la Administración a expropiar- tiene un marcado carácter tuitivo: sirve para evitar la indefensión de los propietarios que, como consecuencia del planeamiento urbanístico, quedan sin aprovechamiento alguno, facultándoles para forzar a la Administración a que les expropie, impidiendo así que su derecho de propiedad quede vacío de contenido económico.*

Por otra parte, el ordenamiento jurídico define las expropiaciones urbanísticas como aquellas operaciones expropiatorias destinadas al cumplimiento de alguno de los fines perseguidos en la legislación urbanística (art. 34 LRSV .) Y el art. 33 de la misma norma dispone que <<La aprobación de Planes de ordenación urbana y de delimitaciones de ámbito de gestión a desarrollar por expropiación implicara la declaración de utilidad pública de las obras y la necesidad de ocupación de los terrenos...>>

En primer lugar, hay que poner de manifiesto que las NNSS de Mogán entraron en vigor a los quince días de la publicación íntegra el BOP, es decir, con fecha 19 de diciembre de 2008 y ciertamente la advertencia de la mora fue extemporánea dado que se realizó el 20 de junio de 2007 y el 1 de abril de 2008, se presentó la hoja de aprecio, anticipándose por tanto a la publicación de las NNSS.

Así pues, siendo quince días después de la publicación íntegra en el BOP, el 9 de enero de 2012, cuando se produjo la entrada en vigor de las NNSS; hasta el 19 de enero de 2012 no se podía advertir la demora ante la Administración. Todo de ello de acuerdo con el artículo 163 del TR de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y Espacios Naturales de Canarias a cuyo tenor...

Y es que para la entrada en vigor de los instrumentos de planeamiento no basta con la publicación de su acuerdo de aprobación definitiva en el Boletín Oficial de la Provincia y en el art. 70.2 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local 7/1985, de 2 de abril, se exige asimismo la publicación para su entrada en vigor, aparte del acuerdo de aprobación definitiva, de las <<normas de los planes urbanísticos>>, habiendo señalado la jurisprudencia (Ss. del T.S. de 25 de octubre de 2001 y 28 de abril de 2004 , con cita de otras) que la falta de la publicación de esas normas determina que el plan <<no había entrado en vigor y era ineficaz>>.

Este requisito presupuesto de eficacia condiciona la legalidad de los actos y disposiciones que se dicten en aplicación de tales normas urbanísticas, que habrán de acomodarse a las normas de planeamiento vigentes en el momento de dictarse, es decir las normas correctamente publicadas en el Boletín Oficial correspondiente, único título legitimador de unas y otros, de forma que, cuando devengan amparados en un planeamiento ineficaz por no haber sido correctamente publicado, la consecuencia, será la anulación de los actos al carecer del imprescindible instrumento normativo que los legitime (STS, Sala 3 , de 25 mayo 1999); y, en el presente caso, al ampararse la advertencia de la mora en un planeamiento ineficaz, la consecuencia ineludible era la inadmisión, como así hizo el Acuerdo de la Comisión impugnado. No en vano, la publicación de las normas de los planes urbanísticos en los boletines oficiales responde a una finalidad de garantía de los administrados que resulten afectados por dichas normas, por lo que debe ser interpretada y aplicada desde dicha perspectiva.>>

A la vista de lo decidido y razonado por la Sala de instancia, se interpone el presente recurso que, como ya se dijo, se funda en cinco motivos, los dos primeros, por la vía del "error in iudicando" del párrafo d) del artículo 88.1º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , en su redacción aplicable al presente recurso, por los que se denuncian, en el motivo primero, que la sentencia de instancia vulnera lo



establecido en los artículos 70.2º de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local y los artículos 33 y 34 de la, al parecer, Ley sobre Régimen del Suelo y Valoraciones de 6/1998, de 13 de abril; y en el motivo segundo, que se vulnera lo establecido por la jurisprudencia de este Tribunal Supremo en la interpretación de los mencionados preceptos. Los restantes motivos, del tercero al quinto, se acogen a la vía casacional del "error in procedendo" del párrafo c) del mencionado precepto procesal, y por ellos se denuncia que la sentencia incurre en vicio de falta de exhaustividad, con infracción de los artículos 218 y 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 33.1º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y artículo 24 de la Constitución; el motivo cuarto, denuncia el vicio de incongruencia omisiva y el quinto por falta de motivación.

Se termina suplicando a este Tribunal de casación que se estimen los motivos del recurso, se case la sentencia de instancia y se dicte otra en sustitución, en la que se estimen las pretensiones de la demanda, ordenando el inicio del procedimiento expropiación por ministerio de la ley.

Ha comparecido en el recurso, y se opone a su estimación, la Comunidad Autónoma de Canarias.

SEGUNDO. Motivos tercero a quinto. Falta de exhaustividad y de fundamentación e incongruencia omisiva de la sentencia.-

Razones de lógica jurídica aconsejan examinar con carácter preferente los motivos del recurso de casación que se acogen a la vía casacional del "error in procedendo", que merecen un tratamiento conjunto porque, como veremos, los defectos formales que se reprochan a la sentencia recurrida están vinculados entre sí.

Como ya se dijo, los motivos tercero, cuarto y quinto reprochan a la sentencia de instancia incurrir en vicio formales, en concreto, en falta de exhaustividad y de motivación e incongruencia omisiva, con vulneración, sustancialmente de los artículos 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 33.1º de la Ley Jurisdiccional, todo ello en relación con el artículo 24 de la Constitución.

En la fundamentación de los tres motivos lo que se denuncia es, en el motivo tercero, que la sentencia omite lo que se denomina "*relato fáctico antecedente de hechos relevantes y determinantes*", en referencia a que la Sala de instancia no recoge en la sentencia el devenir procedimental de la aprobación de las Normas Subsidiarias que, a juicio de la defensa de los recurrentes, legitimaba su derecho a la expropiación por ministerio de la ley; ni el devenir procedimental de la petición de los recurrentes en defensa de su derecho, frente a lo decidido por la Comisión de Valoraciones. Por esa razón, aunque no sólo, se considera que la sentencia incurre en incongruencia omisiva, como se denuncia en el motivo cuarto, porque la Sala se atiene a las razones ya recogidas en el acuerdo impugnado, sin examinar los argumentos de la demanda en apoyo de la procedencia de la expropiación, con fundamento en la no aplicación del artículo 70 de la legislación de régimen local, de donde se concluye en el mencionado vicio procesal. Por último, se aduce en el motivo quinto, que la propia Sala de instancia había dictado una sentencia –la número 103/2008, de 9 de abril, dictada en el recurso contencioso-administrativo 163/2005– en la que se consideró que la ausencia de publicación del planeamiento no impedía la procedencia de la expropiación, sentencia que fue invocada en la instancia sin que la Sala sentenciadora hiciera referencia a ella en la sentencia recurrida.

Los motivos deben ser acogidos. En efecto, es suficiente dejar constancia, como se pone de manifiesto en el escrito de interposición, de los fundamentos que se exponían en la demanda en apoyo de la pretensión accionada sobre la procedencia de la expropiación por ministerio de la ley para constatar que la Sala de instancia ni da respuesta a dichos argumentos ni es congruente con el antecedente que se expone por la parte recurrente. Y ese examen debe llevar a rechazar la oposición que se hace por la defensa de la Administración recurrida, de recordar que la sentencia en lo contencioso no requiere la constatación de hechos probados; porque lo que se aduce en el escrito de interposición no es tanto la constancia de unos pretendidos hechos probados, sino que la sentencia omite reflejar de manera taxativa el anacronismo entre la aprobación del planeamiento en que se fundaba la petición de expropiación y su pretendida eficacia, que está en base de todo el debate suscitado.

Es cierto, que tanto la congruencia como la motivación y exhaustividad de las sentencias que impone como requisitos formales de estas resoluciones en el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, han de examinarse partiendo de que tales defectos hayan ocasionado indefensión, que es el presupuesto que para estos motivos formales impone el ya antes mencionado artículo 88.1º c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Y así, es cierto que la incongruencia omisiva debe ser examinada con todo rigor en relación con las pretensiones accionadas en la demanda, porque es el objeto de la tutela que imploran los ciudadanos, conforme reconoce el artículo 24 de la Constitución y que, caso de omitirse el pronunciamiento sobre tales pretensiones, se vería frustrada dicha protección judicial. Ahora bien, reiteradamente tiene declarado la jurisprudencia de esta Sala Tercera que la incongruencia, como vicio de las sentencias, no es solo predicable respecto de las pretensiones, sino que también debe apreciarse cuando afecte a los motivos, siempre que estos tengan sustantividad propia, es decir, cuando el motivo en que se



funda la pretensión es de una entidad que se vincula directamente a la misma existencia de la pretensión. Es cierto también que, con relación a los motivos, la jurisprudencia ha venido a considerar que la exigencia de la congruencia no es tan estricta como con relación con las pretensiones y que basta una respuesta implícita porque, como se declara en la sentencia de 19 de junio de 2012 (recurso de casación 3934/2010), es suficiente en tales supuestos una decisión y motivación ajustada a la normativa aplicable, porque el principio "*iura novit curia*" comporta que ni el Tribunal ha de adaptarse exhaustivamente a los razonamientos de las partes ni, por tanto, existe esa obligación de atender de manera minuciosa a lo razonado por ellas, sino que basta con que la decisión adoptada aparezca plenamente ajustada a las normas que se consideran aplicable.

Sentado lo anterior y aplicando al caso de autos las anteriores consideraciones, es lo cierto que la pretensión accionada en la demanda estaba fundada, es importante destacarlo, en que si bien era cierto que los instrumentos del planeamiento –en nuestro caso, las Normas Subsidiarias– no son eficaces hasta la publicación de su articulado, conforme dispone el artículo 70 de la Ley de Régimen Local, en el caso de autos concurría una peculiaridad que hacía justificable esa eficacia antedatada del planeamiento a los efectos de legitimar la petición de expropiación, justificación que no era otra que el hecho de que las normas habían sido aprobadas por el Ayuntamiento 20 años antes de esa publicación. Es indudable, deberemos volver sobre ello, que el argumento era de trascendencia extraordinaria porque no se negaba en la demanda el presupuesto de condicionar la eficacia del planeamiento a la publicación, sino que concurría esa peculiaridad que hacía del supuesto una circunstancia excepcional.

No obstante lo expuesto y como se denuncia en los motivos que examinamos, la Sala sentenciadora no solo deja sin dar la más mínima respuesta a esa excepcional circunstancia sino que incluso, como se pone de manifiesto en los motivos, adopta una decisión contraria a lo que se había decidido en supuestos anteriores y sin justificar ese cambio de criterio. No ofrece dudas a este Tribunal que sin mayores concreciones, hemos de acoger los tres motivos que por defectos de forma se denuncian en el recurso porque no solo se guarda silencio sobre el debate antes apuntado, incurriendo en la incongruencia denunciada, sino que se aprecia falta de motivación porque la que se contiene en la sentencia es tan genérica que si bien es acorde con la decisión que se traslada al fallo, desconoce las alegaciones de la pretensión y la cuestión esencial suscitada por los recurrentes que, como se ha dicho, deja sin justificar las razones para apartarse del criterio de la misma Sala en supuestos similares.

Procede estimar los motivos, tercero, cuarto y quinto.

TERCERO. Motivos primero y segundo. Procedencia de la expropiación por ministerio de la ley. Requisitos para el ejercicio del derecho.-

La estimación de los motivos que se ha concluido en el anterior fundamento, con el consiguiente efecto de casar la sentencia recurrida, obliga a este Tribunal a dictar nueva sentencia, por imperativo de lo establecido en el artículo 95.2º.d), en relación con el c), de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en la redacción aplicable al caso de autos; sentencia que ha de dictarse de acuerdo con los términos en que ha sido planteado el debate.

Ese planteamiento del debate no es otro que los argumentos en que se fundan los motivos primero y segundo del recurso que, en congruencia con lo aducido en la demanda, se refieren a que si bien es cierto que el mencionado artículo 70, que se invoca como infringido, condiciona la eficacia de los planes a su publicación, incluyendo en esa exigencia formal su articulado, es lo cierto que cuando esa omisión es imputable a la Administración no puede establecerse ese rigor y menos aun cuando sea en perjuicio de los ciudadanos; y ello conforme tiene declarado reiteradamente la jurisprudencia de esta Sala Tercera.

Para una mejor comprensión del debate que se suscita no está de más que tomemos como punto de partida los hechos no discutidos que subyacen en la actuación administrativa que se revisa ante la Sala de instancia y que se omiten en la sentencia.

La Normas Subsidiarias del Ayuntamiento de Mogán fueron aprobadas definitivamente por acuerdo de la Comisión de Urbanismo y Medio Ambiente de Canarias de 17 de noviembre de 1987, siendo publicado el acuerdo de aprobación en el Boletín Oficial de Canarias número 3 del día 6 de enero de 1988 -mejor que 25 de noviembre de 1987-. Es un hecho notorio que nunca se ha negado por el mismo Ayuntamiento demandado en la instancia y aquí recurrido, que desde la mencionada fecha la Corporación ha venido actuando en el ámbito urbanístico y en todos los aspectos, conforme a las previsiones de las mencionadas Normas Subsidiarias. No obstante lo anterior, en el mencionado Diario Oficial número 162, de 19 de diciembre de 2008, se publica el articulado completo de las mencionada Normas Subsidiarias, es decir, casi veintiún años desde su aprobación y pese a la eficacia que la misma Corporación Municipal había conferido a la aprobación de las Normas por la Comisión autonómica, se acuerda la nueva publicación, ahora con el articulado completo de dichas normas y no solo el acuerdo de aprobación, que fue lo publicado en 1988.



Pero ha de darse un paso más que pasa inadvertido a las partes, si se constata las dos publicaciones –se pueden constatar con la consulta de los Diarios en internet–, se llega a la conclusión de que la publicación de 2008 no se limita a la mera publicación de las mencionadas Normas Subsidiarias aprobadas hacía más de veinte años, sino que se amplía la misma haciendo referencia a la incorporación a dichas normas de lo establecido en instrumentos del planeamiento –planes especiales y regionales– que excedía de aquella inicial aprobación de las Normas que fueron definitivamente aprobadas. Es importante destacarlos porque implícitamente se viene a aceptar por el Ayuntamiento que esos instrumentos del planeamiento se habían adoptado conforme a las mencionadas Normas, lo que quiere decir que, sin perjuicio de la aplicación individual de las normas en los actos de ejecución y gestión del planeamiento en ese dilatado periodo de tiempo, existen instrumentos de desarrollo que se adaptaban a ellas y se les da carta de naturaleza en tan peculiar publicación. Y en esa misma línea, lo que se hace con la publicación de 2008 es un a modo de refundir las originales Normas y la incidencia que en ella tienen esos posteriores instrumentos del planeamiento supramunicipal y de desarrollo.

Pues bien, sería suficiente con la mera constancia de tales hechos para que se estimase la pretensión de los recurrentes que, como denuncian ya desde la vía administrativa previa, constatan que el Ayuntamiento desconoce la eficacia de un planeamiento que en su actuar ordinario en el ámbito urbanístico la misma Corporación ha considerado vigente y pretendiendo desconocer precisamente en su perjuicio. Es decir, a los efectos de considerar transcurrido el plazo establecido para proceder a la expropiación de los terrenos que las Normas Subsidiarias habían destinado a uso dotacional, se considera que el planeamiento no estaba vigente, cuando si se acepta esa vigencia para todo lo demás incluso a sus determinaciones y, como hemos visto, incluso para la aprobación del planeamiento de desarrollo.

Se suma a lo expuesto que esa suspensión de la eficacia de las Normas se produce no ya por un acto formal que el Ayuntamiento, el beneficiado con ello, debía realizar, sino que estaba obligado a ello conforme al principio de legalidad en la actividad administrativa que está en la base del actuar de las Administraciones, conforme se impone en el artículo 106 de la Constitución y artículo 3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , y en la vieja Ley de Procedimiento Administrativo de 1956, vigente al momento de autos. En suma no puede el Ayuntamiento ampararse y solo en lo que le beneficia, en un incumplimiento de sus propias obligaciones para sujetar durante más de veinte años unos terrenos a un uso dotacional, con lo que ello comporta de grave detrimento de su propiedad, que es precisamente lo que se trata de evitar con la institución de la expropiación por ministerio de la ley. Y no otra cosa se declara en las sentencias de esta Sala que se citan en el motivo, de 2 de noviembre de 2011 (recurso de casación 4640/2008) y de 16 de septiembre de 2013 (recurso de casación 5918/2010), la primera de ellas también referida a una sentencia del mismo Tribunal de instancia que el presente, en el que éste había dictado una sentencia estimatoria de la pretensión, a diferencia de lo declarado en la aquí recurrida.

Aun cabría añadir a lo expuesto y apoyo del criterio que ha seguido el Ayuntamiento en esos más de veinte años desde la aprobación de las Normas Subsidiarias, que no es cierto, como ahora en este proceso se sostiene por la defensa municipal, que lo que se hace en el año 2008 es la exigencia formal de la publicación de un planeamiento después de ese largo tiempo, porque si nos atenemos a la publicación a que se ha hecho referencia en el mencionado año, la finalidad de dicha publicación no es propiamente la exigencia formal, sino, en palabras de la misma resolución que se publica, la de hacer << público el texto completo con posteriores rectificaciones y modificaciones, del articulado de las Normas Subsidiarias de Planeamiento Municipal, conforme al texto aprobado por la Comisión de Urbanismo y Medio Ambiente de Canarias el 17 de noviembre de 1987 (B.O.C. número 3, de 6 de enero de 1988)>> ; es decir que, como ya antes se apuntó, la finalidad de esa publicación es un a modo de refundir en un texto único las reformas que se habían introducido en las Normas originarias.

La conclusión de lo razonado es que procede reconocer el derecho de los recurrentes a la iniciación del procedimiento de expropiación por ministerio de la ley, al concurrir los presupuestos temporales para ello, los únicos cuestionados en el proceso, debiendo anular el acuerdo del órgano colegiado de valoración impugnado y ordenar que por la Comisión se proceda a la valoración de los terrenos afectados por la dotación pública a que los somete el planeamiento vigente.

CUARTO. Costas procesales.-

La estimación del recurso determina, en aplicación del artículo 139 de la Ley Jurisdiccional , que no procede hacer imposición de las costas del recurso de casación. Y en cuanto a las costas de la instancia, apreciando la concurrencia de serias dudas de derecho, tampoco procede la concreta imposición de las costas, de conformidad con el mencionado precepto.

**FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

Primero.- Ha lugar al presente recurso de casación número 159/2017, promovido por la representación procesal de D.^a Bárbara , D. Juan Antonio , D. Alexis , D.^a Delfina y D.^a Florinda , contra la sentencia núm. 151/2015, de 16 de noviembre, dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, en el recurso número 21/2012 .

Segundo.- Casamos y anulamos la sentencia recurrida, que declaramos sin valor ni efecto alguno.

Tercero.- En su lugar, debemos de estimar y estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por los mencionados recurrentes contra el acuerdo de la Comisión de Valoraciones de Canarias, adoptado en sesión de 6 de julio de 2010 (expediente NUM000), por el que se denegaba fijar el justiprecio que se había interesado por los mencionados propietarios, instando la expropiación por ministerio de la ley, de una finca de su propiedad, al sitio de " *El Cercado* ", en término municipal de Mogán (Gran Canarias), de una superficie de 2.661,0 m2, que conforme al planeamiento estaba calificado como " *suelo dotacional, espacio libre, parque urbano* ", acuerdo que se anula por no estar ajustado al ordenamiento jurídico.

Cuarto.- Se reconoce el derecho de los recurrente a que por la mencionada Comisión de Valoración se proceda, conforme a derecho, a fijar el justiprecio de los mencionados terrenos, continuando los trámites procedentes conforme a las disposiciones aplicables.

Quinto.- No procede hacer concreta imposición de las costas del recurso ni de la instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Jose Manuel Sieira Míguez Rafael Fernandez Valverde

Octavio Juan Herrero Pina Juan Carlos Trillo Alonso

Wenceslao Francisco Olea Godoy Jose Juan Suay Rincon

Cesar Tolosa Tribiño

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. **Wenceslao Francisco Olea Godoy** , estando la Sala celebrando audiencia pública, de lo que, como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS





Roj: **STS 1185/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:1185**

Id Cendoj: **28079130022018100108**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **10/04/2018**

Nº de Recurso: **2611/2016**

Nº de Resolución: **577/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JESUS CUDERO BLAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Segunda

Sentencia núm. 577/2018

Fecha de sentencia: 10/04/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2611/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 03/04/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Jesus Cudero Blas

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 8

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Gloria Sancho Mayo

Transcrito por: Emgg

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 2611/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Jesus Cudero Blas

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Gloria Sancho Mayo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Segunda

Sentencia núm. 577/2018

Excmos. Sres.

D. Nicolas Maurandi Guillen, presidente

D. Jose Diaz Delgado

D. Angel Aguallo Aviles

D. Joaquin Huelin Martinez de Velasco



D. Francisco Jose Navarro Sanchis

D. Jesus Cudero Blas

En Madrid, a 10 de abril de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación núm. **2611/2017**, interpuesto por la procuradora de los tribunales doña Gloria Teresa Robledo Machuca, en nombre y representación de **TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U.**, contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) de la Audiencia Nacional de fecha 20 de mayo de 2016, dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 347/2014. Ha sido parte recurrida la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada y defendida por el Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jesus Cudero Blas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La sentencia recurrida contiene una parte dispositiva que, copiada literalmente, dice:

« **FALLAMOS:**

Que debemos ADMITIR Y DESESTIMAR como desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador don Manuel Lanchares Perlado, en nombre y representación de TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA, S.A.U., contra la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 30 de abril de 2014, descrita en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, la cual confirmamos por ser conforme a derecho.

Con condena en costas a la recurrente».

SEGUNDO. Notificada la anterior sentencia, la representación procesal de Telefónica Móviles de España, S.A.U., manifestó su voluntad de plantear recurso de casación y la Sala de instancia lo tuvo por preparado y remitió las actuaciones a este Tribunal con emplazamiento de las partes.

TERCERO. Recibidas las actuaciones, la representación procesal de Telefónica Móviles de España, S.A.U. presentó el escrito de interposición de su recurso de casación que, después de desarrollar los motivos en que se apoyaba (que se expresarán luego en el apartado de **FUNDAMENTOS DE DERECHO**), se terminaba así:

« **SUPlico A LA SALA:** *tenga por presentado este escrito en tiempo y forma, y por formalizado el Recurso de Casación contra la Sentencia dictada en el recurso contencioso administrativo nº 347/14 por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, de fecha 20 de mayo de 2016, que acuerda desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por mi representada contra la Resolución dictada por el Presidente de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, con fecha 30 de abril de 2014, dictada en el expediente R/AJ/0221114, que acuerda la inadmisión a trámite de las solicitudes de Telefónica Móviles de España, S.A.U. para que se declare la nulidad de las liquidaciones que le fueron giradas en concepto de Tasa por Autorizaciones Generales y Licencias Individuales de los ejercicios 1999 a 2002, Canon por servicios de valor añadido de los ejercicios 1999 a 2002 y Tasa General de Operadores de los ejercicios 2003 a 2006 y 2008, y se proceda a la devolución de las cantidades ingresadas en estos conceptos, cuyo importe total ascendía a 65.163.015,62 euros, continuando el procedimiento en todos sus trámites y dictando sentencia por la que con estimación del recurso interpuesto, acuerde:*

I. La casación de la Sentencia recurrida, la anule y sin necesidad de reponer las actuaciones al momento anterior a dictarse la Sentencia recurrida, entre a conocer sobre el fondo del asunto, declarando la nulidad del acto administrativo objeto de impugnación, o, subsidiariamente, su revocación, dejándolo sin efecto.

II. Subsidiariamente a la anterior petición, la casación de la Sentencia recurrida, anulándola y reponiendo las actuaciones al momento anterior a dictarse la Sentencia impugnada, para que la Sala del Tribunal Superior de Justicia (sic) resuelva sobre el fondo del asunto, declarando la nulidad del acto administrativo objeto de impugnación, o, subsidiariamente, su revocación, dejándolo sin efecto.

III. La imposición de costas a la parte recurrida».

CUARTO. La representación procesal de la Administración General del Estado formalizó su oposición al recurso de casación con un escrito que finalizaba reclamando:

«(...) *dictar sentencia por la que se rechacen los motivos y el recurso, confirmando la sentencia recurrida. Con costas».*

QUINTO. Conclusas las actuaciones se señaló para votación y fallo del presente recurso la audiencia de 3 de abril de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Datos más relevantes de la actuación administrativa litigiosa y el proceso de instancia; y parte recurrente en la actual casación.

Tras el auto de admisión parcial del presente recurso de casación (dictado por la Sección Primera de esta Sala con fecha 5 de julio de 2017), el enjuiciamiento ha quedado reducido a los pronunciamientos de la sentencia recurrida relativos a la Tasa General de Operadores (TGO) del ejercicio de 2004, liquidaciones números 6050410203 y 6050410195, giradas a Telefónica Móviles de España, cuya nulidad fue interesada mediante escrito presentado ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en cuya resolución de 30 de abril de 2014 se inadmitió a trámite tal solicitud.

Esta última resolución fue impugnada en vía jurisdiccional en un proceso que finalizó con la sentencia de 20 de mayo de 2016 de la Sala de esta jurisdicción de la Audiencia Nacional, que desestimó el recurso contencioso-administrativo dirigido frente a tal resolución, sentencia que ha sido recurrida en casación.

SEGUNDO. La sentencia recurrida.

1.- Dedicar su primer fundamento de derecho (FJ) a exponer las vicisitudes que siguieron a las liquidaciones litigiosas; y a señalar, después, cuáles fueron los razonamientos desarrollados por la resolución controvertida -de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia- para justificar su decisión de inadmitir la solicitud de declaración de nulidad de pleno derecho de las liquidaciones recurridas.

De estos razonamientos destaca lo que sigue:

«se analiza lo preceptuado en el artículo 217 LGT y concordantes preceptos del Reglamento General de desarrollo de dicha Ley en materia de revisión en vía administrativa, se razona que las causas de nulidad de pleno derecho tienen carácter tasado y su interpretación ha de ser restrictiva, conforme con la doctrina del Tribunal Supremo, concluyendo que no concurre en el caso ninguna de las causas previstas en el artículo 217 LGT para que proceda la declaración de nulidad, concretamente no concurre la causa invocada por Telefónica "que se haya dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido en la normativa comunitaria".

Y ello porque el procedimiento para la emisión de las liquidaciones de la TGO era el previsto en la LGTel y en el Real Decreto 1620/2005, por el que se regulan las tasas establecidas en la Ley 32/2003, siendo de aplicación supletoria la LGT y sus reglamentos de desarrollo.

La nulidad contemplada en el artículo 217 LGT viene referida al procedimiento de gestión tributaria destinado a la liquidación de la deuda, no a los trámites previstos para la fijación del tipo imponible o la determinación de otros elementos esenciales del tributo, que es a lo que hace mención Telefónica, que alega la infracción de la distinta normativa interna y comunitaria por parte de las leyes que determinan los elementos configuradores de la TGO, lo que constituiría un motivo de nulidad ordinaria que, en su caso, debería ser opuesto al recurrir en plazo su liquidación.

De hecho, Telefónica ha recurrido algunas de sus liquidaciones por TGO y ha obtenido su anulación, pero no las relativas a los ejercicios examinados, salvo en un caso en que lo hizo de forma extemporánea.

Se añade que la anulación del apartado 3 del artículo 24 del Real Decreto 1620/2005 por sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2013, hace referencia a la obligación de los sujetos pasivos de la tasa de presentar la correspondiente declaración de ingresos brutos para que el órgano gestor proceda a su liquidación administrativa; tal anulación sólo surte efecto sobre los actos que no hayan ganado firmeza.

Analiza en detalle la causa de nulidad relativa a la ausencia total y absoluta del procedimiento por falta de notificación y publicación de los criterios que justifican la correlación entre los ingresos obtenidos por la tasa de los gastos administrativos ocasionados por el desarrollo de las actividades de la CMT y concluye recordando que es legalmente posible inadmitir a trámite las solicitudes de revisión de actos nulos de pleno derecho».

2.- En el FJ segundo expone cuáles fueron los motivos de impugnación deducidos en la demanda. Lo hace así, en relación con la Tasa General de Operadores:

«En la demanda del presente recurso, tras hacer una exposición general de los motivos en los que se fundamenta su solicitud de nulidad, invoca la parte recurrente como concretos motivos de impugnación los siguientes:

1.- *Nulidad de pleno Derecho de la liquidación de la Tasa General de Operadores por haberse dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para la determinación del tipo de gravamen aplicable.*



2.- Nulidad de pleno Derecho de la liquidación de la Tasa General de Operadores por haberse dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para el cálculo de la base imponible.

3.- La liquidación de la Tasa General de Operadores es nula de pleno Derecho por haberse dictado prescindiendo total y absolutamente de la notificación y publicación de los criterios que justifican la correlación entre los ingresos obtenidos por la TGO y los gastos administrativos ocasionados por el desarrollo de las actividades de la CMT».

3.- En ese mismo fundamento jurídico segundo se resume la oposición del Abogado del Estado:

«El Abogado del Estado se opone al recurso en su escrito de contestación a la demanda, si bien con carácter previo solicita que se declare inadmisibile el recuso al amparo del artículo 45.2.a) de la ley jurisdiccional .

Subsidiariamente alega que el objeto del recurso debe limitarse a determinar si la resolución de inadmisión de la solicitud de declaración de nulidad es ajustada a Derecho, por no concurrir causa alguna que permita la tramitación de un procedimiento extraordinario como el pretendido.

Asimismo, razona sobre la improcedencia de la estimación de las pretensiones del actor a la luz del artículo 217 LGT , por no concurrir ninguna de las circunstancias previstas en dicho precepto, habiendo avalado el TJUE el sistema español de cálculo de los cánones que se imponen a los titulares de autorizaciones generales y licencias individuales siempre que el total de los ingresos no exceda del total de los gastos».

4.- En cuanto al fondo, se razona así en el fundamento jurídico quinto de la sentencia recurrida:

«La invalidación de un acto administrativo de liquidación tributaria únicamente puede tener lugar en sede administrativa a través de la interposición de los recursos administrativos, en tiempo hábil, y si estos plazos hubieran transcurrido, a través del cauce de la revisión de oficio que permite a la Administración revisar los actos en los casos de nulidad de pleno derecho sin acudir a los Tribunales de Justicia. Dado que se trata de un procedimiento que incide sobre la firmeza de un acto administrativo debe aplicarse con especial rigor, tal como ha declarado la sentencia del Tribunal Supremo de 18 diciembre 2007 , que, remitiéndose a las sentencias de 19 de diciembre de 2001 y 27 de diciembre de 2006 , hace hincapié en "el carácter restrictivo con el que debemos afrontar la cuestión que nos ocupa, referida a la revisión de oficio de una determinada actuación administrativa, que, de una u otra forma, ha devenido firme en dicha vía" y por lo tanto no todos los posibles vicios alegables en vía ordinaria de recurso son relevantes sino sólo los específicamente recogidos en la Ley y así el artículo 217.1 de la Ley 58/2003 General Tributaria que establece que "Podrá declararse la nulidad de pleno derecho de los actos dictados en materia tributaria, que no hayan sido recurridos en plazo, en los siguientes supuestos: a) Que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional. b) Que hayan sido dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio. c) Que tengan un contenido imposible. d) Que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta. e) Que hayan sido dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para ello o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad en los órganos colegiados. f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición. g) Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal."

Según el apartado 1 del artículo 217 de la LGT el procedimiento de revisión de actos nulos de pleno derecho se aplica a los actos dictados en materia tributaria y a las resoluciones de órganos económico-administrativos, siempre que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo. El precepto legal se refiere a todo tipo de actos y resoluciones, sin diferenciar si se trata de actos favorables o desfavorables al interesado o en la terminología más tradicional actos declarativos de derecho o de gravamen. Por ello, el procedimiento de revisión de actos nulos de pleno derecho se configura para la Administración como un mecanismo de revisión que puede referirse a todo tipo de actos, mientras que para los ciudadanos supone una acción de nulidad frente a actos desfavorables (pues si son favorables, no interpondrá dicha acción) y que tiene carácter subsidiario a la vía de recurso. Lo relevante en ambos casos es que se trate de casos de nulidad de pleno derecho.

En este caso, como ocurrió en anteriores litigios seguidos ante esta Sala en similares circunstancias de hecho y con la misma fundamentación jurídica, tramitados a instancia de distintas operadoras de telefonía, se alegan distintas irregularidades graves en el procedimiento que determinarían la nulidad de pleno derecho de las liquidaciones detalladas en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, y en concreto se considera nulo el procedimiento porque no se publicó un resumen anual de los gastos incurridos por la CMT en la gestión, ejecución y control del régimen de autorización general, en la falta de notificación al Gobierno de la diferencia entre los ingresos de la TGO y los gastos regulatorios. Y en la falta de reducción del tipo imponible en función



de la recaudación de anteriores ejercicios. Otras irregularidades graves en el procedimiento, que determinarían la nulidad de pleno derecho de las liquidaciones litigiosas serían las que afectan a la determinación de la base imponible, pues la obligación de presentar la declaración de ingresos brutos no estaba prevista en una norma de rango legal y finalmente por no haberse publicado los criterios que justifican la correlación entre los gastos obtenidos por la TGO y los gastos administrativos ocasionados por el desarrollo de las actividades de la CMT. La actora considera que se ha incumplido la normativa comunitaria, tal como se deriva de la sentencia del TJUE de 21 de julio de 2011 en relación con la Directiva 97/13/CE, siendo la doctrina en ella recogida aplicable a la Directiva 2002/20/CE.

Pues bien, las cuestiones aquí planteadas han sido examinadas y resueltas por esta Sala en recursos anteriores interpuestos contra resoluciones de la CMT inadmitiendo las solicitudes de nulidad de liquidaciones de la TGO correspondientes a los años 2005, 2006 y 2008 (St. 08/05/13, 21/11/13, 18/11/13, 19/10/15), desestimatorias de los correspondientes recursos, a cuyos fundamentos hemos de remitirnos por razones de seguridad jurídica y unidad de doctrina.

El artículo 4 del Reglamento de desarrollo (RD 520/2005) reitera la posibilidad inadmitir a trámite las solicitudes de revisión en los casos del artículo 217.3 de la Ley.

Decíamos en las anteriores sentencias que, para la resolución del tema planteado, debemos remitirnos al momento en que se presenta el escrito instando la nulidad, es decir, debemos respetar el carácter revisor de la jurisdicción, lo que supone examinar si el acto recurrido acordó de forma ajustada a derecho la inadmisión a trámite de la solicitud formulada.

En este caso, la resolución impugnada ya tiene en cuenta que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha dictado sentencia en la que declaró, en el aspecto que ahora nos interesa, que "El artículo 6 de la Directiva ... no se opone a una normativa de un Estado miembro que impone a los titulares de una autorización general una tasa que se calcula con periodicidad anual sobre la base de los ingresos brutos de explotación de los operadores sujetos a ella y que se destina a sufragar los gastos administrativos relacionados con los procedimientos de expedición, gestión, control y ejecución de dichas autorizaciones, siempre que el total de los ingresos obtenidos por el Estado miembro en virtud de dicha tasa no exceda del total de los gastos administrativos mencionados, lo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente" .

Por ello esta Sala concluyó que no existe, al momento de la solicitud presentada, causa de nulidad de la liquidación que nos ocupa y ello en un doble sentido. Por un lado, por cuanto no concurre ninguno de los supuestos de nulidad del artículo 217 LGT . Y, por otro lado, la presunta vulneración de normativa comunitaria no es tal, pues el TJUE así lo declara. Los defectos que la parte actora alega en relación con la Tasa por autorizaciones generales y licencias individuales, el Canon por servicios de valor añadido y la Tasa General de Operadores pueden y deben ser controlados en el iter procedimental adecuado, mediante la impugnación ante el Tribunal Económico correspondiente y, en su caso, posterior recurso jurisdiccional.

No es vía hábil, en definitiva, para ejercer el control sobre el cumplimiento de los parámetros expuestos, la presente solicitud de nulidad de la liquidación. Y, en concreto, en relación con la TGO, no es nula por sí misma, pues no cabe hacer reparo a la misma desde la perspectiva comunitaria, ni desde la óptica constitucional.

También venimos repitiendo que esta Sala (Secc. Séptima) ha examinado la cuestión de fondo en recursos interpuestos por Telefónica de España y Telefónica Móviles, en sentido estimatorio, pero allí se impugnaban las correspondientes resoluciones del TEAC (por ejemplo, sentencia de fecha 19- 11-2012, recurso 316/2010 y de fecha 18-2-2013 , recurso 405/2011). Y el Tribunal Supremo también ha estimado recursos de casación de Telefónica, pero, igualmente, la resolución impugnada era la correspondiente resolución del TEAC (a modo de ejemplo, sentencia de fecha 9-2-2012, recurso 5288/2008 y sentencia de fecha 15-2-2012, recurso 5033/2004).

TERCERO . El recurso de casación de Telefónica Móviles de España, S.A.U.

Se esgrimen en su apoyo los tres motivos que seguidamente se exponen.

1. El primero, formalizado por el cauce de la letra c) del artículo 88.1 de la Ley reguladora de esta jurisdicción [LJCA], denuncia lo siguiente:

- «VIOLACIÓN DE LAS NORMAS REGULADORAS DE LA SENTENCIA establecidas en el art. 67.1 de la Ley 29/1998, de 13 de Julio Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , que institucionaliza el principio procedimental de CONGRUENCIA DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES en el orden Contencioso-Administrativo, al expresar que las sentencias «decidirán todas las cuestiones controvertidas en e/proceso», Y POR FALTA DE MOTIVACIÓN, y con infracción de los artículos 9.3 ;' 24.2 y 120.3 de la Constitución , que proscriben la indefensión y exigen la motivación de las resoluciones judiciales, y 218 y 209 3 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil



E INCONGRUENCIA OMISIVA, por no haber contestado ni dado respuesta a todas cuestiones planteadas en el recurso, pues la congruencia requiere un análisis de los diversos motivos de impugnación».

2. El segundo, amparado en la letra d) del artículo 88.1 de la Ley LJCA , efectúa estos reproches:

- *«La Sentencia recurrida, al no pronunciarse sobre las pretensiones contenidas en el fundamento primero de nuestra demanda, INFRINGE EL ARTÍCULO 62.1.B) DE LA LEY 30/1992, DE 26 DE NOVIEMBRE, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y EL ART. 217.1 DE LA VIGENTE LEY 58/2003 , GENERAL TRIBUTARIA, que establece la nulidad de pleno derecho de aquellos actos de las Administraciones Públicas que hayan sido dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia.*

La Sentencia recurrida infringe tanto EL ARTÍCULO 62.1.B) DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO como EL ART. 217.1 DE LA VIGENTE LEY 58/2003 en relación con el artículo 213 de la misma LGT , pues como se admite por la CMT, en las liquidaciones practicadas, se omitió el procedimiento para determinar y cuantificar el servicio o la actuación administrativas realizados y su coste.

Infringe la sentencia recurrida el artículo 49.5 y en el Anexo I de la LGT , así como el art. 8.2 del RD 1620/2005 , que establecen el procedimiento legal PARA LA DETERMINACIÓN DEL TIPO APLICABLE Y QUE FUE COMPLETAMENTE OMITIDO POR EL ACTO RECURRIDO, A PESAR DE LO CUAL LA SENTENCIA CONSIDERA QUE NO EXISTE CAUSA DE NULIDAD DEL ARTÍCULO 217 LGT y, en consecuencia, omisión de dichos procedimientos.

Infringe la sentencia recurrida LA RESERVA MATERIAL DE LEY, de carácter constitucional (art. 31.3 de la Constitución) que fue vulnerada EN EL PROCEDIMIENTO SEGUIDO POR LA ADMINISTRACIÓN PARA EL CÁLCULO DE LA BASE IMPONIBLE DE LA TGO.

Infringe la sentencia recurrida el apartado 1, anexo / de la LGT por remisión de su artículo 49.6, que regulan el PROCEDIMIENTO DE NOTIFICACIÓN Y PUBLICACIÓN DE LOS CRITERIOS DE MOTIVACIÓN QUE JUSTIFIQUEN LA CORRELACIÓN ENTRE LOS INGRESOS OBTENIDOS POR LA TGO Y LOS GASTOS ADMINISTRATIVOS OCASIONADOS POR EL DESARROLLO DE LAS ACTIVIDADES DE LA CMT».

3. El tercero, deducido también a través de la letra d) de la LJCA, realiza estas imputaciones a la sentencia de instancia:

- *« La Sentencia recurrida, al no haberse pronunciado sobre nuestra pretensión incluida en el fundamento primero de la demanda, INFRINGE LO RESUELTO POR EL TRIBUNAL SUPREMO EN SS. 30-9-1983 , 3-11-1988 , 13-12-1989 Y 6-3-1990 , formando todas ellas un cuerpo de doctrina según el cual "los derechos reguladores" participan de la naturaleza de un impuesto y, en consecuencia, se encuentran dentro del ámbito de la reserva de ley que se exigía en la materia al publicarse esa disposición, por lo que carecían de la cobertura imprescindible para hacer viable su exigibilidad, pues esta norma, clara ruptura del sistema en la materia, había sido derogada ya. De donde se infiere, pues, que la disposición de origen y rango reglamentarios, ERA Y ES NULO DE PLENO DERECHO, CUYA INVALIDEZ SE TRANSMITE A LOS ACTOS DICTADOS EN SU APLICACIÓN, como ocurre con las liquidaciones que se practicaron conforme a esas normas».*

- *«Finalmente, vulnera la Sentencia recurrida la Jurisprudencia constituida por las SENTENCIAS DE LA SALA DE CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 9 DE FEBRERO DE 2012 (RECURSO N° 5288/2008) , junto con la SENTENCIA DE 22 DE FEBRERO DE 2012 (RECURSO N° 1267/2009) . En dicho ejercicio, la liquidación analizada deriva de la nueva Tasa General de Operadores y su normativa reguladora; TRAS LA PLENA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 32/3003 (sic) ».*

CUARTO. La existencia de sentencias anteriores de esta Sala que ya han abordado y resuelto motivos de casación sustancialmente coincidentes con los que se plantean en la actual casación.

Se trata principalmente de las sentencias de 13 de junio de 2017 (casación núm. 2687/2014) , 28 de febrero de 2017 (casación núm. 105872016) , 22 de febrero de 2017 (casación núm. 554/2016) y 5 de diciembre de 2017 (casación núm. 2355/2016) .

Razones de coherencia y unidad de doctrina, inherentes a los postulados constitucionales de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley (artículos 9.3 y 14 CE) , imponen reiterar, y así se hace a continuación, lo que fue razonado y resuelto en esas anteriores sentencias.

QUINTO. Respuesta al primer motivo de casación.

Debe insistirse, como seguidamente se hace, en lo que se expuso en el FJ quinto de la STS de 13 de junio de 2017 (casación núm. 2687/2014) .



«(...) este motivo es reproducción de un reproche semejante al que la propia mercantil ahora recurrente adujo en el recurso de casación nº 1058/2016 frente a la sentencia dictada por la misma Sala y Sección de la Audiencia Nacional, recaída en un asunto similar, en que se habían impugnado también otras liquidaciones firmes y consentidas de la tasa general de operadores, en relación con períodos distintos a éstos.

Cabe reiterar ahora cuanto dijimos en nuestra sentencia de 28 de febrero de 2017, en el ya mencionado recurso 1058/2016 , al respecto de este motivo y su evidente conexión con el fondo del asunto suscitado mediante los restantes motivos esgrimidos, acerca de lo que se razonó muy ampliamente en su fundamento noveno, al que nos remitimos:

"(...). En relación con la alegada falta de congruencia y de exhaustividad de la sentencia de instancia, cabe indicar:

1. A) La parte recurrente, después de referirse a las exigencias de congruencia y motivación, con cita de los artículos 9.3 , 24.2 y 120.3 CE , 218 y 219 LEC , invoca este motivo "porque el Tribunal "a quo" responde a cuestiones que se plantean en otros recursos diferentes, para luego decir que los razonamientos que ha vertido para desestimar aquellos recursos, sirven para desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por esta parte, siendo así que la esencia de los recursos son diferentes [...]" (sic).

La mayor parte de los argumentos descritos en el fundamento quinto de la sentencia de instancia -se afirmada tiene[n] que ver con los alegados en la demanda, puesto que no se analizan las causas de revocación invocadas, y "...se trae la argumentación empleada en otro proceso referido a nulidad, sin que nada tenga que ver con este caso [...]. La sentencia recurrida excluye la aplicación de la revocación del artículo 219 LGT , sin analizar ninguno de los motivos alegados en la demanda. En consecuencia, concluye la recurrente que la "causa petendi" de la demanda ha quedado sin resolver en la sentencia recurrida.

Así, la exigencia de exhaustividad se habría vulnerado porque la sentencia no contiene ningún análisis de las pruebas practicadas a instancia de la demandante y ello ha sido determinante para el fallo que incorpora.

B) La sentencia, al imponer las costas con error patente, arbitrariedad e irrazonabilidad, lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva (por todas STC 172/2009, de 9 de julio).

2.- Conforme a la doctrina de esta Sala (SSTS de 28 de septiembre de 2015 -recurso de casación nº 2042/2013 -, 9 de noviembre de 2015 -recurso de casación nº 1866/2013 -, 18 de enero de 2017 -casación nº 1087/2016 - entre otras), se incurre en incongruencia tanto cuando la sentencia omite resolver sobre alguna de las pretensiones y cuestiones planteadas en la demanda "incongruencia omisiva o por defecto" como cuando resuelve ultra petita partium (más allá de las peticiones de las partes) sobre pretensiones no formuladas "incongruencia positiva o por exceso"; y, en fin, cuando se pronuncia extra petita partium (fuera de las peticiones de las partes) sobre cuestiones diferentes de las planteadas "incongruencia mixta o por desviación" (entre otras muchas, sentencias del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1998 y 22 de marzo de 2004). Y el rechazo de la incongruencia ultra petita , por exceso cuando la sentencia da más de lo pedido, o extra petita , cuando el fallo cambia lo pedido, se encuentra, también, en la necesidad de respetar los principios dispositivo y de contradicción.

Asimismo, la sentencia que silencia la respuesta a concretas peticiones de las partes o cuando su parte dispositiva se remite a lo expuesto en alguno de los fundamentos jurídicos, del que no se puede deducir claramente lo que determina o establece, al dejar imprejuizada una cuestión objeto del litigio, incurre en incongruencia omisiva. La sentencia, además, debe tener coherencia interna, observando la necesaria correlación entre la ratio decidendi y lo resuelto en la parte dispositiva, así como la adecuada conexión entre los hechos definidos y los argumentos jurídicos utilizados.

C) Esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse en múltiples ocasiones sobre el significado de la incongruencia omisiva en las sentencias. Su jurisprudencia, como la doctrina del Tribunal Constitucional, proclama que dicho vicio constituye, en todo caso, infracción de las normas reguladoras de la sentencia, contenidas en la LJCA, LEC y LOPJ, y que, incluso, tiene trascendencia constitucional en determinados casos en que constituye vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, residenciable en amparo ante el Tribunal Constitucional.

D) Ahora bien, como se recuerda en la STC 210/2000, de 18 de septiembre , es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional, desde su STC 20/1982, de 5 de mayo , que si bien es cierto que la ausencia de respuesta expresa a las cuestiones suscitadas por las partes puede generar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva; sin embargo no todos los supuestos son susceptibles de una solución unívoca, debiendo ponderarse las circunstancias concurrentes en cada caso para determinar si el silencio de la resolución judicial constituye una auténtica lesión del artículo 24.1 CE , o si, por el contrario, puede razonablemente interpretarse como una desestimación tácita que satisfaga las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 175/1990, de 12 de noviembre ; 88/1992, de 8 de junio ; 26/1997, de 11 de febrero ; y 83/1998, de 20 de abril , entre otras muchas).



Según la referida doctrina constitucional, ha de diferenciarse entre las alegaciones aducidas por las partes para fundamentar sus pretensiones y las pretensiones en sí mismas consideradas; de manera que si bien respecto de las primeras no es necesaria una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de ellas, siendo suficiente, en atención a las circunstancias particulares del caso, una respuesta global y genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales, la exigencia de congruencia, referida a la pretensión misma, es más rigurosa. Pues, en este caso, para poder apreciar la existencia de una respuesta tácita y una mera omisión sin trascendencia constitucional, es necesario que del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución pueda deducirse razonablemente, no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida, sino, además, los motivos fundadores de ella (SSTC 26/1997, de 11 de febrero ; 129/1998, de 16 de junio ; 181/1998, de 17 de septiembre ; 15/1999, de 22 de febrero ; 74/1999, de 26 de abril ; y 94/1999, de 31 de mayo , entre otras muchas).

E) La LJCA contiene diversos preceptos relativos a la congruencia de las sentencias, como el art. 33.1 , que establece que los órganos del orden jurisdiccional Contencioso- Administrativo juzgarán dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de los motivos que fundamenten el recurso y la oposición. Impone, por tanto, la congruencia de la decisión comparándola con las pretensiones y con las alegaciones que constituyan motivos del recurso y no meros argumentos jurídicos. Por consiguiente, para determinar el sentido y alcance de la congruencia, es necesario tener en cuenta que: "...en la demanda contencioso-administrativa se albergan pretensiones de índole varia, de anulación, de condena etc., las pretensiones se fundamentan a través de concretos motivos de impugnación o cuestiones, y las cuestiones o motivos de invalidez aducidos se hacen patentes al Tribunal mediante la indispensable argumentación jurídica. Argumentos, cuestiones y pretensiones son, por tanto, discernibles en el proceso administrativo, y la congruencia exige del Tribunal que éste no solamente se pronuncie sobre las pretensiones, sino que requiere un análisis de los diversos motivos de impugnación y de las correlativas excepciones u oposición que se han planteado ante el órgano jurisdiccional. No así sucede con los argumentos jurídicos, que no integran la pretensión ni constituyen en rigor cuestiones, sino el discursar lógico-jurídico de las partes, que el Tribunal no viene imperativamente obligado a seguir en un iter paralelo a aquel discurso".

En todo caso, el respeto al principio de congruencia no alcanza a limitar la libertad de razonamiento jurídico del Tribunal de instancia, ni tampoco le obliga a seguir el orden de alegaciones de las partes, bastando con que establezca los hechos relevantes para decidir el pleito y aplicar la norma del ordenamiento jurídico que sea procedente.

F) El requisito de la congruencia, en fin, no supone que la sentencia tenga que dar una respuesta explícita y pormenorizada a todos y cada uno de los argumentos de las partes, siempre que exteriorice, tomando en consideración las pretensiones y alegaciones de aquéllas, los razonamientos jurídicos que, en el sentir del Tribunal, justifican el fallo (Cfr. SSTs de 20 de diciembre de 1996 y 11 de julio de 1997 , entre otras muchas).

La determinación de la congruencia de una sentencia presupone la confrontación entre su parte dispositiva y el objeto del proceso, delimitado por sus elementos subjetivo (partes) y objetivo (petitum y causa de pedir). La adecuación o correspondencia que la congruencia impone debe extenderse tanto al resultado o efecto jurídico que el litigante pretende obtener con el pronunciamiento judicial postulado ("petitum") como a los hechos que sustentan la pretensión y nutren su fundamento ("causa petendi"). "Petición" y "causa", ambas conjuntamente, delimitan pues el alcance objetivo de la resolución judicial.

En este sentido, desde la STS de 5 de noviembre de 1992 , esta Sala viene señalando determinados criterios para apreciar la congruencia de las sentencias, advirtiendo que en la demanda contencioso-administrativa se albergan pretensiones de índole varia, de anulación, de condena etc., que las pretensiones se fundamentan a través de concretos motivos de impugnación o cuestiones, y que las cuestiones o motivos de invalidez aducidos se hacen patentes al Tribunal mediante la indispensable argumentación jurídica. Argumentos, cuestiones y pretensiones son, por tanto, discernibles en el proceso administrativo, y la congruencia exige del Tribunal que éste no solamente se pronuncie sobre las pretensiones, sino que requiere un análisis de los diversos motivos de impugnación y de las correlativas excepciones u oposiciones que se han planteado ante el órgano jurisdiccional. No sucede así con los argumentos jurídicos, que no integran la pretensión ni constituyen en rigor cuestiones, sino el discursar lógico-jurídico de las partes, que el Tribunal no viene imperativamente obligado a seguir en un iter paralelo a aquel discurso.

En definitiva, la exigencia de congruencia opera con menor intensidad cuando no se la contempla desde la perspectiva de las pretensiones sino desde la propia de las alegaciones esgrimidas en su apoyo. En este segundo caso aquella intensidad se debilita, de modo que no es necesario para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva una contestación pormenorizada y explícita a todas y a cada una de ellas, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita



respecto de líneas de defensa concretas no sustanciales (sentencias del Tribunal Constitucional 26/1997 , FJ 4º; 101/1998, FJ 2 º, y 132/1999 , FJ 4º). (...) y STS 7 de marzo de 2014 (recurso de casación nº 3276/2011).

Junto a la referida noción general, precisan el alcance del requisito de la congruencia estas dos consideraciones: la congruencia procesal es compatible con el principio iura novit curia en la formulación por los Tribunales de sus razonamientos jurídicos; pero la incongruencia es relevante, incluso, desde la perspectiva del derecho a la tutela efectiva y del derecho de defensa constitucionalmente reconocidos (art. 24.1 y 2 CE), cuando como consecuencia de ella se produce una modificación de los términos del debate procesal, con quiebra del principio de contradicción y menoscabo del fundamental derecho de defensa.

G) La motivación de las sentencias no exige una exhaustiva descripción del proceso intelectual que lleva a las decisiones que incorporan, pues la motivación que la Ley y la Jurisprudencia exigen se entiende cumplida cuando se exponen las razones que justifican la resolución a fin de poder cuestionarlas en el oportuno recurso. Lo trascendente de la motivación es evitar la indefensión, así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional cuando declara que no es necesario un examen agotador o exhaustivo de las argumentaciones de las partes y cuando, incluso, permite la argumentación por referencias o in aliunde.

No existe, pues, la obligación de dar una respuesta expresa y acabada a cada una de las alegaciones formuladas por las partes. Al contrario, es posible que el Tribunal se enfrente a esas alegaciones de modo general, exponiendo su propia argumentación, de modo que quepa deducir el rechazo o la admisión de los motivos en que las partes hayan apoyado sus respectivas pretensiones.

H) La sentencia, aunque no sea exigido directamente por la LJCA sino por el citado art. 218.2 LEC , debe dejar constancia, cuando sea necesario, de la valoración de la prueba practicada para conocer si de ésta puede deducirse el hecho o los hechos que se estiman probados. La observancia de esta exigencia es especialmente acusada en la prueba de presunciones.

3.- La aplicación de la expresada doctrina al presente recurso de casación determina el rechazo del motivo que se analiza.

A) En la demanda, las pretensiones formuladas fueron que la Sala de instancia anulara y dejara sin efecto la resolución objeto del recurso -de 13 de enero de 2014, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia-, instándose en el suplico a que la Sala a quo estimara "...la solicitud de iniciar un procedimiento de revocación para la anulación de la liquidación de la Tasa General de Operadores del ejercicio 2008 emitida por la CMT a Telefónica Móviles España SAU, entrando en el fondo la anule, o subsidiariamente ordene a la Administración la tramitación del procedimiento de revocación de la citada liquidación. Se impongan las costas a la Administración demandada".

Tales pretensiones tenían como causa petendi la aplicación del artículo 219 LGT , por tratarse la liquidación cuya revocación se instaba de un acto que infringía manifiestamente la ley y por concurrir circunstancias sobrevenidas.

Los argumentos aducidos al respecto fueron: para hacer valer la infracción manifiesta de la ley, que el acto impugnado era contrario a lo expresado en la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 21 de julio de 2011; y para fundamentar las circunstancias sobrevenidas "...las nuevas liquidaciones practicadas por la CMT en relación con diversos ejercicios, como se expresó en el escrito presentado por la actora (ejercicios 2004, 2005, 2006, 2007, 2009)" (sic).

B) La sentencia de instancia es plenamente desestimatoria de las referidas pretensiones formuladas, con carácter principal y subsidiario, confirmando, en su fallo, la resolución impugnada dictada, el 13 de enero de 2014, por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia.

En sus fundamentos jurídicos, la sentencia de instancia, aunque reproduciendo o reiterando lo señalado en anteriores ocasiones, además de rechazar la inadmisión opuesta por el Abogado del Estado, examina las cuestiones que sustentaban la causa petendi de las pretensiones objeto de la demanda e, incluso tiene en cuenta, para rechazarlos, los argumentos utilizados por la demandante.

En su fundamento cuarto, es cierto que erróneamente, se remite la Sala sentenciadora a precedentes relativos a liquidaciones firmes de la TGO, pero examinadas desde el punto de vista de la acción de nulidad de pleno derecho del artículo 217 LGT , analizando su falta de concurrencia, por remisión in aliunde a lo razonado en sentencias precedentes de la misma Sala. No obstante tal error, se aborda con relación a la cuestión indicada otra que es claramente común con la atinente a la revocación, cual es la relativa a la infracción manifiesta de la ley, según lo establecido en la sentencia del TJUE de 21 de julio de 2011, sobre la que la Sala afirma que la regulación de la tasa no vulnera lo dispuesto en la Directiva europea 97/13/CE; y que han ocurrido nuevas circunstancias



sobrevenidas que justificaban, según la demandante, la petición formulada, como son las nuevas liquidaciones practicadas por la CMT en relación con diversos ejercicios.

En el fundamento jurídico quinto de la sentencia el Tribunal de instancia expone, de manera suficiente, el razonamiento por el que se rechaza las cuestiones suscitadas, con referencia a lo dispuesto en el artículo 219 LGT, precepto que interpreta.

Por consecuencia, de la transcripción que se ha hecho de la sentencia impugnada en casación resulta evidente que aparece suficientemente motivada, dando respuestas a todas las cuestiones planteadas y explicando las razones por las que considera inviable la pretensión de revocación de la liquidación. En este caso, atendida la índole de las pretensiones y el ámbito objetivo que las acota, el silencio de la Sala sentenciadora respecto a la comisión de diversas infracciones normativas, una a una consideradas, así como en lo referido a la valoración de la prueba pericial pueden rectamente interpretarse como un tácito rechazo de su idoneidad como causas determinantes de la revocación -por la falta de concurrencia de su carácter manifiesto sobre el que ya se había pronunciado con alcance general-; y, en cuanto a la pericial, sobre su valor como medio probatorio, y no tanto por las características de la prueba en sí misma considerada o las del perito designado por la recurrente, sino por la falta de trascendencia de sus conclusiones en orden a sustentar el fallo.

A tal efecto, no cabe olvidar, una vez más, que lo que se impugnó en la instancia no fue la liquidación tributaria de la tasa general de operadores -donde sí podría tener eventual cabida, en principio, una prueba pericial en los términos propuestos-, puesto que tales liquidaciones las consintió TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, que no consideró oportuna su impugnación, sino el acuerdo de la CNMC que rechaza liminarmente la petición de revocación de tal liquidación, para cuyo enjuiciamiento cabe suponer claramente irrelevante la prueba de los hechos determinantes de la liquidación, tal como ya hemos razonado en los fundamentos anteriores, ya que el elemento normativo esencial que ha dado lugar a las consideraciones de la Sala de instancia es el de la infracción manifiesta de la ley, concepto jurídico o normativo indeterminado, pero de precisión judicial, sin la necesidad de auxilio de peritos. Siendo ello así, no adolece de falta de motivación o de congruencia una sentencia que, aun habiéndose admitido una prueba pericial, no se pronuncia sobre su contenido y fuerza probatoria cuando la tesis adoptada en su resolución lo hace innecesario.

C) En cuanto a la imputada falta de motivación a la hora del pronunciamiento sobre condena en costas, el fundamento jurídico sexto de la sentencia recurrida expresa la razón de su imposición a la demandante teniendo en cuenta que, a diferencia de lo que al respecto opina ésta, la desestimación de sus pretensiones fue total -no meramente parcial-, sin que tal carácter se pierda por el hecho de que la Sala hubiera rechazado una pretensión de inadmisibilidad objetada por el Abogado del Estado, puesto que tal óbice desarrolla sus efectos en el ámbito de la constitución de la relación jurídico-procesal -en este caso, del lado subjetivo-, pero una vez descartada su concurrencia, aun cuando ese pronunciamiento no fue llevado al fallo, como era pertinente, se debe aplicar la norma general sobre vencimiento, puesto que la recurrente no ha visto satisfecha, ni aun en una mínima parte, ninguna de las pretensiones ejercitadas. Siendo ello así, queda justificada la imposición de las costas al vencido con la mera referencia al artículo 139 de la LJCA [...]"

Es cierto que en este motivo de casación (...) se recrimina a la Sala a quo su falta de respuesta específica en relación con diversas causas de nulidad radical, referidas a otras tantas omisiones absolutas de procedimiento, que la recurrente juzga de suficiente entidad como para desencadenar la propugnada nulidad de los actos dictados prescindiendo de tales normas procedimentales, pero la denuncia no tiene el menor viso de prosperar si se tiene en cuenta que habrán de rechazarse por los Tribunales aquellas pretensiones ejercitadas prescindiendo de la buena fe exigible (artículos 11, 1 y 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 7.1 del Código Civil), como sucede en este caso, lo que resulta evidente si se tiene en cuenta que la solicitud dirigida a la CMT por la sociedad aquí recurrente para reclamar que se declarase la nulidad de pleno derecho o, subsidiariamente, la revocación de las liquidaciones de la tasa, se abstenía por completo de razonar específicamente acerca de la concurrencia de alguna de las causas de nulidad enunciadas en el artículo 217 de la Ley General tributaria -LGT- de 2003 y, en particular, sobre la prevista en su apartado 1.e), puesto que la razón en que Telefónica Móviles España basó su solicitud, pasando por alto que se ejercitaba en relación con actos que habían ganado firmeza tras haber sido consentidos por su destinatario, era no otra que la vulneración del Derecho Comunitario, como formal y expresamente se refleja y luego se desarrolla a lo largo del escrito dirigido a la CMT, denuncia que, fuera o no concurrente, no guarda relación alguna con las causas de nulidad radical que el precepto indica.

Al margen de toda otra consideración, aun cuando sea de algún modo cierto que la sentencia no aborda explícitamente la cuestión relativa a las denuncias introducidas ex novo en la demanda acerca de la omisión absoluta del procedimiento, que por ello mismo no pudo conocer ni examinar la CMT, debemos considerar que hay al menos una respuesta implícita y por remisión en el razonamiento empleado en cuanto a la inexistente falta de alegación ante dicho organismo de causa alguna de nulidad radical, lo que debemos juzgar



suficiente motivación de la sentencia para rechazar la demanda en este punto, máxime ante las dos siguientes consideraciones:

a) que la Sala de instancia da una respuesta adecuada, suficiente y congruente con la naturaleza de la pretensión ejercitada en la demanda, precisamente en relación con el acto recurrido, no con otro hipotético acto de impugnación plenaria que aquí era inviable debido a la firmeza de las liquidaciones y, dentro del campo de la nulidad radical, por falta absoluta de invocación ante la CMT de alguna de las causas tasadas que provocan en el artículo 217 LGT tan grave efecto. No es dable, a través del mecanismo de este proceso, reabrir una cuestión jurídica definitivamente fenecida, la relativa a un acto firme y consentido por la actora. Esta consideración elemental -la de que el recurso se dirige de forma indirecta o refleja contra las liquidaciones, a través de la petición ante la Administración que ésta calificó e inadmitió- condiciona el ámbito objetivo y la amplitud de la respuesta que el tribunal de instancia debe ofrecer a la demandante, a menos que se hubiera utilizado para ello, con algún rigor, alguno de los excepcionales cauces previstos en la ley para retirar del tráfico jurídico los actos firmes que se reputan nulos, bien por adolecer de nulidad radical (art. 217 LGT en relación con el 62 de la Ley 30/1992), causa aquí no ejercitada con un mínimo asomo de prosperabilidad; bien por la vía de la revocación, no afectada aquí por la denuncia de incongruencia o falta de motivación.

b) Además de ello, la lectura de la sentencia pone de manifiesto que no se ha ocasionado a la empresa recurrente indefensión alguna derivada de una insuficiente explicación de aquélla acerca de las pretensiones y motivos sobre los que se debate y, en particular, sobre la cuestión capital de si se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para dictar las liquidaciones, puesto que tal supuesto vicio in procedendo no ha privado a la interesada del pleno conocimiento de las razones expresadas en la sentencia, ni consecuentemente del derecho a reaccionar contra tales argumentaciones, lo que ha podido hacer con plenitud de medios procesales en los dos siguientes motivos de casación, amparados en la letra d) del artículo 88.1 LJCA .

El planteamiento de estos dos motivos, además, pone en evidencia que no cabe hablar aquí de indefensión ocasionada por la insuficiente motivación o congruencia que se imputa a la sentencia, pues es abiertamente contradictorio aducir al unísono que la Sala de instancia no ha dado respuesta a una pretensión oportunamente deducida en la demanda, base del motivo primero, que denuncia un quebrantamiento de las formas esenciales del juicio; y, al mismo tiempo, sostener que "...al considerar que no existe causa de nulidad, la Sentencia recurrida infringe la letra e) del artº 217 de la LGT , así como la misma letra del artº 62 de la Ley 30/92 , que determinan como causa de nulidad la omisión del procedimiento legalmente aplicable".

Sólo cabe una de las dos imputaciones, o bien la falta de respuesta, o bien la equivocada respuesta, pero no ambas a la vez».

SEXTO. Respuesta al segundo motivo de casación.

Debe estarse a lo que se expuso en el FJ sexto de la STS de 13 de junio de 2017 (casación núm. 2687/2014):

«Para analizar el motivo segundo, aun prescindiendo de su abierta y grave incompatibilidad con el primero de los esgrimidos -que, en puridad, bien pudo conducir a la inadmisión del recurso de casación en la parte pertinente, atendida nuestra jurisprudencia reiterada conforme a la cual no es posible aducir una misma infracción, cumulativa o alternativamente, como un vicio in procedendo y otro in iudicando, con respectivos respaldos procesales en los subapartados c) y d) del artículo 88.1 de la LJCA -, es de advertir que no es la primera vez que esta Sala afronta el examen sobre la nulidad de pleno derecho de liquidaciones de la tasa general de operadores consentidas previamente por sus destinatarios, fundadas en el acaecimiento posterior de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de julio de 2011, que resolvió, en el asunto C-284/10 , una cuestión prejudicial planteada por esta misma Sala, en que se declaró lo siguiente:

"...El artículo 6 de la Directiva 97/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de abril de 1997 , relativa a un marco común en materia de autorizaciones generales y licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa de un Estado miembro que impone a los titulares de una autorización general una tasa que se calcula con periodicidad anual sobre la base de los ingresos brutos de explotación de los operadores sujetos a ella y que se destina a sufragar los gastos administrativos relacionados con los procedimientos de expedición, gestión, control y ejecución de dichas autorizaciones, siempre que el total de los ingresos obtenidos por el Estado miembro en virtud de dicha tasa no exceda del total de los gastos administrativos mencionados, lo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente".

Así, en nuestra sentencia de 15 de noviembre de 2016 (recurso de casación nº 3756/2015), señalábamos lo siguiente en relación con la nulidad de pleno derecho de las liquidaciones, hecha valer por la entidad entonces



recurrente -pues la sociedad que litiga aquí no adujo en su día, en los procesos de que dimanaron los recursos de casación nº 1058/2016 y 554/2016, otra pretensión que la de revocación, no así la de nulidad:

"(...) [d]ebe recordarse que, tal como con exactitud expone la sentencia de instancia, no estamos en el presente caso en presencia de la impugnación tempestiva de determinadas liquidaciones tributarias exigidas a O..., respecto de las cuales puedan hacerse valer toda clase de pretensiones y motivos de nulidad, sustentados en argumentaciones jurídicas que quien ejercite la acción tenga por conveniente desplegar para la mejor defensa de su derecho. Desde tal punto de vista, la diferencia del presente asunto con aquéllos otros en que se ha reconocido judicialmente el derecho a la anulación de liquidaciones en ejercicios anteriores, aunque de la misma tasa general, a otros operadores distintos que accionaron en tiempo y forma contra las liquidaciones es notable, más bien decisiva.

Por lo tanto, el ámbito objetivo de este proceso, en la instancia y en casación, es necesariamente diferente y más restringido, pues no se analizan de un modo directo, en el proceso de instancia del que esta casación dimana, las liquidaciones de la tasa general de operadores practicadas a O..., sino el acto administrativo posterior a la firmeza de éstas que da respuesta a las dos peticiones acumuladas planteadas ante la CNMC, a fin de que, bien declarase la revocación de los actos firmes objeto de la solicitud, al amparo del artículo 219 de la Ley General Tributaria ; bien, de un modo implícitamente subsidiario, anulase de oficio tales liquidaciones por razón de lo establecido en el artículo 217 de la propia LGT . Sea cual fuere el contenido y alcance de tales potestades revisorias excepcionales conferidas por la ley a la Administración -y al margen de que una y otra modalidades sean mutuamente compatibles, que es cuestión distinta-, es obvio, patente y apodíctico que no son de igual naturaleza que las que ésta ostenta, bajo el ulterior control por los Tribunales de Justicia, para examinar la legalidad de los actos sometidos a su juicio revisor con ocasión de los recursos ordinarios promovidos frente a tales actos.

Adelantemos ya que el recurso de casación debe ser desestimado porque ni hay en este caso un derecho subjetivo de la parte recurrente a la revocación que pretende (art. 219 LGT), ni a obtener la nulidad de pleno derecho (art. 217 LGT), ni cabe apreciar en el asunto que nos ocupa una infracción manifiesta de la ley, como se propugna, ni en definitiva la sentencia impugnada en casación yerra en modo alguno, ya que se atiende con rigor y exactitud a nuestra jurisprudencia sobre ambas instituciones jurídicas. En particular, como colofón de lo expuesto, es de considerar que tampoco la sentencia del TJUE de 21 de julio de 2011 es título bastante, atendido su contenido y su restricción temporal y de fuentes aplicadas, para suponer infringida dicha sentencia en las liquidaciones firmes y luego impugnadas...

(...)- Hemos de distinguir, por tanto, entre las dos modalidades impugnatorias intentadas tardíamente por la actora, en tanto dirigidas a la invalidación de liquidaciones que fueron consentidas y firmes, por razones que, por cierto, han quedado por completo inexplicadas...

...El tercero motivo, fundado en la infracción del artículo 217 de la propia Ley General Tributaria , también está abocado al fracaso, de un modo aún más claro y patente que en los motivos anteriores, toda vez que, en su desarrollo argumental, la parte recurrente prescinde de la necesaria alegación que conduciría, al menos, a la identificación de la concreta causa de nulidad que al amparo de esta acción se pretende hacer valer contra los actos firmes.

Desde esta perspectiva, la resolución de la CNMC que, como segundo pronunciamiento de su parte dispositiva, acordó la inadmisión a trámite de la solicitud de nulidad radical formulada por O..., basada en el artículo 217 de la LGT , con fundamento en que la solicitante no había invocado en su escrito la concurrencia en las liquidaciones cuya nulidad absoluta se postulaba de alguna de las causas tipificadas en el mencionado artículo y que, según reiterada y constante jurisprudencia, son de enumeración exhaustiva o numerus clausus, es correcta por llevar a cabo un ejercicio correcto, adecuado y proporcional de su propia potestad de inadmitir in limine litis una solicitud. Por ende, también es correcta la sentencia que respalda, en este punto, el mencionado acto administrativo, pues no es ya que no se observara la presencia de alguna de las causas tasadas de nulidad de pleno derecho enumeradas en el artículo 217.1 de la LGT , es que O... no había aducido ninguna de ellas como fundamento de tal nulidad, que por el contrario parecía basarse, una vez más, en la proyección de la sentencia del TJUE de 21 de julio de 2011 al presente caso, alegato ajeno al instituto de la nulidad radical.

Es más, la propia parte recurrente admite llanamente que la nulidad de las disposiciones generales -en el caso debatido, parece hacerse referencia implícita a la nulidad de la Ley General de Telecomunicaciones que ampara y define la tasa- no acarrea la de sus actos de aplicación, con cita de la sentencia de 19 de diciembre de 2011 , según la cual:

"... En el ámbito estrictamente tributario, la STS 11 de junio 2001 (rec. de cas. 2810/1996) recuerda que "esta Sala Tercera mantiene doctrina reiterada en numerosas sentencias, que excusan de su cita concreta, consistente en que la nulidad de las disposiciones generales no se traslada sin más a los actos singulares de aplicación, pues

para que estos sean nulos de pleno derecho es preciso que hayan incurrido en alguna de las causas previstas en el artículo 153 de la Ley General Tributaria (LGT/1963), art. 217 LGT/2003 [...]"

Palpable argumento para considerar que, no alegada siquiera causa legal alguna, la sentencia es impecable y el motivo ha de ser rechazado...

(...)- El rechazo de los tres primeros motivos de casación conlleva necesariamente el del cuarto, pues la denuncia de inobservancia de la doctrina del enriquecimiento injusto y la jurisprudencia del Tribunal Supremo que la configura (se citan al efecto las sentencias de 15 de abril de 2002, 28 de abril de 1989, 13 de junio de 2012 y 28 de junio de 2013), así como de los principios de buena fe y equidad, encierra una petición de principio, haciendo supuesto de la cuestión. Al margen de que el desarrollo de estos dos últimos principios es verdaderamente embrionario, lo cierto es que el enriquecimiento sin causa se habría producido por el hecho de haberse hecho cobro la Administración de unas cantidades, en concepto de tasa general de operadores, a cuya devolución no accede. Con tal conducta podrá haber un enriquecimiento, en sentido material, pero éste no es injusto ni carece de causa, pues es el resultado de haber recaudado el importe de unas tasas que, es de decirlo una vez más, no fueron impugnadas en tiempo y forma. Una vez firmes los actos que amparaban su recaudación, el reintegro se pretende sustentar en la ilegalidad de su exacción, única causa que podría justificar, en este caso, la consideración como injustos de los ingresos captados. Pero fallida la premisa, no sólo por la firmeza de las liquidaciones sino por la improcedencia de las solicitudes alternativas de revocación y de nulidad de pleno derecho que se han articulado, no cabe hablar de enriquecimiento injusto ni de infracción en la sentencia impugnada de tal principio general, como tampoco de los de equidad o buena fe...".

Lo mismo que mantuvimos en la mencionada sentencia cabe decirlo en este caso respecto de las alegadas vulneraciones de los preceptos legales que disciplinan la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos (arts. 217 y concordantes) y que, como ya sostuvimos al analizar el motivo primero, no fueron aducidos ni razonados, en lo más mínimo, en el escrito de solicitud de nulidad y subsidiaria revocación dirigido a la CMT, omisión tan elemental que condujo por fuerza a la correcta y debida inadmisión de la petición, no fundada, formal ni materialmente, en causa específica alguna, sino en el efecto sobrevenido que la mencionada sentencia del TJUE de 21 de julio de 2011 operaba, a juicio de Telefónica Móviles, en la legalidad de las liquidaciones. Siendo ello así, ni la Sala de instancia podía recrear un examen plenario de la licitud de los actos firmes y consentidos, ni declarar cosa distinta que la desestimación del recurso, al ser claramente conforme a derecho la decisión de la CMT de inadmitir a trámite una petición de nulidad no acogida a ninguna de las tasadas causas legales.

Es de añadir a lo anterior que el reproche efectuado a la sentencia a quo cuando indica que "...no es vía hábil (la acción de nulidad radical), en definitiva, para ejercer el control sobre el cumplimiento de los parámetros expuestos, la presente solicitud de nulidad transcurridos casi cuatro años desde la firmeza de la liquidación", no puede dar lugar a acogida alguna, pues la recurrente cita interesada y parcialmente un fragmento de la sentencia que sería incomprensible sin atender al razonamiento conjunto, pues tal afirmación de la sentencia es plenamente compartida por este Tribunal Supremo en sus cabales términos, que no son los de cercenar el ejercicio por el contribuyente de una acción de nulidad radical, en cualquier momento, para hacer valer, administrativa y judicialmente, que determinados actos administrativos de gravamen adolecen de una causa de nulidad de pleno derecho, de las que numerus clausus enuncia el artículo 217 LGT, buena prueba de lo cual es que la Sala sentenciadora examina su eventual concurrencia, llegando a la conclusión de que no se dan en las liquidaciones ninguna de tales causas, por lo demás ni siquiera alegadas ante la CMT. Lo que, por el contrario, cabe entender rectamente de tal pasaje de la sentencia a quo, es que las acciones de nulidad y revocación son remedios jurídicos excepcionales, no segundas oportunidades en manos del contribuyente para acometer cuando le plazca una revisión integral y plenaria de los actos que en su día, por razones imputables plenamente a aquél, fueron consentidos, ganando firmeza».

SÉPTIMO. Respuesta al tercer motivo de casación.

Para rechazar las vulneraciones denunciadas en este motivo basta afirmar que el primero de los apartados se refiere exclusivamente al canon por servicios de valor añadido y, respecto del segundo de tales apartados, que la firmeza de las liquidaciones aquí controvertidas constituye un claro obstáculo para el análisis de estas otras vulneraciones y ha de estarse a todo lo que sobre el alcance de dicha firmeza ha sido expuesto con anterioridad.

OCTAVO. Decisión final y costas procesales.

Todo lo antes razonado impone la desestimación del recurso de casación, así como la imposición de una condena en costas por aplicación de lo establecido en el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional .



Pero la Sala, haciendo uso de la facultad reconocida en el apartado 4 de ese artículo 139 de la LJCA , señala como cifra máxima a que asciende esa imposición de costas, por la totalidad de los conceptos comprendidos en ellas, la de ocho mil euros.

Y para la fijación de la expresada cantidad se tienen en cuenta los criterios habituales seguidos por esta Sala y, desde ellos, se pondera la complejidad de lo suscitado en el recurso de casación y la dedicación requerida para formular el escrito de oposición.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

1. Desestimar el recurso de casación interpuesto por Telefónica Móviles España, S.A.U., representada por la procuradora doña Gloria Teresa Robledo Machuca, contra la sentencia de 20 de mayo de 2016 de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 347/2014).

2. Imponer a la parte recurrente las costas correspondientes al presente recurso, con la limitación que se expresa en el último fundamento de derecho de esta sentencia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Nicolas Maurandi Guillen D. Jose Diaz Delgado

D. Angel Aguallo Aviles D. Joaquin Huelin Martinez de Velasco

D. Francisco Jose Navarro Sanchis D. Jesus Cudero Blas

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente en la misma, Excmo. Sr. D. Jesus Cudero Blas, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo; certifico.



Roj: **STS 7589/2012** - ECLI: **ES:TS:2012:7589**

Id Cendoj: **28079130022012101386**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **08/11/2012**

Nº de Recurso: **679/2009**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **MANUEL MARTIN TIMON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a ocho de Noviembre de dos mil doce.

La Sección Segunda de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. Magistrados relacionados al margen, ha visto el recurso de casación, número 679/09, interpuesto por D. Adolfo Morales Hernández San Juan, Procurador de los Tribunales, en nombre de la entidad "**OBRASCON HUARTE LAIN, S.A.**", contra la sentencia de la Sección Segunda, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 19 de diciembre de 2008, dictada en el recurso contencioso-administrativo número 427/2005, deducido respecto de resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central, de 19 de mayo de 2005, en materia de liquidación por Impuesto de Sociedades, de los ejercicios 1994 a 1997.

Ha intervenido como parte recurrida, habiéndose opuesto al recurso, el Abogado del Estado, en la representación que legalmente ostenta de **LA ADMINISTRACION GENERAL DEL ESTADO**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- En el Fundamento de Derecho Primero de la sentencia ahora impugnada se nos ilustra acerca del objeto de la controversia en los siguientes términos:

"En el presente recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de la entidad OBRASCON HUARTE LAIN S.A. se impugna la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC), de 19 de mayo de 2.005, por la que resolviendo, en única instancia, las reclamaciones económico-administrativas interpuestas, en primer término, contra el acuerdo de liquidación tributaria de fecha 21 de febrero de 2.002, dictado por el Inspector Jefe Adjunto-Jefe de la Oficina Técnica de la Oficina Nacional de Inspección de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria que confirma la propuesta de liquidación derivada del acta de disconformidad, núm. 70496213, incoada por el concepto de Impuesto sobre Sociedades correspondiente a los ejercicios 1994 a 1997, acuerdo del que resulta, por una parte, una deuda tributaria correspondiente al primero de los ejercicios por importe de 8.049.010,19 euros (1.339.242.610 ptas) y, por otra, una minoración de las bases imponibles negativas pendientes de compensar por importe de 151.845.992,41 euros (25.265.047.294 ptas); y en segundo término, contra el acuerdo de imposición de sanciones de fecha 16 de agosto de 2.002, dictado en el expediente núm. A51- 72172932 -anteriormente A51-71909391- por importe de 15.317.753,08 euros, acuerda el Tribunal Económico Administrativo Central: "Desestimarlas, confirmando los Acuerdos de liquidación e imposición de sanciones impugnados".

Y en el segundo Fundamento de Derecho, la Sala de instancia reseña en la forma que expone a continuación, los datos fácticos que dieron lugar al conflicto:

"El 17 de diciembre de 2001, la Oficina Nacional de Inspección de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria en Madrid, incoó a la interesada, acta de disconformidad, modelo A02, número 70496213, por el Impuesto sobre Sociedades, ejercicios 1994/95/96/97, emitiéndose en igual fecha el preceptivo informe ampliatorio. En dichos documentos, además de los ajustes propuestos se hacía constar, en síntesis, lo siguiente:



1. Que la fecha de inicio de actuaciones fue el 7 de julio de 1 999 habiéndose extendido diversas diligencias como se detallaba en el acta.
2. Que a los efectos del plazo máximo de duración de las actuaciones del art. 29 de la Ley 1/1998 , del tiempo total transcurrido hasta la fecha del acta no se debían computar 233 días, consecuencia de la interrupción de actuaciones por petición de la entidad entre las fechas que se detallaban en el acta.
3. Que por acuerdo del Inspector Jefe de 16 de mayo de 2000, notificado al interesado en 17/5/2000, el plazo máximo de duración de las actuaciones de comprobación e investigación y de liquidación se amplió a los 24 meses del art. 29.1 citado.
4. Que en Junta General Extraordinaria de 28 de octubre de 1997 se acordó iniciar un proceso de fusión por absorción con la entidad OBRASCON SA, siendo aprobada la fusión por las Juntas Generales de Accionistas, con efectos de 1 de enero de 1998. Que en escritura pública de 3 de septiembre de 1 998 se inscribe la fusión, registrando la nueva denominación de la empresa resultante como OBRASCON-HUARTE SA (CIF.: A48010573), quedando subrogada ésta en todas las relaciones jurídicas activas y pasivas de HUARTE SA. Que posteriormente, por escritura pública de 27 de mayo de 1999, la compañía Obrascón-Huarte SA absorbió a Construcciones Laín, SA, pasando a denominarse OBRASCÓN- HUARTE-LAÍN, S.A., siendo ésta su sucesora universal, quedando subrogada en todas las relaciones jurídicas activas y pasivas de aquella. Que de acuerdo con esta circunstancia, las actuaciones inspectoras se practicaron ante la sociedad Obrascón- Huarte-Laín SA (O.H.L.) como sucesora universal de Huarte SA, tal como se reflejaba en la citación de inicio de actuaciones.

5. Que el sujeto pasivo presentó declaraciones del Impuesto sobre Sociedades de los ejercicios controvertidos resultando las siguientes autoliquidaciones:

Ejercicio 1994: -118.659.637 ptas (-713.158,78€)

Ejercicio 1995: -466.658.655 ptas (-2.804.675€)

Ejercicio 1996: -110.086 (-661.632,21€)

Ejercicio 1997: -28.715.264 ptas (-172.582,21€).

Los ajustes a las bases imponibles propuestos eran los siguientes:

A) AJUSTES POSITIVOS A LAS BASES IMPONIBLES:

1º.- Gastos por el concepto de Trabajos de asesoramiento y servicios varios no acreditados documentalmente relativos a determinadas empresas: 152.463.853 ptas (916.326,21€)(1994), 363.916.070 ptas (2.187.179,63€) (1.995), 22.083.335 ptas (132.723,52 €)(1996) y 5.000.000 ptas (30.050,61€) (1997). Se detallaban en el informe ampliatorio las facturas cuyos importes se calificaban por la inspección de gastos no deducibles fiscalmente. La inspección solicitó la aportación de documentación complementaria de la factura, tales como contratos, informes u otra documentación que sirviera de soporte a las facturas presentadas, no aportándose dicha documentación por lo que la inspección consideró que no había quedado acreditada la efectividad de los servicios facturados.

2º.-Gastos por el concepto de Servicios de gestión prestados por HASA (matriz de HUARTE) imputados de forma extemporánea y además no acreditados documentalmente, según se detallaba en el informe ampliatorio. Tenían su origen en un contrato de dirección y gestión firmado entre ambas partes en 1992, siendo gastos contabilizados y producidos en 1993 que la entidad difería a ejercicios posteriores. En el ejercicio 1994, se imputaron 473.618.000 ptas (2.846.501,51€) procedentes del ejercicio 1993, como partida fiscalmente deducible; en 1995 el importe contabilizado como gasto por este concepto de 948.000.000 ptas (5.697.594,75 €), provenientes del ejercicio 1.993, sí fue objeto de ajuste positivo, trasladándose, no obstante, su efecto fiscal, al ejercicio 1996, donde la entidad realizó un ajuste negativo al resultado contable. Requerida la entidad, no aportó acreditación documental de los trabajos y servicios prestados, limitándose a hacer una referencia a que los mismos se expresaban en la factura y en el propio contrato.

3º.- Gastos contabilizados por importe de 14.000.000 ptas (84.141,69 €) y cuyo documento soporte era una factura de FIATIMPRESI emitida en 1992.

4º.-En 1994 se contabilizó por importe de 82.320.000 ptas (494.753,16€) el impago por la empresa del Grupo HOTEL EL VISO de una deuda respecto de la que la entidad no presentó justificación documental que acreditara el cargo por dicho importe. Por este mismo concepto y respecto a 1 a entidad INGETER, S.A., se regularizaba en 1996 un importe de 15.445.659 ptas (92.830,28 €).

5º.-Dentro de la misma cuenta de gastos que el apartado anterior "PÉRDIDAS DEUDORES GRUPO POR FACTURACION DE SERVICIOS", en 1994 se anuló el importe de 103.100.000 ptas. (619.643,48€) por los



- servicios prestados a la empresa vinculada TUCAN, SA, sin que se aportara justificación alguna que acreditara la improcedencia del cargo cuando efectivamente se prestaron los servicios.
- 6º.- Importe contabilizado como gastos anticipados en 1994 por importe de 52.250.000 ptas (3 14.028,82€), no justificándose documentalmente los trabajos realizados.
- 7º.- Se regularizaban en 1994, 1996 y 1997 las dotaciones hechas a la provisión por clientes de dudoso cobro por importes de 705.000.000 pta5. (4.237.135,34 €) en 1994, 3.000.000.000 ptas (18.030.363,13€) en 1996 y 4.385.760.365 ptas (26.358.950,66 €) en 1997 y que respondía en 1994 a la entidad Mar de Chiclana SA en la que Huarte tenía una participación del 42,60% y en 1.996 y 1.997 a la entidad Josefa Valcarcel 42 SA de la que Huarte poseía el 100%. La vinculación de dichas entidades impedía la deducibilidad de dichas dotaciones.
- 8º.- Pagos por recibos no acreditados ni justificados documentalmente. Se regularizaban importes en todos los ejercicios: 65.946.265 ptas (396.345,04 €)(1994), 82.871.597 ptas (498.068,33 €)(1995), 115.683.598 ptas (695.272,43€)(1996) y 45.214.722 ptas (271.745,95 €)(1997).
- 9º.-Se consideraban no deducibles fiscalmente las dotaciones realizadas en 1994 por el concepto de provisión de riesgos y gastos al corresponder a una sociedad vinculada denominada CEVALLS. La entidad no justificó el riesgo que motivó la dotación. El importe ascendía a 147.765.000 ptas (888.085,54 €).
- 10º.- Por excesos en las dotaciones aplicadas por la provisión en la cartera de valores se regularizaban 146.989.500 ptas (883.424,69 €) en 1994 respecto de la entidad SATAFI SA, vinculada a Huarte y respecto de 1.995 se regularizaban 464.306.000 ptas (2.790.535,26 € cuyo detalle se encontraba en el informe.
- 11º.- No se admitía la dotación genérica en la provisión de clientes de dudoso cobro realizada en 1994 por importe de 340 millones de ptas (2.043.441,15€), sin perjuicio de proceder a realizar un ajuste negativo en 1 996 por este mismo importe al efectuar la entidad la desdotación del mismo en dicho ejercicio. Respecto del ejercicio 1996 no se admitía tampoco como deducible la dotación realizada en esta misma cuenta por importe de 430.497.386 ptas (2.587.341,4 €) respecto del que la entidad aportó un contrato privado de compraventa de acciones de la sociedad Playas Subterráneas entre las entidades Estacionamientos Subterráneos SA (vendedor) e Inmobiliaria del Plata SA (comprador) que no acreditaba la posición de Huarte ni justificaba la dotación realizada.
- 12º.- No se admitía en 1 995 como pérdida el importe de 3.671.802 ptas (22.067,97 €) por una certificación pendiente de cobro a un Ayuntamiento al tratarse de un ente público.
- 13º.- Pérdidas por importe de 5.568.000 ptas (33.464,35€) en 1995 y 43.816.474 ptas (263.342,31€) en 1.996 por deudores varios sin justificar, detallándose en el informe estos deudores respecto de los que no se aportaba documentación justificativa para dar la pérdida.
- 14º.- Pérdidas en 1995 de 2.333.909 ptas (14.027,08€) por resultados de ejercicios anteriores: no se acreditaba documentalmente la justificación del apunte.
- 15º.- En 1 995 se dotó en concepto de Fondo de remate Terminación de obra, un importe de 470.092.521 ptas (2.825.3 12,95€) del cual la inspección no admitía el importe no aplicado a 31 de diciembre de 1 997 y que ascendía a 360.940.989 ptas (2.169.299,03€).
- 16º.- Imputaciones en 1995, 1996 y 1997 como consecuencia de las Actas A0I incoadas a la UTE HUARTE SA e INSOLUX WAT SA en función del porcentaje de participación del obligado tributario.
- 17º.- No se admitía la dotación de 45.200.000 ptas (271.657,47€) realizada en 1996 por la provisión por depreciación de existencias correspondientes al inmueble denominado viviendas Calero bajo por no haberse aportado la documentación acreditativa de dicha depreciación.
- 18º.- No se aportaba justificación del cargo efectuado en la cuenta PERDIDAS: BANCOS PARTIDAS PENDIENTES DE ACLARAR por importe de 9.165.660 ptas (55.086,73€) en 1996.
- 19º.- Incremento de la base imponible en 1 996 por la condonación parcial de una deuda que la entidad CASOL tenía respecto de HUARTE por lo siguiente: La entidad CASOL entregó como pago de una deuda pendiente que tenía con HUARTE de 6 millones de dólares, acciones de HUMBOLD que se valoraron en 741.300.000 ptas. (4.455.302,73€). Posteriormente Huarte vendió estas acciones a FORTÍN DEVELOPMENT CORP. por un importe de 130.464.000 ptas (784.104,43€). La consideró no deducible esta pérdida producida en 1 996 al haberse conceptualizado a operación desde su inicio como de condonación parcial de la deuda de los 6 millones de dólares al admitir la entidad como pago acciones de una entidad carente prácticamente de valor.



20º-. En 1996 la entidad HUARTE vendió la participación del 100 por 100 que tenía en una entidad denominada GIRALTA S.A., renunciando al cobro de la deuda pendiente que esta última tenía con su matriz de 196.392.681 pta5 (1.180.343,78€). Esta condonación de deuda se calificaba de liberalidad no deducible.

21º-. Ajuste positivo por importe de 207.451.725 ptas (1.246.809,98€) derivado de la venta de las acciones de GIRALTA SA. La pérdida declarada en dicha venta de 523.229.480 ptas (3.144.672,51€) debía minorarse en el importe de la provisión de cartera que 1 a entidad tenía constituida respecto a dicha entidad y que ascendía a 207.451.725 ptas (1.246.809,98 €).

22º-. De los ajustes negativos practicados en el resultado contable de 1996, la inspección anulaba un importe que ascendía a 14.215.012.000 ptas (85.433.942,76€) que respondían al concepto de dotaciones hechas por insolvencias en las cuentas corrientes existentes con el Grupo económico HASA, describiéndose en el informe ampliatorio los conceptos a que respondían dichos ajustes así como los fundamentos que justifican su no deducibilidad a efectos fiscales.

23º- No se admitía el cargo realizado por 357.513.806 ptas (2.148.701,25€) en 1996 y que la entidad declaró como retenciones no recuperadas del Gobierno de IRAK por la realización de obras en dicho país ya que no se aportó a la inspección documentación acreditativa al respecto (contratos, detalle de retenciones, ejecuciones de obra realizadas, etc.).

24º-. Por cargos efectuados en 1997 a diversas cuentas del grupo 678 sin aportar documentación acreditativa que justificara los mismos, se proponía un aumento de 142.670.221 ptas (857.465,3€).

25º-. Por cargos no deducibles efectuados en concepto de RECARGOS Y APREMIOS por el IVA y por el IRPF se aumentaba la base imponible de 1997 en 4.379.907 ptas (26.323,77 €).

26º-. Cargo contabilizado en 1997 por importe de 268.786.100 ptas (1.615.437€) en la cuenta PÉRDIDAS DEUDORES DEL GRUPO POR FINANCIACIÓN y del que como documentación acreditativa se aportaba un contrato de compraventa de acciones de 13 de febrero de 1998 por el que HUARTE vendía las acciones de HUARTYMSA. No obstante y dado que a 31 de diciembre de 1997, dichas acciones seguían en la contabilidad de HUARTE, los posibles efectos que la venta de dichos títulos pudieran ocasionar no pueden ser imputados hasta 1998.

B) AJUSTES NEGATIVOS PROPUESTOS POR LA INSPECCION:

EJERCICIO 1996

1º-. -340.000.000 ptas (-2.043.441,15€): Por la desdotación hecha en 1996 y que se correspondía con la dotación por insolvencias contabilizada por la entidad en 1994 no admitida por la inspección practicándose en dicho ejercicio el correspondiente ajuste.

2º-. -181.569.000 ptas (-1.091.251,67€): Abono practicado en 1996 en la cuenta de provisión para riesgos y gastos dotada en 1995 y que dio lugar al correspondiente ajuste positivo por parte de la inspección en 1995.

3º-. -275.791.014 pta (-1.657.537,38€): Ajuste en relación con la entidad APARCAMIENTO AUTONOMICOS SA respecto del que la entidad incurrió en error al efectuar los ajustes al resultado contable.

4º-. -39.471.466 ptas (-237.228,29 €): Cuotas soportadas no deducibles derivadas de actas de inspección incoadas por el IVA y que dieron lugar de forma errónea a un aumento de la base imponible en las declaraciones del Impuesto sobre Sociedades. Del importe total que la entidad consideró debía ser ajustado en sentido negativo, 136.952.842 ptas (823.103,16 €) la Inspección estimó que sólo tenía el carácter de gasto deducible a efectos del 15, la parte de la cuota del IVA soportado no deducible, que ascendía a 39.471.466 ptas (237.228,29€).

EJERCICIO 1997.

-250.836.000 ptas (-1.507.554,72€): Procedente del ajuste positivo practicado en 1994 por importe de 147.765.000 ptas (888.085,54€) y de 207.116.000 ptas (1.244.792,23€) en 1995 en la cuenta de dotación provisión por riesgos y gastos.

DEDUCCIONES DE LA CUOTA. EJERCICIO 1994:

No se consideraba deducible la deducción de 81.364.692 pta (489.011,65 €) por el concepto de DEDUCCIÓN POR INVERSIONES EXPO 92 al no existir saldo pendiente de aplicación a 1 de enero de 1994 al haberse practicado en su totalidad en los ejercicios anteriores.

Las bases imponibles negativas pendientes de compensar a 31 de diciembre de 1997 eran:

- B.I.negativas procedentes de 1995: -2.043.309.513 ptas (-12.280.537,5€).



- B.I.negativas procedentes de 1996: -6.942.900.691 ptas (-41.727.673,55€).

Asimismo, se reseñan las deducciones a practicar sobre la cuota pendientes de aplicar a 31 de diciembre de 1997.

El acta se calificaba de previa por estar pendiente de comprobación las Uniones Temporales de Empresa donde participaba la entidad (art.50.3.c) del RGIT) y por la trascendencia tributaria de las causas abiertas en el Juzgado instrucción nº 33 de Madrid D.P. 217/01 y por el Juzgado Central de Instrucción nº-6 de la Audiencia Nacional, D.P. 362/96 -G relacionadas con el envío al Ministerio Fiscal de un presunto delito contra la Hacienda Pública por el IVA 1.991 y con la denominada "operación Pricia".

En fecha 15 de enero de 2002, la entidad presentó el correspondiente escrito de alegaciones.

En fecha 21 de febrero de 2002, notificado en 22 de febrero de 2002, el Inspector Jefe Adjunto de la Oficina Técnica dictó Acuerdo de liquidación confirmando la propuesta inspectora contenida en el acta respecto a la cuota y modificando el importe de los intereses de demora, resultando una deuda tributaria por importe total de 1.339.242.610 ptas (8.049.010,19 euros), de las que 896.772.739 ptas (5.389.712,71€) correspondían a cuota y 442.469.871 ptas (2.659.297,48€) a intereses de demora.

Mediante escrito presentado en 12 de marzo de 2002, la interesada ha interpuesto reclamación económico-administrativa, registrada con el núm. 1125-02 R.G. frente al Acuerdo de liquidación, reiterando, básicamente, las alegaciones vertidas ante la Inspección.

En fecha 6 de marzo de 2.002, notificada en 8 de marzo, se acordó, tras la debida autorización de fecha 23 de noviembre de 2.001 del Inspector Jefe Adjunto al Jefe de la ONI, la apertura de expediente sancionador por infracciones tributarias graves en relación con el acta A02 nº 70496213 referida, en el que tras la oportuna tramitación, el Inspector Jefe Adjunto Jefe de la Oficina Técnica dictó en 16 de agosto de 2002, notificado en 19 de agosto de 2002, Acuerdo de imposición de sanciones por infracciones tributarias graves del artículo 79 a) de la Ley General Tributaria (LGT) -"Dejar de ingresar, dentro de los plazos reglamentariamente señalados la totalidad o parte de la deuda tributaria (. . .)"-, con aplicación de sanciones mínimas del 50% (art. 87. 1 LGT) sobre el importe de las cuotas dejadas de ingresar, y por infracciones tributarias graves del artículo 79 d) de la LGT -"Determinar o acreditar improcedentemente partidas positivas o negativas o créditos de impuesto, a deducir o compensar en la base o en la cuota de declaraciones futuras, propias o de terceros"-, con aplicación de sanciones del 10% (art. 88.1 LGT) sobre las bases imponibles negativas acreditadas improcedentemente, lo que determinaba que la sanción total ascendía a 15.317.753,08€ .

Contra el citado acuerdo de imposición de sanción la interesada interpuso reclamación económico-administrativa ante el Tribunal Económico Administrativo Central, que fue registrada con el núm. R.G. 3627-02.

El Tribunal Económico Administrativo Central, previa acumulación de ambas reclamaciones, dictó en fecha 19 de mayo de 2.005 la resolución, ahora combatida, por la que dispuso: "Desestimarlas, confirmando los Acuerdos de liquidación e imposición de sanciones impugnados".

TERCERO .- La entidad OBRASCON HUARTE LAIN, S.A. interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución del TEAC a que acaba de hacerse referencia, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y la Sección Segunda de dicho Organismo Jurisdiccional, que lo tramitó con el número 427/2005, dictó sentencia, de fecha 19 de diciembre de 2008 y con la siguiente parte dispositiva: "*ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de la entidad OBRASCON HUARTE LAIN S.A. contra la resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de fecha 19 de mayo de 2005, a que las presentes actuaciones se contraen, y en su virtud, ANULAR la resolución impugnada y la liquidación de que trae causa en cuanto a la sanción impuesta, CONFIRMANDO en todo lo demás la resolución recurrida.*"

CUARTO .- No conformándose con la sentencia, la representación procesal de "OBRASCON HUARTE LAIN, S.A." preparó recurso de casación contra la misma y, tras ser tenido por preparado, lo interpuso, por medio de escrito presentado en 3 de marzo de 2009, en el que solicita su anulación y la de las liquidaciones giradas y resolución del TEAC que las confirmó.

QUINTO .- Por Providencia de la Sección Primera de esta Sala de 24 de junio de 2009 se acordó conceder a las partes un plazo de diez días para que formularan alegaciones acerca de la posible concurrencia de la siguiente causa de inadmisión del recurso: "Estar exceptuada del recurso de casación la resolución judicial impugnada por haber recaído en un asunto cuya cuantía no excede de 150.000 euros en lo que a las liquidaciones por el Impuesto sobre Sociedades, ejercicios 1995, 1996 y 1997, se refiere, pues según consta en el expediente administrativo, las cuotas comprobadas dejadas de ingresar por dicho tributo y períodos ascienden a 128.699,51 euros, 0 euros y -1.743,25 euros, respectivamente. Por tanto, no exceden del umbral



cuantitativo fijado por la Ley para acceder al mencionado recurso (artículos 86.2.b), 42.1.a) y 41.1 y 3 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa , así como doctrina reiterada de este Tribunal, por todos, Autos de 22 de enero de 2009, recurso número 184/2008 , y de 26 de febrero de 2009, recurso número 402/2008)".

Tras la presentación de alegaciones por la recurrente, el Auto de 3 de noviembre de 2011 acordó : *"Declarar la admisión del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de OBRASCON HUARTE LAIN, S.A. contra la Sentencia de 19 de diciembre de 2008, de la Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, de la Audiencia Nacional, dictada en el P.O. 427/2005 en relación con la liquidación del Impuesto sobre Sociedades respecto a los ejercicios 1994, 1995 y 1996; y la inadmisión del mismo en relación al ejercicio 1997, declarando la firmeza de la sentencia recurrida respecto a este último; con remisión de las actuaciones a la Sección Segunda de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo, de conformidad con las reglas de reparto."*

La fundamentación del Auto es la siguiente:

"SEGUNDO.- El artículo 86.2.b) de la Ley de esta Jurisdicción exceptúa del recurso de casación las sentencias recaídas, cualquiera que fuere la materia, en asuntos cuya cuantía no exceda de 150.000 euros (a salvo el procedimiento especial para la defensa de los derechos fundamentales, que no hace al caso), habiendo dicho esta Sala reiteradamente que es irrelevante, a los efectos de la inadmisión del expresado recurso, que se haya tenido por preparado por la Sala de instancia o que se hubiera ofrecido al tiempo de notificarse la resolución recurrida, siempre que la cuantía litigiosa no supere el límite legalmente establecido (art. 93.2.a) LRJCA).

Por su parte, el artículo 41.3 de la Ley de esta Jurisdicción precisa que en los casos de acumulación o de ampliación de pretensiones, tenga lugar en vía administrativa o jurisdiccional, aunque la cuantía del recurso venga determinada por la suma del valor de las pretensiones objeto de aquélla, no comunica a las de cuantía inferior la posibilidad de casación, a lo que debe añadirse que, con arreglo al artículo 42.1.a) de la Ley, para fijar el valor de la pretensión se tendrá en cuenta el débito principal (cuota), pero no los recargos, las costas ni cualquier otra clase de responsabilidad, salvo que cualquiera de éstos fuera de importe superior a aquél. Y ello con relación a cada uno de los distintos impuestos y para cada uno de los ejercicios fiscales a los que la liquidación se refiere.

TERCERO.- La recurrente en el trámite conferido manifiesta que tal causa de inadmisión por razón de la cuantía puesta de manifiesto para alegaciones, no concurre respecto a los ejercicios 1995 y 1996 en razón de la repercusión en la cuota tributaria que tienen las aumentos de la Base imponible operada por la comprobación de la inspección de tributos y con la que muestra su discrepancia, reconociendo su concurrencia respecto al ejercicio 1997.

Reexaminada la causa de inadmisión que se puso de manifiesto a las partes, efectivamente, no se aprecia su concurrencia respecto de los ejercicios 1995 y 1996 toda vez que, como acertadamente señala la parte recurrente en su escrito de alegaciones, la liquidación practicada conlleva una diferencia entre la base imponible declarada y la comprobada por la inspección con la que la recurrente muestra su discrepancia, cuya repercusión en la cuota del impuesto, si se aplica el tipo de interés correspondiente, supera notoriamente el límite cuantitativo casacional. Lo que se extrae de que el aumento de las bases imponibles de dichos ejercicios operadas en la liquidación que se impugnó y confirmó por el TEAC, y en la parte en que la recurrente muestra su discrepancia, ascienden para dichos ejercicios (1995 y 1996) a las cantidades de 2.817.179,63 euros y a 93.994.242,75 euros.

De lo anterior se infiere que se supera el límite cuantitativo casacional para el acceso al recurso de casación respecto a los ejercicios 1994 a 1996, y no respecto al ejercicio 1997, siendo procedente la admisión parcial del recurso respecto de aquellos y la inadmisión de éste último."

SEXTO. - El Abogado del Estado se opuso al recurso de casación, por medio de escrito presentado en 22 de marzo de 2012, en el que solicita su desestimación con imposición de las costas a la parte recurrente.

SEPTIMO. - Habiéndose señalado para deliberación y fallo la audiencia del día 7 de noviembre de 2012, en dicha fecha tuvo lugar referido acto procesal.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Martín Timón, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso de casación se articula con base en nueve motivos, todos ellos al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley de la Jurisdicción , en los que se alega:



1º) Infracción de los artículos 13, 14.f) y 16 de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del Impuesto de Sociedades, y de los artículos 10.3, 14.1 y 16 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto de Sociedades así como de la jurisprudencia aplicable al respecto.

2º) Infracción de las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba y con ello de los artículos 9.3 y 24.1 de la Constitución y 114, 115, 116 y 118.2 de la Ley General Tributaria y 217 y 386.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como de la jurisprudencia aplicable.

3º) Infracción de los artículos 13.c) y 16 de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, 16 y 17 de la Ley 43/1995, 8 del Real Decreto 2402/1985, por el que se regula el deber de expedir factura y 114, 116 y 118 de la Ley General Tributaria de 1963 y 217 y 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y jurisprudencia sobre dichos preceptos.

4º) Infracción del artículo 13.i) de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, 82 de su Reglamento (Real Decreto 2631/1982, de 15 de octubre) y 56.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

5º) Infracción de los artículos 13.i)14 y 16 de la Ley 61/1978 y de los artículos 10.3, 12 y 14 de la Ley 43/1995.

6º) Infracción de los artículos 114, 115, 116 y 118 de la Ley General Tributaria y de los artículos 217 y 386.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

7º) Infracción de las reglas de la sala crítica y con ello de los artículos 9.3 y 24.1 de la Constitución y 322, 334 y 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y jurisprudencia aplicable.

8º) Infracción de los artículos 64 y 114 de la Ley General Tributaria y 12.2 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre.

9º) Infracción de los artículos 10.3 y 14 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre.

SEGUNDO.- Comenzamos nuestra respuesta al presente recurso de casación por la que será simultánea a los dos primeros motivos formulados, en los que se impugna la confirmación por la sentencia de la no deducción de determinados gastos, al no haberse demostrado la realidad de la prestación del servicio y en función de lo que se argumenta en el Fundamento de Derecho Cuarto, en el que, de forma extensa y detallada, se dice:

"Respecto del acuerdo de liquidación tributaria, esgrime la parte, en primer término, la deducibilidad de los gastos soportados por HUARTE S.A. durante los años objeto de la Inspección, sobre la base de acreditar su prestación efectiva.

El ajuste practicado por la Inspección versa sobre determinados gastos relativos a trabajos de asesoramiento y servicios varios, relativos a determinadas empresas por los importes que figuran y que no resultan discutidos, considerados no deducibles fiscalmente por falta de acreditación, habiéndose limitado la entidad a la aportación de facturas sin soporte documental alguno.

Aduce la parte que las prestaciones de servicios a que se refieren las facturas no admitidas por la Inspección, tienen naturaleza personal por lo que, por sus propias características, no generan un soporte documental físico específico, concluyendo que las facturas son elementos probatorios y la ausencia de prueba en contra de lo contemplado en ellas, impide a la Inspección regularizar su importe, máxime cuando la aportación de la prueba solicitada es imposible, en la medida en que se trata de prestaciones de servicios personales que no exigen soporte documental.

En relación con dicha cuestión -deducibilidad de ciertos gastos- hemos de partir de que la normativa aplicable al presente litigio es la que se contiene en los artículos 13 y 14 f) de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del Impuesto de Sociedades y 111 de su Reglamento aprobado por Real Decreto 2631/1982, de 15 de octubre, con relación a los ejercicios 1994 y 1995, y 14 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, aplicable a los ejercicios 1996 y 1997. El primero de los preceptos citados comienza señalando que "...para la determinación de los rendimientos netos se deducirán, en su caso, de los rendimientos íntegros obtenidos por el sujeto pasivo los gastos necesarios para la obtención de aquéllos...", y, a continuación, el propio artículo contiene una relación enunciativa ("...entre los que pueden enumerarse...") de partidas o conceptos que se admiten como deducibles. Por su parte los artículos 14 f) de la Ley y 111.2 del Reglamento establecen que "no tendrán la consideración de partidas deducibles (...) las liberalidades, cualquiera que sea su denominación" si bien especifica que "a estos efectos no se considerarán liberalidades aquellas prestaciones en las que haya contraprestación".

Dispone, a su vez, el artículo 14 de la Ley 43/1995 que: "1. No tendrán la consideración de gastos fiscalmente deducibles: (...) e) Los donativos y liberalidades. No se entenderán comprendidos en esta letra los gastos por relaciones públicas con clientes o proveedores ni los que con arreglo a los usos y costumbres se efectúen con respecto al personal de la empresa ni los realizados para promocionar, directa o indirectamente, la venta de bienes y prestación de servicios, ni los que se hallen correlacionados con los ingresos. (...)"



Debe comenzarse señalando que la Sala, entre otras, en sus SSAN de 7 de abril de 1998 , 14 y 16 de marzo y 6 de julio de 2000 ya expuso que «para que pueda hablarse de «gasto deducible», se requiere la concurrencia de una serie de requisitos:

1.º La justificación documental de la anotación contable, de conformidad al art. 37.4 del Reglamento del Impuesto .

2.º La contabilización del gasto (según se desprende del citado art. 37 , en su conjunto).

3.º Su imputación a la base imponible en el ejercicio de su procedencia, conforme al art. 88.1 del Reglamento del Impuesto .

Y 4.º La «necesidad» del gasto, como exige el art. 100.1 del Reglamento en concordancia con el art. 13 de la LIS .

La Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, en su artículo 13 , menciona, como "partidas deducibles" para determinar los rendimientos netos, y con carácter general, a los "gastos necesarios", haciendo una enumeración de los específicamente integrados en ese concepto general, exigiendo el propio precepto, que esos "gastos generales" deben cumplir una finalidad: la de que hayan servido "para la obtención de aquéllos", es decir, de los rendimientos que el art. 3º.2 expresa.

El concepto de "gastos necesarios" no es cuestión pacífica. Del precepto citado, se desprende que la "necesidad" del gasto es tendencial, en el sentido de que han de estar orientados o dirigidos a la "obtención" de ingresos. Esta característica del "gasto necesario" puede ser contemplada desde una doble perspectiva: primera, positiva, como concepción económica de obtención del beneficio, criterio que sigue el citado art. 13 de la Ley 61/78 , en el que gasto e ingreso están directamente relacionados, al entender el gasto como un costo de los rendimientos obtenidos. Y, segunda, negativa, como contraria a "donativo" o "liberalidad"; criterio mantenido en el art. 14.1.e) de la Ley 43/95, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades , y doctrina jurisprudencial SSTs. 17 de febrero de 1987 , 20 de septiembre de 1988 , 20 de enero de 1989 , 27 de febrero de 1989 , 14 de diciembre de 1989 , 25 de enero de 1995 , entre otras.

Ambos criterios no son incompatibles, sino complementarios, al contemplar la "necesidad del gasto" desde esa doble perspectiva.

En este sentido, y siguiendo este criterio interpretativo, se puede concluir que en el concepto de "gasto necesario" subyace una fundamentación finalística del mismo, ligada al concepto de partida deducible, y, por tanto, al de coste en la obtención de ingresos».

Partiendo de que los artículos 13 de la Ley y 111 del Reglamento no contienen una relación exhaustiva de gastos deducibles, es evidente que no debe excluirse que aparte de las que allí se enumeran existan otras partidas igualmente deducibles en tanto que gastos necesarios para la obtención de los rendimientos, pero en virtud del régimen de carga de la prueba establecido en el artículo 114.1 de la Ley General Tributaria , corresponde a quien pretende la deducción acreditar no sólo la existencia del gasto sino también su naturaleza y finalidad, o, lo que es lo mismo, la conexión existente entre el gasto realizado y la generación de rendimientos. En tal sentido debe recordarse que, en virtud de lo que se dispone en el citado artículo 114 de la Ley General Tributaria , "tanto en el procedimiento de gestión como en el de resolución de reclamaciones, quien haga valer su derecho deberá probar los hechos normalmente constitutivos de los mismos", lo cual está relacionado con el actual artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil -antiguo artículo 1214 del Código Civil -, que establece la regla a efectos de determinar a quién le corresponde la carga de la prueba en la acreditación o afirmación de hechos o derechos, y sin olvidar que en función de lo que se determina en el artículo 57 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , los actos administrativos tienen la presunción de validez, correspondiendo siempre al interesado la carga de la prueba a efectos de poder desvirtuar dicha presunción legal.

Debe también recordarse que aunque la Ley 43/1995 supuso un avance respecto de la Ley 61/1978 , a la que derogó, en materia de deducibilidad de ciertos gastos promocionales o de relaciones públicas, esta amplitud conceptual no da pie para suponer, al margen del texto y el espíritu de la Ley de 1995 , que cualquier gasto real o supuesto sería deducible al margen de su necesidad para la obtención de los ingresos. En otras palabras, la nueva regulación será más generosa o amplia en la interpretación de lo que deba entenderse por necesidad o conexión entre ingresos y gastos, dando cabida a determinadas deducciones anteriormente vedadas, pero no excluye la exigencia de la relación causal misma y de su prueba a cargo de quien postula la deducción. De tal forma que quedan fuera, por tanto, de la excepción a la nota de la "liberalidad", aquéllos gastos que no discurren en el seno de las "relaciones públicas con clientes o proveedores o con el personal de la empresa en virtud de los usos y costumbres", lo que remite, en última instancia, a la necesidad de que quien pretende la deducción acredite la finalidad específica de cada uno de tales desembolsos, tanto en lo que se refiere a la naturaleza subjetiva



de "clientes o proveedores" -o bien trabajadores- de los destinatarios del gasto, como en la índole objetiva de la relación que da lugar a su realización.

Por lo que hace al requisito de la justificación del gasto, y con cita, que aquí se reproduce, en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, Sección Segunda, de fecha 14 de diciembre de 1989, se señala que "la realidad deberá de ir acompañada de una prueba con la acreditación de esos gastos mediante facturas, y no mediante su simple contabilización, ya que el mero apunte contable nada dice por sí solo ... deberá de ser acreditada y patentizada su realidad mediante algo más que un mero asiento contable, porque así lo exige el artículo 114 de la Ley General Tributaria, que atribuye la prueba de los hechos constitutivos de un derecho a aquel que lo alega, y en el presente caso, quien pretende beneficiarse como gasto deducible por ser necesario para la obtención de los ingresos".

Conforme a lo expuesto, el concepto de "gasto deducible" va ligado a la "necesidad" del mismo "para la obtención de los ingresos", además de estar documentalmente justificado y tener su reflejo contable, debiéndose de imputar a la base imponible del ejercicio de su procedencia.

En el supuesto que nos ocupa, la Inspección rechazó la deducibilidad de tales gastos, postura confirmada por el Tribunal Económico Administrativo Central en la resolución que se revisa, por considerar que la entidad ha aportado únicamente para su acreditación las facturas y los libros de contabilidad "no aportando documentación adicional a pesar de los requerimientos de la Inspección en tal sentido, reflejándose en algunas de estas facturas las operaciones de forma genérica limitándose a calificarlas de "asesoramiento para..." o "asesoramiento en relación a ...", y en algún supuesto, como en el ejercicio 1995, no habiéndose aportado siquiera la totalidad de las facturas. De forma que, no habiendo aportado la interesada a la Inspección documentación alguna (proyecto, informes, dictámenes) que constituyera el propio resultado de los servicios prestados, en definitiva, documentos que reflejaran correctamente la efectiva prestación de los servicios que motivaron la emisión de las facturas objeto de controversia, debe concluirse que, de acuerdo con lo razonado y conforme a lo dispuesto en el artículo 114-1 de la Ley General Tributaria, dicha realidad no ha quedado acredita por la interesada...".

La Sala, aplicando la doctrina anteriormente expuesta, tampoco puede aceptar la deducibilidad de dicho gasto. En efecto, hay que partir de que nos encontramos ante un problema de falta de acreditación suficiente de los servicios que se remuneran o retribuyen.

Este Tribunal ha declarado en reiteradas ocasiones que no es suficiente, a los efectos de la deducibilidad de un gasto, el hecho de su contabilización y documentación mediante la aportación de factura, sino que la norma fiscal exige la realidad de la prestación y la necesidad del gasto, en íntima relación con la obtención de los ingresos. La situación que se plantea en el presente litigio surge porque la Inspección no consideró probada la efectiva prestación de los servicios, y ante dicha circunstancia la Sala considera que no es suficientemente expresiva y detallada la demanda para destruir a su favor la presunción "iuris tantum" a que remite la aplicación en el procedimiento administrativo de las reglas sobre la carga de la prueba.

De esta forma, los datos obrantes en el expediente llevan a la Sala a confirmar la conclusión alcanzada en la vía económica- administrativa previa, siendo elementos sumamente relevantes a destacar los siguientes. En primer término, no se aporta documentación complementaria a las facturas que permita verificar la efectividad del servicio recibido así como su necesidad. Considera la Sala que el hecho de que no se aporte en ningún caso documento adicional alguno, consistente en proyectos, informes, dictámenes etc. emitidos que constituyan el resultado del servicio que se dice prestado; que en algunos casos tampoco se aporte el contrato a que se refiere la factura respectiva, y que existan, incluso, importes respecto de los cuales no se ha aportado la respectiva factura, como es el caso reconocido por la recurrente en diligencia de 13 de marzo de 2.000 consistente en servicios prestados **sin factura**, todos estos datos conducen a pensar que, en efecto, no resulta debidamente acreditada la efectiva prestación de los servicios que motivan la emisión de las facturas enjuiciadas, máxime teniendo en cuenta que para la Sala resulta determinante conocer los análisis y trabajos de asesoramiento realizados, cuya prueba y aportación corresponde lógicamente a la sociedad demandante, en virtud de las reglas de la carga de la prueba citadas del artículo 114 LGT/1963, pues fue dicha sociedad quien recibió los servicios y se encuentra en la posibilidad de demostrarlos

En segundo término, respecto de las facturas obrantes en el expediente cabe señalar que no contienen una descripción detallada de los servicios prestados, limitándose a indicar que se refieren a "asesoramiento para..." o "asesoramiento en relación a...", y habiéndose solicitado por la Inspección una acreditación efectiva del servicio realizado no se aportó nada por la entidad, remitiéndose a la aportación de la factura y del contrato, alegándose en vía jurisdiccional que se trata de servicios personales que, por sus propias características, no generan un soporte documental físico específico. Frente a ello, considera la Sala que el hecho de que se trata de servicios de asesoramiento no implica que no dejen "rastros" alguno que pueda ser revelador de su existencia, habiendo podido la parte solicitar la práctica de prueba testifical por los representantes de las sociedades que prestaron los



servicios a fin de advenir la existencia de los mismos, su contenido, periodo etc. de tal forma que la Sala no puede sino compartir la decisión alcanzada por el TEAC atinente a la falta de acreditación de la realidad de los servicios prestados, pues dicha falta de acreditación de que adoleció en la vía económico-administrativa no se ha visto subsanada en este proceso, en que no se ha solicitado el recibimiento a prueba para la acreditación de la realidad de tales servicios. Al margen de ello, no es que no sólo no se acredite, sino que ni siquiera se indica qué resultados tuvieron los servicios de asesoramiento prestados en relación con la actividad de la sociedad HUARTE, ni cuál era su objeto y finalidad en la mayoría de los supuestos, indicaciones que habrían sido indispensables para advenir la credibilidad de lo que se manifiesta, que sin ellas queda ayuna de toda prueba.

En último término, tal y como se recoge en el acuerdo de liquidación, en relación a las facturas emitidas por las entidad ALADE IBÉRICA SL y EL GRUPO ARISTOS SL, entidades con las que en 1994 se produce la mayor facturación, se dan unas circunstancias especiales que justifican la exigencia de esta acreditación adicional relativa a la efectividad del servicio, como son el que sus administradores, en algunos casos, son familiares de los directivos de Huarte, o bien pertenecen a su Consejo de Administración. En este caso, la sospecha de la Administración sobre la veracidad y efectividad de los servicios facturados por estas entidades vinculadas, vinculación que es reconocida por la entidad en su escrito de demanda -pag. 20-, está también justificada, máxime cuando no se ha dado la menor explicación objetiva sobre tales servicios.

En resumen, y como sea que la Administración tributaria, por medio de los procedimientos específicos que para ello le legitiman, y particularmente el procedimiento de las actuaciones de comprobación e investigación inspectoras, ha formado prueba de los hechos normalmente constitutivos del nacimiento de la obligación tributaria, la carga probatoria que se deriva del artículo 114 de la Ley General Tributaria se desplaza hacia quien aspira a acreditar que tales hechos son reveladores de otra relación distinta, cualesquiera sean las consecuencias tributarias que se deriven.

Esto es, debe, ante todo, tenerse en cuenta que con arreglo al artículo 114 de la Ley General Tributaria : "tanto en el procedimiento de gestión como en el de resolución de reclamaciones, quien haga valer su derecho deberá probar los hechos normalmente constitutivos del mismo"; mas también debe de tenerse en cuenta que, con arreglo al artículo 115 de la misma Ley , "en los procedimientos tributarios serán de aplicación las normas que sobre medios y valoración de pruebas se contienen en el Código Civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil, salvo lo que se establece en los artículos siguientes".

De otra parte, en todo caso debe añadirse que, como ha dicho el Tribunal Supremo, la opinión o juicio de la parte no puede prevalecer sobre la valoración de la prueba efectuada por la Sala de instancia dentro de las reglas de la sana crítica – STS de 30 de noviembre de 1985 –, así como que si bien la presunción de legalidad del acto administrativo desplaza la carga de accionar al administrado, esto no implica un desplazamiento paralelo de la carga de la prueba, punto éste respecto del cual se han de aplicar las reglas generales: cada parte soporta la carga de probar los datos que constituyen el supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor -por todas, SSTS de 22 de septiembre de 1986 y 29 de mayo de 1987 –.

Así, pues, en el supuesto que se enjuicia y ante la ausencia de prueba nueva alguna aportada al presente recurso, la Sala no puede sino ratificar la resolución del TEAC al no haberse acreditado por la parte recurrente, como era su obligación, la realidad de los trabajos de asesoramiento y servicios varios supuestamente realizados por las entidades mercantiles que se citan, sin que a esta falta de acreditación pueda oponerse el hecho, aquí indiferente, sobre si son o no sociedades vinculadas con el sujeto pasivo, pues la falta total de prueba de los servicios facturados hace innecesaria cualquier otra consideración, debiendo concluirse que no pueden considerarse como gastos deducibles a efectos del Impuesto sobre Sociedades."

Frente a lo expuesto, en el primer motivo se opone por la recurrente que la Inspección en ningún momento cuestionó la veracidad de la contabilidad ni la validez de las facturas aportadas, procediendo a regularizar los importes correspondientes por considerar que no se había aportado la documentación adicional, como proyectos, informes o dictámenes que probaran la realidad y necesidad de los servicios, aduciendo que la exigencia de esa documentación adicional, no obligatoria, infringe los artículos antes indicados, según los ejercicios objeto de regularización (Ley 61/1978, en el caso de 1994 y 1995 y Ley 43/1995, respecto de los ejercicios 1996 y 1997).

Se añade en cuanto a las facturas emitidas por las entidades ALADE IBERICA,S.L y el GRUPO ARISTOS, S. L., que el hecho de que exista vinculación podría suponer la aplicación de los artículos 16 de las Leyes del Impuesto de Sociedades en cada ejercicio vigente, pero no cuestionar la deducibilidad de los gastos en general.

A este motivo opone el Abogado del Estado que reiterada jurisprudencia exige que el gasto sea efectivo y necesario, a cuyo fin, la Sala no solo considera la contabilidad y facturación del sujeto pasivo, sino también su necesidad y efectividad, en relación a la obtención de ingresos. Añade que, además, nos encontramos ante un tema referente a la valoración de la prueba que es propio de la Sala de instancia.



En el segundo motivo, y para demostrar lo que califica de apreciación arbitraria e irrazonable de la prueba, la parte recurrente insiste en que ni las actuaciones administrativas ni la sentencia han puesto tacha alguna a su contabilidad ni han puesto en duda los documentos aportados. Se añade que no solo se aportaron al expediente facturas que acreditaban la realidad de los servicios, sino también los justificantes de pago, enumerando los demás documentos incorporados a aquél, todo lo cual debió ser valorado por la sentencia.

En relación con las facturas de ALADE IBERICA, S.L y EL GRUPO ARISTOS, S.L. se estima que la Sala ha infringido no solo la presunción de veracidad de las declaraciones tributarias, del artículo 116 de la Ley General Tributaria, sino también las reglas sobre reparto de la carga de la prueba, de los artículos 114 de la Ley General Tributaria de 1963 y 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 16 de las Leyes 61/1978 y 43/1995, reguladoras del Impuesto de Sociedades en los ejercicios 1994 a 1996.

Por su parte, el Abogado del Estado opone a este segundo motivo que la contabilidad de la sociedad no es el único elemento a tener en cuenta y que una cosa es la realidad del pago y otra la realidad de la prestación del servicio, con el carácter de necesario para la obtención de los ingresos.

Tras invocar las Sentencias de esta Sala de 23 de marzo de 2004 (recurso de casación 6337/01) y 8 de octubre de 2008 (recurso de casación 6220/04), niega el Abogado del Estado que exista infracción de las reglas de la sana crítica, pues la sentencia destaca, en primer lugar, que no se aporta documentación complementaria de las facturas, que permita verificar la efectividad del servicio recibido, así como su necesidad, añadiendo a ello que las facturas aportadas no contienen descripción detallada de aquél y que la Inspección requirió una acreditación de la prestación del servicio, pero la recurrente no lo hizo, remitiéndose a la factura y al contrato. Y en cuanto a las entidades vinculadas, insiste el Abogado del Estado en que tienen unas circunstancias especiales que justifican la acreditación de la realidad de la prestación del servicio, como son que sus administradores, en algunos casos, son familiares de los directivos de la recurrente o bien pertenecen a su Consejo de Administración.

Expuestas las posiciones de las partes respecto de lo resuelto por la sentencia en el Cuarto de los Fundamentos de Derecho, hemos de comenzar diciendo que no puede existir duda alguna de que la realidad de la prestación del servicio es presupuesto indispensable de la deducción del gasto que suponga la contraprestación del mismo. Resulta evidente que paso previo a la calificación de un gasto como "necesario" para la obtención de los ingresos, es que el mismo resulte contraprestación de un servicio prestado a la actividad empresarial. Precisamente por ello, la reciente Sentencia de esta Sala de 12 de julio de 2012 (recurso de casación número 1356/2009) se ha pronunciado sobre un caso de irrealidad de compra de determinados productos, pero ya con anterioridad se habían dictado otras en relación con la misma cuestión y en el mismo sentido. Así las de 27 de mayo de 2010 (rec.cas. 1090/05) y de 8 de marzo de 2012 (rec.cas. 3780/08).

Pués bien, en el presente caso, la Administración, a través de la actuación inspectora de regularización y de la resolución del TEAC, puso de manifiesto que las facturas expedidas reflejaban de modo genérico los servicios prestados, por lo que solicitó la acreditación documental de la realidad de los servicios de asesoramiento, sin que se cumplimentara el requerimiento (en este punto debe destacarse que, tal como señala el artículo 3 del Real Decreto 2042/1985, de 18 de diciembre, por el que se regula el deber de expedir y entregar factura, que incumbe a empresarios y profesionales, la misma debe reflejar "la descripción de la operación y su contraprestación total").

La sentencia constata la circunstancia expresada de reflejar de modo genérico los servicios prestados, añadiendo que "en algún caso, como en el ejercicio 1995, no habiéndose aportado siquiera la totalidad de las facturas" e incluso que "existen importes respecto de los cuales no se ha aportado la factura respectiva" y valorando que, aun cuando se trate de servicios de asesoramiento, ello no implica que no quede "rastros" de la realidad de su prestación por alguno de los medios de prueba admisibles en Derecho, haciendo referencia especial a la posibilidad de utilizar la prueba testifical de los representantes que prestaron los servicios.

Lo anteriormente expuesto resulta aplicable, según la sentencia, a las facturas emitidas pro ALADE IBERICA, S.L. y EL GRUPO ARISTOS, S.L, entidades que en 1994 producen la mayor facturación, dada la vinculación existente entre las entidades por ser familiares miembros de los respectivos Consejos de Administración.

Dicho lo anterior, hay que poner de relieve una vez más que en el siempre difícil equilibrio en que ha de mantenerse la carga de la prueba, la jurisprudencia ha venido interpretando el artículo 114 de la Ley General Tributaria ("*Tanto en el procedimiento de gestión como en el de resolución de reclamaciones, quien haga valer su derecho deberá probar los hechos normalmente constitutivos del mismo*"), en el sentido de que normalmente, la Administración ha de probar la existencia del hecho imponible y de los elementos que sirvan para cuantificarlos y el particular los hechos que le benefician como los constitutivos de exenciones y beneficios fiscales, los no sujetos, etc... (Sentencias de 23 de enero de 2008 (rec. cas. para la unificación de doctrina núm. 95/2003. FD



Cuarto), 16 de octubre de 2008 (rec. cas. núm. 9223/2004 FD Quinto), 1 marzo de 2012 (recs. cas. núms. 2827/2008 y 2834 / 2008 FD Quinto) y 16 de junio de 2011 (rec. cas. núm. 4029/2008 FD Tercero).

Por otra parte, en el presente caso, es la parte recurrente la que tenía una mayor facilidad y disponibilidad probatoria para justificar la realidad de la prestación de los servicios de asesoramiento y no la Inspección la de su inexistencia (artículo 217.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Pues bien, frente al resultado obtenido en la vía económico-administrativa, la recurrente, si bien en la instancia judicial solicitó recibimiento a prueba, sin embargo dejó transcurrir todo el término sin proponer medio alguno, por lo que no es de extrañar el reproche que la sentencia hace a la actora en este aspecto.

En análogas circunstancias, la reciente Sentencia de 12 de julio de 2012 -recurso de casación 1356/2009 - ha declarado que " *Una vez constatadas por la Inspección las circunstancias que fundamentalmente pusieron en duda la realidad y dimensión de la compra de los productos, corresponde al obligado tributario que pretende beneficiarse de tal deducción la acreditación de los extremos habilitantes al efecto. De lo que se colige que la falta de acreditación de los mismos haría procedente la exclusión de la deducción, como ha ocurrido en el presente caso.*" Y en la Sentencia de 8 de marzo de 2012 (recurso de casación número 3780/2008) se ha dicho: " *No puede compartirse el parecer de la parte recurrente de que la carga de la prueba le correspondía a la Administración, sino que conforme al régimen de carga de la prueba establecido en el artículo 114.1 de la LGT , corresponde a quien pretende la deducción acreditar no sólo la existencia del gasto sino también su naturaleza y finalidad. En tal sentido cabe recordar que, artº 114 de la LGT , "tanto en el procedimiento de gestión como en el de resolución de reclamaciones, quien haga valer su derecho deberá probar los hechos normalmente constitutivos de los mismos".*

Y si como ocurre en el presente caso, la sentencia considera no probada la realidad de la prestación del servicio o la ausencia de conexión entre el gasto y la percepción de ingresos, a través del vínculo de la necesidad, habrá de rechazarse la impugnación de la recurrente, en la medida en que la prueba ha quedado a extramuros del recurso de casación, salvo en los casos estrictamente limitados señalados por la Jurisprudencia de esta Sala, en que es posible impugnar la apreciación probatoria de la Sala de instancia, que no concurren en el presente caso, en el que la sentencia ha procedido a valorar los datos obrantes en el expediente, reseñando los más relevantes y poniendo de relieve, en cuanto a las facturas, su omisión, la falta de concreción, vinculaciones familiares entre los distintos miembros de los Consejos de Administración y concluyendo que frente a tales datos y circunstancias, la recurrente no había cumplido la carga probatoria que le correspondía en contrario.

TERCERO.- El tercer motivo se dirige contra la argumentación que la sentencia lleva a cabo en el Fundamento de Derecho Quinto, al no estimar deducibles los gastos de apoyo a la gestión.

En efecto, la sentencia argumenta y resuelve de la siguiente forma:

" *Alega, seguidamente, la deducibilidad de los gastos de apoyo a la gestión relativos a los años 1994 y 1996, negados por la Inspección al entender que no se ha acreditado efectivamente su prestación, así como, en el caso de los gastos correspondientes al ejercicio 1994, existir una incorrecta imputación temporal de los mismos.*

Señala la recurrente que la resolución que se impugna niega la deducibilidad fiscal de los gastos derivados de un contrato de dirección y gestión empresarial suscrito entre la entidad recurrente y su matriz HASA SA. Alega que el citado contrato fue suscrito en fecha 8 de enero de 1992 y, en virtud del mismo, HASA SA, a través de sus medios personales y materiales, se obligaba a prestar a HUARTE SA, servicios tales como la captación y apoyo de contratos de obra relevantes tanto en España como en el extranjero; realización de trabajos y estudios económicos, contables y financieros; control de operaciones y alta dirección; servicios de gestión ante las Administraciones Públicas; estudios estratégicos y de viabilidad de proyectos sociales, de obras y proyectos y, de forma genérica, la representación del Grupo. A cambio de estos servicios, HASA SA percibiría de HUARTE SA el 0,75% de su volumen de operaciones, ventas o cifras de negocio en el ejercicio precedente. Así, la factura correspondiente se emitió el 31 de diciembre de 1993, por importe total de 8.539.501,86 euros (1.420.853.557 ptas) más el 15% de IVA, imputándose estos gastos en los ejercicios 1994, por importe de 2.846.501,51 euros y 1996 por importe de 5.693.000,35 euros.

La Inspección de Hacienda, postura confirmada por el TEAC, negó la deducibilidad de estos gastos, fundándose, por un lado, en la incorrecta imputación temporal al ejercicio 1994 del gasto, por considerar que "el gasto correspondería al ejercicio 1993" y, de otro, la falta de acreditación de la realidad de los servicios prestados.

Con relación a la imputación temporal del gasto invoca la parte la ST del TS de 5 de marzo de 2.004 -rec. núm. 10108/1998 -, de la que extrae que el Tribunal Supremo admite la deducibilidad fiscal de unos gastos imputados fiscal y contablemente en un ejercicio posterior al que correspondería en virtud del principio de devengo, postura que se confirma por el hecho de que en el informe ampliatorio al acta (página 50) "no se discute la correcta imputación temporal de la parte de los gastos que mi representada imputó en su declaración-autoliquidación



correspondiente al ejercicio 1996 (que como hemos visto ascienden a 5.693.000,35 euros) toda vez que a estos gastos sí le fueron aplicadas las reglas de imputación temporal establecidas en la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades".

En cuanto a la acreditación de los servicios prestados, alega que se aportaron al actuario tanto las facturas por los servicios, como el contrato que regía esta relación jurídica, sin que la Inspección haya incorporado al expediente prueba alguna que desvirtúe la realidad demostrada por estos elementos de prueba.

Un orden lógico en el examen del referido motivo aconseja iniciar su estudio por la cuestión relativa a la acreditación de los referidos servicios, pues sólo si los mismos resultan probados, es cuando tendrá sentido examinar su concreta imputación temporal.

Hay que partir de que es cierto que con la entrada en vigor de la Ley 43/1995, del Impuesto sobre Sociedades, en el concepto de "gasto" fiscalmente deducible no subyace de forma patente la característica de "necesariedad". La Ley delimita este concepto con una enumeración de "gastos no deducibles", por lo que, en principio, todo gasto no incluido en dicho precepto podría ser deducible, y unas normas de valoración e imputación.

En este sentido, el artículo 14, que lleva por rúbrica "Gastos no deducibles", de la Ley 43/1995, del Impuesto sobre Sociedades, dispone: "1. No tendrán la consideración de gastos fiscalmente deducibles:

- a) Los que representen una retribución de los fondos propios.
- b) Los derivados de la contabilización del Impuesto sobre Sociedades. No tendrán la consideración de ingresos los procedentes de dicha contabilización.
- c) Las multas y sanciones penales y administrativas, el recargo de apremio y el recargo por presentación fuera de plazo de declaraciones-liquidaciones y autoliquidaciones.
- d) Las pérdidas del juego.
- e) Los donativos y liberalidades.

No se entenderán comprendidos en esta letra los gastos por relaciones públicas con clientes o proveedores ni los que con arreglo a los usos y costumbres se efectúen con respecto al personal de la empresa ni los realizados para promocionar, directa o indirectamente, la venta de bienes y prestación de servicios, ni los que se hallen correlacionados con los ingresos.

f) Las dotaciones a provisiones o fondos internos para la cobertura de contingencias idénticas o análogas a las que son objeto de la Ley 8/1987, de 8 de junio, de Planes y Fondos de Pensiones.

g) Los gastos de servicios correspondientes a operaciones realizadas, directa o indirectamente, con personas o entidades residentes en países o territorios calificados reglamentariamente por su carácter de paraísos fiscales, o que se paguen a través de personas o entidades residentes en los mismos, excepto que el sujeto pasivo pruebe que el gasto devengado responde a una operación o transacción efectivamente realizada.

Las normas sobre transparencia fiscal internacional no se aplicarán en relación con las rentas correspondientes a los gastos calificados como fiscalmente no deducibles."

En relación con determinados gastos la norma fiscal exige el cumplimiento de determinadas condiciones. Así, el art. 16.5, establece:

"5. La deducción de los gastos en concepto de servicios de apoyo a la gestión prestados entre entidades vinculadas estará condicionada a que su importe se establezca en base a un contrato escrito, celebrado con carácter previo, a través del cual se fijen los criterios de distribución de los gastos incurridos a tal efecto por la entidad que los presta. Dicho pacto o contrato deberá reunir los siguientes requisitos:

- a) Especificará la naturaleza de los servicios a prestar.
- b) Establecerá los métodos de distribución de los gastos atendiendo a criterios de continuidad y racionalidad."

Por otra parte, el artículo 10, que lleva por rúbrica "Concepto y determinación de la base imponible", establece:

"1. La base imponible estará constituida por el importe de la renta en el período impositivo minorada por la compensación de bases imponibles negativas de ejercicios anteriores.

2. La base imponible se determinará por el régimen de estimación directa y, subsidiariamente, por el de estimación indirecta, de conformidad con lo dispuesto en la Ley General Tributaria.

3. En el régimen de estimación directa la base imponible se calculará corrigiendo, mediante la aplicación de los preceptos establecidos en la presente Ley, el resultado contable determinado de acuerdo con las normas



previstas en el Código de Comercio, en las demás leyes relativas a dicha determinación y en las disposiciones que se dicten en desarrollo de las citadas normas."

Con ello, el juego de la correlación entre ingresos y gastos se mantiene; sin embargo, se ha de añadir que, para que cualquier gasto sea deducible en el Impuesto sobre Sociedades, se requiere, como primera premisa, la de la "inscripción contable", es decir, que se haya imputado contablemente en la cuenta de pérdidas y ganancias el importe del concepto que como gasto se pretende deducir, conforme exige el artículo 19.3, que dispone:

"3. No serán fiscalmente deducibles los gastos que no se hayan imputado contablemente en la cuenta de pérdidas y ganancias o en una cuenta de reservas si así lo establece una norma legal o reglamentaria, a excepción de lo previsto respecto de los elementos patrimoniales que puedan amortizarse libremente.

Los ingresos y los gastos imputados contablemente en la cuenta de pérdidas y ganancias en un período impositivo distinto de aquel en el que proceda su imputación temporal, según lo previsto en los apartados anteriores, se imputarán en el período impositivo que corresponda de acuerdo con lo establecido en dichos apartados. No obstante, tratándose de gastos imputados contablemente en la cuenta de pérdidas y ganancias en un período impositivo posterior a aquel en el que proceda su imputación temporal o de ingresos imputados en la mencionada cuenta en un período impositivo anterior, la imputación temporal de unos y otros se efectuará en el período impositivo en el que se haya realizado la imputación contable, siempre que de ello no se derive una tributación inferior a la que hubiere correspondido por aplicación de las normas de imputación temporal prevista en los apartados anteriores."

Por último, recordar el requisito que impone la normativa mercantil. Así, el art. 139, de rúbrica "Obligaciones contables. Facultades de la Administración tributaria", de la Ley 43/195, del Impuesto sobre Sociedades, establece:

"1. Los sujetos pasivos de este Impuesto deberán llevar su contabilidad de acuerdo con lo previsto en el Código de Comercio o con lo establecido en las normas por las que se rigen.

2. La Administración tributaria podrá realizar la comprobación e investigación mediante el examen de la contabilidad, libros, correspondencia, documentación y justificantes concernientes a los negocios del sujeto pasivo, incluidos los programas de contabilidad y los archivos y soportes magnéticos. La Administración tributaria podrá analizar directamente la documentación y los demás elementos a que se refiere el párrafo anterior, pudiendo tomar nota por medio de sus agentes de los apuntes contables que se estimen precisos y obtener copia a su cargo, incluso en soportes magnéticos, de cualquiera de los datos o documentos a que se refiere este apartado."

En este sentido, se ha de traer a colación el Real Decreto 2402/1985, de 18 de diciembre, por el que se regula el deber de expedir y entregar factura que incumbe a los empresarios y profesionales, (vigente hasta el 19 de diciembre de 2003), en cuyo art. 8.1 dispone que cuando se trate de operaciones realizadas por empresarios o profesionales, los "gastos necesarios" para la obtención de los ingresos deberán justificarse mediante "factura completa".

El concepto de "factura completa" lo recoge el art. 3 del Real Decreto, que menciona los datos o requisitos que deben reunir estos documentos mercantiles. Entre ellos, la "numeración de las facturas", el "nombre y apellidos o denominación social" del expedidor del documento y del destinatario, "descripción de la operación y su contraprestación total" y "lugar y fecha de su emisión". Por tanto lo exigido por el Real Decreto 2402/1985, es que la "factura" contenga los datos e importes por los que se identifique, tanto al expedidor de la factura, como al pagador de la misma y la operación realizada.

Así las cosas, se puede concluir que la "deducibilidad" fiscal de un gasto exige, además del cumplimiento de las normas contables, que el servicio o contraprestación que se satisface se haya producido realmente, de forma que quede plasmado detalladamente en el documento probatorio mercantil (factura, en su caso).

En el supuesto que se enjuicia, los gastos controvertidos tienen su origen en el contrato de dirección y gestión firmado en fecha 8 de enero de 1992 -documento nº 22 de los aportados con la demanda- entre HASA, matriz, y HUARTE, filial, por el que aquélla se compromete a prestar a ésta servicios tales como "la captación y apoyo de contratos de obra relevantes tanto en España como en el extranjero; realización de trabajos y estudios económicos, contables y financieros etc.; control de operaciones y alta dirección; servicios de consolidación de cuentas anuales; gestiones varias ante las Administraciones Públicas; estudios estratégicos y de viabilidad de proyectos sociales, de obras y proyectos; y, de forma genérica, la representación del Grupo" -expositivo segundo-. A cambio HASA SA percibiría de HUARTE SA el 0,75% de su volumen de operaciones, ventas o cifras de negocio en el ejercicio económico procedente.



La factura correspondiente se emitió el 31 de diciembre de 1993, por importe total de 8.539.501,86 euros (1.420.853.557 ptas) más el 15% de IVA, en la que no se especificaba el contenido de los servicios específicos, sino que se mencionaba de forma genérica "Por los trabajos y servicios de gestión y dirección....".

La entidad recurrente contabilizó ambos importes en el ejercicio 1993, si bien, posteriormente, en cuanto al principal, anuló el asiento contable e imputó el gasto parte en el ejercicio 1994, por importe de 2.846.501,51 euros, y parte en el ejercicio 1996, por importe de 5.693.000,35 euros.

Hay que hacer constar, también, que requerida la entidad para que acreditara los distintos trabajos no aportó acreditación documental adicional de la factura y el contrato, limitándose a manifestar "que los servicios se expresan en el cuerpo de la factura y en el propio contrato entregado a la Inspección en fecha 16 de febrero de 2.001"

Como se desprende de lo actuado en el expediente administrativo, así como de lo manifestado y declarado por las partes, es cierto que en el presente caso existe un contrato que sirve de soporte al gasto sufragado, al igual que se aporta la factura que ampara el servicio prestado; gasto que está contabilizado.

La cuestión que se suscita es la de, si ese gasto contabilizado y que la factura ampara dentro del contexto de lo pactado en el contrato de fecha 8 de enero de 1992, responde a "servicios" concretos efectivamente prestados por el concepto de "servicios de gestión".

La Sala entiende que, partiendo de que la contabilización de un gasto por sí mismo no presupone su deducibilidad, sino que, como se ha expuesto con anterioridad, es necesario probar que dichos gastos resultan necesarios para la obtención de los ingresos así como que existe una relación directa entre ingresos y gastos, requisitos que siendo de la incumbencia de la parte, no han sido suficientemente acreditados, la conclusión que se alcanza es la no deducibilidad de los expresados gastos. En efecto, la mera existencia de una factura, que genéricamente se refiere a "trabajos y servicios de gestión y dirección...", sin reflejar con detalle los servicios que pretende amparar, no resulta suficiente para acreditar la realidad y efectiva prestación de los servicios cuya deducibilidad se pretende, por lo que procede confirmar la decisión alcanzada por la resolución del TEAC que se revisa en este punto; máxime teniendo en cuenta que la actora, a requerimiento de la Inspección para la acreditación documental de los trabajos que se dicen realizados, no aportó acreditación adicional alguna al contrato y a la referida factura, en la que se realiza una descripción genérica de los servicios prestados, sin especificar la cuantificación del coste facturado por cada servicio, ni tampoco las fechas, refiriéndose a ellos con expresiones genéricas como "trabajos y servicios de gestión y dirección....", lo que induce a la Sala a pensar que la factura presentada por la entidad recurrente, más que corresponder a la retribución de servicios efectivamente prestados, lo que hace es reflejar, prima facie, un reparto de costes estructurales que debe soportar la matriz con el fin de sostener su eficacia empresarial y organizativa.

La falta de acreditación de la realidad de los servicios hace innecesario el examen de la cuestión relativa a su imputabilidad temporal."

En este motivo, la entidad recurrente señala primeramente que, pese a que la sentencia solo hace referencia a la Ley 43/1995, respecto del ejercicio 1994 serían de aplicación los artículos 13.c) y 16 de la Ley 61/1978 , señalando que en este último precepto no se contiene exigencia similar al de aquella, por lo que ni tan siquiera sería exigible la aportación del contrato de servicios de apoyo a la gestión.

Pese a ello, se pone de manifiesto que en el caso presente, tal como reconoce la sentencia, existía el contrato, que fue suscrito, y consta en autos, en 8 de enero de 1992, constando igualmente las facturas correspondientes, por lo que aquella, al no admitir la deducción de los gastos, infringe también el 8.1 del Real Decreto 2402/1985, por el que se regula el deber de expedir y entregar factura, que incumbe a los empresarios, precepto este en el que se dispone que tanto los gastos necesarios para obtener los ingresos como las deducciones practicadas, cuando estén originados por operaciones realizadas por empresarios o profesionales, "deberán justificarse mediante factura completa".

Se invocan las Sentencias de esta Sala de 3 de noviembre de 2005 y 16 de octubre de 2008 .

Se finaliza el desarrollo del motivo imputando a la sentencia la alteración de las reglas de la carga de la prueba, al imponer a la entidad recurrente una carga probatoria no prevista legalmente.

El Abogado del Estado, por su parte, alega que lo que la Sala entiende es que, aun cuando los gastos estén reflejados contablemente, no se ha acreditado que sean necesarios para la obtención de los ingresos, encontrándonos también ante una cuestión puramente fáctica de apreciación de la prueba.

Pues bien, el motivo debe desestimarse sobre la base de la misma argumentación llevada a cabo en el Fundamento de Derecho anterior, pues en esta materia también resulta relevante la apreciación probatoria que lleve a cabo la Sala de instancia.



En este sentido, en la Sentencia de 24 de mayo de 2012 (recurso de casación número 255/2008), se ha dicho:

"En el motivo se alega infracción del artículo 16.5 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre del Impuesto de Sociedades , en cuanto que en él se establece que las contribuciones que una sociedad efectúe a otra vinculada, en concepto de servicios de apoyo a la gestión, serán deducibles en la determinación de la base imponible del Impuesto de Sociedades, si se cumplen los requisitos establecidos en el precepto.

En efecto, el artículo 16.5 de la Ley 43/1995 establece:

" La deducción de los gastos en concepto de servicios de apoyo a la gestión prestados entre entidades vinculadas estará condicionada a que su importe se establezca en base a un contrato escrito, celebrado con carácter previo, a través del cual se fijen los criterios de distribución de los gastos incurridos a tal efecto por la entidad que los presta. Dicho pacto o contrato deberá reunir los siguientes requisitos:

a) Especificará la naturaleza de los servicios a prestar.

b) Establecerá los métodos de distribución de los gastos atendiendo a criterios de continuidad y racionalidad."

Pues bien, el motivo ha de decaer necesariamente, a la vista del resultado de la apreciación de la prueba, que supone que tales servicios no se han prestado."

Y bajo la vigencia de la Ley 61/1978, esta Sala también ha confirmado sentencias en las que se había concluido no estar demostrada la realidad de la prestación del servicio (por todas, Sentencia de 29 de septiembre de 2011, recurso de casación 2073/2009 , y de 8 de marzo de 2012, recurso de casación 3780/2012).

El motivo no prospera.

CUARTO. - El cuarto motivo viene referido a la provisión por insolvencias de una entidad vinculada, como es MAR DE CHICLANA, S.A. y se dirige con lo expuesto por la sentencia en el Fundamento de Derecho Sexto, en el que se argumenta:

" Sostiene la parte la deducibilidad de la dotación a la provisión por insolvencias de la sociedad MAR DE CHICLANA S.A, realizada en el ejercicio 1994 y cuyo importe asciende a la suma de 4.237.135,33 euros (705.000.000 ptas).

La Inspección desde el inicio y el TEAC posteriormente, han negado la deducibilidad de dicha dotación sobre la base de la existencia de vinculación entre HUARTE SA y la referida sociedad, con fundamento en el artículo 13.1.i) de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedad . Frente a ello, sostiene la recurrente en el presente recurso, remitiéndose a los argumentos expuestos en el fundamento de derecho cuarto del escrito de alegaciones presentado ante el TEAC, que da por reproducido, que "dicho mandato constituye una presunción que admite prueba en contrario".

Debe significarse, en primer término, que el artículo 13.2.i) de la Ley 61/78, del Impuesto sobre Sociedades , incluye entre las partidas deducibles para la determinación de los rendimientos netos "los saldos favorables que la Sociedad considere de dudoso cobro, siempre que esta circunstancia quede suficientemente justificada, a condición de que se traspasen a una cuenta especial de carácter suspensivo, que aparecerá compensada con otra de pasivo dotado con cargo a la cuenta de resultados del ejercicio".

Por su parte, el artículo 82 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades de 1982 , establece que "se entenderá suficientemente justificada tal circunstancia en los siguientes casos: a) Cuando el deudor esté declarado en quiebra, suspensión de pagos, concurso de acreedores o situaciones análogas. b) Créditos reclamados judicialmente o sobre los que el deudor haya suscitado litigio de cuya resolución dependa, total o parcialmente, su cobro. c) Créditos morosos, considerándose tales aquéllos en que haya transcurrido, como mínimo, seis meses desde su vencimiento sin que se haya obtenido el cobro".

En relación, precisamente, con el controvertido concepto de los "saldos de dudoso cobro", el propio precepto citado, en su apartado 3, dispone que no tendrán tal consideración: "a) Los adeudados por Entes públicos. b) Los que correspondan a operaciones avaladas por los Entes a que se refiere la letra anterior. c) Los garantizados por hipoteca, prenda, pacto de reserva de dominio o garantías reales equivalentes, en cuanto a la parte garantizada, salvo en los casos de pérdidas o envilecimiento de la garantía, así como los que hayan sido objeto de renovación o prórroga. d) Los adeudados por personas o Entidades que tengan la consideración de vinculadas, según las normas del artículo 39 de este Reglamento , salvo en los casos de insolvencia judicialmente declarada y en la parte a que efectivamente afecte la insolvencia".

De la interpretación conjunta de ambos preceptos, legal y reglamentario, se desprende que para que la Sociedad pueda calificar como de "dudoso cobro" los saldos favorables, deben concurrir los siguientes requisitos: en primer lugar, la situación acreditada de insolvencia del deudor; en segundo término, que el deudor no sea una



Entidad que tenga la consideración de vinculada, según las normas del artículo 39 de este Reglamento , salvo en los casos de insolvencia judicialmente declarada y en la parte a que efectivamente afecte la insolvencia; finalmente, que dicho crédito no esté garantizado por cualquiera de los medios que el precepto cita.

Conforme a los términos de los preceptos, y por lo que aquí interesa, se permite la deducibilidad de créditos morosos entre entidades vinculadas pero sólo excepcionalmente, esto es, sometiéndolo a las limitaciones consistentes en que haya existido un pronunciamiento judicial expreso que declare la insolvencia del deudor y, además, limitándose la deducibilidad a la parte, exclusivamente, a la que alcance la insolvencia y no a la totalidad del crédito moroso. En este sentido, la matización introducida por el Reglamento resulta coherente y plenamente amparada por el ámbito objetivo definido por la norma legal, ya que el artículo 13 ya exige que el carácter dudoso del crédito de que se trate esté "suficientemente justificado", requisito que el Reglamento desarrolla o matiza, siempre respetando el contexto legal, pues cabe deducir, en una recta interpretación de los preceptos en juego, que dadas las características operativas de los negocios y operaciones entre sociedades vinculadas entre sí, la justificación del crédito entre ellas como dudoso dependa de una caracterización objetiva de la situación patrimonial del deudor, para evitar así ficticias relaciones crediticias que permitieran a una de ellas, en concierto con la otra, deducirse los respectivos importes al margen de toda idea de insolvencia real o aparente, que es lo que se trata de evitar.

En el supuesto que se enjuicia, partiendo de que no se discute la vinculación existente entre ambas sociedades, HUARTE y MAR DE CHICLANA, y no concurriendo los requisitos exigibles para que en tales supuestos se permita la deducibilidad, lo cierto es que la pretendida deducibilidad resulta de todo punto improcedente, a tenor del artículo 82.3 d) del Reglamento del Impuesto .

Pero es que, además, debe resaltarse que se remite la parte, en este punto, a las alegaciones efectuadas ante el Tribunal Económico Administrativo Central, sin exponer ahora ni siquiera en qué vicios, a su juicio, ha incurrido la resolución dictada por dicho Tribunal, vicios que, en consecuencia, debían ser analizados en el presente recurso jurisdiccional.

La Sala no puede por menos que señalar que al remitirse a lo expresado en anterior escrito no da estricto cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 56-1 de la Ley 29/1998 , que dispone "En los escritos de demanda y de contestación se consignarán con la debida separación los hechos, fundamentos de derecho y las pretensiones que se deduzcan, en justificación de los cuales podrán alegarse cuantos motivos proceden, hayan sido o no planteadas ante la Administración.". En efecto, la actora se desentiende del deber de todo recurrente de exponer de forma razonada y con los correspondientes requisitos técnico-jurídicos los motivos de su impugnación en este punto.

Pues bien, es claro que la ausencia de alegación y fundamentación alguna en la demanda respecto de tal motivo de impugnación, debe conducir a su desestimación, al impedirse así el control de legalidad de la actuación administrativa al que hace referencia el artículo 106.1 de la CE , pues la Sala no puede enjuiciar el acierto o no de la resolución que se revisa si la parte no cumple el deber que le impone el citado artículo 56 de exponer los motivos en que fundamenta su pretensión.

Frente a dicho actuar, la Sala, en ausencia de otro tipo de razones por parte de la recurrente, debe hacer suyos los razonamientos de la resolución dictada en única instancia por el Tribunal Económico Administrativo Central, en este punto controvertido, pues como ha señalado el Tribunal Supremo en sentencia de 4 de mayo de 2005 (RJ 2005\3969), la necesidad de expresar las razones legales de disenso contra la sentencia (la resolución del TEAC, en este caso) trae como consecuencia que la mera reproducción de lo ya alegado y desestimado por la sentencia (resolución) recurrida, como argumentación básica del recurso intentado, suponga la desestimación del mismo, ya que quien así procede no está sometiendo a crítica fundada la decisión recurrida.

De ahí que desestimado deba quedar este motivo del recurso."

En esta ocasión el motivo se articula sobre la base de imputar a la sentencia infracción del artículo 13,i) de la Ley 61/1978,de 27 de diciembre , 82 de su Reglamento (Real Decreto 2631/1982, de 15 de octubre) y 56.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa .

Se aduce que la jurisprudencia citada en la sentencia no es de aplicación porque el TEAC se limitó a reproducir el razonamiento de la Inspección, por lo que el recurrente se limitó a reproducir la argumentación, remitiéndose a las alegaciones formuladas en la vía económico-administrativa.

Además se opone que el artículo 56 de la LJCA no impide que la demanda pueda hacer una remisión a alegaciones previas, cuando el contenido de las mismas y la pretensión resulten claras.

Finalmente, se alega la infracción de los artículos 13.i) de la Ley 61/1978 y 82.3 del Reglamento del Impuesto de Sociedades , pues en ellos, a juicio de la parte recurrente, no se impide la deducción por insolvencias



de entidades vinculadas sino que se establece una presunción "iuris tantum", que obliga al contribuyente a acreditar la insuficiencia patrimonial del deudor, circunstancia concurrente en el presente caso, que impone la admisión de la deducción correspondiente.

El Abogado del Estado opone que ninguna argumentación nueva se hace respecto de lo en su día acordado en la liquidación tributaria.

Pues bien, la polémica en torno a la supuesta infracción por la sentencia del artículo 56 de la Ley Jurisdiccional carece de sentido a partir de que esta Sala no comparte la tesis de la recurrente en torno a la interpretación que debe darse al artículo 82.3.d) del Reglamento del Impuesto de Sociedades de 1982, en relación con el artículo 13.i) de la Ley 61/1978.

En efecto, el problema que podía plantear la interpretación del artículo 82.3 del Reglamento del Impuesto de Sociedades, aprobado por Real Decreto 2382/1982, de 15 de octubre, en su relación con el artículo 13.i) de la Ley 61/1978, fue resuelto por nuestra Sentencia de 5 de octubre de 2011 (recurso de casación 3652/2007), en un supuesto en el que en la instancia judicial, la entidad recurrente alegó que el precepto reglamentario en que se había basado la Inspección para no aceptar como gasto deducible la provisión para insolvencias dotada, era ilegal, al excederse de las facultades concedidas para el desarrollo de lo establecido en el art. 13.i) de la Ley 61/1978, por exigir una insolvencia declarada judicialmente, que no imponía la ley, al referirse únicamente a los saldos de dudoso cobro, siempre que esta circunstancia quedase suficientemente justificada, siendo desestimada la pretensión, formulada en la instancia, por entender la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional que el Reglamento se limitaba a desarrollar o matizar el requisito exigido por la Ley, cuando de sociedades vinculadas se trata, "pues cabe deducir en una recta interpretación de los preceptos en juego, que dadas las características operativas de los negocios y operaciones entre sociedades vinculadas entre sí, la justificación del crédito entre ellos como dudoso depende de una caracterización objetiva de la situación patrimonial del deudor, para evitar así ficticias relaciones crediticias que permitieran a uno de ellas, en concierto con la otra, deducirse los respectivos importes al margen de toda idea de insolvencia real o aparente, que es lo que se trata de evitar".

Pues bien, nuestra Sentencia, al confirmar la sentencia, desestimando el recurso de casación, declaró (Fundamento de Derecho Cuarto):

"... hemos de rechazar la vulneración del principio de reserva de ley, ya que como declaró esta Sala, sentencia, entre otras, de 30 de Septiembre de 2005, que cita el Abogado del Estado, la reserva de ley alcanza a la potestad originaria de establecer tributos, a los elementos esenciales de éstos y al establecimiento de beneficios fiscales, pero no a la regulación de cualquiera de estas materias. Por ello, salvado el principio de jerarquía normativa y de no contradicción de la ley por el reglamento, no existe inconveniente para la legítima colaboración del reglamento con la ley.

Tampoco cabe entender infringido el principio de jerarquía normativa en este caso por parte del artículo 82-3 d) del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, en cuanto, según la recurrente, introduce requisitos y exigencias normativas más restrictivas para el sujeto pasivo que la norma legal no prevé específicamente, al exigir para la deducibilidad de las provisiones para los saldos de dudoso cobro, tratándose de entidades vinculadas, que la insolvencia se hubiese declarado judicialmente, pues como declaró la Sala, en sentencia de 15 de Diciembre de 2009, al resolver un recurso similar, casación 4870/2004, confirmando la sentencia recurrida, que rechazó este motivo "tratándose de entidades vinculadas, es lógica la exigencia reglamentaria que se establece para la deducibilidad de los créditos morosos, esto es, que la insolvencia haya sido declarada judicialmente, habida cuenta de la unidad o coincidencia de intereses que se produce en estos casos, y de ahí que la justificación del crédito entre sociedades vinculadas como dudoso dependa del contraste judicial de la insolvencia, para evitar así ficticias relaciones crediticias que permitieran a una de ellas, en concierto con la otra, deducirse los respectivos importes al margen de toda idea de insolvencia real o aparente.

En todo caso, aunque no se aceptara lo anterior, hay que reconocer que el exceso reglamentario denunciado quedó solventado con la publicación del Real Decreto Ley 24/1982, de 29 de Diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, financiera y tributaria, que fue convalidado por la Ley 5/1983, de 29 de Junio, cuyo art. 18.2 estableció que " A efectos de la aplicación de lo establecido en la letra g) del apartado 1 .1ª. del artículo 19 de la Ley 44/1978, de 8 de septiembre, y en la letra i) del art. 13 de la Ley 61/1978, de 27 de Diciembre, respecto de los saldos de dudoso cobro de los que sea acreedor el sujeto pasivo, el Ministerio de Economía y Hacienda establecerá coeficientes máximos de dotación a la provisión por insolvencia en función de las condiciones de morosidad de las operaciones. Dichos coeficientes no resultarán aplicables a las operaciones debidamente garantizadas, así como tampoco a los saldos adeudados por personas o entidades que tengan la consideración de vinculadas según lo dispuesto en el apartado 4 del art. 16 de la Ley 61/1978 de 27 de diciembre

."



En todo caso, y de acuerdo con ello, la jurisprudencia de esta Sala ha venido haciendo uso reiterado de lo dispuesto en el artículo 82 del RIS de 1982, cuando se trata de provisiones para insolvencias respecto de sociedades vinculadas (por todas, Sentencia de 9 de junio de 2011, recurso de casación número 5292/2010).

Pues bien, en el caso presente, consta probado que la entidad MAR DE CHICLANA,S .A. , entidad vinculada con la recurrente tenía contraída una deuda con la misma de 705.000.000 ptas., sin haberse producido declaración judicial de insolvencia, por lo que, de conformidad con lo expuesto anteriormente, procede declarar la desestimación del motivo.

QUINTO.- Los motivos Quinto, Sexto y Séptimo, que serán resueltos de forma simultánea, se dirigen contra lo argumentado en el Fundamento de Derecho Séptimo, en el que tras exposición de una detallada serie de datos, y procediéndose a su valoración conjunta, la Sala de instancia llega a la conclusión, confirmatoria de la tesis de la Administración, de existencia de una condonación de deuda por parte de HUARTE respecto del Grupo HASA, por el importe del saldo de la cuenta corriente entre ambas entidades, que ascendía a 85.433.942,76 euros, que era la cantidad por la que se había llevado a cabo la correspondiente provisión por insolvencias:

Dice la Sala de instancia en el referido Fundamento de Derecho:

" Procede, seguidamente, examinar la cuestión relativa a la anulación por la Inspección del ajuste negativo practicado en el resultado contable de 1996, por importe de 85.433.942,76 euros, que respondía al concepto de dotaciones hechas por insolvencias en las cuentas corrientes existentes con el Grupo económico HASA.

El examen del referido motivo aconseja partir de los siguientes datos recogidos en la resolución del TEAC que se revisa.

1. En 1995 Huarte SA dotó una "provisión por insolvencias cuenta corriente" por importe de 142.974.769,51 € (23.789 millones de ptas) por considerar incobrable el saldo deudor de la cuenta corriente que mantenía con su matriz HASA y con algunas de sus filiales, efectuando un ajuste positivo al resultado contable por dicha provisión al tratarse de entidades vinculadas.

2. En 1996, al romperse la vinculación, efectuó un ajuste negativo al resultado contable por dicho importe.

3. Requerida por la Inspección el detalle de la distribución del citado importe entre los saldos de la cuenta corriente de su matriz HASA y los saldos de las cuentas corrientes filiales, de la documentación aportada se derivaba que 142.974.769,51 €(23.789 millones de ptas) era el saldo neto de distintas partidas positivas y negativas, destacándose dos partidas:

3.1) 94.218.528€ (15.676.644.000 ptas) y

3.2) 9.245.777,89€ (1.538.368.000 ptas).

4. En cuanto a la partida por importe de 94.218.528€ (15.676.644.000 ptas):

4.1) Era el saldo neto de la deuda que a 31 de diciembre de 1995 tenía el Grupo Hasa frente a Huarte y que era objeto de la provisión señalada.

4.2) Dentro de dicho saldo destacaba una partida por importe de 120.970.430,2 €(20.127.786.000 ptas), saldo de la cuenta corriente que a 31 de diciembre de 1995 tenía Hasa frente a Huarte.

4.3) De la documentación aportada por la interesada relativa a la evolución de esta última cuenta corriente mantenida con HASA deriva lo siguiente: A 31 de diciembre de 1993, HASA debía a Huarte sólo 9.991.225,22€ (1.662.400.000 ptas), aumentando la deuda significativamente en 1994 (incremento de 51.270.539,59€(8.530.700.000ptas) y continuando el aumento en 1995 (incremento de 59.708.749,53€ (9.934.700.000 ptas) hasta llegar al saldo final de 120.970.430,2€ (20.127.786.000 ptas). La práctica totalidad de los movimientos de la cuenta se realizaban en una sola dirección: de Huarte a HASA (de 95 movimientos sólo 2 iban en dirección a Huarte). Huarte actuaba como pagadora de prácticamente todos los pagos financieros de Hasa, desde el pago de impuestos de HASA o de otras empresas del Grupo, a transferencias, entregas en efectivo etc. incluyendo partidas respecto de las que no se aportó justificante alguno.

4.4) En 1996, HASA hizo desaparecer de su pasivo en la declaración del Impuesto sobre Sociedades la deuda mantenida con Huarte.

4.5) El Dictamen emitido por la Intervención Judicial, nombrada a efectos de la suspensión de pagos de Huarte y el informe emitido por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, consideran que no existía obligación legal en los pagos efectuados por Huarte en nombre del Grupo HASA y que el progresivo endeudamiento de Hasa frente a Huarte fue la causa absolutamente determinante de la suspensión de pagos de Huarte.



4.6) En cuanto a las acciones emprendidas por Huarte para el cobro de la deuda, la Cláusula 19 del Convenio de 7 de febrero de 1996 suscrito entre HASA y Huarte señalaba que : "HASA, SA y LA COMPAÑÍA se comprometen a alcanzar y formalizar un acuerdo por el que HASA SA como deudora ceda en dación para pago de deudas a favor de la Compañía los bienes de su activo remanente después de la realización de las daciones en pago establecidas en la Cláusula 3 anterior y señaladas en el Anexo 6 ".

4.7) En el documento firmado por ambas partes con la misma fecha "Dación de HASA a HUARTE SA para pago de deudas", tras reconocerse que HASA debía a HUARTE aproximadamente 172.490.473.96€ (28.700.000.000 ptas), se aceptó por Huarte para el pago parcial de la deuda la transmisión fiduciaria de bienes valorados en 13.462.673,3€(2.240.000.360 ptas).

4.8) Huarte reconoció en diligencia de 21 de septiembre de 2.001 que no había reclamado judicialmente la deuda.

4.9) Si bien existían Diligencias Previas en vía penal, dicho proceso no se refería a esta deuda, personándose Huarte únicamente por la petición que hacía de ser considerada perjudicada y no imputada.

4.10) La Inspección estima que la presente partida por importe de 94.218.528€ (15.676.644.000 ptas), no es deducible fiscalmente, si bien el ajuste realizado por el presente concepto alcanza el importe de 76.188.164,87€(12.676.644.000 ptas), siendo el importe restante, 18.030.363,13€(3.000.000.000 ptas) objeto de un ajuste fiscal independiente consecuencia de la no admisión de la provisión por clientes de dudoso cobro respecto de la entidad vinculada Josefa Valcarcel 42 SA.

5) En cuanto a la partida por importe de 9.245.777,89€ (1.538.368.000 ptas):

5.1) Era el saldo neto de la deuda corriente que a 31 de diciembre de 1995 tenía la filial HASAMEX frente a Huarte y que era también objeto de la provisión señalada.

5.2) Requerida por la Inspección justificación documental, la interesada manifestó que 6.248.013,65 euros (1.039.582.000 ptas) correspondían a deuda directa de HASAMEX con Huarte y el resto correspondía a deudas existentes entre HASAMEX y otras empresas participadas por Huarte SA, que ésta asumía, convirtiéndose así en deudora frente a ellas, en virtud del Convenio de 7 de febrero de 1996 .

5.3) No constaba que HUARTE SA hubiera efectuado reclamación alguna de deuda a HASAMEX.

5.3) La Inspección estima que la presente partida por importe de 9.245.777,89€ (1.538.368.000 ptas) no es deducible fiscalmente.

La Sala, compartiendo el criterio recogido en la resolución del TEAC que se enjuicia, considera que las anteriores cifras, los hechos reflejados y, en general, la grave situación financiera por la que atravesaba HASA, hacían pensar en una improbable devolución de los importes, situación pese a la cual, HUARTE siguió asumiendo una posición acreedora cada vez mayor, como revela la evolución de la deuda, con un incremento continuo a lo largo de los ejercicios 1993, 1994 y 1995, asumiendo pagos que hubieran debido realizar HASA o cualquiera de las empresas del Grupo, en concreto HASAMEX, actitud ésta improbable entre sociedades independientes, cuya única explicación cabe encontrarla en la relación de vinculación existente entre las partes; y si bien es cierto que las operaciones efectuadas se reflejaban contablemente como una cuenta corriente entre sociedades, no es menos cierto que del expediente se deriva que los pagos respondían en su mayoría a operaciones de financiación y no de tráfico mercantil, siendo la casi totalidad de los pagos realizados por HUARTE en nombre de las otras entidades, con escasos pagos en sentido contrario, en concreto, tal y como se ha expuesto anteriormente, de 95 movimientos sólo 2 iban en dirección a HUARTE.

En efecto, reiteradamente se ha expuesto por esta Sala, siguiendo en este punto la Jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo (sentencias de 12 de junio de 1976 , 27 de junio de 1989 , 11 de marzo de 1992 y 20 de mayo de 1993), que el contrato de cuenta corriente se define como un contrato mercantil por el cual dos personas, por lo general comerciantes, en relación de negocios continuados, acuerdan temporalmente concederse crédito recíproco en el sentido de quedar obligadas ambas partes a ir sentando en cuenta sus remesas mutuas, como partidas de cargo y abono, sin exigirse el pago inmediato, sino el saldo, a favor de la una o de la otra, resultante de una liquidación por diferencia, al ser cerrada aquélla en la fecha convenida. Tal contrato de carácter consensual y bilateral, no puede confundirse con el contrato de préstamo regulado en los artículos 1753 a 1757 del Código Civil y 311 y siguientes del Código de Comercio , de naturaleza real, que se perfecciona por la entrega de la cosa prestada, y unilateral por cuanto de él sólo surgen obligaciones para uno de los contratantes, el prestatario. Presenta no obstante también diferencias con la cuenta corriente bancaria, de liquidaciones periódicas cualquiera que sea su estado, y que se caracteriza más por ser un contrato complejo, de depósito irregular con devengo de intereses y liquidaciones periódicas por el Banco (sentencias de 23 de mayo de 1946 , 7 de marzo de 1974 y 11 de marzo de 1992). Frente a las anteriores relaciones contractuales, la cuenta corriente comercial actúa como un instrumento contable para facilitar las relaciones económicas



entre comerciantes, constituyéndose por simples anotaciones contables de las sucesivas remesas expedidas o recibidas entre ellos.

En el supuesto que se enjuicia, el simple examen de los datos expuestos, pone de manifiesto que no estamos ante una relación de cuenta corriente mercantil, sino que los pagos responden en su mayoría a operaciones de financiación y no de tráfico mercantil, siendo la práctica totalidad de los pagos realizados por HUARTE en nombre de las otras entidades, y prácticamente inexistentes los realizados en sentido contrario, datos que, en su conjunto, llevan a concluir, ratificando la resolución del TEAC, que existió una condonación de deudas por HUARTE a favor de las referidas entidades, debiendo, por ende, calificarse como liberalidad y, por tanto, no deducible en el Impuesto sobre Sociedades, lo que lleva a ratificar el ajuste fiscal practicado por la Inspección

Esta conclusión no resulta desvirtuada por el hecho de que en el año 2.006 se haya interpuesto por la entidad hoy recurrente una reclamación contra la entidad HASA SA, actualmente NUF JHU SA, en la que ha recaído Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 53 de los de Madrid, de fecha 8 de enero de 2.007 , que condena a la parte demandada "a satisfacer al actor la cantidad de 73.437.307,88 euros a que según, corrección al Dictamen Pericial Judicial (sic), asciende la cantidad debida", pues, de un lado, la mención que se hace en la resolución del TEAC que se examina a la "ausencia de reclamación judicial" lo es como argumento a mayor abundamiento que viene a confirmar, aún más, la decisión alcanzada, pero en ningún caso es un argumento principal o decisorio de dicha conclusión. Pero es que, además, de otro lado, no puede olvidarse que el ajuste fiscal propuesto en el acta y recogido en el acto definitivo de liquidación tributaria, confirmado a su vez por la resolución del TEAC que se examina, se practica teniendo en cuenta los datos y documentos existentes en dicho momento y periodo, sin que, por tanto, pueda una resolución judicial dictada en fecha muy posterior tener la relevancia por la parte pretendida para desvirtuar un argumento expuesto a mayor abundamiento, y ello sin perjuicio de las relaciones internas entre ambas sociedades respecto de las que resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley General Tributaria , que dispone que "la posición del sujeto pasivo y los demás elementos de la obligación tributaria no podrán ser alterados por actos o convenios de los particulares. Tales actos y convenios no surtirán efecto ante la Administración, sin perjuicio de sus consecuencias jurídico- privados".

En el Quinto motivo, expone la parte recurrente que la sentencia infringe los artículos 14.f) de la Ley 61/1978 y 14.1.e) de la Ley 43/1995 , al concluir que existió liberalidad no deducible, por condonación de deudas por HUARTE a favor de HASA, S.A.y HASSAMEX, argumentándose que según la jurisprudencia que se cita, las modificaciones de la Ley 43/1995 tienen carácter meramente aclaratorio, de forma que queda superado el antiguo criterio de que cualquier gasto meramente conveniente, oportuno o voluntario era considerado como mera liberalidad, por ser distinto al puro gasto "necesario" fiscal, añadiéndose que "se acude... al concepto de gasto contable, que es el que se realiza para obtener ingresos, sin que se exijan requisitos adicionales para la deducibilidad fiscal del gasto, como serían, por ejemplo, su obligatoriedad jurídica o su ideductibilidad, como pretende la sentencia recurrida". Se invocan las Sentencias de esta Sala de 26 de diciembre de 2003 , 5 de marzo de 2004 , 12 de septiembre de 2007 y 16 de octubre de 2008 . Se hace mención especial de la Sentencia de 3 de junio de 2004 , "en la que claramente se admite que existen formas muy sutiles de contraprestación y se reconoce que ha desaparecido el criterio restrictivo respecto de la deducibilidad de los gastos, admitiéndose que en general, (y salvo los casos expresamente señalados por la norma), todos los gastos en que efectivamente incurren las empresas son fiscalmente deducibles".

Se sigue argumentando que tanto la Ley 61/1978, como la Ley 43/1995, establecen la presunción retributiva, y por su valor de mercado, de todas las cesiones de bienes y derechos, de modo que quien pretenda sostener lo contrario ha de asumir la carga de la prueba, añadiendo que el artículo 10.3 de la Ley 43/1995 , identifica el concepto de gasto deducible con el de gasto contable.

Tras lo expuesto, en este mismo motivo, la entidad recurrente procede a una enumeración de los negocios jurídicos objeto de pronunciamiento de la Audiencia Nacional, sosteniendo la improcedencia de su caracterización como condonación y liberalidad.

El Abogado del Estado, en su escrito de oposición a este Quinto motivo, tras afirmar que la Audiencia Nacional efectúa una correcta valoración de la prueba, pues consideró que las cifras reflejadas en las páginas 22 y 23 de su sentencia y sus antecedentes, hacían pensar en una improbable devolución de los importes que asumía HUARTE, en posición acreedora cada vez mayor, actitud improbable entre sociedades independientes y cuya única explicación era la vinculación y que si bien es cierto que las operaciones se reflejaban contablemente como una cuenta corriente, la prueba pone de manifiesto que no estamos ante una relación de este tipo, sino que los pagos correspondían a operaciones de financiación en su totalidad y no al tráfico mercantil, y existiendo, en definitiva, una condonación de deudas por parte de HUARTE a favor de las demás entidades, por lo que las correspondientes cantidades no son deducibles.



En el sexto motivo, en el que, recordamos, se alega la infracción por la sentencia de los artículos 114 , 115 , 116 y 118 de la Ley General Tributaria de 1963 y 217 y 386.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se ataca la fundamentación jurídica de aquella como consecuencia de que confirma el criterio de la Inspección, presumiendo que existió una condonación de deudas a favor de HASA, S.A Y HASSAMEX.

La sentencia recurrida, se sostiene en el motivo, pese al concienzudo análisis de la demanda y a las evidencias existentes, ratifica la valoración de la prueba efectuada por los órganos administrativos y la conclusión que de la misma se derivaba, conculcando con ello los preceptos invocados en cuanto al reparto de la carga de la prueba y a las normas reguladoras de los distintos medios de prueba en el procedimiento administrativo y en el recurso contencioso-administrativo.

En la medida en que la sentencia ha aplicado incorrectamente la prueba de presunciones, con infracción de los artículos 116 y 118 de la Ley General Tributaria de 1963 , aceptando la existencia de una condonación de créditos, sostiene la entidad recurrente que ha desplazado la carga de la prueba al contribuyente, que se ve obligado a demostrar la inexistencia de aquella, con la consiguiente vulneración también de los artículos 114 de la Ley General Tributaria y 217 y 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Por su parte, el Abogado del Estado opone que este motivo también se refiere a cuestiones relativas a la apreciación de la prueba, lo que resulta privativo de la Sala de instancia.

En fin, en el séptimo motivo se alega nuevamente infracción de las reglas de la sala crítica y con ello de los artículos 9.3 y 24.1 de la Constitución y 322 , 334 y 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y jurisprudencia aplicable.

Se vuelve a calificar de arbitraria e irrazonable la valoración de la prueba realizada por la Sala en relación a los hechos reflejados en el Fundamento de Derecho Séptimo, antes transcrito y especialmente en relación con la prueba documental obrante en autos, pues la misma "en ninguna medida prueba la existencia de una condonación de deudas por parte de HUARTE".

Se realiza "un análisis separado de cada uno de los documentos citados por la Audiencia Nacional que no han sido tenidos en cuenta adecuadamente en cuanto a la valoración final que realiza la misma".

Especial referencia se hace por la recurrente a la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 53 de los de Madrid, con fecha 8 de enero de 2007 , a cuyo efecto se pone de relieve que "en cuanto las circunstancias los hicieron aconsejable, interpuso reclamación judicial contra HASA,S.A. (actualmente, NUF JHU, S.A.), con el objeto de recuperar las cantidades adeudadas a dicha sociedad. La reclamación fue resuelta, como reconoce la Sala de instancia, por la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 53 de Madrid, de fecha 8 de enero de 2007 , que condena a la parte demandada al pago de 73.437.307,88 euros".

En el desarrollo del motivo se pone de manifiesto que tanto la Inspección como la resolución del TEAC, atribuyeron un valor trascendental a la ausencia de reclamación judicial de la deuda, así como que la confirmación del ajuste fiscal y resolución administrativa que la confirmó bajo el razonamiento de que se realizó en atención a los datos y documentos obrantes en el momento de la regularización, supone prescindir del valor de cosa juzgada de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 53 de Madrid; en fin, que la cita del artículo 36 de la Ley General Tributaria "no guarda relación con la existencia de una Sentencia judicial que viene a corroborar que nunca existió condonación de créditos".

El Abogado del Estado niega que exista apreciación arbitraria e irrazonable y afirma que la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 53 de Madrid, de 8 de enero de 2007 , no puede suponer una modificación de lo resuelto, pues, como dice la Audiencia Nacional, se practicó liquidación en función de los datos y documentos existentes en ese momento, con independencia de las relaciones que puedan existir entre las dos sociedades interesadas.

Pues bien, nuestra respuesta a este motivo, debe comenzar por señalar que, como consta en el Fundamento de Derecho Séptimo de la sentencia que se ha transcrito con anterioridad, la Sala procede a una apreciación conjunta de la prueba que reseña detalladamente y obtiene la conclusión de que existió una condonación por parte de HUARTE.

En el caso de apreciación conjunta de la prueba, la jurisprudencia tiene declarado no ser legítima la disección de cada una, a fin de elegir los datos que resultan favorables a la tesis que se defiende y silenciar u ocultar aquellos otros que la debilitan (por todas, Sentencia de esta Sala de 24 de noviembre de 2009 , correspondiente al recurso de casación número 1874/2006 y las que en ella se citan).

Aun cuando por lo expuesto no debemos hacer referencia a datos aislados, referidos a las relaciones existentes entre la entidades acreedora y deudora, si parece oportuno resaltar el criterio de terceros, como son la Intervención Judicial, nombrada a efectos de la suspensión de pagos de Huarte y la Comisión Nacional



del Mercado de Valores, que, sobre la base de los datos que tuvieron a su disposición en el ejercicio de sus respectivas competencias, consideraron que no existía obligación legal en los pagos efectuados por aquella en nombre del Grupo HASA y que la suspensión de pagos de Huarte, tuvo por causa determinante el progresivo endeudamiento respecto de dicha entidad por parte de HASA.

Pero también hemos de hacer una referencia obligada a la circunstancia de que tras la apreciación conjunta de la prueba practicada, la Sala de instancia procede a valorar el hecho posterior de que el Juzgado de Primera Instancia de Madrid nº 53, de los de Madrid dictara la sentencia de 8 de enero de 2007, en la que se condena a la parte demandada (NUF JHU, S.A, como sucesora de HASA, SA), a satisfacer a OBRASCON HUARTE LAIN, S.A, la cantidad de 73.437.307,88 euros, sentencia aportada en la última fase del recurso contencioso-administrativo en el que se dictó la sentencia que es ahora objeto de impugnación.

Pues bien, para una mejor comprensión del problema y de la solución que deba darse al mismo, debemos poner los hechos en su perspectiva histórica, para lo cual debe señalarse que las actuaciones de regularización de los ejercicios 1994 a 1997 se desarrollaron en el año 2001 y finalizaron con los acuerdos liquidatorios de 2002, y que la resolución del TEAC, en la que se hacía referencia a la falta de reclamación judicial, como argumento en pro de la condonación, es de 19 de mayo de 2005. Tras ello, la demanda de OBRASCON HUARTE LAIN, S.A frente NUF JHU, S.A, como sucesora de HASA, SA, se interpuso hasta el 16 de febrero de 2006, dictándose sentencia por el Juzgado de Primera Instancia número 53 de Madrid, en 8 de enero de 2007, en la que se estima la demanda sobre la base de la existencia reconocimiento de deuda de 28.700.000.000 ptas., que figura también entre los datos tenidos en cuenta por la sentencia impugnada, tal como se ha hecho constar anteriormente.

Tras la exposición anterior, lo primero que debe ponerse de manifiesto respecto de la alegación formulada por la recurrente, es que siendo susceptible de recurso de apelación la sentencia dictada por el Juzgado de lo Civil, sin embargo, no se ha justificado su firmeza, por lo que difícilmente podría surtir efectos de cosa juzgada, respecto de la Administración, debiendo señalarse en este punto que, como se ha dicho por la Sentencia de la Sala de lo Civil de este Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2009 (recurso de casación número 2194/2002), *"la vinculación que deriva de la cosa juzgada material, sea en su vertiente negativa, de impedir o excluir un nuevo enjuiciamiento cuando entre lo resuelto en el primer pleito y lo planteado en el segundo existe plena identidad de personas, cosas y causas, o en su vertiente positiva, de no vedar un nuevo proceso pero sí condicionar la decisión de fondo referente a materias conexas con las ya anteriormente resueltas, exige que la resolución dictada en el primer pleito sea una sentencia firme (es decir, no susceptible de ser impugnada por medio de recursos en el seno del mismo proceso), y resuelva el fondo del asunto, pues sólo así cabe entender juzgada definitivamente la pretensión."*

Por otra parte, en ningún caso puede tener lugar el efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada material, que sólo aparece cuando el segundo proceso tiene el mismo objeto que aquél en el que se dictó la sentencia anterior, por cuanto falta esa identidad objetiva, pero también la identidad subjetiva o de partes, a la que se refiere hoy el artículo 222.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la cual derogó el artículo 1252 del Código Civil, que durante más de un centenar de años fue el pilar básico de la cosa juzgada.

En efecto, el indicado precepto señala que *"La cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos o causahabientes, así como a los sujetos no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de la esta Ley ..."* (el párrafo segundo de este apartado recoge la extensión de cosa juzgada por ministerio de la ley respecto de las sentencias sobre estado civil, matrimonio, filiación, paternidad, maternidad e incapacitación y reintegración de la capacidad).

Pero tampoco concurre el efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada, que para efectividad del principio de seguridad jurídica, requiere que las sentencias parcialmente coincidentes, no sean contradictorias entre sí, para lo cual se entiende que lo decidido en el proceso anterior con carácter firme, tiene carácter prejudicial y ha de respetarse y tenerse en cuenta en la sentencia que se dicte en el proceso posterior. A él se refiere el artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al señalar que *"Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior, cuando éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal."*

Por tanto, solo se produce también el efecto positivo de la cosa juzgada cuando la sentencia anterior es firme y se trata de los mismos los litigantes, sin que ninguna de las circunstancias concorra en el presente caso.

Pero es que, además, y consecuencia de lo expuesto, sucede que en la sentencia del Juzgado de lo Civil no existe pronunciamiento alguno sobre la existencia o no de condonación previa, como causa de extinción de la deuda (artículo 1156 del Código Civil), lo que no puede tener otra causa que la de no haber sido objeto de debate en el proceso.



Por todo ello, la existencia de dicha sentencia no puede impedir que este Orden Jurisdiccional, dentro del ámbito de su competencia, y en un proceso en el que son parte, de un lado, la recurrente (demandante en el proceso civil) y, de otro, la Administración, a partir de reconocer la existencia de deuda y valorando los medios de prueba puestos a su disposición, aprecie que la misma ha sido objeto de condonación, a efectos de no considerar deducible la provisión en el Impuesto de Sociedades.

En fin, todavía debemos exponer una razón más para la desestimación del motivo y es ésta la de que en el supuesto de no apreciarse la existencia de condonación, la provisión por insolvencia no hubiera podido ser objeto de deducción, porque habría de aplicarse la limitación establecida para el caso de entidades vinculadas, pues si bien es cierto que la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto de Sociedades, que rigió ya en el año al que se refiere el conflicto (1996), derogando el viejo Reglamento de 1982 (Disposición Derogatoria Unica.8), no lo es menos que también dispuso en su artículo 12.2 que "... No serán deducibles las dotaciones para la cobertura del riesgo derivado de las posibles insolvencias de personas o entidades vinculadas con el acreedor, salvo en el caso de insolvencia judicialmente declarada..."

Por lo expuesto, el motivo no puede prosperar.

SEXTO. - El octavo motivo de casación se formula contra la confirmación por la sentencia de la improcedencia de deducir en la base imponible del ejercicio 1996, el importe de una provisión para insolvencias correspondientes a unas partidas pendientes de pago por parte del Gobierno de Irak, efectuada en el Fundamento de Derecho Octavo de la sentencia impugnada, en el que se dice:

"Procede, seguidamente examinar la cuestión relativa al incremento de base imponible correspondiente al ejercicio 1996, por importe de 2.148.701,25 euros (357.513.806 ptas), que la entidad declaró como retenciones no recuperadas del Gobierno de IRAK por la realización de obras en dicho país.

La Inspección rechazó la deducibilidad de la provisión por insolvencias dotada por la entidad al considerar que la operación en la que tiene su origen no se encontraba suficientemente acreditada, postura confirmada por el TEAC en la resolución que se revisa al estimar que las partidas pendientes de pago por el Gobierno de Irak no quedaban suficientemente acreditadas. En efecto, declara la resolución que se enjuicia:

"como se ha señalado, en este impuesto, entre los requisitos que han de cumplir los gastos para que tengan el carácter de deducibles fiscalmente se encuentran el de su justificación, requiriendo una suficiente acreditación documental, el de la correlación con los ingresos, y el de su realidad, es decir, que quede acreditada la realidad del gasto. Pues bien, en el presente, del expediente deriva que la Inspección requirió la documentación acreditativa de la naturaleza y concepto de la operación, justificando la documentación aportada (contratos con el Gobierno de IRAK, contratos con la Compañía Española de Seguros de Crédito a la Exportación SA (CESCE, SA), cartas remitidas por la citada Compañía a la interesada) la existencia de acuerdos con el Gobierno de Irak para la construcción de hospitales, pero no acreditando la existencia de las partidas pendientes de pago, objeto concreto de la pérdida declarada por la entidad, por lo que, de acuerdo con el artículo 114 de la LGT, deben desestimarse sus pretensiones en este punto".

Aduce la parte, en primer término, que la Inspección no es competente para entrar a valorar la deuda, en la medida en que la misma tiene su origen en un ejercicio ya prescrito. Para el rechazo de dicho motivo baste con recordar que se trata de una pérdida fiscal que ha sido computada en el ejercicio 1996, si bien tiene su origen en un acto jurídico nacido en un ejercicio prescrito, de tal forma que la Inspección se encuentra plenamente facultada para comprobar cada una de las partidas consignadas en la declaración del impuesto no prescrito del sujeto pasivo, y ello sin perjuicio de que alguna de dichas partidas traiga su causa en un hecho producido en un periodo anterior ya prescrito que no podrá ser objeto de rectificación.

Acerca de esta cuestión ya se ha pronunciado repetidamente la Sala y no en sentido favorable a la tesis que en la demanda se sostiene. En la sentencia de 11 de marzo de 1999, recurso 62/1996, entre otras, ya se decía sobre el alcance de la actividad de comprobación y el valor de la prescripción de un ejercicio sobre los ejercicios posteriores, esto es, sobre las consecuencias fiscales de una relación jurídica nacida, precisamente, en un ejercicio irrevisable por causa de la prescripción, lo siguiente:

"sobre la segunda de las cuestiones planteadas, la Sala ya se ha pronunciado (R. 208/1993) en el sentido de que: "La Ley General Tributaria reconoce en su art. 109.1, en relación con el art. 140, entre las facultades de la Administración e Inspección, la de comprobación, al disponer que: "La Administración comprobará e investigará los hechos, actos, situaciones, actividades, explotaciones y demás circunstancias que integren o condicionen el hecho imponible"; señalando en su apartado 2, que: "La comprobación podrá alcanzar a todos los actos, elementos y valoraciones consignados en las declaraciones tributarias y podrá comprender la estimación de las bases imponibles, utilizando los medios a que se refiere el artículo 52 de esta Ley".



"Esta facultad de "comprobación" se ha de entender como constatación de la veracidad de lo declarado por el sujeto pasivo. En este sentido, esta actividad inspectora puede producirse en todo momento, sin que pueda sujetársele a plazo alguno. Sin embargo, su eficacia no puede traspasar el plazo de prescripción recogido en el art. 64 de la citada Ley, de forma que, si bien la Administración puede comprobar los datos declarados por el sujeto pasivo, configurando los elementos que condicionan las sucesivas declaraciones, lo que no puede hacer es extender a los ejercicios que quedan fuera del plazo de los cinco años los efectos de la comprobación, si bien puede fijar, tras la comprobación, los hechos, actos o elementos que determinan lo consignado en las declaraciones que, al quedar dentro del ámbito temporal del art. 64 LGT, si pueden ser objeto de investigación, y cuyo resultado podría ser el de la práctica de nueva liquidación por parte de la Administración".

"Es decir, la actividad que prescribe es el derecho de la Administración a determinar la deuda tributaria mediante la liquidación, y la acción para exigir el pago de las deudas liquidadas, no la actividad de comprobación, que se ha de sujetar al contenido legal de tal facultad".

"En el presente caso, se trataría de una especie de aplicación del principio del "tracto sucesivo", en el sentido de que lo perseguido por la Administración es que las declaraciones, de las que arrancan las liquidaciones practicadas dentro del plazo de los cinco años, guarden coherencia entre sí, y más en aquellos supuestos, como sucede en el presente, en el que se declaran partidas cuya amortización van más allá del plazo de los cinco años".

"Esta interpretación, en principio, parecería contraria a lo establecido en el art. 156 LGT que dispone: "La Administración rectificará en cualquier momento, de oficio o a instancia del interesado, los errores materiales o de hecho y los aritméticos, siempre que no hubieren transcurrido cinco años desde que se dictó el acto objeto de rectificación", y en su art. 159: "Fuera de los casos previstos en los artículos 153 al 156, la Administración Tributaria no podrá anular sus propios actos declarativos de derecho, y para conseguir su anulación deberá previamente declararlos lesivos para el interés público e impugnarlos en vía contencioso-administrativa, con arreglo a la Ley de dicha Jurisdicción", en relación con el art. 8: "Los actos de determinación de las bases y deudas tributarias gozan de la presunción de legalidad, que sólo podrá destruirse mediante revisión, revocación o anulación practicada de oficio o a virtud de los recursos pertinentes"; sin embargo, estos preceptos se han de incardinar en el contexto temporal del art. 64, pues enervan los derechos y acciones de la Administración no ejercidos en el plazo de los cinco años tendentes a liquidar y exigir lo liquidado, pero no prohíbe la posibilidad de comprobación de los elementos de las declaraciones vigentes, fijando los datos en los que se asientan, sin que pueda extenderlo a los ejercicios ya prescritos, cuya modificación es imposible legalmente".

No cabe, pues, entender que la Administración tributaria, en el caso presente, se haya excedido en tales límites, pues la declaración correspondiente al Impuesto sobre Sociedades de un ejercicio prescrito queda intangible, manteniéndose en su integridad no sólo la inexigibilidad de la obligación tributaria, por estar prescrita, sino los elementos componentes de dicha obligación, que la actividad comprobadora no analiza, pero ello no significa que, a los meros efectos de integrar la comprobación de ejercicios sucesivos, en este caso del ejercicio 1996, mantenga la Administración, bajo el ulterior control jurisdiccional, la facultad de calificación jurídica de las relaciones de las que derivan efectos fiscales en tales ejercicios no afectados por la prescripción, pues interpretar lo contrario sería como reconocer una especie de ultraactividad de la prescripción a ejercicios no afectados por ella, que no podrían regularizarse pese a que en ellos se obtuvieran rendimientos, ganancias, deducciones o pérdidas que, originarias de la relación jurídica nacida del ejercicio prescrito, hubieran de ser comprobadas, dando lugar a la exigibilidad, en su caso, de la deuda tributaria correspondiente.

En segundo término, alega la parte recurrente que la realidad de la deuda ha quedado suficientemente acreditada. No puede tampoco la Sala compartir dicha alegación, pues si bien es cierto que en el expediente existe documentación aportada por la sociedad que justifica la existencia de acuerdos con el Gobierno de IRAK para la construcción de los hospitales referidos en el escrito de demanda, sin embargo no se aporta documentación justificativa de las partidas pendientes de pago por parte de dicho Gobierno, sin que tampoco se acredite en forma alguna la naturaleza de la retención que se dice practicada, a qué concepto responde, ni la existencia de reclamación judicial o extrajudicial alguna de la referida deuda, lo que determina que, en aplicación del artículo 114 de la Ley General Tributaria, deba concluirse ratificando la decisión alcanzada en la resolución que se revisa."

Se argumenta que en los contratos suscritos con el Gobierno de Irak para la construcción de cinco hospitales, se preveía una retención del 5% para garantizar el buen fin de las obras contratadas y si bien existían las correspondientes pólizas de seguro con la Compañía Española de Seguros de Crédito a la Exportación, S.A., para obtener el reintegro de dicho importe, los sucesos acaecidos a partir de la invasión de Kuwait en 1990, hizo que aquella entidad denegara la prórroga de las pólizas.

Entiende la parte recurrente que no se le puede imponer la carga de demostrar un hecho negativo, como es el de que determinadas cantidades no han sido pagadas y que, en todo caso, el importe de la retención figuraba en ejercicios prescritos.



Pues bien, el dato clave para la resolución del motivo se encuentra en que la sentencia no solo declara que no esté justificada la existencia de cantidades pendientes de pago, sino que no está demostrada la naturaleza de la retención que se dice practicada y a qué concepto responde.

Y frente a ello, no puede pretenderse demostrar, la existencia del hecho de la "retención" por razón de haberse hecho figurar en las liquidaciones correspondientes a ejercicios prescritos. La prescripción, en efecto, extingue la deuda tributaria y la posibilidad de comprobar hechos que figuraran en la correspondiente autoliquidación, pero no exime de la necesidad de su demostración en ejercicios no prescritos.

Por lo expuesto, el motivo no prospera.

SEPTIMO. - El Noveno y último motivo sirve para reprochar a la sentencia infracción de los artículos 10.3 y 14 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, en relación con lo expuesto por la sentencia en el Fundamento de Derecho Noveno, en el que se dice:

" En último término, procede examinar el ajuste positivo realizado por cuotas de IVA., alegando la parte la procedencia de deducir el gasto derivado de unas cuotas de IVA devengado y no repercutido que han sido apreciadas como consecuencia de unas actuaciones de investigación y comprobación llevadas a cabo sobre Huarte SA.

Alega la parte la deducibilidad de la totalidad del importe de las cuotas de IVA derivadas de actas firmadas en conformidad y no sólo, como admite la Inspección, de la parte de las mismas que se corresponde con el IVA soportado no deducible.

Igual suerte desestimatoria ha de correr dicho motivo toda vez que, tal y como se expresa en la resolución del TEAC recurrida, de acuerdo con la normativa del IVA, tanto el IVA soportado por la empresa en sus adquisiciones como el repercutido por ésta a sus clientes, se consideran corrientes financieras, que originan créditos o débitos con el Tesoro Público, sin que, en la generalidad de los casos sea gasto deducible en el Impuesto sobre Sociedades, salvo en aquellos supuestos de exenciones totales y regla de prorrata, en los que el sujeto pasivo no tiene la posibilidad de deducir el IVA soportado del que ha repercutido, en cuyo caso el IVA será gasto deducible del ejercicio o mayor precio de adquisición del inmovilizado adquirido.

Pero es que, además, tal y como expone el Abogado del Estado en su escrito de contestación a la demanda, de admitir la pretensión de la actora resultaría que una deuda tributaria determinada por la Inspección en un acta de conformidad, por IVA, con resultado positivo y a ingresar, al ser deducible esa cantidad del Impuesto de Sociedades, la recurrente no habría tenido consecuencias fiscales, pues lo pagado por un impuesto, lo recuperaría por otro, lo que no resultaría admisible.

Procede, pues, la desestimación de dicho motivo."

La parte recurrente considera que tratándose de cantidades objeto de comprobación por IVA, que no van a poder ser repercutidas, han de ser objeto de deducción, al menos por aplicación del artículo 10.3 de la Ley del Impuesto de Sociedades de 1995.

El Abogado del Estado opone que tanto los importes soportados y repercutidos en IVA son corrientes financieras que originan créditos o débitos con el Tesoro Público por IVA, sin que se trate de gasto deducible en el Impuesto de Sociedades, salvo el supuesto de exenciones totales y regla de prorrata, en que el sujeto pasivo no tiene la posibilidad de deducir el IVA soportado del que ha repercutido, en cuyo gasto el IVA si será deducible en el Impuesto de Sociedades, o mayor precio de adquisición del inmovilizado adquirido, añadiendo que de no ser así resultaría que una deuda tributaria determinada en acta de conformidad por la Inspección, en IVA, se recuperaría en el Impuesto de Sociedades, sin ninguna consecuencia fiscal.

Sin embargo, el motivo debe desestimarse sobre la base de la doctrina de esta Sala, en la que se expone que el Impuesto sobre el Valor Añadido es un impuesto con repercusión e incidencia sobre los consumidores finales, dado precisamente que el mecanismo de deducción y de repercusión de sus cuotas impositivas permiten que se trasladen al consumidor final, gravando las operaciones económicas realizadas por la sociedad; es decir, que tratándose de un Impuesto que no se incorpora al precio del bien o producto, no resulta deducible, dado que el "IVA soportado", se ha de compensar con el "IVA repercutido". De esta forma, sólo la cuotas de IVA soportado no deducibles de acuerdo con la normativa propia de este impuesto, pueden considerarse a efectos del Impuesto de Sociedades como un gasto o bien como un mayor coste de los bienes por cuya entrega se devengan dichas cuotas (por todas, Sentencias de esta Sala de 11 de julio de 2011 (recurso de casación 3197/2007), 1 de diciembre de 2011 (recurso de casación y 12 de julio de 2012 (recurso de casación 6984/2009).

OCTAVO.- Al no aceptarse los motivos alegados, el recurso ha de ser desestimado. Pero además, la desestimación debe llevar aparejada la condena en costas, si bien que la Sala, haciendo uso de la facultad



prevista en el artículo 139.3 de la Ley de la Jurisdicción , limita los derechos de la parte recurrida por este concepto a la cifra máxima de 6.000 euros.

Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey y en el ejercicio de la potestad de juzgar que, emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

Que dentro del ámbito de admisibilidad, debemos **desestimar y desestimamos** el presente recurso de casación número 679/09, interpuesto por D. Adolfo Morales Hernández San Juan, Procurador de los Tribunales, en nombre de la entidad "**OBRASCON HUARTE LAIN, S.A .** ", contra la sentencia de la Sección Segunda, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 19 de diciembre de 2008, dictada en el recurso contencioso-administrativo número 427/2005 , con imposición de costas a la parte recurrente y con la limitación indicada en el Último de los Fundamentos de Derecho .

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos Rafael Fernandez Montalvo Manuel Vicente Garzon Herrero Joaquin Huelin Martinez de Velasco Oscar Gonzalez Gonzalez Manuel Martin Timon **PUBLICACION** .- Leída y publicada ha sido, la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, D. Manuel Martin Timon, hallándose celebrando audiencia pública, ante mí, el Secretario Certifico.

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS





Roj: **STS 1103/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:1103**

Id Cendoj: **28079130052018100124**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **20/03/2018**

Nº de Recurso: **2548/2015**

Nº de Resolución: **456/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **WENCESLAO FRANCISCO OLEA GODOY**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 456/2018

Fecha de sentencia: 20/03/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2548/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 13/03/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. **Wenceslao Francisco Olea Godoy**

Procedencia: T.S.J.CASTILLA-LEON CON/AD SEC.1

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

Transcrito por:

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 2548/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. **Wenceslao Francisco Olea Godoy**

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 456/2018

Excmos. Sres.

D. Jose Manuel Sieira Miguez, presidente

D. Rafael Fernandez Valverde

D. Octavio Juan Herrero Pina

D. Juan Carlos Trillo Alonso

**D. Wenceslao Francisco Olea Godoy**

D. Jose Juan Suay Rincon

D. César Tolosa Tribiño

En Madrid, a 20 de marzo de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación número 2548/2015 interpuesto por don Jose Augusto y doña Victoria y como representantes de su hija menor doña Bibiana , representados por el procurador Sr. García Crespo, bajo la dirección letrada de don Francisco-Javier Gómez Iborra contra la sentencia núm. 1203/2015, de 11 de junio, dictada por la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid, dictada en el recurso número 155/2012 . Ha comparecido como parte recurrida "Zurich Insurance PLC. Sucursal en España, S.L.", representada por la procuradora Sra. Centoira Parrondo, bajo la dirección letrada de don Eduardo Asensi Pallarés.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Wenceslao Francisco Olea Godoy**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida de fecha 11 de junio de 2015 contiene la parte dispositiva del siguiente tenor literal:

<<Que debo desestimar y desestimo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. Jose Augusto y Dña. Victoria contra la desestimación de su reclamación patrimonial, y todo ello sin realizar especial pronunciamiento respecto de las costas.>>

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia, la representación procesal de don Jose Augusto y doña Victoria presentó escrito ante la Sala de instancia preparando recurso de casación contra la misma. La Sala tuvo por preparado en tiempo y forma el recurso de casación, emplazando a las partes para que comparecieran ante el Tribunal Supremo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones ante este Tribunal, la representación procesal de los recurrentes, se personó ante esta Sala e interpuso el anunciado recurso de casación, fundamentado en los siguientes motivos:

Primero.- Por la vía que autoriza el artículo 88.1º.d) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , se denuncia que la sentencia de instancia vulnera los artículos 139 y 141 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , aún aplicable al caso de autos; el artículo 106.2º) de la Constitución y los artículos 217 , 219 , 326 y 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ; por estimar que la Sala sentenciadora realiza una valoración arbitraria de la prueba practicada en autos.

Segundo.- Por la misma vía casacional que el anterior, se denuncia que la sentencia de instancia vulnera lo establecido en los artículos 14 y 15 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de los Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica; al considerar que se aprecian omisiones en la historia clínica a que se refieren las actuaciones impugnadas que ha dificultado la prueba de los hechos en que se funda la pretensión indemnizatoria.

CUARTO.- Por Auto de la Sección Primera de esta Sala de fecha 10 de marzo de 2016 se acuerda:

<< **Primero:** Declarar la inadmisión del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Jose Augusto y Dña. Victoria contra la Sentencia 1203/2015, de 11 de junio, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Primera, Valladolid) del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, en el recurso nº 155/2012 , resolución que se declara firme.

Segundo: Declarar la admisión del Recurso de Casación interpuesto por D^a. Bibiana , contra la Sentencia 1203/2015, de 11 de junio, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Primera, Valladolid) del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, en el recurso nº 155/2012 ; y, para su sustanciación, remítanse las actuaciones a la Sección Cuarta de esta Sala de conformidad con las normas sobre reparto de asuntos. Sin costas.>>

Realizado el emplazamiento a la parte recurrida para que, en el plazo de treinta días, formalice escrito de oposición, lo realizó, oponiéndose al recurso de casación y suplicando a la Sala "... se dicte sentencia declarando no haber lugar al recurso de casación interpuesto, todo ello con expresa condena en costas a la recurrente."

QUINTO.- Concluidas las actuaciones, se señaló para votación y fallo la audiencia del día 13 de marzo de 2018, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Objeto y motivos del recurso.-

Se interpuso el presente recurso de casación número 2548/2015 por los cónyuges don Jose Augusto y doña Victoria , en su propio nombre y en representación de su hija menor de edad, Bibiana , contra la sentencia núm. 1203/2015, de 11 de junio, dictada por la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid, dictada en el recurso número 155/2012 ; que había sido promovido por los recurrentes, en impugnación de la desestimación tácita de la petición efectuada en instancia presentada en fecha 12 de febrero de 2011, ante la Junta de Castilla y León, de reclamación de indemnización de los daños y perjuicios que se les habían ocasionado por la asistencia sanitaria que le fue prestada a doña Victoria , con ocasión del parto en que nació su hija Bibiana , en fecha NUM000 de 2010.

En la mencionada reclamación se había solicitado que se fijase una indemnización en favor de los padres por importe de 150.000 €, más otra cantidad similar para atender los gastos de adecuación de la vivienda familiar a las condiciones de la menor; y una indemnización en favor de ésta por importe de 350.000 €, más una pensión vitalicia de 3.000 € mensuales o, en otro caso, una indemnización por importe de 600.000 €.

La mencionada reclamación de indemnizaciones estaban motivadas porque, a juicio de los recurrentes, la asistencia sanitaria que le fue prestada a la Sra. Victoria en el Hospital General Yagüe de Burgos durante el parto, fue deficiente y había ocasionado que la niña naciera con un daño cerebral que le ha ocasionado una tetraplejia espática y un importante daño en la visión.

La resolución presunta fue impugnada ante la Sala de instancia que en la sentencia que se recurre confirma la mencionada desestimación de la reclamación.

Las razones que llevan al Tribunal de instancia a rechazar la pretensión indemnizatoria es la propia naturaleza de la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración por asistencia sanitaria, que, se razona, no es una prestación pública de resultado, sino de tratamiento conforme a la "lex artis", que, en el caso de autos, valorando la prueba practicada, considera que no ha concurrido estimándose que el daño no era antijurídico.

A la vista de la fundamentación y decisión de la Sala de instancia se interpone el presente recurso tanto por los padres, en su propio nombre, como en nombre de la menor, habiéndose declarado inadmisibles, como ya se dijo, aquel primero y admitido solo el segundo.

El recurso, ya se anticipó, se funda en dos motivos, ambos por la vía del "error in iudicando" del párrafo d) del artículo 88.1º. de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , en su redacción aplicable al presente recurso, por los que se denuncia, en el primero, que la sentencia vulnera lo establecido en los artículos 139.1º y 141.1º del Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , aun aplicable al presente supuesto, así como los artículos 217 , 319 , 326 y 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , conforme han sido interpretados por la jurisprudencia de esta Sala Tercera que se cita. En el segundo motivo, se denuncia que la sentencia vulnera lo establecido en los artículos 14 y 15 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica.

Se termina por suplicar en nombre de la menor, que se estimen los motivos del recurso, se case la sentencia de instancia y se dicte otra en la que se acojan las pretensiones de la demanda en relación con la mencionada recurrente.

Se opone a la estimación del recurso la aseguradora "Zurich Insurance PCL, Sucursal en España, S.L.", comparecida en la instancia como codemandada.

SEGUNDO. Primer motivo del recurso. Valoración arbitraria de la prueba.-

Como ya se dijo, el motivo primero del recurso, por la vía del "error in iudicando", denuncia que la sentencia de instancia infringe los artículos 139.1º y 141.1º del Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y los artículos 217 , 319 , 326 y 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , así como la jurisprudencia de esta Sala Tercera que se cita.

Sin perjuicio de la invocación de los mencionados preceptos, es lo cierto que de la extensa argumentación del motivo ha de concluirse que lo cuestionado, como expresamente se inicia, no son propiamente aquellos primeros preceptos de la Ley de Procedimiento aplicable al caso de autos, porque ningún reproches se hace al respecto en el escrito de interposición. Lo que se cuestiona en el motivo es la valoración que hace la Sala de instancia de las pruebas aportadas al proceso, de las que considera la defensa de la recurrente que, valorada conforme se considera procedente, habría de concluirse, entonces sí, que concurren los presupuestos de la



responsabilidad patrimonial por deficiente asistencia sanitaria, vulnerándose, con esas premisas, aquellos preceptos de naturaleza material reguladores de la institución indemnizatoria en que se funda la pretensión.

Incluso cabría dar un paso más en esa delimitación del motivo, porque en ese reproche a la valoración de la prueba que se hace por el Tribunal de instancia, centra el objeto de las críticas del recurso el acogimiento que hace la sentencia recurrida sobre la eficacia probatoria del informe aportado a los autos en periodo probatorio por perito designado por la misma Sala sentenciadora. Todo lo cual remite el debate al invocado artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Para una mejor comprensión del motivo, es necesario que recordemos lo razonado al respecto por la Sala de instancia, que examina la cuestión sobre la concreción de los hechos en el fundamento segundo en el que, respecto a la valoración de las pruebas, se razona:

<<[...] sí hubo monitorización cardiotocográfica externa del parto, tanto en la fase de la dilatación como en la fase expulsiva así como que este es el sistema habitual y menos invasivo de control, si bien es cierto que es menos preciso que otros que, por el contrario, suponen actuar sobre el feto o la bioquímica y que suelen usarse sólo en casos de anomalías. No sólo eso, todos los peritos afirman que es el sistema más adecuado para controlar el riesgo de asfixia, por lo cual, alegaciones como la falta de partograma carecen de relevancia en este caso. La monitorización cardiotocográfica regula la frecuencia cardíaca fetal y la presión amniótica que aumenta con las contracciones y en este caso no muestra trazados anómalos que alerten de anomalía ninguna (folios 7 a 10 del informe pericial judicial e incluso folio 14 vuelto del informe de la parte actora que afirma que el segundo registro finaliza con una frecuencia cardíaca fetal dentro de la normalidad). Habiéndose aplicado ese control, que como se ha dicho, es el método normal y más adecuado para determinar el correcto funcionamiento del parto y en concreto el riesgo de asfixia (así lo afirma tanto el perito judicial como la perito de la actora al folio 13 de su informe), salvo que se produzca alguna anomalía que aconseje realizar una microtoma fetal para determinar el equilibrio ácido-básico o incluso la finalización del parto, lo que realmente es relevante en este caso es determinar si existían indicios bastantes para inducir la necesidad de realizar otras pruebas más precisas, asumiendo el riesgo de su carácter más invasivo o incluso si eran tan relevantes que aconsejaban otra praxis, como por ejemplo la práctica de una cesárea. Y en este aspecto la actora no expone ningún indicio de tal necesidad, ni tan siquiera la tan debatida cuestión en la vista de las deceleraciones tardías o variables, que no pueden considerarse que se integran en la pretensión en tanto que esta cuestión no se expone ni en la demanda y, en conclusiones, lo único que se afirma es que sin el control de las contracciones no pueden conocerse las mismas. En todo caso, entrando a resolver esta cuestión, lo primero que hay que decir al respecto es que en el informe presentado por la actora no se menciona en ningún lugar la existencia de deceleraciones tardías o variables, por el contrario, como ya se ha dicho, se hace constar lo contrario (frecuencia cardíaca fetal dentro de la normalidad); lo segundo es que el perito judicial, de cuya imparcialidad y mayores conocimientos no puede discutirse en tanto es catedrático de obstetricia y ginecología y por comparación entre ambos informes, excluye con claridad la existencia de esas deceleraciones variables o tardías que son los indicios de sufrimiento fetal y asfixia (folio 9 y 10 de su informe). Por lo tanto, y sin perjuicio de que la perito de la actora lo defienda en la vista, no hay prueba alguna de la existencia de esas deceleraciones variables o tardías que alertarían de un posible ahogamiento con el cordón umbilical ni tampoco qué indicios existían para acudir a pruebas menos ordinarias y más invasivas (por ejemplo no existía líquido amniótico teñido de meconio o falta de transparencia del mismo) hasta que se advierte la circular prieta.

[...] En relación a la existencia de una supuesta infracción de la lex artis durante la asistencia médica prestada en el parto, lo primero que debe decirse es que no existe controversia ninguna en el hecho de que el Dña. Victoria tuvo un embarazo normal y que la madre ingresó en urgencias con el feto en buenas condiciones y sin indicios de sufrimiento fetal, situación que continuó durante el periodo de dilatación, por lo que el examen debe ceñirse a la fase expulsiva. Así mismo no cabe duda alguna de que en esta fase sí existió un sufrimiento fetal e incluso de que sufrió una asfixia intraparto que le privó momentáneamente del oxígeno necesario provocando un cuadro compatible con encefalopatía hipóxico-isquémica. Por último de los informes médicos obrantes en el procedimiento se deduce que la única causa de dicha dolencia pudiera ser las vueltas de cordón al cuello (circular prieta) que se advierten en el momento del nacimiento y que provocó que hubiera de seccionarse; esta conclusión puede observarse tanto al folio 21 del informe del perito judicial solicitado a instancia de la propia actora D. Primitivo como del informe forense al folio 1 y 2. Por el contrario, este último ha puesto de manifiesto, como también el informe del inspector médico, que no existió mala praxis en esta fase expulsiva y que no existía ningún indicador, antes o después de la misma, que permitiera determinar que se podía producir esa asfixia antes de observar la existencia de la circular prieta; el forense judicial no realizó afirmación alguna al respecto dado que no se le pregunta al respecto ni tampoco sobre la relación entre la supuesta falta de monitorización y las lesiones en la menor.>>



Todo el debate que se suscita en la fundamentación del motivo que examinamos está referido a esas conclusiones a que llega la Sala de instancia que, de una parte, considera que los reproches de actuación contraria a la "lex artis" en cuanto debió practicarse una " *motorización cardiotocográfica* ", que es donde centra la actuación contraria a dicho parámetro de actuación médica que genera la responsabilidad que se reclama; y en segundo lugar y a criterio del Tribunal de instancia, no estaba aconsejada en el caso de autos, estimando que la asfixia de la menor que provocó el luctuoso resultado tras el parto estaba debido, conforme concluyen los peritos, a << *las vueltas de cordón al cuello (circular prieta) que se advierten en el momento del nacimiento y que provocó que hubiera de seccionarse [...]*>>.

Pues bien, a esas conclusiones de la Sala de instancia se opone por la defensa de la recurrente una valoración de las pruebas bien diferente que, a su juicio, ha de concluir en la existencia de vulneración de la "lex artis", en cuanto se considera que la técnica de detección mencionada debió aplicarse al caso de autos, que no fue así y que de haberse realizado se habría evitado el luctuoso resultado del estado de salud de la menor.

Suscitado el debate en sede de valoración de prueba debe recordarse, como se opone de contrario, que una jurisprudencia reiterada de este Tribunal Supremo, que exige de cita concreta, viene declarando que por la propia naturaleza del recurso de casación, no se autoriza a cuestionar la valoración de la prueba de la instancia y nunca nuestro recurso de casación aceptó como uno de los motivos del recurso la errónea valoración de la prueba. Dicha exclusión se ha justificado, de una parte, que la finalidad del recurso de casación es la de examinar la aplicación que se hace por los Tribunales de instancia de las normas y jurisprudencia aplicable al caso, haciendo abstracción de los datos de mero hecho. De otra parte, que estando la actividad procesal probatoria presidida por el principio de inmediación, son los Tribunales de instancia los que están en mejores condiciones para realizarla.

Bien es verdad que a instancias de lo declarado por el Tribunal Constitucional, se ha venido considerando que cuando los Tribunales de instancia realizan una apreciación de la prueba que pueda ser calificada de arbitraria, irracional o que conduzca a resultados inverosímiles, lo que se estaría vulnerando no es propiamente las reglas de valoración de la prueba, sino el mismo derecho fundamental a la tutela judicial que a todos reconoce el artículo 24 de la Constitución, en su vertiente del derecho a la prueba en el proceso. Ello comporta que tales defectos extremos de valoración de las pruebas por los Tribunales de instancia pueden suscitarse en el recurso de casación y por la vía, efectivamente, del error in iudicando, precisamente por la vulneración del mencionado precepto de la Ley Fundamental. Pero ello impone el deber de que ha de ser quien alega tales deficientes valoraciones, los que tengan que aportar los argumentos que pongan de manifiesto dicha deficiencia de apreciación.

Teniendo en cuenta lo expuesto, debemos poner de manifiesto que la valoración que hace la sentencia recurrida del material probatorio aportado al proceso no puede estimarse que incurra en una valoración arbitraria, que es lo que se pretende en el motivo del recurso. En efecto, si nos atenemos a lo que se razona en el motivo que examinamos, todos los argumentos que se hacen en el mismo en apoyo de la pretendida arbitrariedad de la prueba está fundada, no en los respectivos informes de los tres especialistas que les emiten, sino en las aclaraciones que se hicieron por ellos en la comparecencia conjunta que hicieron ante la Sala sentenciadora, en el que se hacen preguntas aclaratorias a los tres técnicos, además de los profesionales intervinientes en el parto, con intervenciones conjuntas de unos profesionales a lo expuesto por los restantes, como puede apreciarse con el visionado del video que las contiene. Sin embargo, es lo cierto que ninguno de los tres peritos se desdice lo más mínimo del contenido de sus respectivos informes, en los que se ratifican, incluido el Médico Forense, cuyo dictamen se pretendió impugnar en ese acto por la defensa de la parte actora. Si ello es así, que no puede pretenderse ahora que sin alterar el contenido originario de su informe, en esa comparecencia conjunta y de intervenciones simultáneas, pueda llegarse a una conclusión diferente a la emitida en su informe. Y es que, a la postre, lo que evidencia esa comparecencia conjunta y los respectivos informes, es el criterio de eventualidad en que se parte en el informe pericial aportado con la demanda, suscrito por médico con especialidad en pediatría, frente a las conclusiones del médico forense y del perito de designación por la misma Sala y con la especialidad de Obstetricia y Ginecología, cuya cátedra ostenta.

A la vista de las anteriores consideraciones no puede estimarse que exista una valoración arbitraria de la prueba y debe desestimarse el motivo primero del recurso.

TERCERO. Motivo segundo. Vulneración de la "lex artis" por incompleta historia clínica.-

El segundo motivo del recurso, por la misma vía casacional que el anterior, denuncia que la sentencia de instancia vulnera lo establecido en los artículos 14 y 15 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, referidos a la historia clínica. En la fundamentación del motivo, es importante destacarlo, si bien se hacen concretos reproches a la historia clínica en lo que se refiere al tratamiento durante



el parto, es lo cierto que se hace un complejo alegato en el que se sostiene que los defectos apreciados en dicha historia clínica le ha impedido a la recurrente poder acreditar la imputación de defectuoso tratamiento médico, de tal forma que este motivo estaría vinculado al anterior, porque se trataría de cuestionar que las deficientes omisiones en la historia clínica son las que han impedido << acreditar que el sufrimiento fetal durante el periodo expulsivo, que nadie discute, fue por un defectuoso seguimiento. El personal asistencial, si es que hizo algún control, decide no hacer anotaciones durante el periodo expulsivo. No anota las órdenes médicas ni toma de constantes para luego sostener que si lo hizo y que todo era correcto... El juzgador, aun considerando esa situación, entiende que corresponde a esta parte probar que los datos no se han hecho constar por el personal asistencial en la historia médica serían reveladores de una infracción de la <<lex artis>> [...]>>.

Es evidente que el motivo aparece vinculado al anterior y no es sino una manifestación más, a juicio de la defensa de la recurrente, de la defectuosa valoración que hace la Sala sentenciadora de los hechos, en aras a justificar la existencia de una mala "praxis ad hoc", que ha ocasionado la situación en que ha quedado la perjudicada.

Suscitado el debate en la forma expuesta es útil para el debate recordar lo que se razona en la sentencia recurrida al respecto: <<[...] Ante esta falta de prueba la actora critica la historia clínica y la documentación que permite exteriorizar y controlar la monitorización. Así dice que es anormal unir los registros del cardiotocograma realizado en la fase de dilatación con celo, que la madre no tiene constancia de que se usara el mismo en la fase expulsiva o que falten anotaciones sobre el nombre del paciente, horas o médico que realiza el control, así como otras muchas críticas, pero lo cierto es que los registros existen y son normales. No obstante, frente a las mismas, realizadas con base al informe de la actora la cual declaró carecer de experiencia práctica en este ámbito, el perito judicial explica razonablemente la falta de registros de presión uterina al ser un registro externo que no se controla en la fase expulsiva (folio 19) así como la existencia de un momento en los momentos finales del parto, con el descenso del feto, se pierda el foco y los registros sean de peor calidad. A mayores tanto la matrona como la doctora Rozada como el Jefe de Servicio declararon en la vista que es una actuación normal el pegar los registros con celo para que se puedan examinar como una unidad; por otro lado la madre tenía anestesia epidural, por lo que es posible que no notara la ventosa. Por lo demás la actora no acredita, y ni tan siquiera da indicios reales de que haya existido una falta de monitorización relevante causalmente (los registros posteriores al traslado de la paciente entre la fase de dilatación y de expulsión son normales).>>

A la vista de lo expuesto con la transcripción el motivo no puede ser acogido. Y es que si los reparos que se hacen a la historia clínica se vinculan a la prueba sobre la existencia de mala "praxis ad hoc", el debate debía remitirse a lo ya expuesto, a lo que habría que añadir las razones que da la Sala de instancia para considerar que los defectos que pudieran existir en lo que se reflejó en la mencionada historia clínica, no permite, en la valoración que se hace de las pruebas, concluir en una valoración diferente y, menos aún, que esa deficiencia fuera relevante para acreditar la existencia de una actuación sanitaria contraria a la "lex artis", que es el debate que se suscita en el recurso. Y es que, a la postre, el alegato que se hace en el motivo hace supuesto de la causa, porque se toma como punto de partida la existencia de una serie de complicaciones, contrarias a las concluidas por los peritos que acoge la sentencia recurrida, para sobre ese presupuesto señalar que no constan esos datos en la historia clínica.

Se desestima el motivo segundo y, con él, la totalidad del recurso.

CUARTO. Costas procesales.-

La desestimación íntegra del presente recurso de casación determina, en aplicación del artículo 139 de la Ley Jurisdiccional, la imposición de las costas del mismo a la recurrente, si bien la Sala haciendo uso de las facultades reconocidas en el párrafo tercero del mencionado precepto y atendidas las circunstancias del caso, señala en cuatro mil euros, más IVA la cantidad máxima a repercutir por todos los conceptos y por cada una de las partes que han comparecido en el recurso y se oponen a su estimación.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido No ha lugar al presente recurso de casación número 2548/2015 interpuesto por D. Jose Augusto y D.^a Victoria, en representación de su hija menor de edad Bibiana, contra la sentencia núm. 1203/2015, de 11 de junio, dictada por la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid, dictada en el recurso número 155/2012; con imposición de las costas a la recurrente, hasta el límite señalado en el último fundamento.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso, e insértese en la colección legislativa.



Así se acuerda y firma.

Jose Manuel Sieira Miguez Rafael Fernandez Valverde

Octavio Juan Herrero Pina Juan Carlos Trillo Alonso

Wenceslao Francisco Olea Godoy Jose Juan Suay Rincon

César Tolosa Tribiño

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. **Wenceslao Francisco Olea Godoy**, estando la Sala celebrando audiencia pública, de lo que, como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS





ANEXOS
ESPANHA
ESTREMADURA

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



SENTENCIA EN INSTANCIA DE IVA

T.S.J.EXTREMADURA SALA CON/AD

CACERES

SENTENCIA: 00325/2016

LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE EXTREMADURA, INTEGRADA POR LOS ILMOS. SRES. MAGISTRADOS DEL MARGEN, EN NOMBRE DE S. M. EL REY, HA DICTADO LA SIGUIENTE:

SENTENCIA Nº325

PRESIDENTE

DON DANIEL RUIZ BALLESTEROS

MAGISTRADOS

DOÑA ELENA MÉNDEZ CANSECO

DON MERCENARIO VILLALBA LAVA

DON RAIMUNDO PRADO BERNABEU

DON CASIANO ROJAS POZO/

EN CÁCERES A VEINTE DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL DIECISÉIS.-

VISTO EL RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 506 DE 2015, PROMOVIDO POR LA PROCURADORA SRA. GONZÁLEZ LEANDRO, EN NOMBRE Y REPRESENTACIÓN DE ASESORIA SEASA, SL., SIENDO DEMANDADA LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO REPRESENTADO POR EL SR. ABOGADO DEL ESTADO; RECURSO QUE VERSA SOBRE: RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO REGIONAL DE EXTREMADURA DE FECHA 22-6-15 EN RECLAMACIÓN 06/01557/2013 SOBRE IVA.

C U A N T I A: 2.795,59 €

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO : POR LA PARTE ACTORA SE PRESENTÓ ESCRITO MEDIANTE EL CUAL INTERESABA SE TUVIERA POR INTERPUESTO RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO CONTRA EL ACTO QUE HA QUEDADO REFLEJADO EN EL ENCABEZAMIENTO DE ESTA SENTENCIA.-

SEGUNDO : SEGUIDO QUE FUE EL RECURSO POR SUS TRÁMITES, SE ENTREGO EL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO A LA REPRESENTACIÓN DE LA PARTE ACTORA PARA QUE FORMULARA LA DEMANDA, LO QUE HIZO SEGUIDAMENTE DENTRO DEL PLAZO, SENTANDO LOS HECHOS Y FUNDAMENTOS DE DERECHO

QUE ESTIMÓ PERTINENTES Y TERMINANDO SUPPLICANDO SE DICTARA UNA SENTENCIA POR LA QUE SE ESTIME EL RECURSO, CON IMPOSICIÓN DE COSTAS A LA DEMANDADA ; DADO TRASLADO DE LA DEMANDA A LA PARTE DEMANDADA DE LA ADMINISTRACIÓN PARA QUE LA CONTESTASE, EVACUÓ DICHO TRÁMITE INTERESANDO SE DICTARA UNA SENTENCIA DESESTIMATORIA DEL RECURSO, CON IMPOSICIÓN DE COSTAS A LA PARTE ACTORA.-

TERCERO : RECIBIDO EL RECURSO A PRUEBA SE ADMITIERON Y PRACTICARON TODAS LAS PROPUESTAS, OBRANDO EN LOS RAMOS SEPARADOS DE LAS PARTES, DECLARÁNDOSE CONCLUSO ESTE PERÍODO, SE PASÓ AL DE CONCLUSIONES, DONDE LAS PARTES EVACUARON POR SU ORDEN INTERESANDO CADA UNA DE ELLAS SE DICTARA SENTENCIA DE CONFORMIDAD A LO SOLICITADO EN EL SUPUNDO DE SUS ESCRITOS DE DEMANDA Y DE CONTESTACIÓN A LA MISMA, SEÑALÁNDOSE SEGUIDAMENTE DÍA PARA LA VOTACIÓN Y FALLO DEL PRESENTE RECURSO, QUE SE LLEVÓ A EFECTO EN EL FIJADO.-

CUARTO : EN LA TRAMITACIÓN DEL PRESENTE RECURSO SE HAN OBSERVADO LAS PRESCRIPCIONES LEGALES;

SIENDO PONENTE PARA ESTE TRÁMITE EL ILTMO. SR. MAGISTRADO ESPECIALISTA D. MERCENARIO VILLALBA LAVA.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- LA ENTIDAD ASESORÍA SEASA S.L. INTERPONE RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO CONTRA LA RESOLUCIÓN DEL TEARE DE 22-6-15.

MANIFIESTA EN LA DEMANDA QUE EL ACUERDO DE LA AEAT DE 31-6-2015 SOBRE ESTE IMPUESTO RELATIVO A LOS AÑOS 2007, 2008 Y 2009 SE CONSIDERÓ PRESCRIPCIÓN RESPECTO A LOS AÑOS 2007 Y 2008 Y CON RELACIÓN AL 2009 SE IMPUSO UNA SANCIÓN DE 2795,59 EUROS.

CENTRÁNDOSE EN TAL ASPECTO SEÑALA EN LA DEMANDA QUE LOS VEHÍCULOS SON TITULARIDAD DE LA EMPRESA RECURRENTE SIENDO DE UTILIZACIÓN EXCLUSIVA PARA LA GESTIÓN Y CAPTACIÓN DE CLIENTES, YA QUE PARA EL ÁMBITO PARTICULAR SE POSEEN OTROS VEHÍCULOS PROPIEDAD DEL ADMINISTRADOR Y TENIENDO EN CUENTA QUE LA ACTIVIDAD DE CAPTACIÓN Y CONTRATACIÓN DE SEGUROS AGRARIOS SE PRODUCE ADEMÁS DE EN LA PROVINCIA DE BADAJOZ EN LAS DE CÁCERES, SEVILLA Y HUELVA, DE MANERA QUE AL ESTARSE ENJUICIANDO EN EL CASO LA CORRECTA APLICACIÓN DE LA PRORRATA NO EXISTE UNA ACTITUD CULPABLE O NEGLIGENTE DE LA ACTIVIDAD, DANDO LUGAR A UNA VARIACIÓN PORCENTUAL POCO RELEVANTE O DEL 22% Y ES LA PROPIA ADMINISTRACIÓN LA QUE LE CALIFICA COMO LEVE AL NO SOBREPASAR EN LOS OTROS TRIMESTRES DEL EJERCICIO LA SUMA DE 3000 EUROS.

EL SR. ABOGADO DEL ESTADO SEÑALA QUE DE TAL FECHA EXISTEN DOS RESOLUCIONES DEL TEARE, UNA REFERIDA AL IMPUESTO DE SOCIEDADES DE 2007 A 2009 POR IMPORTE DE 43.687,20 EUROS, INTERESES MORATORIOS INCLUIDOS Y SANCIONES POR TAL CONCEPTO Y OTRA POR EL IVA DE 2009 POR INCORRECTA APLICACIÓN DE LA PRORRATA ALEGANDO QUE EXISTE DESVIACIÓN PROCESAL, SI BIEN CONTESTA A LA DEMANDA, AD CAUTELAM.

DESTACA QUE EN FUNDAMENTO JURÍDICO 2º DE LA RESOLUCIÓN RECURRENTE Y POR EXPRESIÓN DEL ART. 105.4 DE LA LIVA COMO NORMA APLICABLE Y

DETERMINANTE DEL PORCENTAJE POR TENER LA INTERESADA ENTRE SUS INGRESOS COMISIONES POR PRESTACIONES DE SERVICIOS DE SEGUROS (EXENTOS EN VIRTUD DEL ART. 20. UNO 16 LIVA) CON EL RESULTADO DE HABER DEJADO DE INGRESAR LAS CUOTAS DEBIDAS RESULTANTES DEL IMPUESTO, SEÑALANDO QUE SE PRODUCE IGUALMENTE LA CONCURRENCIA DEL ELEMENTO SUBJETIVO, YA QUE EL MISMO CONCURRE POR SIMPLE INOBSERVANCIA O NEGLIGENCIA.

SEGUNDO .- ESTA SALA YA SE HA PRONUNCIADO EN SENTENCIA 283/ 2016 DE 12 DE JULIO SOBRE LA RESOLUCIÓN DEL TEARE DE LA MISMA FECHA Y RECURRENTE (AUTOS 507/2015) SOBRE EL IMPUESTO DE SOCIEDADES QUE SE MENCIONA Y SE DESESTIMÓ IGUALMENTE LA DESVIACIÓN PROCESAL QUE ALLÍ TAMBIÉN SE APUNTABA, RATIFICÁNDOSE TAMBIÉN EN ESTE PROCESO QUE EXISTE UNA CORRELACIÓN ENTRE EL ESCRITO DE INTERPOSICIÓN, LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA, (DE LA QUE SE ACOMPAÑA COPIA) Y LOS RAZONAMIENTOS DE LA DEMANDA, DE AHÍ QUE DESESTIMANDO TAL EXCEPCIÓN DEBEMOS ENTRAR A CONOCER DEL FONDO DE LA CUESTIÓN PLANTEADA.

TERCERO .- LA RESOLUCIÓN DEL TEARE IMPUGNADA RESUME QUE RESULTABA APLICABLE AL CASO LA REGLA DE LA PRORRATA A LA QUE ESTABA OBLIGADA LA RECURRENTE POR TENER ENTRE SUS INGRESOS COMISIONES POR PRESTACIONES DE SERVICIOS DE SEGUROS, EXENTOS EN VIRTUD DEL ART. 20. UNO. 16 DE LA LIVA (ART. 102 Y SGTS. DE LA LIVA), RAZONÁNDOSE SOBRE TAL ELEMENTO SUBJETIVO SEGÚN LOS ARTÍCULOS 19 Y 183.1 DE LA LGT , DE ACUERDO A LA STC 8-7-91 Y JURISPRUDENCIA DEL T. SUPREMO.

LA RECURRENTE NO ALEGA QUE NO RESULTARE APLICABLE LA PRORRATA, ALEGANDO LA ESCASA ENTIDAD DE LA INFRACCIÓN.

EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO CONSTA QUE LA RECURRENTE SE DEDUCÍA LA TOTALIDAD DEL IVA DE LAS CUOTAS Y GASTOS DE REPARACIÓN DEL VEHÍCULO SIN QUE SE ACREDITASE LA TOTAL AFECTACIÓN DEL VEHÍCULO, DE AHÍ QUE A LA VISTA DE LA PRESUNCIÓN DEL ART. 95 DE LA LIVA , POR UN LADO, Y EL ART. 20. UNO 16 DE LA LIVA JUNTO CON LOS ARTS.102 Y SGTES. DE ESE MISMO TEXTO LEGAL , RESULTASE DE APLICACIÓN LA PRORRATA EN LOS TÉRMINOS EN QUE SE EXPONE, BASÁNDOSE LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS Y OBJETIVOS DE LA SANCIÓN EN LOS ARTS. 191.1 Y 5 , 179.2 Y 3 Y 188.3 DE LA LGT .

NO CONSTA QUE LA LIQUIDACIÓN SE HAYA IMPUGNADO Y ANULADO, TESIS JURÍDICA DE LA ADMINISTRACIÓN QUE PARECE ADMITIRSE A PESAR DE LA MERA ALEGACIÓN DE LA AFECTACIÓN TOTAL DEL VEHÍCULO QUE TAMPOCO SE PRETENDE ACREDITAR O QUE NO SE LLEVA A CABO POR LA ESCASEZ DE QUE A TALES FINES CONSTITUYE LA DOCUMENTAL PLANTEADA RESPECTO DEL PERMISO DE CIRCULACIÓN Y LEASING, YA QUE SERÍA PRECISA UNA GUÍA DE KM Y ACTIVIDAD REALIZADA COMO HA SEÑALADO ESTA SALA EN OCASIONES ANÁLOGAS PARA DESTRUIR LA PRESUNCIÓN DEL ART. 95 DE LA LIVA CITADO, DE AHÍ QUE CONCURRIENDO LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS Y OBJETIVOS PROCEDE RATIFICAR LA RESOLUCIÓN DEL TEARE, TODA VEZ QUE CONCURRE EL ELEMENTO OBJETIVO DE LA SANCIÓN, COMO LO ES UNA MAYOR DEDUCCIÓN DE LA QUE LEGALMENTE PERTENECÍA, MERCED A LA CORRECTA APLICACIÓN DE LAS NORMAS TRIBUTARIAS, SEGÚN SE DEDUCÍA DE SU PROPIA CONTABILIDAD DE INGRESOS Y ACTIVIDADES A LA VISTA DE LA NORMATIVA APLICABLE, DE AHÍ QUE SIENDO TAL CONDUCTA SI NO DOLOSA SI NEGLIGENTE, YA QUE NO SE APOYA EN UNA INTERPRETACIÓN RAZONABLE DE LA MISMA SI NO EN UNA FALTA DE DILIGENCIA EN LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA,

CUANDO MENOS, AL TRATARSE DE UN ERROR EVITABLE CON EL ADECUADO NIVEL DE INFORMACIÓN Y ATENCIÓN, SE DEBE DEDUCIR UNA INFRACCIÓN DEL DEBER DE CUIDADO ESTABLECIDO NORMATIVAMENTE PARA QUIENES DEBEN AUTOLIQUIDAR SUS IMPUESTOS, DE AHÍ QUE CONCURRA TAMBIÉN EL ELEMENTO SUBJETIVO, Y CON ELLO DEBEMOS DE RATIFICAR LAS RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS IMPUGNADAS.

CUARTO .- QUE EN MATERIA DE COSTAS RIGE EL **ART. 139 DE LA LEY 29/98** QUE LAS IMPONE SIGUIENDO UN CRITERIO OBJETIVO DEL VENCIMIENTO, Y LAS IMPONE AL RECURRENTE CUANDO SE DESESTIMEN SUS PRETENSIONES, COMO ES EL CASO.

VISTOS LOS PRECEPTOS LEGALES Y DEMÁS DE GENERAL Y PERTINENTE APLICACIÓN, POR LA POTESTAD QUE NOS CONFIERE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA,

FALLAMOS

QUE EN ATENCIÓN A LO EXPUESTO DEBEMOS DE DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO INTERPUESTO POR ASESORÍA SEASA S.L. CONTRA LA RESOLUCIÓN DEL TEARE DE 22-6-2015 A QUE SE REFIEREN LOS PRESENTES AUTOS, Y EN SU VIRTUD LA DEBEMOS DE RATIFICAR Y RATIFICAMOS POR SER CONFORME A DERECHO, Y TODO ELLO CON EXPRESA CONDENA EN CUANTO A LAS COSTAS PARA LA RECURRENTE.

CONTRA LA PRESENTE SENTENCIA CABE RECURSO DE CASACIÓN ANTE LA SALA TERCERA DEL TRIBUNAL SUPREMO. EL RECURSO DE CASACIÓN SE PREPARARÁ ANTE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TSJ DE EXTREMADURA EN EL PLAZO DE TREINTA DÍAS CONTADOS DESDE EL DÍA SIGUIENTE AL DE LA NOTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA.

EL ESCRITO DE PREPARACIÓN DEBERÁ REUNIR LOS REQUISITOS PREVISTOS EN LOS **ARTÍCULOS 88 Y 89 LJCA** Y EN EL ACUERDO DE 19 DE MAYO DE 2016, DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, POR EL QUE SE PUBLICA EL ACUERDO DE 20 DE ABRIL DE 2016, DE LA SALA DE GOBIERNO DEL TRIBUNAL SUPREMO, SOBRE LA EXTENSIÓN MÁXIMA Y OTRAS CONDICIONES EXTRÍNSECAS DE LOS ESCRITOS PROCESALES REFERIDOS AL RECURSO DE CASACIÓN ANTE LA SALA TERCERA DEL TRIBUNAL SUPREMO (BOE 6-7-2016).

Y PARA QUE ESTA SENTENCIA SE LLEVE A PURO Y DEBIDO EFECTO, UNA VEZ ALCANZADA LA FIRMEZA DE LA MISMA, REMÍTASE TESTIMONIO JUNTO CON EL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO AL ÓRGANO QUE DICTÓ LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA, QUE DEBERÁ ACUSAR RECIBO DENTRO DEL TÉRMINO DE DIEZ DÍAS, CONFORME PREVIENE LA LEY Y DÉJESE CONSTANCIA DE LO RESUELTO EN EL PROCEDIMIENTO.

ASÍ POR ESTA NUESTRA SENTENCIA, DEFINITIVAMENTE JUZGANDO LO PRONUNCIAMOS, MANDAMOS Y FIRMAMOS.

PUBLICACION .- EN LA MISMA FECHA FUE PUBLICADA LA ANTERIOR RESOLUCIÓN POR EL ILMO. SR/A MAGISTRADO QUE LA DICTÓ. DOY FÈ.

SENTENCIA EN INSTANCIA DE EXPROPIACIÓN FORZOSA SENTENCIA

T.S.J. EXTREMADURA SALA CON/AD

CACERES

SENTENCIA: 00386/2017

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, integrada por los Iltmos. Sres. Magistrados del margen, en nombre de S. M. el Rey, ha dictado la siguiente:

SENTENCIA Nº 386/2017

PRESIDENTE

DON DANIEL RUIZ BALLESTEROS

MAGISTRADOS

DOÑA ELENA MÉNDEZ CANSECO

DON RAIMUNDO PRADO BERNABEU

DON MERCENARIO VILLALVA LAVA

DON CASIANO ROJAS POZO

En Cáceres a catorce de noviembre de dos mil diecisiete.-

Visto el recurso contencioso administrativo nº **588** de **2016**, promovido por el procurador Sr. Murillo Jiménez, en nombre y representación de Eusebio , siendo demandada **ADMINISTRACION GENERAL DEL ESTADO**, representada y defendida por el abogado del Estado, sobre: resolución del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa de Badajoz de 27 de septiembre y 29 de noviembre de 2016, en expediente de justiprecio nº NUM000 a NUM001 y NUM002 .

CUANTIA: INDETERMINADA

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO : Por la parte actora se presentó escrito mediante el cual interesaba se tuviera por interpuesto recurso contencioso administrativo contra el acto que ha quedado reflejado en el encabezamiento de esta sentencia.

SEGUNDO : Seguido que fue el recurso por sus trámites, se entregó el expediente administrativo a la representación de la parte actora para que formulara la demanda, lo que hizo seguidamente dentro del plazo, sentando los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes y terminando suplicando se dictara una sentencia por la que se estime el recurso, con imposición de costas a la demandada ; dado traslado de la demanda a la parte demandada de la Administración para que la contestase, evacuó dicho trámite interesando se dictara una sentencia desestimatoria del recurso, con imposición de costas a la parte actora.

TERCERO : Recibido el recurso a prueba, se admitieron y practicaron todas las propuestas, obrando en los ramos separados de las partes, declarándose concluso este periodo, se pasó al de conclusiones, donde las partes evacuaron por su orden interesando cada una de ellas se dictara sentencia de conformidad a lo solicitado en el suplico de sus escritos de demanda y de contestación a la misma, señalándose seguidamente día para la votación y fallo del presente recurso, que se llevó a efecto en el fijado.

CUARTO : En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales;

Siendo Ponente para este trámite el lltmo. Sr. Magistrado Especialista **DON MERCENARIO VILLALVA LAVA**.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO : Por el cotitular de la nuda propiedad de las fincas expropiadas y que ha dado lugar a los expediente de justiprecio NUM000 a NUM001 y NUM002 en el proyecto de construcción de plataforma de la línea de alta velocidad Madrid-Extremadura, en el tramo de la Jara-arroyo de La Albuera se reclama, en primer lugar, una nueva valoración de los terrenos sobre la base de no haberse determinado adecuadamente la renta de los terrenos, en una finca que tiene alrededor de 500 hectáreas y que se encuentra en la confluencia del río DIRECCION000 con el río DIRECCION001 , situada a 3 km de la ciudad de Mérida y a 1,7 km de la estación ferroviaria de DIRECCION000 encontrándose también a esta distancia de 3 km del polígono industrial DIRECCION002 de Mérida y a 4,3 km de la autovía A-66 de la DIRECCION003 , colindante con la zona urbana de la localidad de Esparragalejo, teniendo una explotación ganadera de 412, 49 hectáreas, de regadío 79 hectáreas y 4 de secano, dos viviendas cortijo, una de ellas residencia habitual de la propietaria Almudena y con el valor paisajístico de la zona ZEPA del embalse de DIRECCION004 , zona LIC del río DIRECCION000 y zona IBA 289 DIRECCION005 , en suelo no urbanizable de especial protección

dehesas, y con relación al valor histórico se localizan en la finca y en la propia traza 5 yacimientos arqueológicos, incluidos dos importantes altares rupestres megalíticos, dos yacimientos arqueológicos incluidos en la Carta Arqueológica de Extremadura y tres elementos de patrimonio etnográfico.

Además de la renta computable para la capitalización crítica los factores de localización otorgados por el Jurado, defendiendo la determinación de la renta correspondiente sobre los datos reales de la explotación de la finca y de acuerdo con lo que establece el [artículo 9.1 del Real Decreto 1492/2011](#) , y considerando que se deben incluir en la partida de la renta el beneficio empresarial y la renta cinegética.

SEGUNDO : Consideramos que en este punto debe otorgarse de un valor preponderante a la pericial judicial intraprocesal practicada sobre la base de su mayor objetividad propia de la forma de su nombramiento y además sobre la motivación que lleva a cabo, que se basa tanto en los datos reales de la explotación como en terrenos análogos y valoraciones del propio Jurado, lo que nos conduce a considerar que tal informe pericial se acomoda de la mejor manera posible al [artículo 9.1 del Real Decreto 1492/2011](#) , a la debida motivación de las resoluciones judiciales que se deben basar en la mejor motivación de las pruebas practicadas y en la determinación de la renta de la explotación, que no puede ser más adecuada que la propia real de la misma explotación, siendo este caso excepcional de lo que habitualmente conoce la Sala en situaciones de valoración parecidas, todo lo cual nos conduce a ratificar los valores de citado perito para la determinación de la renta correspondiente para la capitalización, considerando que también son correctos los valores de localización del [artículo 17 del citado Real Decreto 1492/2011](#) tanto por accesibilidad a núcleos de población, a centro de actividad económica o por entornos de singular valor ambiental o paisajístico, y teniendo en cuenta su ponderación a la vista de la sentencia del

Tribunal Constitucional [STC 141/2014 de 11.09.2014](#) y también que se trata de ponderaciones de 1,19; 1, 52 y 1, 2 ; habida cuenta además de que se trata de una finca muy cercana a la ciudad de Mérida, al polígono industrial " DIRECCION002 " de transformación de productos agro-ganaderos, a la autovía A-66 de la DIRECCION003 y a las estaciones ferroviarias de DIRECCION000 y Mérida. Consideramos que en la renta así determinada se incluyen todos los conceptos, de manera que no es preciso ningún tipo de adición o suma por los conceptos de aprovechamiento cinegético o beneficio empresarial.

Hemos de tener presente la [STC 141/2014 de 11.09.2014](#) , que se pronuncia sobre el [art. 23 de la Ley 2/2008](#) y que apela al valor Constitucional e ínsito de la propiedad para su titular, de acuerdo con el [art. 33 y más en concreto con el art. 33.3 de la CE](#) . que engarza con la jurisprudencia del [TEDH de 24.04.2003 y 06.12.2011](#) , referida al proporcional equilibrio entre el daño sufrido con la expropiación y la indemnización correspondiente, verdadero valor, precio o valor justo que son conceptos jurídicos indeterminados que el Juez solamente puede determinar con las ayudas de peritos o remisión a casos análogos, siendo lo relevante el valor real del bien, que en aquel caso a través de la capitalización de rentas y factor de localización se entendía que no se alcanzaba y daba satisfacción a las exigencias del [art. 33.3 de la CE](#) , apelándose en los votos particulares al valor de mercado como más acertado para su determinación, además por coherencia, con los sistemas que utiliza la Administración para la comprobación de valores (ámbito tributario), destacándose el ámbito urbanístico, que es irrelevante en el caso que nos ocupa. Lo relevante, por tanto, es la determinación del valor real del bien o la compensación adecuada a la expropiación. La citada sentencia del T.C. declaró inconstitucional el límite máximo de localización en 2 del art. 1.a, párrafo 3º, especificando el apartado 23.2 que en ninguno de los casos previstos podrán considerarse expectativas derivadas de la asignación de edificabilidades y usos por la ordenación territorial o urbanística que no han sido aun plenamente realizadas, destacándose que lo relevante es el valor real del bien y dicho todo ello en el contexto que se menciona, que como señala el T.C. se ciñe a los límites del debate y que no se cierran ulteriores pretensiones que pudiesen plantear dudas de inconstitucionalidad por el planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad.

Desde este punto de vista, considera la Sala como ya ha dicho en diversas sentencias, entre ellas, la [445/2016 de 22 de Diciembre](#) ó [65/2017 de 14 de febrero](#) , que la determinación de la renta real o potencial no puede basarse en datos publicados por el Ministerio de Agricultura y la Junta de Extremadura si no se especifica el lugar concreto de donde se han obtenido tales datos, lo que nos conduce a considerar que la resolución del Jurado es realmente inmotivada, y lo mismo debe decirse del dictamen de la beneficiaria.

TERCERO : Esta Sala en [sentencia de 6 de junio de 2017](#) y en las [sentencias 226 y 445/2016](#) y también al resolver los otros [177/2015](#) ha señalado, entre otras muchas, que estos supuestos de división de fincas que superan tan ampliamente las unidades mínimas de cultivo y con explotaciones extensivas de ganado y de terrenos tan amplios no es preciso otorgar cantidad alguna por demérito y división de la finca a salvo que por la dimensión de uno de los trozos en que quede dividida la finca no sea factible su explotación. En este caso, la beneficiaria otorgó el 5% del valor de la expropiación en los dos expedientes de justiprecio por importes de 25.946, 64 € y 10.864, 18 € de tal manera que por congruencia también el Jurado otorgó estas cantidades, lo cual nos obliga también sobre el principio de la reformatio in peius a reconocerlo; ahora bien, tal y como se señala en estas sentencias sí que es conveniente indemnizar las infraestructuras que es preciso realizar para una adecuada explotación de la finca al cambiarse su configuración y necesitar determinadas obras de infraestructura para su adecuada explotación y en este sentido consideramos correcto tal, y como se señala en los informes periciales, abonar la cantidad de 109.174, 80 € para la instalación del cerramiento ganadero necesario para poder mantener la actividad de la explotación ganadera; 14.240, 45 € para la construcción de 7 pasos canadienses; 36.000 € para el establecimiento de puntos de aguas; 5.261, 4 € para la instalación de un corral de manejo en la zona entrevías y 12.838,61 euros para la nueva ordenación de los caminos.

Debe tenerse en cuenta también, como se señala por las partes, que la finca anteriormente también se encontraba afectada por la vía del tren y que en el informe del que se ha extraído la valoración de Gervasio , arquitecto, los recintos, aunque los 1 y 2 son inferiores a las unidades mínimas de cultivos se encuentran correlativos con los demás. Los precios establecidos por este técnico se encuentran más motivados y explicitados que los del Jurado Provincial.

CUARTO : Se solicita también cantidades por minusvaloración de las viviendas de la finca, ya que existen dos viviendas: una primera residencia habitual de la usufructuaria, que señala el recurrente queda prácticamente engullida por tal obra, como dice que se observa en el plano parcelario por lo que resulta un perjuicio objetivo directo, ocasionando a la misma un impacto ambiental, visual y limitaciones del uso, que se valora ponderadamente en el 50% del valor de reposición según su estado actual; y la vivienda 2 residencia del encargado y trabajador de la explotación que se encuentra situada a 100 metros de la traza de línea proyectada por lo que la incidencia de la nueva infraestructura se entiende inferior, si bien igualmente acreditada estimándose en un 5% de su valor, trayendo en apoyo de su pretensión [lasentencia de esta sala de Extremadura 576/2013 y también la 40181/2014 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco](#) .

Según se desprende del informe de evaluación de bienes y derechos afectados por la expropiación forzosa parcial de la finca Sequeros del Este del ingeniero agrónomo Leovigildo , en la página 30 de su informe aparece la referida vivienda y aunque es cierto que la obra se encontrará afectada visualmente, la vivienda principal se encuentra más allá de la zona de servidumbre, considerando la Sala que no cabe ningún tipo de indemnización en el caso de la segunda vivienda que se encuentra a más de 100 metros.

Al resolver en [sentencia de 13 de julio de 2017](#) en los autos 610/2015 dijimos en el f. jdco. Décimo que: " Solución distinta adoptamos respecto del concepto indemnizatorio denominado " devaluación de las construcciones ", en relación exclusivamente con lo que el perito judicial denomina "impacto paisajístico", que la Sala entiende procede ser indemnizado desde el momento en que la nueva vía de alta velocidad discurre en una plataforma elevada que afecta de forma importante a la " *visibilidad hacia la visual norte, la más relevante por ser la que permite visualizar el sistema central, que queda ampliamente mermada por la altura de la plataforma* ", si bien única y exclusivamente respecto de la edificaciones que tengan la consideración de edificios residenciales (en concreto sólo respecto de la vivienda que menciona el perito de parte y cuya extensión es de 450 m²), no los que están destinados, directa o indirectamente, a la explotación ganadera existente.

En cuanto al impacto acústico, la Sala mantiene el mismo criterio que en el concepto indemnizatorio anterior. Por otra parte, la propiedad podrá volver a defender sus planteamientos al respecto en el caso de que ADIF no les dé la satisfacción que pretenden en el Proyecto de Protección Acústica que está previsto abordar con posterioridad a la realización del Proyecto de Construcción, donde se definirán con precisión el detalle de las medidas que deban adoptarse para minimizar el ruido al edificio residencial, mediante, por ejemplo, la colocación de pantallas acústicas u otras medidas al efecto, tal y como anunció ADIF en su respuesta a la propiedad sobre esta cuestión.

Así las cosas, cuantificamos este concepto indemnizatorio en la cantidad de 6.000 euros, a la que llegamos, redondeando, partiendo del valor de la vivienda conforme al criterio del perito de parte (194.788,13 € x 0,30: 58.436,43 €) y aplicando el porcentaje del 10%, pues rebajamos el propuesto por el perito judicial al no estimar el perjuicio por ruido, tal y como queda razonado".

Hemos otorgado una cantidad ligeramente superior, de 12.000 euros, al resolver recientemente los autos 25/20017 incluyendo la afección del ruido con plataforma elevada en una carretera, de ahí que en el caso entendamos correcta y ponderada la suma de 10.000 euros, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes y acreditadas.

QUINTO : Queda por último, pronunciarnos sobre la indemnización de 80.361 € por afcción de derechos mineros en el expediente NUM002 . A juicio de la Sala no concurre el supuesto de hecho necesario para que los derechos mineros sean indemnizables. Debemos de tener en cuenta que la parte esgrime el anuncio de 10 de julio de 2015 por el que se somete a información pública el plan de reestructuración y estudio de impacto ambiental, teniendo en cuenta que el objeto es la extracción son gravas cuarcíticas para abastecer las obras de construcción de la plataforma de la línea de alta velocidad Madrid-Extremadura, acceso a Mérida, siendo la fecha de la solicitud 26 de enero de 2015 y el promotor Corsán Corviam Construcción, Sociedad Anónima, y desde la actual traza del AVE. Lo expuesto determina que no deba otorgarse cantidad alguna como indemnización, ya que al margen de que, efectivamente, este terreno haya sido objeto de expropiación, la explotación minera precisamente para la obra del AVE, pudo llevarse a cabo, motivo por el que no hay ninguna cantidad que se haya perdido a causa de la expropiación, puesto que si no se ha llevado a cabo esa explotación no es la expropiación la determinante de que no se haya podido llevar a cabo, toda vez que se trata de una obra del propio AVE en terreno que se señala de las propias vías y que se pudo llevar a cabo, luego si no se llevó a cabo ha sido por causas diferentes a las propia expropiación, lo que determina que debe desestimarse la demanda en este apartado.

SEXTO : En materia de intereses de demora volvemos de nuevo a reproducir la [STS 26/03/2012, \(rec. 1409/2009\)](#), que resume perfectamente el estado de la cuestión en nuestra doctrina jurisprudencial: "Recordemos nuestra doctrina sobre intereses moratorios, que resumidamente se expuso en la [Sentencia de 10 de noviembre de 2008 \(Rec. 2070/2005\)](#)).

a) En las expropiaciones ordinarias, el dies a quo para calcular los intereses por demora en la fijación del justiprecio es aquel en el que hayan transcurridos seis meses desde el inicio del expediente expropiatorio, esto es, desde la firmeza del acuerdo sobre necesidad de la ocupación, según se infiere de la lectura coordinada de los [artículos 21, apartado 1, 22 y 56 de la Ley de Expropiación Forzosa](#) , en relación con el 71, apartado 1, de su Reglamento. Estos seis meses se computan conforme a lo dispuesto en el [artículo 48, apartado 2, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común](#) (BOE de 27 de noviembre). El dies ad quem se sitúa en la jornada en la que el justiprecio quede definitivamente fijado en la vía administrativa, bien en una primera decisión, bien en la resolutoria del recurso de reposición si se interpuso. Si la cuantía del justiprecio se modificase en la vía jurisdiccional mediante un pronunciamiento firme, los intereses se devengan con efectos retroactivos sobre el montante señalado por los jueces ([artículo 73, apartado 2, del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa](#)).

b) Los intereses por demora en el pago del justiprecio, en esas expropiaciones ordinarias, se liquidan una vez transcurridos seis meses desde la fijación del justiprecio en vía administrativa ([artículos 48, apartado 1, y 57 de la Ley de Expropiación Forzosa](#)), concluyendo el cómputo el día en el que efectivamente se satisfaga su importe por la Administración o por el beneficiario, o en el que se deposite o consigne válidamente, cuando fuese procedente. El cómputo de los seis meses se practica de igual manera, debiéndose también tener en cuenta la eventual modificación de la cuantía del justiprecio en la vía contencioso-administrativa.

c) En las expropiaciones tramitadas por el procedimiento de urgencia, el dies a quo para calcular los intereses por retraso en la fijación del justiprecio es el siguiente a aquel en el que se ocupen los bienes o los derechos expropiados ([artículo 52, regla 8ª, de la Ley de Expropiación Forzosa](#)), salvo que tenga lugar después de transcurridos seis meses desde la declaración de urgencia, pues al entenderse cumplido con ella el trámite de declaración de necesidad de la ocupación ([artículo 52, regla 1ª, de la misma Ley](#)), tal día es el siguiente a aquel en el que se cumplan seis meses desde la referida declaración de urgencia, a menos que esta última no contenga la relación de bienes o derechos a

expropiar. Estos intereses se liquidan hasta que el justiprecio fijado definitivamente en la vía administrativa se pague, deposite o consigne eficazmente. En estos casos, no existe, pues, solución de continuidad entre ambos tipos de intereses, los del artículo 56 (por demora en la fijación) y los del artículo 57 (por demora en el pago) de la Ley de Expropiación Forzosa, debido a la disposición de los bienes o derechos por el beneficiario sin previo pago. Este criterio se aplica también a aquellas expropiaciones que, no habiendo sido declaradas formalmente urgentes, materialmente son tales por haberse ocupado los bienes antes de su valoración y del pago del justiprecio".

SÉPTIMO : Que materia de costas rige el artículo 139 de la Ley 29/98 que no las impone cuando los pronunciamientos sean parciales, como resulta en el caso.

VISTOS Los preceptos citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que en atención a lo expuesto debemos estimar parcialmente así estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por don Eusebio contra las resoluciones del Jurado de Expropiación Forzosa de Badajoz dictadas los días 27 de septiembre y 29 de noviembre de 2016 en los expedientes de justiprecio NUM000 a NUM001 y NUM002 a que se refieren los presentes autos, y en su virtud las debemos de ratificar y ratificamos con excepción de los criterios que se establecen en los fundamentos de derecho segundo tercero y cuarto de esta sentencia, más el 5% de afección y los intereses correspondientes. Cualquier discordancia entre las partes en la cuantificación de esta sentencia se resolverá en trámite de ejecución de la misma. Todo ello sin expresa condena en costas.

Contra la presente sentencia sólo cabe recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo. El recurso de casación se preparará ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Extremadura en el plazo de treinta días contados desde el día siguiente al de la notificación de la sentencia.

La presente sentencia sólo será recurrible ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea que sea relevante y determinante del fallo impugnado, siempre que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora.

El escrito de preparación deberá reunir los requisitos previstos en los artículos 88 y 89 LJCA y en el Acuerdo de 19 de mayo de 2016, del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo (BOE 6-7-2016).

De conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ, según la reforma efectuada por LO 1/2009, de 3 de noviembre, deberá consignarse el depósito de 50 euros para recurrir en casación. Si no se consigna dicho depósito el recurso no se admitirá a trámite.

Y para que esta sentencia se lleve a puro y debido efecto, remítase testimonio, junto con el expediente administrativo, al órgano que dictó la resolución impugnada, que deberá acusar recibo dentro del término de diez días conforme previene la Ley, y déjese constancia de lo resuelto en el procedimiento.

Así por esta nuestra sentencia la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION: En la misma fecha fue publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr./a. Magistrado que la dictó. Doy fe.

SENTENCIA DE APELACIÓN DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

SENTENCIA

. T.S.J.EXTREMADURA SALA CON/AD

CACERES

SENTENCIA: 00126 /2017

LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE EXTREMADURA, INTEGRADA POR LOS ILMOS. SRES. MAGISTRADOS DEL MARGEN, EN NOMBRE DE S.M. EL REY, HA DICTADO LA SIGUIENTE:

SENTENCIA NÚM. 126

PRESIDENTE

DON DANIEL RUIZ BALLESTEROS

MAGISTRADOS

DOÑA ELENA MENDEZ CANSECO

DON MERCENARIO VILLALBA LAVA

DON RAIMUNDO PRADO BERNABEU

DON CASIANO ROJAS POZO /

En Cáceres, a veintinueve de junio de dos mil diecisiete.

Visto por la Sala el recurso de apelación núm. **99/17** interpuesto por **KANTRILA S.L** , representada por el procurador D. Francisco Javier Rivera Pinna, siendo parte apelada **EXCMA. DIPUTACION PROVINCIAL DE BADAJOZ**, defendida y representada por el procurador Don Jorge Campillo Álvarez y **MILENIUM INSURANCE COMPANY LIMITED** , representado por el procurador D. Jesús Díaz Durán contra la [Sentencia nº 176/16, de fecha 29-12-16 del Juzgado Contencioso Administrativo núm. 1 de Badajoz](#) , dictada en el Procedimiento núm. 142/15.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Badajoz, se remitió a esta Sala recurso contencioso-administrativo núm. 176/16, seguido a instancia de KANTRILA S.L., procedimiento que concluyó por [Sentencia del Juzgado de fecha 29-12-16](#) .

SEGUNDO.- Notificada la anterior resolución a las partes intervinientes, se interpuso recurso de apelación por KANTRILA S.L. dando traslado a la representación de las partes contrarias, aduciendo los motivos y fundamentos que tuvieron por conveniente.

TERCERO.- Elevada las actuaciones a la Sala se formó el presente rollo de apelación.

CUARTO.- En la tramitación del presente rollo se han observado las prescripciones legales.

Siendo Ponente para este trámite el Ilmo. Sr. Magistrado Especialista **D. MERCENARIO VILLALBA LAVA**, que expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Es objeto de apelación, la [sentencia 176/2016 de 29 de diciembre del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Badajoz](#), que desestima la demanda interpuesta por KANTRILA, sociedad limitada, contra la tácita desestimación por silencio del recurso de reposición planteado contra el Decreto de 9 de octubre del 2014 del Presidente de la Diputación Provincial de Badajoz, relativo a la certificación final en relación con la obra de construcción del Centro de I+D+I en Badajoz, acordando confirmar dicha resolución por entenderla ajustada a Derecho.

Frente a tal sentencia se alega que existe un grave error de valoración de las pruebas del que se derivan unos juicios, una motivación incongruente y un Fallo no ajustado a Derecho, sobre la base de utilizar unos fundamentos jurídicos que no se refieren al caso que nos ocupa, y sin que en la sentencia impugnada se tengan en cuenta y se valoren las alegaciones de la parte, considerando que el mero hecho de asumir el cobro de la factura que se reconoce a un contratista suponga la renuncia a cobrar otras cantidades que igualmente le sean debidas, teniendo que ser los actos de renuncia firmes y expresos en el caso que nos ocupa, lo que realmente sucede es que el contratista pretende impugnar y dejar sin efecto son determinados descuentos que la Administración le hace en una certificación final de obras y la reacción esencial de estimarse las alegaciones de la Administración es porque considera probado que el contratista conoció las mediciones y liquidaciones de la Administración y cobró en su día las facturas emitidas conforme a dicha liquidación, considerando que va contra sus actos reclamar unos días más tarde, señalando que conforme consta en el folio 525 del expediente administrativo el 30 de octubre de 2013 se recibieron de conformidad las obras, haciéndose constar expresamente que reunidos en el emplazamiento de la obra se verifica que puede procederse a la recepción, toda vez que se comprueban que se han ejecutado las obras conforme con el proyecto, cumpliendo KANTRILA sus obligaciones de acuerdo con lo establecido en el [artículo 218 de la Ley de Contratos del Sector Público](#), ya que las obras fueron acabadas y entregadas de conformidad con el Proyecto e igualmente recibidas de conformidad, y tal y como consta en el folio 610 del expediente administrativo. El 25 de marzo de 2014, la Dirección facultativa de la obra le hace llegar la medición final de la obra de la que se deduce la pendencia de pago de 106.951,15 €, desarrollándose hasta ese momento la relación contractual por los trámites ordinarios, y el 9 de abril se produce un giro brusco e inesperado en la actuación de la Administración contratante, al decidir imponer inopinadamente al contratista un recorte sustancial del importe de la certificación final de la obra que aparece en el folio 597 expediente administrativo, y es que en vez de cobrar 106.951,15 € que le habían comunicado originariamente, tal cantidad se reduce por pretendidas deficiencias a 47.787,51 € más IVA con sus intereses, y en su caso costes de cobro, no estando de acuerdo la recurrente con los actos administrativos que no considera conformes a Derecho y con vulneración del [artículo 218 citado de la Ley de Contratos del Sector Público 30/2007](#), y con vulneración también del [artículo 166.1 del Real Decreto 1098/2001](#), que señala que recibidas las obras se procederá, seguidamente, a su medición general con asistencia del contratista, formulándose por el Director de las obras, en el plazo de un mes desde la recepción, la medición de la realmente ejecutada de acuerdo con el Proyecto, de manera que el Juez a quo no estudia el concreto precepto ni las circunstancias que concurrieron al respecto, como tampoco lo hace del resto de hechos y fundamentos alegados en su día en la demanda, según se puede deducir de la motivación existente en la sentencia, ya que el contratista de las obras no fue llamado formalmente ni por la Dirección facultativa ni por el Órgano de contratación a realizar la repetida medición general de la obra, vulnerándose el artículo de 118. 1 de la Ley de

Contratos del Sector Público, que señala que dentro del plazo de tres meses contados a partir de la recepción, el órgano de contratación deberá aprobar la certificación final de las obras, que será abonada del contratista a cuenta de la liquidación, de manera que la Diputación Badajoz debe aprobar y pagar la certificación de las obras antes del 31 de enero de 2014, y prescindiendo del procedimiento legalmente establecido, cuando el 9 de abril de 2014, yendo contra sus actos, hace entrega de la medición final, informe de visita de 30 de enero de 2014 y para que en el plazo de cinco días hábiles preste su conformidad o formule los reparos que estime oportunos, según se puede deducir de folio 597 del expediente administrativo, de manera que se ha prescindido absolutamente del procedimiento legalmente establecido con indefensión del contratista, según se puede deducir de la propia mecánica establecida en la Ley de Contratos del Sector Público con relación a la recepción de las obras y la liquidación, y la necesaria intervención del contratista en la medición final.

La Diputación de Badajoz dice al contestar al recurso de apelación, que no se sigue la técnica procesal adecuada, ya que no se hace una crítica de la sentencia, extremo en absoluto cierto a juicio de la Sala, toda vez que sí que en la apelación se hace una exhaustiva crítica de la sentencia, y en cuanto al fondo señala que se reitera en lo expuesto en la contestación a la demanda, destacando la conformidad que existe por la contratista de la certificación final de la obra y con el cobro de las correspondientes facturas que no se hacen a buena cuenta o salvo buen fin, sino que son definitivas, destacando que el Juez de instancia hace constar que la certificación de obra fue recepcionada sin condiciones por la recurrente, emitiendo las facturas obrantes a los folios 802 y 803 del expediente administrativo, con fechas 5 y 11 de noviembre de 2014, por lo que el pago de las mismas resulta acreditado, no pudiéndose reclamar ahora cantidad distinta con el argumento de la actora referido a que la medición final no era conforme con el adjudicatario, puesto que así consta firmado por la empresa recurrente en el folio 803 del expediente administrativo y compaginándose mal tal alegación de la actora, con que no tuvo oportunidad alguna de participar en la nueva medición de la obra cuando aceptó la misma, y ninguna prueba se propone al respecto para combatir dicha medición, y ello a pesar de la alegación de que el contratista no participó en dicha medición, ya que lo cierto es el pago de las facturas y la expresión firmada de conforme del adjudicatario, contenida en el citado documento 803 del expediente administrativo, que revelan, a las claras, que en la fecha de 12 noviembre de 2014, la empresa adjudicataria era plenamente conocedora del importe final de la liquidación, pese a que el 23 de noviembre procediera a la presentación del recurso de reposición, no siendo las facturas de 5 y 11 de noviembre de 2014 emitidas por la empresa como pagos a cuenta, y sin que sea relevante en este caso la expresión de ir cobrando para ir pagando las deudas que se tenían por otra parte, no encontrándonos, tampoco en este caso, con una infracción total y absoluta del procedimiento, que es causa de la nulidad alegada, y que tampoco existe indefensión, ya que la medición final de la obra elaborada por la Dirección Facultativa y aprobada por la Administración le fue notificada al contratista, sin que en ningún momento propusiera cualquier tipo de prueba para combatir tal medición.

SEGUNDO: Para juzgar adecuadamente el caso que nos ocupa hemos de tener en cuenta que, al margen de las alegaciones, con relación a lo que se exponga en el fundamento jurídico segundo de la sentencia impugnada, sí que es cierto lo que señala la Administración referente a que se razona en la sentencia que de acuerdo con lo establecido o recogido en los folios 802 y 803 del expediente administrativo aparecen las facturas y la certificación final de obra con la conformidad del adjudicatario, a lo que se une que ninguna prueba se propone para determinar el error en la medición final, todo lo cual acredita que era plenamente conocedora del importe de la liquidación y de todos los elementos, razón por la que 12 días más tarde no puede venir a reclamar. Del examen del expediente administrativo y tal y como señala el recurrente, de lo recogido en los folios 597 y siguientes del expediente administrativo, se pone de manifiesto que la Administración entrega a KANTRILA el 9 de abril de 2014 un reparo relativo a defectos y la medición final de la obra sobre la base del Informe de los Arquitectos Remigio y Jose Pablo , Directores

de la obra, a lo que se contesta por la recurrente. Es cierto que aparece en el folio 803 del expediente administrativo que existe conformidad por parte del adjudicatario con la certificación de la obra que realiza la dirección facultativa designada por el contrato, en la que aparece la cantidad de 54.192,89 € IVA incluido, que es la cantidad por la que se emite una factura por la adjudicataria y que entendemos que se trata de hechos concluyentes o convalidadores de cualquier tipo de defecto que hubiera ocurrido, y ello de acuerdo con lo establecido en los [artículos 1281 y sptes. del Código Civil](#) , que establece que para determinar la voluntad de las partes habrá de estarse a los actos coetáneos y posteriores para determinar la voluntad contractual, resultando igualmente aplicable la doctrina de los actos propios y la buena fe, de acuerdo con el principio de venire contra factum proprium. Lo expuesto no enerva que frente a tal acto de conformidad pudieran haber existido actos en los que existiera discrepancia entre las partes, pero que al momento de determinación de la certificación final se entienden convalidados o superados en sus más diversas facetas, y sin que se hiciera reparo alguno, como debió hacerse, en su caso, en la certificación final de la obra, de exponer que en la Certificación su conformidad era parcial.

Todo lo expuesto nos obliga a la desestimación del recurso de apelación planteado.

TERCERO: Que en materia de costas rige el [artículo 139.2 de la Ley 29/98](#) que las impone al apelante cuando se desestima el recurso de apelación como es el caso.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación y en nombre de su MAJESTAD EL REY.

FALLAMOS

Que en atención a lo expuesto, debemos de desestimar y desestimamos el recurso de apelación presentado por KANTRILA sociedad limitada, contra la [sentencia 176/2016 de 29 de diciembre del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Badajoz](#) a que se refieren los presentes Autos y en su virtud la debemos de confirmar y confirmamos, y todo ello con expresa condena en costas al apelante respecto de las causadas en esta segunda instancia.

Contra la presente sentencia cabe recurso de casación ante la Sala Tercera del tribunal Supremo. El recurso de casación se preparará ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Extremadura en el plazo de treinta días contados desde el día siguiente al de la notificación de la sentencia.

El escrito de preparación deberá reunir los requisitos previsto en los [artículos 88 y 89 LJCA](#) y en el Acuerdo de 19 de mayo de 2016, del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo (BOE 6-7-2016).

Así por esta nuestra sentencia la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- En la misma fecha fue publicada la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado que la dictó. Doy fe.

Subir



Roj: **STSJ EXT 706/2016 - ECLI: ES:TSJEXT:2016:706**

Id Cendoj: **10037330012016100464**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Cáceres**

Sección: **1**

Fecha: **20/09/2016**

Nº de Recurso: **506/2015**

Nº de Resolución: **325/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **MERCENARIO VILLALBA LAVA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

target="extrae_archivos/props002.xml">

T.S.J.EXTREMADURA SALA CON/AD

CACERES

SENTENCIA: 00325/2016

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, integrada por los lltmos. Sres. Magistrados del margen, en nombre de S. M. el Rey, ha dictado la siguiente:

SENTENCIA N°325

PRESIDENTE

DON DANIEL RUIZ BALLESTEROS

MAGISTRADOS

DOÑA ELENA MÉNDEZ CANSECO

DON MERCENARIO VILLALBA LAVA

DON RAIMUNDO PRADO BERNABEU

DON CASIANO ROJAS POZO/

En Cáceres a veinte de septiembre de dos mil dieciséis.-

Visto el recurso contencioso administrativo nº **506** de **2015**, promovido por la Procuradora Sra. González Leandro, en nombre y representación de **ASESORIA SEASA, SL.**, siendo demandada **LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO** representado por el Sr. Abogado del Estado; recurso que versa sobre: Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Extremadura de fecha 22-6-15 en reclamación 06/01557/2013 sobre IVA.

C U A N T I A: 2.795,59 €.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO : Por la parte actora se presentó escrito mediante el cual interesaba se tuviera por interpuesto recurso contencioso administrativo contra el acto que ha quedado reflejado en el encabezamiento de esta sentencia.-

SEGUNDO : Seguido que fue el recurso por sus trámites, se entrego el expediente administrativo a la representación de la parte actora para que formulara la demanda, lo que hizo seguidamente dentro del plazo, sentando los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes y terminando suplicando se dictara una sentencia por la que se estime el recurso, con imposición de costas a la demandada ; dado traslado de la



demanda a la parte demandada de la Administración para que la contestase, evacuó dicho trámite interesando se dictara una sentencia desestimatoria del recurso, con imposición de costas a la parte actora.-

TERCERO : Recibido el recurso a prueba se admitieron y practicaron todas las propuestas, obrando en los ramos separados de las partes, declarándose concluso este período, se pasó al de conclusiones, donde las partes evacuaron por su orden interesando cada una de ellas se dictara sentencia de conformidad a lo solicitado en el suplico de sus escritos de demanda y de contestación a la misma, señalándose seguidamente día para la votación y fallo del presente recurso, que se llevó a efecto en el fijado.-

CUARTO : En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales;

Siendo Ponente para este trámite el Ilmo. Sr. Magistrado Especialista D. **MERCENARIO VILLALBA LAVA**.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO .- La entidad Asesoría Seasa S.L. interpone recurso contencioso-administrativo contra la resolución del TEARE de 22-6-15.

Manifiesta en la demanda que el Acuerdo de la AEAT de 31-6-2015 sobre este impuesto relativo a los años 2007, 2008 y 2009 se consideró prescripción respecto a los años 2007 y 2008 y con relación al 2009 se impuso una sanción de 2795,59 euros.

Centrándose en tal aspecto señala en la demanda que los vehículos son titularidad de la empresa recurrente siendo de utilización exclusiva para la gestión y captación de clientes, ya que para el ámbito particular se poseen otros vehículos propiedad del administrador y teniendo en cuenta que la actividad de captación y contratación de seguros agrarios se produce además de en la provincia de Badajoz en las de Cáceres, Sevilla y Huelva, de manera que al estarse enjuiciando en el caso la correcta aplicación de la prorrata no existe una actitud culpable o negligente de la actividad, dando lugar a una variación porcentual poco relevante o del 22% y es la propia Administración la que le califica como leve al no sobrepasar en los otros trimestres del ejercicio la suma de 3000 euros.

El Sr. Abogado del Estado señala que de tal fecha existen dos resoluciones del TEARE, una referida al impuesto de sociedades de 2007 a 2009 por importe de 43.687,20 euros, intereses moratorios incluidos y sanciones por tal concepto y otra por el IVA de 2009 por incorrecta aplicación de la prorrata alegando que existe desviación procesal, si bien contesta a la demanda, ad cautelam.

Destaca que en fundamento jurídico 2º de la resolución recurrida y por expresión del art. 105.4 de la LIVA como norma aplicable y determinante del porcentaje por tener la interesada entre sus ingresos comisiones por prestaciones de servicios de seguros (exentos en virtud del art. 20. Uno 16 LIVA) con el resultado de haber dejado de ingresar las cuotas debidas resultantes del Impuesto, señalando que se produce igualmente la concurrencia del elemento subjetivo, ya que el mismo concurre por simple inobservancia o negligencia.

SEGUNDO .- Esta Sala ya se ha pronunciado en sentencia 283/ 2016 de 12 de julio sobre la resolución del TEARE de la misma fecha y recurrente (autos 507/2015) sobre el impuesto de Sociedades que se menciona y se desestimó igualmente la desviación procesal que allí también se apuntaba, ratificándose también en este proceso que existe una correlación entre el escrito de interposición, la resolución impugnada, (de la que se acompaña copia) y los razonamientos de la demanda, de ahí que desestimando tal excepción debemos entrar a conocer del fondo de la cuestión planteada.

TERCERO .- La resolución del TEARE impugnada resume que resultaba aplicable al caso la regla de la prorrata a la que estaba obligada la recurrente por tener entre sus ingresos comisiones por prestaciones de servicios de seguros, exentos en virtud del art. 20. Uno. 16 de la LIVA (art. 102 y sgts. de la LIVA), razonándose sobre tal elemento subjetivo según los artículos 19 y 183.1 de la LGT , de acuerdo a la STC 8-7-91 y jurisprudencia del T. Supremo.

La recurrente no alega que no resultare aplicable la prorrata, alegando la escasa entidad de la infracción.

En el procedimiento administrativo consta que la recurrente se deducía la totalidad del IVA de las cuotas y gastos de reparación del vehículo sin que se acreditase la total afectación del vehículo, de ahí que a la vista de la presunción del art. 95 de la LIVA , por un lado, y el art. 20. Uno 16 de la LIVA junto con los arts.102 y sgtes. de ese mismo texto legal , resultase de aplicación la prorrata en los términos en que se expone, basándose los elementos subjetivos y objetivos de la sanción en los arts. 191.1 y 5 , 179.2 y 3 y 188.3 de la LGT .

No consta que la liquidación se haya impugnado y anulado, tesis jurídica de la Administración que parece admitirse a pesar de la mera alegación de la afectación total del vehículo que tampoco se pretende acreditar o que no se lleva a cabo por la escasez de que a tales fines constituye la documental planteada respecto



del permiso de circulación y leasing, ya que sería precisa una guía de km y actividad realizada como ha señalado esta Sala en ocasiones análogas para destruir la presunción del art. 95 de la LIVA citado, de ahí que concurriendo los elementos subjetivos y objetivos procede ratificar la resolución del TEARE, toda vez que concurre el elemento objetivo de la sanción, como lo es una mayor deducción de la que legalmente pertenecía, merced a la correcta aplicación de las normas tributarias, según se deducía de su propia contabilidad de ingresos y actividades a la vista de la normativa aplicable, de ahí que siendo tal conducta si no dolosa si negligente, ya que no se apoya en una interpretación razonable de la misma si no en una falta de diligencia en la aplicación de la normativa, cuando menos, al tratarse de un error evitable con el adecuado nivel de información y atención, se debe deducir una infracción del deber de cuidado establecido normativamente para quienes deben autoliquidar sus impuestos, de ahí que concurra también el elemento subjetivo, y con ello debemos de ratificar las resoluciones administrativas impugnadas.

CUARTO .- Que en materia de costas rige el art. 139 de la Ley 29/98 que las impone siguiendo un criterio objetivo del vencimiento, y las impone al recurrente cuando se desestimen sus pretensiones, como es el caso.

Vistos los preceptos legales y demás de general y pertinente aplicación, por la potestad que nos confiere la Constitución Española,

FALLAMOS

Que en atención a lo expuesto debemos de desestimar y desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Asesoría Seasa S.L. contra la resolución del TEARE DE 22-6-2015 a que se refieren los presentes autos, y en su virtud la debemos de ratificar y ratificamos por ser conforme a Derecho, y todo ello con expresa condena en cuanto a las costas para la recurrente.

Contra la presente sentencia cabe recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo. El recurso de casación se preparará ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Extremadura en el plazo de treinta días contados desde el día siguiente al de la notificación de la sentencia.

El escrito de preparación deberá reunir los requisitos previstos en los artículos 88 y 89 LJCA y en el Acuerdo de 19 de mayo de 2016, del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo (BOE 6-7-2016).

Y para que esta sentencia se lleve a puro y debido efecto, una vez alcanzada la firmeza de la misma, remítase testimonio junto con el expediente administrativo al órgano que dictó la resolución impugnada, que deberá acusar recibo dentro del término de diez días, conforme previene la Ley y déjese constancia de lo resuelto en el procedimiento.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION .- En la misma fecha fue publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a Magistrado que la dictó. Doy fè.

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS





Roj: **STSJ EXT 1293/2017 - ECLI: ES:TSJEXT:2017:1293**

Id Cendoj: **10037330012017100605**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Cáceres**

Sección: **1**

Fecha: **16/11/2017**

Nº de Recurso: **177/2017**

Nº de Resolución: **247/2017**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **MERCENARIO VILLALBA LAVA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.EXTREMADURA SALA CON/AD

CACERES

SENTENCIA: 00247/2017

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados del margen, en nombre de S. M. el Rey, ha dictado la siguiente:

SENTENCIA N°247

PRESIDENTE :

D. DANIEL RUIZ BALLESTEROS

MAGISTRADOS :

Dª ELENA MÉNDEZ CANSECO

D. MERCENARIO VILLALBA LAVA

D. RAIMUNDO PRADO BERNABEU

D. CASIANO ROJAS POZO

En Cáceres a 16 de Noviembre de dos mil diecisiete.-

Visto el recurso de apelación nº 177 de 2.017 , interpuesto por la representación de EXCMO AYUNTAMIENTO DE BADAJOZ, siendo parte apelada Dª. Regina , contra la Sentencia nº 90 de fecha 29-05-17, dictada en el recurso contencioso-administrativo nº 277/16, tramitado en el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Badajoz .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Badajoz se remitió a esta Sala recurso contencioso-administrativo nº 277/16. Procedimiento que concluyó por Sentencia del Juzgado nº 90 de fecha 29 de mayo de 2017.

SEGUNDO .- Notificada la anterior resolución a las partes intervinientes se interpuso recurso de apelación por la parte actora, dando traslado a la representación de la parte demandada, aduciendo los motivos y fundamentos que tuvo por conveniente.

TERCERO .- Elevadas las actuaciones a la Sala se formó el presente rollo de apelación en el que se acordó admitir a trámite el presente recurso de apelación, que se declara concluso para sentencia, con citación de las partes.

CUARTO .- En la tramitación del presente rollo se han observado las prescripciones legales.-



Siendo Ponente para este trámite el Ilmo. Sr. Magistrado D. **MERCENARIO VILLALBA LAVA**, que expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Es objeto de apelación la Sentencia 90/2017 de 29 de Mayo del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº2 de Badajoz que condena al Ayuntamiento Apelante en la suma de 16.984,53 Euros, más las costas.

Frente a esta Sentencia se apela por el Ayuntamiento y tras el oportuno trámite de audiencia la recurrida señala que no es factible la apelación al amparo del art. 81 de la LJCA y el Ayuntamiento que sí, al incluirse las costas en tal cuantía que se apela.

SEGUNDO .- Debemos recordar que la admisión o no de un recurso de apelación es una cuestión que debe ser examinada por el Tribunal de apelación, incluso de oficio, ya que se trata, de una materia de orden público, pues es claro que no puede dejarse al arbitrio de quien pretende el acceso a la apelación alterar el régimen de recursos establecido en la ley.

El Tribunal Constitucional ha declarado que el derecho de acceso a los recursos forma parte del contenido a la tutela judicial efectiva. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional en la Sentencia STC 374/1993, que señala que es doctrina consolidada y muy reiterada (SSTC 21/1990, 23/1992 y 72/1992) que el derecho de acceso a los recursos legalmente previstos forma parte integrante del contenido a la tutela judicial efectiva, siempre que se cumplan y respeten los presupuestos, requisitos y límites que la propia Ley establezca, correspondiendo a los órganos judiciales decidir en cada caso sobre el cumplimiento o no de esas exigencias. El sistema de recursos es de configuración legal y pertenece al ámbito de libertad del Legislador (SSTC, 230/1993 y 37/1995). Es el Legislador quien tiene libertad para configurar tal derecho, salvo en lo relativo al derecho del declarado culpable de un delito a que el fallo y la pena sean sometidos a un Tribunal Superior, derecho a los recursos reconocidos en el art. 14,5 del Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos de Nueva Cork de 1966, y que el Tribunal Constitucional ha considerado integrado en el artículo 24,1 de la Constitución Española (SSTC 42/1982, 33/1989, y 255/1993).

El sistema de recursos se incorpora a la tutela judicial en la configuración que le dé cada una de esas leyes de enjuiciamiento reguladoras de los diferentes órdenes jurisdiccionales, sin que ni siquiera exista un derecho constitucional a disponer de tales medios de impugnación, siendo imaginable, posible y real la eventualidad de que no existan, salvo en lo penal. No puede encontrarse en la Constitución ninguna norma o principio que imponga la necesidad de una doble instancia o de unos determinados recursos, siendo posible en abstracto su inexistencia o condicionar su admisibilidad al cumplimiento de ciertos requisitos.

Una vez sabido lo anterior, es preciso señalar que el recurso de apelación en el proceso contencioso-administrativo es admisible, como regla general, en aquellos procesos cuyo objeto supere la cuantía de 30.000 Euros, en virtud de lo dispuesto en el artículo 81,1 de la Ley 29/98, de 13 de Julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa, precepto que determina cuáles son las sentencias apelables dictada por el Juzgado, y por consiguiente, cuando de un proceso conoce el juzgado en primera instancia, que será en aquellos supuestos en que cabe recurso de apelación contra la Sentencia.

En aplicación de la doctrina jurisprudencial que declara que las razones que en su momento hubieren determinado la inadmisión del recurso se convierten en motivos de desestimación en trámite de dictar Sentencia - sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de fechas 18 de Marzo de 1999(referencia El Derecho 1999/2516), 17 de junio de 1999(1999/14565) y 15 de Diciembre de 1999 (1999/42754)-, la consecuencia final será la desestimación de la apelación al no concurrir el presupuesto procesal de alcanzar la cuantía.

TERCERO .- Dice el auto de 8 de Noviembre de 1994 (Aranzadi 91899) que la cuantía viene determinada por el valor de la pretensión del objeto del litigio, y no está por ello, a la disposición unilateral de las partes.

La STS de 14 de Octubre de 1993 señala que las prevenciones legales en materia de cuantía litigiosa han de ser aplicadas sin que puedan ser modificadas ni por la alegación de la parte demandante ni por el hecho de haberse admitido el recurso de apelación por el Tribunal y no haberse corregido la fijación de la cuantía indebidamente señalada por la actora.

La corrección de la cuantía, incluso de oficio, se recoge en la STS de 11 de julio de 2001 (Aranzadi 6087, 6089 y 6091), como ya había hecho en las STS de 6 de julio de 1992 y de 17 de julio de 1992 (Aranzadi 6199,6200 y 6570).



En la STS de 10 de Octubre de 1997 (Aranzadi 7232) y ATS de 12 de Enero de 1998 (Aranzadi 679), 28 de Septiembre de 2000 , 5 de Octubre de 2000 , y 15 de Diciembre de 2000 (Aranzadi 8025, 8619, y 9416) se inadmite recursos de casación en materias que aunque indeterminadas en la cuantía económica, indirectamente podían causar a los daños y perjuicios que no alcanzarían la cantidad mínima prevista para el recurso de casación, tratándose igualmente de privación de derechos.

Tal y como se recoge en las STS de 10-10-1997 (Aranzadi 7232) ATS de 11-1-98 (Aranzadi 679) ó 13-11-2000 (Aranzadi 140/2001), de entre una larga lista que mantiene la citada doctrina, la cuantía del procedimiento, aunque en determinados litigios quede indeterminada, puede considerarse de inferior cuantía a la establecida para los recursos, si estimando grosso modo su importe o sus perjuicios no alcanzasen la referida suma.

Todo lo expuesto, oídas las partes, nos conducen a considerar que no se alcanza la cuantía de 30.000 Euros.

En el caso a la cuantía no es factible añadir las costas para determinar la cuantía, que viene determinada por el objeto del proceso que no son las costas, y aún así, no alcanzaría la cuantía límite de la apelación.

CUARTO .- En virtud de lo establecido en el artículo 139.2 de la LJCA , no procede imponer la costas procesales causadas en segunda instancia, ya que el precepto se refiere a la desestimación de las pretensiones, cuando en el presente caso estamos ante una desestimación sin entrar a conocer del fondo del asunto, y por otro lado, la parte actora formuló recurso de apelación siguiendo la indicación del Juzgado, no apreciando temeridad o mala fe a los efectos de una concreta imposición de costas.

VISTOS los artículos citados y demás preceptos de pertinente y general aplicación, EN NOMBRE DE S.M. EL REY, por la potestad que nos confiere la CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA,

FALLAMOS

Que en atención a lo expuesto debemos de desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Badajoz, contra la Sentencia citada en el Fundamento Jurídico primero de está, al no ser susceptible de recurso de apelación. Sin hacer especial pronunciamiento respecto a las costas procesales causadas.

Contra la presente sentencia cabe recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo. El recurso de casación se preparará ante la Sala de lo Contencioso- Administrativo del TSJ de Extremadura en el plazo de treinta días contados desde el día siguiente al de la notificación de la sentencia.

El escrito de preparación deberá reunir los requisitos previstos en los artículos 88 y 89 LJCA y en el Acuerdo de 19 de mayo de 2016, del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo (BOE 6-7-2016).

Y para que esta sentencia se lleve a puro y debido efecto, remítase testimonio junto con los autos, al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo que dictó la resolución impugnada, que deberá acusar recibo dentro del término de diez días, y déjese constancia en el rollo.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION

Dada, leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente que la autoriza estando la Sala celebrando audiencia pública ordinaria en el día de su fecha. Certifico.

DILIGENCIA .- Seguidamente se dedujo testimonio de la anterior sentencia para constancia en el procedimiento. Certifico.

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS





Roj: **STSJ EXT 1311/2017 - ECLI: ES:TSJEXT:2017:1311**

Id Cendoj: **10037330012017100623**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Cáceres**

Sección: **1**

Fecha: **14/11/2017**

Nº de Recurso: **588/2016**

Nº de Resolución: **386/2017**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **MERCENARIO VILLALBA LAVA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.EXTREMADURA SALA CON/AD

CACERES

SENTENCIA: 00386/2017

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, integrada por los Iltmos. Sres. Magistrados del margen, en nombre de S. M. el Rey, ha dictado la siguiente:

SENTENCIA N° 386/2017

PRESIDENTE

DON DANIEL RUIZ BALLESTEROS

MAGISTRADOS

DOÑA ELENA MÉNDEZ CANSECO

DON RAIMUNDO PRADO BERNABEU

DON MERCENARIO VILLALVA LAVA

DON CASIANO ROJAS POZO

En Cáceres a catorce de noviembre de dos mil diecisiete.-

Visto el recurso contencioso administrativo nº **588** de **2016**, promovido por el procurador Sr. Murillo Jiménez, en nombre y representación de Eusebio , siendo demandada **ADMINISTRACION GENERAL DEL ESTADO**, representada y defendida por el abogado del Estado, sobre: resolución del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa de Badajoz de 27 de septiembre y 29 de noviembre de 2016, en expediente de justiprecio nº NUM000 a NUM001 y NUM002 .

CUANTIA: INDETERMINADA

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO : Por la parte actora se presentó escrito mediante el cual interesaba se tuviera por interpuesto recurso contencioso administrativo contra el acto que ha quedado reflejado en el encabezamiento de esta sentencia.

SEGUNDO : Seguido que fue el recurso por sus trámites, se entregó el expediente administrativo a la representación de la parte actora para que formulara la demanda, lo que hizo seguidamente dentro del plazo, sentando los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes y terminando suplicando se dictara una sentencia por la que se estime el recurso, con imposición de costas a la demandada ; dado traslado de la demanda a la parte demandada de la Administración para que la contestase, evacuó dicho trámite interesando se dictara una sentencia desestimatoria del recurso, con imposición de costas a la parte actora.



TERCERO : Recibido el recurso a prueba, se admitieron y practicaron todas las propuestas, obrando en los ramos separados de las partes, declarándose concluso este periodo, se pasó al de conclusiones, donde las partes evacuaron por su orden interesando cada una de ellas se dictara sentencia de conformidad a lo solicitado en el suplico de sus escritos de demanda y de contestación a la misma, señalándose seguidamente día para la votación y fallo del presente recurso, que se llevó a efecto en el fijado.

CUARTO : En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales;

Siendo Ponente para este trámite el Ilmo. Sr. Magistrado Especialista **DON MERCENARIO VILLALVA LAVA**.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO : Por el cotitular de la nuda propiedad de las fincas expropiadas y que ha dado lugar a los expediente de justiprecio NUM000 a NUM001 y NUM002 en el proyecto de construcción de plataforma de la línea de alta velocidad Madrid-Extremadura, en el tramo de la Jara-arroyo de La Albuera se reclama, en primer lugar, una nueva valoración de los terrenos sobre la base de no haberse determinado adecuadamente la renta de los terrenos, en una finca que tiene alrededor de 500 hectáreas y que se encuentra en la confluencia del río DIRECCION000 con el río DIRECCION001 , situada a 3 km de la ciudad de Mérida y a 1,7 km de la estación ferroviaria de DIRECCION000 encontrándose también a esta distancia de 3 km del polígono industrial DIRECCION002 de Mérida y a 4,3 km de la autovía A-66 de la DIRECCION003 , colindante con la zona urbana de la localidad de Esparragalejo, teniendo una explotación ganadera de 412, 49 hectáreas, de regadío 79 hectáreas y 4 de secano, dos viviendas cortijo, una de ellas residencia habitual de la propietaria Almudena y con el valor paisajístico de la zona ZEPA del embalse de DIRECCION004 , zona LIC del río DIRECCION000 y zona IBA 289 DIRECCION005 , en suelo no urbanizable de especial protección

dehesas, y con relación al valor histórico se localizan en la finca y en la propia traza 5 yacimientos arqueológicos, incluidos dos importantes altares rupestres megalíticos, dos yacimientos arqueológicos incluidos en la Carta Arqueológica de Extremadura y tres elementos de patrimonio etnográfico.

Además de la renta computable para la capitalización crítica los factores de localización otorgados por el Jurado, defendiendo la determinación de la renta correspondiente sobre los datos reales de la explotación de la finca y de acuerdo con lo que establece el artículo 9.1 del Real Decreto 1492/2011 , y considerando que se deben incluir en la partida de la renta el beneficio empresarial y la renta cinegética.

SEGUNDO : Consideramos que en este punto debe otorgarse de un valor preponderante a la pericial judicial intraprosesal practicada sobre la base de su mayor objetividad propia de la forma de su nombramiento y además sobre la motivación que lleva a cabo, que se basa tanto en los datos reales de la explotación como en terrenos análogos y valoraciones del propio Jurado, lo que nos conduce a considerar que tal informe pericial se acomoda de la mejor manera posible al artículo 9.1 del Real Decreto 1492/2011 , a la debida motivación de las resoluciones judiciales que se deben basar en la mejor motivación de las pruebas practicadas y en la determinación de la renta de la explotación, que no puede ser más adecuada que la propia real de la misma explotación, siendo este caso excepcional de lo que habitualmente conoce la Sala en situaciones de valoración parecidas, todo lo cual nos conduce a ratificar los valores de citado perito para la determinación de la renta correspondiente para la capitalización, considerando que también son correctos los valores de localización del artículo 17 del citado Real Decreto 1492/2011 tanto por accesibilidad a núcleos de población, a centro de actividad económica o por entornos de singular valor ambiental o paisajístico, y teniendo en cuenta su ponderación a la vista de la sentencia del Tribunal Constitucional STC 141/2014 de 11.09.2014 y también que se trata de ponderaciones de 1,19; 1, 52 y 1, 2 ; habida cuenta además de que se trata de una finca muy cercana a la ciudad de Mérida, al polígono industrial " DIRECCION002 " de transformación de productos agro-ganaderos, a la autovía A-66 de la DIRECCION003 y a las estaciones ferroviarias de DIRECCION000 y Mérida. Consideramos que en la renta así determinada se incluyen todos los conceptos, de manera que no es preciso ningún tipo de adición o suma por los conceptos de aprovechamiento cinegético o beneficio empresarial.

Hemos de tener presente la STC 141/2014 de 11.09.2014 , que se pronuncia sobre el art. 23 de la Ley 2/2008 y que apela al valor Constitucional e ínsito de la propiedad para su titular, de acuerdo con el art. 33 y más en concreto con el art. 33.3 de la CE . que engarza con la jurisprudencia del TEDH de 24.04.2003 y 06.12.2011 , referida al proporcional equilibrio entre el daño sufrido con la expropiación y la indemnización correspondiente, verdadero valor, precio o valor justo que son conceptos jurídicos indeterminados que el Juez solamente puede determinar con las ayudas de peritos o remisión a casos análogos, siendo lo relevante el valor real del bien, que en aquel caso a través de la capitalización de rentas y factor de localización se entendía que no se alcanzaba y daba satisfacción a las exigencias del art. 33.3 de la CE , apelándose en los votos particulares al valor de mercado como más acertado para su determinación, además por coherencia, con los sistemas que utiliza la Administración para la comprobación de valores (ámbito tributario), destacándose el ámbito urbanístico,



que es irrelevante en el caso que nos ocupa. Lo relevante, por tanto, es la determinación del valor real del bien o la compensación adecuada a la expropiación. La citada sentencia del T.C. declaró inconstitucional el límite máximo de localización en 2 del art. 1.a, párrafo 3º, especificando el apartado 23.2 que en ninguno de los casos previstos podrán considerarse expectativas derivadas de la asignación de edificabilidades y usos por la ordenación territorial o urbanística que no han sido aun plenamente realizadas, destacándose que lo relevante es el valor real del bien y dicho todo ello en el contexto que se menciona, que como señala el T.C. se ciñe a los límites del debate y que no se cierran ulteriores pretensiones que pudiesen plantear dudas de inconstitucionalidad por el planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad.

Desde este punto de vista, considera la Sala como ya ha dicho en diversas sentencias, entre ellas, la 445/2016 de 22 de Diciembre ó 65/2017 de 14 de febrero, que la determinación de la renta real o potencial no puede basarse en datos publicados por el Ministerio de Agricultura y la Junta de Extremadura si no se especifica el lugar concreto de donde se han obtenido tales datos, lo que nos conduce a considerar que la resolución del Jurado es realmente inmotivada, y lo mismo debe decirse del dictamen de la beneficiaria.

TERCERO : Esta Sala en sentencia de 6 de junio de 2017 y en las sentencias 226 y 445/ 2016 y también al resolver los otros 177/2015 ha señalado, entre otras muchas, que estos supuestos de división de fincas que superan tan ampliamente las unidades mínimas de cultivo y con explotaciones extensivas de ganado y de terrenos tan amplios no es preciso otorgar cantidad alguna por demérito y división de la finca a salvo que por la dimensión de uno de los trozos en que quede dividida la finca no sea factible su explotación. En este caso, la beneficiaria otorgó el 5% del valor de la expropiación en los dos expedientes de justiprecio por importes de 25.946, 64 € y 10.864, 18 € de tal manera que por congruencia también el Jurado otorgó estas cantidades, lo cual nos obliga también sobre el principio de la reformatio in peius a reconocerlo; ahora bien, tal y como se señala en estas sentencias sí que es conveniente indemnizar las infraestructuras que es preciso realizar para una adecuada explotación de la finca al cambiarse su configuración y necesitar determinadas obras de infraestructura para su adecuada explotación y en este sentido consideramos correcto tal, y como se señala en los informes periciales, abonar la cantidad de 109.174, 80 € para la instalación del cerramiento ganadero necesario para poder mantener la actividad de la explotación ganadera; 14.240, 45 € para la construcción de 7 pasos canadienses; 36.000 € para el establecimiento de puntos de aguas; 5.261, 4 € para la instalación de un corral de manejo en la zona entrevías y 12.838,61 euros para la nueva ordenación de los caminos.

Debe tenerse en cuenta también, como se señala por las partes, que la finca anteriormente también se encontraba afectada por la vía del tren y que en el informe del que se ha extraído la valoración de Gervasio, arquitecto, los recintos, aunque los 1 y 2 son inferiores a las unidades mínimas de cultivos se encuentran correlativos con los demás. Los precios establecidos por este técnico se encuentran más motivados y explicitados que los del Jurado Provincial.

CUARTO : Se solicita también cantidades por minusvaloración de las viviendas de la finca, ya que existen dos viviendas: una primera residencia habitual de la usufructuaria, que señala el recurrente queda prácticamente engullida por tal obra, como dice que se observa en el plano parcelario por lo que resulta un perjuicio objetivo directo, ocasionando a la misma un impacto ambiental, visual y limitaciones del uso, que se valora ponderadamente en el 50% del valor de reposición según su estado actual; y la vivienda 2 residencia del encargado y trabajador de la explotación que se encuentra situada a 100 metros de la traza de línea proyectada por lo que la incidencia de la nueva infraestructura se entiende inferior, si bien igualmente acreditada estimándose en un 5% de su valor, trayendo en apoyo de su pretensión la sentencia de esta sala de Extremadura 576/2013 y también la 40181/2014 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco .

Según se desprende del informe de evaluación de bienes y derechos afectados por la expropiación forzosa parcial de la finca Sequeros del Este del ingeniero agrónomo Leovigildo, en la página 30 de su informe aparece la referida vivienda y aunque es cierto que la obra se encontrará afectada visualmente, la vivienda principal se encuentra más allá de la zona de servidumbre, considerando la Sala que no cabe ningún tipo de indemnización en el caso de la segunda vivienda que se encuentra a más de 100 metros.

Al resolver en sentencia de 13 de julio de 2017 en los autos 610/2015 dijimos en el f. jdco. Décimo que: " Solución distinta adoptamos respecto del concepto indemnizatorio denominado " devaluación de las construcciones ", en relación exclusivamente con lo que el perito judicial denomina "impacto paisajístico", que la Sala entiende procede ser indemnizado desde el momento en que la nueva vía de alta velocidad discurre en una plataforma elevada que afecta de forma importante a la " visibilidad hacia la visual norte, la más relevante por ser la que permite visualizar el sistema central, que queda ampliamente mermada por la altura de la plataforma ", si bien única y exclusivamente respecto de la edificaciones que tengan la consideración de edificios residenciales (en concreto sólo respecto de la vivienda que menciona el perito de parte y cuya extensión es de 450 m2), no los que están destinados, directa o indirectamente, a la explotación ganadera existente.



En cuanto al impacto acústico, la Sala mantiene el mismo criterio que en el concepto indemnizatorio anterior. Por otra parte, la propiedad podrá volver a defender sus planteamientos al respecto en el caso de que ADIF no les dé la satisfacción que pretenden en el Proyecto de Protección Acústica que está previsto abordar con posterioridad a la realización del Proyecto de Construcción, donde se definirán con precisión el detalle de las medidas que deban adoptarse para minimizar el ruido al edificio residencial, mediante, por ejemplo, la colocación de pantallas acústicas u otras medidas al efecto, tal y como anunció ADIF en su respuesta a la propiedad sobre esta cuestión.

Así las cosas, cuantificamos este concepto indemnizatorio en la cantidad de 6.000 euros, a la que llegamos, redondeando, partiendo del valor de la vivienda conforme al criterio del perito de parte (194.788,13 € x 0,30: 58.436,43 €) y aplicando el porcentaje del 10%, pues rebajamos el propuesto por el perito judicial al no estimar el perjuicio por ruido, tal y como queda razonado".

Hemos otorgado una cantidad ligeramente superior, de 12.000 euros, al resolver recientemente los autos 25/20017 incluyendo la afección del ruido con plataforma elevada en una carretera, de ahí que en el caso entendamos correcta y ponderada la suma de 10.000 euros, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes y acreditadas.

QUINTO : Queda por último, pronunciarnos sobre la indemnización de 80.361 € por afección de derechos mineros en el expediente NUM002 . A juicio de la Sala no concurre el supuesto de hecho necesario para que los derechos mineros sean indemnizables. Debemos de tener en cuenta que la parte esgrime el anuncio de 10 de julio de 2015 por el que se somete a información pública el plan de reestructuración y estudio de impacto ambiental, teniendo en cuenta que el objeto es la extracción son gravas cuarcíticas para abastecer las obras de construcción de la plataforma de la línea de alta velocidad Madrid-Extremadura, acceso a Mérida, siendo la fecha de la solicitud 26 de enero de 2015 y el promotor Corsán Corviam Construcción, Sociedad Anónima, y desde la actual traza del AVE. Lo expuesto determina que no deba otorgarse cantidad alguna como indemnización, ya que al margen de que, efectivamente, este terreno haya sido objeto de expropiación, la explotación minera precisamente para la obra del AVE, pudo llevarse a cabo, motivo por el que no hay ninguna cantidad que se haya perdido a causa de la expropiación, puesto que si no se ha llevado a cabo esa explotación no es la expropiación la determinante de que no se haya podido llevar a cabo, toda vez que se trata de una obra del propio AVE en terreno que se señala de las propias vías y que se pudo llevar a cabo, luego si no se llevó a cabo ha sido por causas diferentes a las propia expropiación, lo que determina que debe desestimarse la demanda en este apartado.

SEXTO : En materia de intereses de demora volvemos de nuevo a reproducir la STS 26/03/2012, (rec. 1409/2009), que resume perfectamente el estado de la cuestión en nuestra doctrina jurisprudencial: "Recordemos nuestra doctrina sobre intereses moratorios, que resumidamente se expuso en la Sentencia de 10 de noviembre de 2008 (Rec. 2070/2005).

a) En las expropiaciones ordinarias, el dies a quo para calcular los intereses por demora en la fijación del justiprecio es aquel en el que hayan transcurridos seis meses desde el inicio del expediente expropiatorio, esto es, desde la firmeza del acuerdo sobre necesidad de la ocupación, según se infiere de la lectura coordinada de los artículos 21, apartado 1 , 22 y 56 de la Ley de Expropiación Forzosa , en relación con el 71, apartado 1, de su Reglamento. Estos seis meses se computan conforme a lo dispuesto en el artículo 48, apartado 2, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (BOE de 27 de noviembre). El dies ad quem se sitúa en la jornada en la que el justiprecio quede definitivamente fijado en la vía administrativa, bien en una primera decisión, bien en la resolutoria del recurso de reposición si se interpuso. Si la cuantía del justiprecio se modificase en la vía jurisdiccional mediante un pronunciamiento firme, los intereses se devengan con efectos retroactivos sobre el montante señalado por los jueces (artículo 73, apartado 2, del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa).

b) Los intereses por demora en el pago del justiprecio, en esas expropiaciones ordinarias, se liquidan una vez transcurridos seis meses desde la fijación del justiprecio en vía administrativa (artículos 48, apartado 1 , y 57 de la Ley de Expropiación Forzosa), concluyendo el cómputo el día en el que efectivamente se satisfaga su importe por la Administración o por el beneficiario, o en el que se deposite o consigne válidamente, cuando fuese procedente. El cómputo de los seis meses se practica de igual manera, debiéndose también tener en cuenta la eventual modificación de la cuantía del justiprecio en la vía contencioso-administrativa.

c) En las expropiaciones tramitadas por el procedimiento de urgencia, el dies a quo para calcular los intereses por retraso en la fijación del justiprecio es el siguiente a aquel en el que se ocupen los bienes o los derechos expropiados (artículo 52, regla 8ª, de la Ley de Expropiación Forzosa), salvo que tenga lugar después de transcurridos seis meses desde la declaración de urgencia, pues al entenderse cumplido con ella el trámite de declaración de necesidad de la ocupación (artículo 52, regla 1ª, de la misma Ley), tal día es el siguiente a



aquel en el que se cumplan seis meses desde la referida declaración de urgencia, a menos que esta última no contenga la relación de bienes o derechos a expropiar. Estos intereses se liquidan hasta que el justiprecio fijado definitivamente en la vía administrativa se pague, deposite o consigne eficazmente. En estos casos, no existe, pues, solución de continuidad entre ambos tipos de intereses, los del artículo 56 (por demora en la fijación) y los del artículo 57 (por demora en el pago) de la Ley de Expropiación Forzosa, debido a la disposición de los bienes o derechos por el beneficiario sin previo pago. Este criterio se aplica también a aquellas expropiaciones que, no habiendo sido declaradas formalmente urgentes, materialmente son tales por haberse ocupado los bienes antes de su valoración y del pago del justiprecio".

SÉPTIMO : Que materia de costas rige el artículo 139 de la Ley 29/98 que no las impone cuando los pronunciamientos sean parciales, como resulta en el caso.

VISTOS Los preceptos citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que en atención a lo expuesto debemos estimar parcialmente así estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por don Eusebio contra las resoluciones del Jurado de Expropiación Forzosa de Badajoz dictadas los días 27 de septiembre y 29 de noviembre de 2016 en los expedientes de justiprecio NUM000 a NUM001 y NUM002 a que se refieren los presentes autos, y en su virtud las debemos de ratificar y ratificamos con excepción de los criterios que se establecen en los fundamentos de derecho segundo tercero y cuarto de esta sentencia, más el 5% de afección y los intereses correspondientes. Cualquier discordancia entre las partes en la cuantificación de esta sentencia se resolverá en trámite de ejecución de la misma. Todo ello sin expresa condena en costas.

Contra la presente sentencia sólo cabe recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo. El recurso de casación se preparará ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Extremadura en el plazo de treinta días contados desde el día siguiente al de la notificación de la sentencia.

La presente sentencia sólo será recurrible ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea que sea relevante y determinante del fallo impugnado, siempre que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora.

El escrito de preparación deberá reunir los requisitos previstos en los artículos 88 y 89 LJCA y en el Acuerdo de 19 de mayo de 2016, del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo (BOE 6-7-2016).

De conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ, según la reforma efectuada por LO 1/2009, de 3 de noviembre, deberá consignarse el depósito de 50 euros para recurrir en casación. Si no se consigna dicho depósito el recurso no se admitirá a trámite.

Y para que esta sentencia se lleve a puro y debido efecto, remítase testimonio, junto con el expediente administrativo, al órgano que dictó la resolución impugnada, que deberá acusar recibo dentro del término de diez días conforme previene la Ley, y déjese constancia de lo resuelto en el procedimiento.

Así por esta nuestra sentencia la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION: En la misma fecha fue publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr./a. Magistrado que la dictó. Doy fe.

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS





Roj: **STSJ EXT 1140/2017 - ECLI: ES:TSJEXT:2017:1140**

Id Cendoj: **10037330012017100514**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Cáceres**

Sección: **1**

Fecha: **10/10/2017**

Nº de Recurso: **159/2017**

Nº de Resolución: **173/2017**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **MERCENARIO VILLALBA LAVA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.EXTREMADURA SALA CON/AD

CACERES

SENTENCIA: 00173/2017

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, integrada por los Iltmos. Sres. Magistrados del margen, en nombre de S.M. el Rey, ha dictado la siguiente:

SENTENCIA NUM. 173

PRESIDENTE :

DON DANIEL RUIZ BALLESTEROS

MAGISTRADOS :

DOÑA ELENA MÉNDEZ CANSECO

DON MERCENARIO VILLALBA LAVA

DON RAIMUNDO PRADO BERNABEU

DON CASIANO ROJAS POZO

En Cáceres a DIEZ de OCTUBRE de DOS MIL DIECISIETE.-

Visto el recurso de apelación nº **159** de **2017**, interpuesto por **FEDERACIÓN DE SINDICATOS DE EDUCACIÓN Y SANIDAD FSES**, contra el auto nº 61/17 de fecha 24.07.17 dictada en el recurso contencioso-administrativo DF nº 162/17, tramitado en el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de MÉRIDA, a instancias de FEDERACIÓN DE SINDICATOS DE EDUCACIÓN Y SANIDAD FSES representado por la Procuradora Dª Gloria Cabrera Chavez contra JUNTA DE EXTREMADURA representada y asistida por el Letrado de su Gabinete Jurídico, y como partes codemandadas CSIF, representado por Francisco Balsera Mora; FESP-UGT EXTREMADURA representado por D. Jesús Bermejo Muriel; CCOO-EXTREMADURA representado por José María López Blanco, así como el MINISTERIO FISCAL, sobre: personal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de MÉRIDA se remitió a esta Sala recurso contencioso-administrativo de DF nº 162/17, seguido a instancias de FEDERACIÓN DE SINDICATOS DE EDUCACIÓN Y SANIDAD FSES, sobre personal. Procedimiento que concluyó por auto del Juzgado de fecha 24.07.17 y número 61/17.

SEGUNDO .- Notificada la anterior resolución a las partes intervinientes se interpuso recurso de apelación por la parte FEDERACIÓN DE SINDICATOS DE EDUCACIÓN Y SANIDAD FSES, dando traslado a la representación de CSIF, GESP-UGT EXTREMADURA, CCOO-EXTREMADURA, y MINISTERIO FISCAL aduciendo los motivos y fundamentos que tuvo por conveniente.



TERCERO .- Elevadas las actuaciones a la Sala se formó el presente rollo de apelación en el que se acordó admitir a trámite el presente recurso de apelación, que se declara concluso para sentencia, con citación de las partes.

CUARTO .- En la tramitación del presente rollo se han observado las prescripciones legales.-

Siendo Ponente para este trámite el lltmo. Sr. Magistrado especialista D. **MERCENARIO VILLALBA LAVA**, que expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Para juzgar adecuadamente el caso que nos ocupa hemos de tener presente que se han dictado por esta Sala las sentencias 232, 234 y 247/2017 que contienen la siguiente doctrina: "TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 35 del Real Decreto Legislativo 5/2015 que regula la constitución y composición de las Mesas de negociación,;

1. Las Mesas a que se refieren los arts. 34, 36.3 y disposición adicional decimotercera de este Estatuto quedarán válidamente constituidas cuando, además de la representación de la Administración correspondiente, y sin perjuicio del derecho de todas las Organizaciones Sindicales legitimadas a participar en ellas en proporción a su representatividad, tales organizaciones sindicales representen, como mínimo, la mayoría absoluta de los miembros de los órganos unitarios de representación en el ámbito de que se trate.

2. Las variaciones en la representatividad sindical, a efectos de modificación en la composición de las Mesas de Negociación, serán acreditadas por las Organizaciones Sindicales interesadas, mediante el correspondiente certificado de la Oficina Pública de Registro competente, cada dos años a partir de la fecha inicial de constitución de las citadas Mesas.

Es decir, que hasta que no haya esa presencia de organizaciones representativas como exige la norma, la Mesa no queda válidamente constituida. Así pues respecto de la primera convocatoria, y del intento de celebración del mes de abril de 2015, hemos de considerar que obviamente conforme al precepto antes referido, no puede considerarse válida la constitución, y con ello de la participación del sindicato FSES, por lo cual la fecha de esa convocatoria no puede considerarse como iniciadora de ningún plazo de recurso. Se evidenció la intención de la Comunidad de incluir al sindicato FSES, pero no se llegó a hacer.

Después se convocan otras dos reuniones, pero ya no lo son para actualizar la composición de la Mesa, o al menos ello no figuraba en el orden del día, y cuando se celebra la única que se llevó a efectos, con fecha 8 de octubre de 2015, ya se incluyó en el Orden del día el punto referido a la actualización de la composición de la Mesa, pero no se resolvió en ningún sentido, ya que la demandada se limitó a facilitar los datos de los resultados de las elecciones sindicales.

Ante tal situación, los actores, presentan una petición expresa sobre el tema, con fecha 25 de noviembre siguiente, la exclusión del sindicato FSES por carecer de la representación necesaria. Al no obtener respuesta interpone recurso de reposición con fecha 16 de marzo de 2016, que es resuelto con fecha 16 de mayo en sentido desestimatorio. CUARTO.- No podemos estar de acuerdo con la postura de la Administración demandada en cuanto a la extemporaneidad del recurso de reposición. Aún admitiendo que la Resolución con un posible error, lo desestima y no lo inadmite, aunque sus fundamentos jurídicos se refieren a motivos de inadmisión, lo cierto es que la primera convocatoria tenía como objeto actualizar la composición de la Mesa, y si no se realizó válidamente no puede entenderse que abría la posibilidad de recurrir. Aunque la Ley nada dice todo parece indicar que la convocatoria la ha de efectuar la Administración que tiene la obligación de impulsar el procedimiento de oficio, que debe notificarse a todos los sindicatos legitimados para formar parte de la mesa, so pena de transgredir la libertad sindical, y si se convoca la participación de sindicatos para configurar la nueva composición de la Mesa, es obvio que ello podrá ser valorado y aceptado o no, independientemente de que la Administración cite a todos los que crea conveniente. Hasta que no hubiere un acuerdo en firme sobre la nueva composición de la Mesa, no hay la posibilidad de recurrir porque no habría acto objeto de recurso. Alega la demandada que la composición de la Mesa se decide en la primera convocatoria, pero no podemos aceptar el argumento por cuanto el hecho de hacer una convocatoria, es sólo eso, un hecho, y hasta que no haya un pronunciamiento en derecho, no se abre el plazo para recurrir. Y así las cosas, no es hasta la reunión de 8 de octubre de 2015, cuando se trata el tema litigioso, y sin alcanzar ningún tipo de pronunciamiento, por lo cual es perfectamente admisible que cuando la actora solicita la exclusión del sindicato FSES en noviembre, está impugnando la propia composición de la Mesa, por falta de legitimación de un sindicato convocado, algo que había solicitado en octubre sin respuesta.

No puede ver cercenado su derecho a los recursos sin verse afectado su derecho a la tutela, cuando formula la petición reiteradamente y no obtiene respuesta, y cuando la obtiene, expresamente formula recurso en plazo.



QUINTO.- Y en cuanto al fondo este Tribunal ya dictó sentencia en asunto similar en recurso 147/2013 en la expreso que:

El art. 36. del Estatuto Básico del Empleado Público 7/2007, de 12 de abril que establece lo siguiente:

1. Se constituye una Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas. La representación de éstas será unitaria, estará presidida por la Administración General del Estado y contará con representantes de las Comunidades Autónomas, de las Ciudades de Ceuta y Melilla y de la Federación Española de Municipios y Provincias, en función de las materias a negociar.

La representación de las Organizaciones Sindicales legitimadas para estar presentes de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 6 y 7 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical se distribuirá en función de los resultados obtenidos en las elecciones a los órganos de representación del personal, Delegados de Personal, Juntas de Personal y Comités de Empresa, en el conjunto de las Administraciones Públicas.

2. Serán materias objeto de negociación en esta Mesa las relacionadas en el artículo 37 de este Estatuto que resulten susceptibles de regulación estatal con carácter de norma básica, sin perjuicio de los acuerdos a que puedan llegar las Comunidades Autónomas en su correspondiente ámbito territorial en virtud de sus competencias exclusivas y compartidas en materia de Función Pública.

Será específicamente objeto de negociación en el ámbito de la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas el incremento global de las retribuciones del personal al servicio de las Administraciones Públicas que corresponda incluir en el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado de cada año.

3. Para la negociación de todas aquellas materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario, estatutario y laboral de cada Administración Pública, se constituirá en la Administración General del Estado, en cada una de las Comunidades Autónomas, Ciudades de Ceuta y Melilla y Entidades Locales una Mesa General de Negociación.

Son de aplicación a estas Mesas Generales los criterios establecidos en el apartado anterior sobre representación de las Organizaciones Sindicales en la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas, tomando en consideración en cada caso los resultados obtenidos en las elecciones a los órganos de representación del personal funcionario y laboral del correspondiente ámbito de representación.

Además, también estarán presentes en estas Mesas Generales, las Organizaciones Sindicales que formen parte de la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas siempre que hubieran obtenido el 10 por 100 de los representantes a personal funcionario o personal laboral en el ámbito correspondiente a la Mesa de que se trate.

La Ley 7/2007 exige la condición de representativos de los sindicatos que integran la negociación tanto con relación al personal laboral como al funcionario, lo cual parece lógico si tenemos en cuenta que se están negociando materias comunes a funcionarios y personal laboral. Como hemos indicado el sindicato actor es representativo a nivel de personal estatutario y funcionario al tener el 10% de los representantes legales de tales trabajadores que prestan sus servicios por cuenta ajena para la Administración autonómica pero carece de ese 10%, como exige el art. 36.3 de la Ley 7/2007, de los miembros que integran los Delegados y Juntas de Personal que representan al personal laboral.

Compartiendo la argumentación de la Administración demandada la Sala estima la necesidad para la legitimación del sindicato a estar presente en la Mesa General de Negociación en el ámbito de la Administración autonómica de tener el 10% de la representación tanto en el ámbito del personal funcionario como del personal laboral, lo que se infiere del art 36.3 EBEP que según hemos visto señala en relación a la Mesa General de Negociación de cada una de las Administraciones públicas que son de aplicación a estas Mesas Generales los criterios establecidos en el apartado anterior sobre representación de las Organizaciones Sindicales en la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas, tomando en consideración en cada caso los resultados obtenidos en las elecciones a los órganos de representación del personal funcionario y laboral del correspondiente ámbito de representación. De esta forma el EBEP exige la concurrencia de la representatividad en relación al personal laboral y funcionario, no sesgadamente en relación a cada una de estas clases de personal ni siquiera globalmente considerado de tal manera que la mayor representatividad en uno de dichos ámbitos pueda compensar la menor representatividad en el restante, postura que se considera la más adecuada desde el punto de vista teleológico en cuanto que, si las cuestiones que se van a tratar en su seno afectan a ambos tipos de personal resulta lógica la exigibilidad de representatividad en cada uno de los ámbitos. Por otro lado tal posición resulta también corroborada por el inciso final del art 36.3 del EBEP que señala: Además, también estarán presentes en estas Mesas Generales, las Organizaciones Sindicales que formen parte de la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas siempre



que hubieran obtenido el 10 por 100 de los representantes a personal funcionario o personal laboral en el ámbito correspondiente a la Mesa de que se trate. De esta manera se emplea en este caso la conjunción disyuntiva o permitiendo en este caso la inclusión en la Mesa General de Negociación de aquellos sindicatos que obtuvieran el 10% de representatividad tan solo en el ámbito del personal funcionario o de personal laboral alternativamente. Pero para ello se exige que se trate de organizaciones sindicales que formen parte de la negociación de las Administraciones Públicas, exigiendo así un plus de representatividad para formar parte de la Mesa General de Negociación de una Administración Pública cuando se ostente tan solo la representatividad del 10% en el ámbito del personal funcionario o del laboral.

Este matiz ha sido destacado por el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª) en sentencia de 17 abril 2013 dictada en el Recurso de Casación núm. 2145/2012 en la que se señala que: Las Mesas del art. 36 LEBEP no son Mesas de unidades electorales de funcionarios, y aunque en ellas puedan estar legitimados para participar los sindicatos «que hubieran obtenido el 10 por 100 de los representantes a personal funcionario... en el ámbito correspondiente a la Mesa de que se trate» (art. 35.3, párrafo in fine) debe hacerse una doble observación: que el requisito de legitimación establecido en el art. 36.3 aludido no se limita en exclusiva como el recurrente da por sentado, a la obtención del 10 por 100, sino que ese requisito va precedido por el de «que formen parte de la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas». («Además, también estarán presentes en estas Mesas Generales, las Organizaciones Sindicales que formen parte de la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas siempre que hubieran obtenido el 10 por 100 de los representantes a personal funcionario o personal laboral en el ámbito correspondiente a la Mesa de que se trate», dice el art. 36.3, párrafo final). En definitiva, de lo expuesto entendemos que el Magistrado de instancia, ha interpretado la Norma de manera correcta por lo que el Recurso debe desestimarse.

Pues bien, consideramos que tal criterio ha de ser mantenido por los mismos fundamentos ya que el EBEP exige la concurrencia de la representatividad en relación al personal laboral y funcionario, no sesgadamente en relación a cada una de estas clases de personal ni siquiera globalmente considerado de tal manera que la mayor representatividad en uno de dichos ámbitos pueda compensar la menor representatividad en el restante, postura que se considera la más adecuada desde el punto de vista teleológico en cuanto que, si las cuestiones que se van a tratar en su seno afectan a ambos tipos de personal resulta lógica la exigibilidad de representatividad en cada uno de los ámbitos.

Por ello en cuanto que, en este caso el sindicato FSES, no tiene el 10% de la representación del personal laboral, que se exige para la legitimación a estar presente en la Mesa General de Negociación que nos ocupa debe declararse la exclusión del sindicato de la Mesa de que se trata y por tanto estimar el recurso interpuesto".

De lo expuesto se concluye que esta jurisdicción ha determinado que no es correcta la conducta de tener al sindicato ahora recurrente como legítimo integrante de la Mesa de Negociación de empleados públicos, y ello en un procedimiento judicial ordinario aplicando legislación ordinaria. La Administración en contra de su inicial criterio, que se corregía en las citadas sentencias, en el caso que nos ocupa no ha convocado a la mesa de negociación de empleados públicos al ahora recurrente.

SEGUNDO: La recurrente considera que el auto impugnado infringe la jurisprudencia consolidada aplicable al caso, que declara que negar a una organización sindical su facultad negociadora implica una violación del derecho fundamental a la libertad sindical del artículo 28.1 de la Constitución española, según se puede deducir en las sentencias del Tribunal Constitucional 80/2000 de 27 de marzo y 76/2001 de 26 de marzo. Señala también que se ha producido la infracción del citado artículo 28.1, en relación con el artículo 24 de la Constitución Española y de los artículos 25.2 y 91 de la Ley 29/98, en tanto que los procesos judiciales citados no son firmes, toda vez que la ahora recurrente ha preparado contra ellos recurso de casación y que ninguna de las partes favorecidas ha interesado ante el órgano judicial competente su ejecución provisional de manera que, como establece la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2015, dictada en el recurso 919/2014, las partes favorecidas por una sentencia deben instar su ejecución provisional y que cuando de tal ejecución provisional resultaren perjuicios de cualquier naturaleza, el Tribunal puede acordar las medidas que considere adecuadas para evitar o paliar dichos perjuicios, entre ellos, la prestación de caución y que la ejecución provisional podrá denegar si puede crear situaciones irreversibles o causar perjuicios de difícil reparación, razón por la que la conducta de la Administración de 23 de junio de 2017 en que tiene lugar la primera reunión de la Mesa General de Negociación sin citar a la recurrente demuestra que no se ha respetado el régimen jurídico previsto en el artículo 91 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y que la recurrente merece seguir, provisionalmente, formando parte de la Mesa General de Negociación hasta que se dicte una sentencia firme o una resolución judicial que autorice la ejecución provisional de las sentencias, señalando el carácter llamativo del argumento de la magistrada de instancia de censurar a la recurrente por no haberse dirigido a la Administración para que, en su caso, corrija su modo de actuar cuando no existe precepto



legal alguno que exija agotar la vía administrativa antes de acudir al auxilio judicial tratándose de la vulneración de un derecho fundamental, destacando también el razonamiento de la posible inadmisión por litispendencia, entendiéndose que si la reunión tuvo lugar el 23 de junio y el recurso contencioso-administrativo por el cauce de la protección de los derechos fundamentales se presentó el día 5 de julio es evidente que se han cumplido los 10 días señalados en el artículo 115 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa .

Se razona en la instancia que, en cualquier caso, el derecho fundamental infringido sería el artículo 37.1 de la Constitución Española y no el artículo 28.1 del texto legal, ya que más que la vulneración del derecho a la libertad sindical se estaría vulnerando el derecho a la negociación colectiva, estrechamente relacionado, como el derecho a la huelga.

TERCERO: Considera en la Sala que la cuestión que nos ocupa viene determinada por el resultado electoral, de tal manera que lo relevante en el presente caso es una cuestión de estricto Derecho ordinario, cual es la capacidad que tiene el sindicato recurrente de ser parte en una Mesa de negociación. En un primer momento, la Administración consideraba que sí que la recurrente reunía los requisitos correspondientes pero en la actualidad entiende, tras conocer los razonamientos de las tres sentencias citadas que no es así. Como decimos, la cuestión que nos ocupa viene determinada sobre la base de lo que se considera representación mínima necesaria para formar parte de las mesas de negociación, razón por la cual el procedimiento que nos ocupa no es el adecuado sino que la convocatoria o no convocatoria a tal mesa de negociación colectiva es una cuestión, como se ha acreditado a través de los tres procesos judiciales y se razona en las sentencias, propio de un proceso ordinario con aplicación de la legalidad ordinaria.

La Administración el uso de su libertad de interpretación del ordenamiento jurídico puede considerar, a la vista de lo resuelto judicialmente, que el sindicato recurrente no ostenta los requisitos necesarios de representatividad para formar parte de la mesa de negociación, de manera que, propiamente, no nos encontramos en el ámbito de ningún tipo de ejecución de sentencia sino de la libre interpretación del ordenamiento jurídico por parte de la Administración pública, creemos también a la vista de los razonamientos jurídicos que se hacen en una sentencia , ya que propiamente, lo discutido en aquellos procesos era referido a determinadas mesas de negociación, cuya composición se impugnaba y no a las que pudieran formarse en el futuro. Los derechos fundamentales citados y concernidos en el presente caso precisan de un desarrollo en la legalidad ordinaria sobre la base de la necesaria representatividad en las mesas de negociación que es un criterio establecido legalmente, de tal manera que la determinación de si en un determinado caso se alcanza tal grado de representatividad es una cuestión de legalidad ordinaria como se acredita con las sentencias citadas.

Todo lo cual nos conduce a la desestimación del recurso interpuesto y a la ratificación de la sentencia apelada.

CUARTO: Que en materia de costas rige el artículo 139.2 de la Ley 29/98 que las impone al apelante cuando se desestima el recurso de apelación, como es el caso.

FALLO

Que en atención a lo expuesto debemos de desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Gloria Cabrera Chaves en nombre de la Federación de Sindicatos de Educación y Sanidad FSES, contra el auto de 24 de julio del Juzgado de lo Contencioso número 1 de Mérida a que se refieren los presentes autos, y en su virtud lo debemos de confirmar y confirmamos, y todo ello con expresa condena en las costas de esta alzada para la apelante.

Contra la presente sentencia cabe recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo. El recurso de casación se preparará ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Extremadura en el plazo de treinta días contados desde el día siguiente al de la notificación de la sentencia.

El escrito de preparación deberá reunir los requisitos previstos en los artículos 88 y 89 LJCA y en el Acuerdo de 19 de mayo de 2016, del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo (BOE 6-7-2016).

Y para que esta sentencia se lleve a puro y debido efecto, remítase testimonio junto con los autos, al Juzgado de los Contencioso-Administrativo que dictó la resolución impugnada, que deberá acusar recibo dentro del término de diez días, y déjese constancia de lo resuelto en el procedimiento.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

DILIGENCIA .- En la misma fecha fue publicada la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado que la dictó. Doy fe.

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS





ANEXOS
ESPAÑA
AUDIÊNCIA
NACIONAL

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS





Roj: **SAN 442/2017** - ECLI: **ES:AN:2017:442**

Id Cendoj: **28079230032017100079**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **23/02/2017**

Nº de Recurso: **297/2015**

Nº de Resolución: **133/2017**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **ISABEL GARCIA GARCIA-BLANCO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN TERCERA

Núm. de Recurso: 0000297 / 2015

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 04489/2015

Demandante: D. Iván

Procurador: D^{ña}. MARÍA TERESA UCEDA BLASCO

Letrado: D. ÁNGEL LUIS GARCÍA SANZ

Demandado: MINISTERIO DE JUSTICIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. ISABEL GARCÍA GARCÍA BLANCO

SENTENCIA N^o:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. FRANCISCO DÍAZ FRAILE

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. ISABEL GARCÍA GARCÍA BLANCO

D^a. LUCÍA ACÍN AGUADO

D^a. ANA MARÍA SANGÜESA CABEZUDO

Madrid, a veintitres de febrero de dos mil diecisiete.

Visto el recurso contencioso-administrativo que ante esta Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el **número 297/2015**, se tramita a instancia de **D. Iván**, representado por la Procuradora D^{ña}. María Teresa Uceda Blasco, y asistido por el Letrado D. Ángel Luis García Sanz, contra Resolución del Secretario de Estado de Justicia, por delegación del Ministro del ramo, de 7-7-2015 desestimatoria del recurso de reposición interpuesto contra la Resolución de la misma autoridad de 12-12-2014, por la que se desestimó la reclamación indemnizatoria planteada por responsabilidad patrimonial del Estado, debida al funcionamiento de la Administración de Justicia y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO



1.- La parte indicada interpuso en fecha 20/7/2015 este recurso respecto de los actos antes aludidos y, admitido a trámite, y reclamado el expediente administrativo, se entregó éste a la parte actora para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo, en la que realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el Suplico de la misma, en el que literalmente dijo: "que, tenga por presentado este escrito con sus copias y documentos, y por formalizada la Demanda en el recurso contencioso-administrativo número 297/2015, lo admita junto con los documentos que se acompañan, y con estimación del mismo, acuerde:

a) La anulación del acto administrativo impugnado.

b) El reconocimiento de la situación jurídica planteada en la solicitud como sujeto de una situación que, no tiene el deber de soportar, al haber sido privado de libertad injustamente, y la indemnización de daños y perjuicios reclamada que asciende a 432.913,60 Euros, que deberá incrementarse en los intereses legales correspondientes.

e) La expresa condena en costas de la administración si se opusiere a nuestras pretensiones."

2.- De la demanda se dió traslado al Sr. Abogado del Estado, quien en nombre de la Administración demandada contestó en un relato fáctico y una argumentación jurídica que sirvió al mismo para concretar su oposición al recurso en el suplico de la misma, en el cual solicitó: "Que teniendo por presentado este escrito, se sirva admitirlo y tener por contestada la demanda, con devolución de los autos, dictando previos los trámites legales, sentencia por la que se desestime el presente recurso, con imposición de costas a la parte recurrente" .

3.- Solicitado el recibimiento a prueba del recurso, la Sala dictó Auto de fecha 13 de abril de 2016 acordando el recibimiento a prueba, habiéndose practicado la propuesta y admitida con el resultado obrante en autos.

Siendo el siguiente trámite el de Conclusiones, a través del cual, las partes, por su orden, concretaron sus posiciones y reiteraron sus respectivas pretensiones. Por providencia de 10 de enero de 2017 se hizo señalamiento para votación y fallo el día 21 de febrero de 2017, en que efectivamente se deliberó y votó.

4.- En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las forma legales exigidas por la Ley que regula la Jurisdicción. Y ha sido Ponente el Magistrado de esta Sección D^a ISABEL GARCÍA GARCÍA BLANCO.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

1.- En el presente recurso se impugna la resolución del Secretario de Estado de Justicia, por delegación del Ministro del ramo, de 7-7-2015 desestimatoria del recurso de reposición interpuesto contra la resolución de la misma autoridad de 12-12-2014, por la que se desestimó la reclamación indemnizatoria planteada por responsabilidad patrimonial del Estado, debida al funcionamiento de la Administración de Justicia.

Ante esta jurisdicción se reclaman 432.913,60 €, más los intereses legales correspondientes, por la privación de libertad (de 30-8-2011 a 26-4-2013, 604 días) que se defiende como indebida, acordada, de inicio, por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Villanueva de la Serena en las Diligencias Previas 946 /2011, posterior sumario 1/2012, en relación con presuntos delitos de agresión sexual, amenazas y tráfico de drogas, de los que fue absuelto por Sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Badajoz con sede en Mérida, de 3-5-2013 (rollo 6/2012).

Los daños reclamados se disgregan en los siguientes conceptos y cantidades:

- Prisión indebida, a razón de 4.000 €/mes, con incremento de un 10% cada mes de prisión, sumando un total de 238.870 €.

- Perjuicios morales por alejamiento de su familia, así como por trastornos psicológicos como consecuencia de su estancia en prisión, que asciende a. la cantidad de 181.200,00. €.

- Perjuicio derivado de la imposibilidad de realizar ninguna actividad laboral al estar privado de libertad indebidamente, cuantificado en el valor del SMI o IPREM durante su estancia en prisión, lo que asciende a la cantidad de 12.843,60 €.

2.- La Constitución Española, después de recoger en el art. 106-2 el principio general de responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de los servicios públicos, contempla de manera específica en el art. 121 la responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de la Administración de Justicia, reconociendo el derecho a ser indemnizado en los daños causados por error judicial o consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. El Título V del Libro III de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985 desarrolla en los arts. 292 y siguientes el referido precepto constitucional, recogiendo los dos



supuestos genéricos ya citados de error judicial y funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, e incluyendo un supuesto específico de error judicial en el art. 294, relativo a la prisión preventiva seguida de absolución o sobreseimiento libre por inexistencia del hecho.

Desde finales de la década de los ochenta (Sentencia de 27-1-1989) se venía entendiendo por el TS que el art. 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial era de aplicación tanto a los supuestos de " *inexistencia objetiva* " del hecho imputado por el que se decretó la prisión provisional (supuesto que abarcaba los casos en los que no hubiera existido materialmente los hechos delictivos y también aquellos en los que existiendo los hechos estos fueran atípicos), como a los de " *inexistencia subjetiva* " (supuesto concurrente en aquellos casos en que resultara probada la falta de participación del inculpado, procesado o acusado en el hecho que se le hubiese atribuido, es decir, hecho delictivo existente con prueba de no haber participado en él) excluyendo, como causa de responsabilidad patrimonial del Estado, los supuestos de prisión preventiva seguidos de sentencia absolutoria por falta de prueba de la participación del afectado ("in dubio pro reo") o la absolución por concurrir causas de exención de la responsabilidad criminal, ya sea por exclusión de la antijuridicidad, de la imputabilidad, de la culpabilidad o de la punibilidad, o, en términos más generales, cuando existan causas de justificación o de inimputabilidad.

Sin embargo este criterio jurisprudencial se ha abandonado considerando que en el marco del art. 294 de la LOPJ solo tiene cabida la " *inexistencia objetiva* " ya que la interpretación y aplicación del indicado precepto ha de mantenerse dentro de los límites y con el alcance previstos por el legislador, <<" *que en modo alguno contempla la indemnización de todos los casos de prisión preventiva que no vaya seguida de sentencia condenatoria, como ya se ha indicado antes, ni siquiera de todos los casos en los que el proceso termina por sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre, planteamiento que, por lo demás y según se desprende de las referidas sentencias del TEDH, no supone infracción del art. 6.2 del Convenio, pues, como se indica en las mismas, ni el art. 6.2 ni ninguna otra cláusula del Convenido dan lugar a reparación por una detención provisional en caso de absolución y no exigen a los Estados signatarios contemplar en sus legislaciones el derecho a indemnización por prisión preventiva no seguida de condena.* ". Así lo afirma el TS en dos sentencias de 23-11-2010 (recursos de casación 4288/2006 y 1908/2006) que con cita en las sentencias del TEDH de 25 de abril de 2006 , asunto PUIG PANELLA c. España , nº 1483/02 , y de 13 de julio de 2010 , asunto TENDAM c. España , nº 25720/05 , justifican el cambio de criterio jurisprudencial

Como se indica en el FJ 3 de la primera de las sentencias del TS citadas:

<<" *No ha de perderse de vista que, como ya hemos indicado al principio, el art. 294 de la LOPJ contempla un supuesto específico de error judicial, que no está sujeto a la previa declaración judicial del mismo exigida con carácter general en el art. 293 de la LOPJ , configurando un título de imputación de responsabilidad por el funcionamiento de la Administración de Justicia, consistente en la apreciación de error judicial en la adopción de la medida cautelar de prisión provisional, que el legislador entiende que se revela cuando la resolución penal de absolución o sobreseimiento libre se produce "por inexistencia del hecho imputado" y no de manera genérica o en todo caso de absolución o sobreseimiento libre.*

Pues bien, siendo clara la impropiedad de una interpretación del precepto como título de imputación de responsabilidad patrimonial en todo supuesto de prisión preventiva seguida de una sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre y descartada la posibilidad de argumentar sobre la inexistencia subjetiva, en cuanto ello supone atender a la participación del imputado en la realización del hecho delictivo, poniendo en cuestión, en los términos que indica el TEDH en las citadas sentencias, el derecho a la presunción de inocencia y el respeto debido a la previa declaración absolutoria, que debe ser respetada por toda autoridad judicial, cuales sean los motivos referidos por el juez penal, en esta situación decimos, no se ofrece a la Sala otra solución que abandonar aquella interpretación extensiva del art. 294 de la LOPJ y acudir a una interpretación estricta del mismo, en el sentido literal de sus términos, limitando su ámbito a los supuestos de reclamación de responsabilidad patrimonial con apoyo en sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre "por inexistencia del hecho imputado", es decir, cuando tal pronunciamiento se produzca porque objetivamente el hecho delictivo ha resultado inexistente, entendida tal inexistencia objetiva en los términos que se han indicado por la jurisprudencia de esta Sala, a la que sustancialmente se ha hecho referencia al principio de este fundamento de derecho, que supone la ausencia del presupuesto de toda imputación, cualesquiera que sean las razones a las que atiende el Juez penal.

Es evidente que con dicho cambio de doctrina quedan fuera del ámbito de responsabilidad patrimonial amparado por el art. 294 de la LOPJ aquellos supuestos de inexistencia subjetiva que hasta ahora venía reconociendo la jurisprudencia anterior, pero ello resulta impuesto por el respeto a la doctrina del TEDH que venimos examinando junto a la mencionada imposibilidad legal de indemnizar siempre que hay absolución. Por otra parte, ello no resulta extraño a los criterios de interpretación normativa si tenemos en cuenta que, como hemos indicado al principio, el tantas veces citado art. 294 LOPJ contiene un supuesto específico de error judicial, que queda excepcionado del régimen general de previa declaración judicial del error establecida en el art. 293 de dicha LOPJ



y aparece objetivado por el legislador, frente a la idea de culpa que late en la regulación de la responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de la Administración de Justicia en cuando viene referida al funcionamiento anormal de la misma, por lo que una interpretación estricta de sus previsiones se justifica por ese carácter singular del precepto.

Ha de añadirse que ello no supone dejar desprotegidas las situaciones de prisión preventiva seguida de sentencia absolutoria o sobreseimiento libre, que venían siendo indemnizadas como inexistencia subjetiva al amparo de dicho precepto, sino que con la modificación del criterio jurisprudencial tales reclamaciones han de remitirse a la vía general prevista en el art. 293 de la LOPJ .

Finalmente no podemos dejar de significar, que tal interpretación no es sino una consecuencia de los términos en los que el legislador ha establecido el título de imputación de responsabilidad patrimonial en dicho precepto, que viniendo referido a la existencia de error judicial en la adopción de la medida cautelar de prisión provisional, no se condiciona a la apreciación directa de dicho error atendiendo a las circunstancias en las que se adoptó la prisión preventiva ni se extiende a todos los supuestos de posterior absolución o sobreseimiento libre sino que se presume o se entiende puesta de manifiesto cuando la resolución que pone fin al proceso supone una declaración de inexistencia del hecho, pero sin que ello implique identificar el error con esta declaración, de manera que sería a través de una modificación legislativa como podría clarificarse y dar otro contenido y alcance a este título de responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de la Administración de Justicia previsto en el art. 294 de la LOPJ . ">>

Es evidente que el sistema previsto por el art. 294 de la LOPJ en su interpretación jurisprudencial tanto del TS como del TC (por todas STC núm. 98/1992 (Sala Segunda, de 22 junio) no avala la conclusión de una responsabilidad patrimonial automática y objetiva de tal manera que una vez producida la absolución o el sobreseimiento libre se generara en quién hubiera sufrido prisión preventiva un derecho indemnizatorio. Tampoco la sentencia del THDE (asunto Puig Panella contra España de 25-4-2006) permite tal pronunciamiento y no en vano el propio Tribunal recuerda, en el apartado 52, que, según su jurisprudencia constante, ni el artículo 6.2 ni otra cláusula del Convenio otorga al «acusado» un derecho a reembolso de sus costas, o un derecho a reparación por el ingreso en prisión preventiva legal, en caso de suspensión de las diligencias emprendidas en su contra (sentencia Dinares Peñalver contra España y las Sentencias Englert [TEDH 1987, 21] y Sekanina [TEDH 1993, 36]). Se afirma que el simple rechazo de una indemnización no es contrario, por tanto, en sí mismo a la presunción de inocencia (Sentencias Nölkenbockhoff [TEDH 1987, 19] y Minelli [TEDH 1983, 5]), y reafirma que la interpretación del campo de aplicación de los artículos de la LOPJ relativos a la responsabilidad patrimonial del Estado corresponde a los Tribunales internos (ap. 56). Iguales conclusiones se recogen en la reciente Sentencia del TEDH de 13-7-2010 (asunto Tendam c. España, nº 25720/05).

La jurisprudencia del TS ha declarado, a día de hoy reiteradísimamente (entre otras, sentencias del Alto Tribunal de 24-5-11 - recurso nº 1.315/2007 -; 7-7-2011 recurso nº 3.093/2007 -; 14-6-2007- recurso nº 4.241/2010 -; 20-6-2011- recurso nº 606/2007 -; 27-6-2011 -recurso nº 1.488/2007 -; 11-7-2011- recurso nº 3.753/2010 -; 19-7-2011 - recurso nº 353-2010-; 21-7-2011 - recurso nº 5.049-2010-; 30-9-2011 recursos nº 2.561/2009 , 4.380/2007 y 5.707/2007 -; 10-10-2011 -recurso nº 4.734/2007 -; 14-10-2011 -recurso nº 139-2010 -; 8-11-2011 - recurso nº 3.138/2010 -; 23-12-2011- recurso nº 694/2011 -; 3-1-2012 -recursos nº 4.881/2010 y 6.554/2010 -; 17-1-2012 -recurso nº 5.497/2010 -; 24-1-2012 - recurso nº 921/2010 -; 14-2-2012- recursos nº 2.076/2011 y 5.351-2010 -; 21-2-2012 - recursos nº 1.604/2011 y 2.351/2011 -; 28-2-2012 recursos nº 2.360/2011 y 4.876/2012 -; 21-5-2012- recurso nº 4.357/2010 -; 25-9-2012- recurso nº 4.729/2011), que sólo son subsumibles en el artículo 294-1 de la LOPJ y, por tanto, generan derecho a la correspondiente indemnización por esta vía, los supuestos en los que se pruebe la inexistencia del hecho imputado -inexistencia objetiva-, siendo sin embargo ajenos al artículo 294-1 LOPJ tanto los casos de falta de prueba de la participación en él del inculpado, procesado o acusado como aquellos en que resulte plenamente probada su ausencia de participación en los hechos imputados - inexistencia subjetiva- (entre otros, AUTOS de inadmisión del TS de 1-12-2011, recurso 2001/2011 y 9-2-2012 recurso 5153/2011).

El propio TC en su sentencia del Pleno de 19-1-2017 (RECURSO DE AMPARO 2341/2012) viene a avalar las consideraciones expuestas en los dos párrafos antecedente señalando en su FJ 5 que : <<"... Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reiterado que el Convenio Europeo de Derechos Humanos no otorga derecho a una indemnización por razón de prisión provisional adoptada legalmente en caso de absolución, por lo que no resulta incompatible con el Convenio -con el art. 6.2 , que consagra el derecho a la presunción de inocencia, ni con ninguna otra cláusula- un régimen jurídico que la excluya o la limite a determinados supuestos [SSTEDH de 25 de marzo de 1983 (Minelli c. Suiza) , § 35-36, de 25 de agosto de 1987 (Nölkenbockhoff c. Alemania) , § 36, de 25 de agosto de 1987 (Englert c. Alemania) , § 36, de 25 de abril de 2006 (asunto Puig Panella



c. España), § 52, de 13 de julio de 2010 (asunto Tendam c. España), § 36 , y de 16 de febrero de 2016 (asuntos acumulados Vlieeland Boddy y Marcelo Lanni c. España), §39].

En esta línea afirma el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que el simple rechazo de una indemnización no es contrario, en sí mismo, a la presunción de inocencia [SSTEDH de 25 de marzo de 1983 (Minelli c. Suiza) y de 25 de agosto de 1987 (Nölkenbockhoff c. Alemania), antes citadas], y reafirma que la interpretación del campo de aplicación de los artículos de la LOPJ relativos a la responsabilidad patrimonial del Estado corresponde a los Tribunales internos [STEDH de 23 de marzo de 2000 (asunto Dinares Peñalver c. España), § 2].

De ahí que el Tribunal Supremo, en la interpretación del art. 294 LOPJ , haya declarado que nuestro sistema normativo "no avala la conclusión de una responsabilidad patrimonial automática y objetiva de tal manera que una vez producida la absolución o el sobreseimiento libre se generara en quién hubiera sufrido prisión preventiva un derecho indemnizatorio" [SSTS de 9 de abril , 23 de julio y 23 de diciembre de 2015 (recursos de casación núm. 1443-2014, 3300-2014 y 153- 2015)]... "> (sic) y, en lo que atañe al caso allí examinado, el amparo conferido con dos votos particulares, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia tuvo su razón de ser en que: <<"..... dicha resolución vulnera el derecho a la presunción de inocencia, pues emite sospechas sobre la culpabilidad del recurrente y utiliza la referencia a dicho derecho como elemento integrador de la relación de causalidad del daño producido en el ámbito de la responsabilidad patrimonial, lo que se estima inadecuado , pues para determinar si concurre o no la responsabilidad de la Administración de justicia por prisión provisional no podrán utilizarse argumentos que ni directa ni indirectamente afecten a la presunción de inocencia .">> (sic con el añadido del subrayado para enfatizar lo de interés al caso), línea argumental que se sigue en la Sentencia del TC, Sala Segunda, de 30-1-2017 (recurso de amparo 7088/2012) cuando indica que:<<"... En primer lugar cabe señalar que acierta, desde luego, el Abogado del Estado al afirmar que la vulneración de la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) que ahora se examina no procede de la decisión misma de denegar la indemnización. Su eventual vulneración no depende del sentido de la decisión adoptada, sino, como sostiene el Abogado del Estado de la argumentación en la que la decisión denegatoria se funda, argumentación en la que no puede deslizarse ninguna sombra de duda sobre la inocencia del solicitante establecida en la resolución penal firme ..." >> (sic)

3.- Sobre las premisas anteriores y centrándonos en el caso de autos, la sentencia absolutoria declara probado que el actor, acompañado de un amigo, portando uno de ellos una pistola de aire comprimido, sin haberse podido determinar cuál de los dos la portaba ni qué uso se hizo de la misma, entraron en el domicilio de una pareja formada por un hombre y una mujer. La mujer, que había mantenido relaciones sexuales en diversas ocasiones con el hoy reclamante, por motivo no esclarecido, lo acompañó a su domicilio donde mantuvieron relaciones sexuales que, según la mujer, fueron sin su consentimiento. Horas después se presentó la Policía Nacional en el domicilio del reclamante, tras recibir una denuncia de la hermana de la pareja de la mujer manifestando que éste le había contado que el hoy reclamante había secuestrado a su novia. Con el consentimiento del reclamante, se llevó a cabo un registro del domicilio donde se encontraron diversos paquetes que contenían, aparentemente, cocaína, dos piezas de hachís, una navaja, dos balanzas de precisión, dos envoltorios de supuesta cocaína, siete envoltorios de supuesto "speed", junto con 250 euros fraccionados en 4 billetes de 50 €, 1 de 20 €, 1 de 10 € y 4 de 5 €. El examen toxicológico de las muestras indicó que en cuatro de los envoltorios había ciertas cantidades de anfetamina y cafeína, y en los otros dos, cantidades de fenacetina, lidocaína, tetramisol y 0,32 gramos de cocaína.

Partiendo de que la prisión preventiva vino determinada por la imputación al reclamante no de uno, sino de tres delitos distintos - coacciones, agresión sexual y tráfico de drogas -, si acudimos a la fundamentación jurídica de la sentencia absolutoria, en lo que concierne a la agresión sexual, la Sala Penal concluyó que "...no resulta de lo actuado, tanto del plenario como de las actuaciones precedentes, pruebas suficientes racionales para poder inferir que el acusado realizase el acceso carnal con la perjudicada empleando algún método de fuerza o violencia sobre la misma, como para impedirle actuar de acuerdo con su voluntad, pues si bien la declaración de la víctima es de suma importancia y eficiente en los delitos contra la libertad sexual, como el de autos, no puede desconocerse que, en el supuesto que contemplamosesa misma declaración en modo alguno se presenta clara, precisa, categórica y contundente, amén de en muchos aspectos contradictoria con lo declarado por los testigos en sus primeras manifestaciones;...". Se asume por tanto la existencia de prueba de cargo que se considera insuficiente para contrarrestar la declaración del procesado, que desde un primer momento negó categóricamente que la relación no fuere consentida.

Por lo expuesto vemos que el Tribunal penal en su pronunciamiento absolutorio y en lo que interesa al ámbito de la responsabilidad patrimonial del Estado en el marco del art. 294 de la LOPJ (prisión preventiva seguida de pronunciamiento judicial que no declare responsabilidad penal) no concluye en afirmar, como probado, la existencia de consentimiento de la mujer en las relaciones sexuales, que es lo que en su caso determinaría la inexistencia objetiva de este delito al faltar el elemento típico de la violencia e intimidación en la relación sexual



y es por ello que, en lo que concierne a la reclamación articulada en el marco del art. 294 de la LOPJ, hemos de concluir en la desestimación del recurso en este concreto punto y con independencia de que la absolución penal haya sido con base al principio " *in dubio pro reo* ".

No es este principio consagrado en el art. 24.2 de la CE el que nos lleva a desestimar la reclamación patrimonial ni compete a esta Sala, en el procedimiento instaurado, valorar el acierto de su aplicación en el ámbito penal al caso del hoy actor.

Una cosa son los presupuestos penales que sirven para la absolución dentro de un procedimiento penal marcado por una serie de principios rectores básicos (v. gr. en el sistema penal americano el pronunciamiento no es de absolución sino de no culpabilidad) y otra muy distinta los que sirven para sustentar la reclamación patrimonial del Estado, presupuestos que no tienen por qué coincidir ya que la responsabilidad patrimonial del art. 294 no se sustenta, exclusivamente, en la existencia de un pronunciamiento absolutorio pues exige que éste responda, además, a la constatación de una "inexistencia objetiva" en la forma que la misma ha quedado configurada por la ley y la jurisprudencia al respecto. En la base del art. 294, es necesario, además, que concurra una inexistencia objetiva del hecho que determinó la privación de libertad y esta situación solo se da, como hemos visto, cuando de las actuaciones penales resulta, de forma clara, que el hecho materialmente no existió o que existiendo el mismo no es típico lo que no podemos afirmar en el caso de autos en relación al concreto delito de agresión sexual y con independencia de que en relación a otro delito objeto de la acusación, tráfico de drogas, sí pudiera faltar el elemento típico definidor del hecho delictivo - la droga - pues tras los respectivos análisis y con base a la jurisprudencia que obliga a ponderar cantidad y pureza, resultó que la cantidad de cocaína pura que tenía en su poder el recurrente no superaba los 3 gramos, encuadrable en un autoconsumo, entendiéndose por el Tribunal penal que no existían suficientes datos objetivos y externos que "*... permitan deducir racionalmente, de acuerdo con la experiencia y la lógica del criterio humano, el ulterior destino de la droga -autoconsumo o tráfico- tampoco puede inferirse, cual tratábamos de exponer, de los testimonios vertidos al respecto, que primero afirman conocer de referencia que el procesado se dedicaba al tráfico, para después, en el plenario, negar todo conocimiento, y cuya credibilidad puesta en tela de juicio para el delito anteriormente enjuiciado, hace, en consecuencia, insuficientes tales testimonios para justificar un juicio de valor de dedicación al tráfico o,...*". De ahí que aunque podamos afirmar la inexistencia objetiva en uno de los delitos no podemos hacer lo mismo en relación a otro de ellos, siendo que la prisión provisional vino determinada por ambos y de ahí la desestimación de la pretensión resarcitoria en el marco del art. 294 de la LOPJ.

Además, en cuanto a la inculpación, conviene señalar al recurrente que no puede sostenerse, sin más, la existencia de un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia sobre la base exclusiva del sometimiento a causa penal que concluye sin condena y si dicho sometimiento se considerara por la parte recurrente, en sí mismo considerado, como erróneo ello no compete valorarlo a esta Sala ni por el procedimiento seguido (art. 293 del CP).

4.- De conformidad con el art. 139-1 de la LRJCA de 13 de julio de 1998, en la redacción posterior a la reforma operada por la Ley 37/2011 de 10 de octubre, en materia de costas rige el principio del vencimiento de tal manera que las costas se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones sin que sea apreciar que el caso presentara serias dudas de hecho o de derecho.

FALLO

En atención a lo expuesto la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:

DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de **D. Iván** contra la resolución del Ministerio de Justicia a que las presentes actuaciones se contraen, y **confirmar** la resolución impugnada por su **conformidad** a Derecho.

Con imposición de costas al recurrente.

Atendiendo a la reforma operada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, la presente es susceptible de **RECURSO DE CASACIÓN** que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de **TREINTA DÍAS** a contar desde el siguiente al de la notificación y que podrá ser admitido a trámite si presenta *interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia* en los términos que se determinan en el art. 88 de la LJCA, *lo que habrá de fundamentarse específicamente, con singular referencia al caso, en el escrito de preparación que, además, deberá cumplir con los requisitos que al efecto marca el art. 89 de la LJCA y cumplir con las especificaciones que al efecto se recogen en el Acuerdo de 19 de mayo de 2016, del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la*



extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo (BOE 6-7-2016).

Al notificarse la presente sentencia se hará la indicación de recursos que previene el art. 248.4 de la ley orgánica 6/1985, de 1 de junio del Poder Judicial .

Así por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales, junto con el expediente administrativo, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

D. FRANCISCO DÍAZ FRAILE D^a.ISABEL GARCÍA GARCÍA BLANCO

D^a. LUCÍA ACÍN AGUADO D^a. ANA MARÍA SANGÜESA CABEZUDO

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS





Roj: **SAN 3130/2017** - ECLI: **ES:AN:2017:3130**

Id Cendoj: **28079230062017100246**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **18/07/2017**

Nº de Recurso: **41/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **BERTA MARIA SANTILLAN PEDROSA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000041 / 2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 07510/2016

Demandante: FEDERACION ESPAÑOLA DE FUTBOL

Procurador: D. MARCOS JUAN CALLEJA GARCÍA

Demandado: CONSEJO SUPERIOR DE DEPORTES

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

SENTENCIA N^o:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D^a. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a dieciocho de julio de dos mil diecisiete.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, el recurso contencioso-administrativo núm. 41/2016, promovido por el Procurador de los Tribunales D. Marcos Juan Calleja García, en nombre y en representación de la **FEDERACION ESPAÑOLA DE FUTBOL**, contra la resolución del Sr. Presidente del Consejo Superior de Deportes dictada en fecha 18 de mayo de 2015 que desestima el recurso de reposición interpuesto contra la resolución de 13 de febrero de 2015 que acuerda el reintegro parcial de la subvención nominativa concedida en el ejercicio 2010 a dicha entidad. Ha sido parte en autos la Administración demandada representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO. - Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos por la ley, se emplazó a la parte recurrente para que formalizase la demanda en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que entendió oportunos solicitó a la Sala que dicte Sentencia estimatoria, anulando el acto administrativo impugnado por no ser conforme a derecho.

SEGUNDO. - El Abogado del Estado contesta a la demanda mediante escrito en el que suplica se dicte sentencia por la que se desestime el recurso contencioso administrativo interpuesto con imposición de costas a la parte recurrente.

TERCERO. - Una vez admitidas las pruebas documentales propuestas por la recurrente se dio traslado a las partes para que presentaran escritos de conclusiones y una vez aportados quedaron las actuaciones pendientes para votación y fallo.

CUARTO. - Para votación y fallo del presente proceso se señaló la audiencia el día 29 de marzo de 2017.

QUINTO. - En la tramitación del presente proceso se han observado las prescripciones legales.

VISTOS los preceptos legales citados por las partes, concordantes y de general aplicación.

Siendo Ponente la Magistrada Ilma. Sra. Dña. BERTA SANTILLAN PEDROSA .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - En el presente recurso contencioso administrativo la FEDERACION ESPAÑOLA DE FUTBOL (en adelante, RFEF) impugna la Resolución del Sr. Presidente del Consejo Superior de Deportes dictada en fecha 18 de mayo de 2015 que desestima el recurso de reposición que se había interpuesto contra la resolución de fecha 13 de febrero de 2015 que acuerda el reintegro parcial de la subvención nominativa concedida en el ejercicio 2010 a la RFEF para la distribución al futbol no profesional del 1% de la recaudación procedente de las apuestas deportivo-benéficas en relación con las apuestas mutuas deportivas de futbol.

SEGUNDO.- Con el fin de centrar adecuadamente el objeto del proceso se destacan los siguientes hechos que se deducen del expediente administrativo y de las alegaciones de las partes:

a) La Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010 aprobó, en el presupuesto del Consejo Superior de Deportes (en adelante, CSD) para dicho ejercicio, dos partidas a favor de la RFEF, en cumplimiento de lo dispuesto en el Real Decreto 419/1991, de 27 de marzo, por el que se regula la distribución de la recaudación y premios en las Apuestas Deportivas del Estado y otros juegos gestionados por el Organismo Nacional de Loterías y Apuestas Deportivas del Estado. Según lo dispuesto en el artículo 1.d) del mencionado Real Decreto se asigna el 1% de la recaudación de las apuestas deportivo-benéficas, al CSD con destino al futbol no profesional.

b) Dichas subvenciones se contienen, por una parte, en el Capítulo IV, para programas de actividad de futbol no profesional por un importe de 336.370 euros y, por otra, en el Capítulo VII para obras y equipamientos de futbol no profesional por importe de 4.471.520 euros. Cantidades que fueron posteriormente incrementadas al aprobarse sendos suplementos de créditos por importe de 838.913,25 euros y de 507.718, 64 euros, respectivamente. Y conforme al Real Decreto 258/1998, de 20 de febrero, de modificación parcial del Real Decreto 419/1991, de 27 de marzo, esos créditos se deben destinar por el CSD al fomento del futbol no profesional, de acuerdo con los criterios objetivos que determine dicho organismo.

c) Con fecha 18 de mayo de 2010 se firma el Convenio de Colaboración entre el CSD y la RFEF con el objeto de fijar los criterios y de establecer los programas de actuación para regular la distribución al futbol no profesional del 1% de la recaudación de las apuestas deportivo-benéficas. En dicho Convenio se estableció en su cláusula tercera la creación de una Comisión Mixta de carácter paritario que debía celebrar reuniones periódicas en las cuales se debía acordar la relación de programas e instalaciones que iban a ser objeto de financiación durante el ejercicio 2010.

d) De acuerdo con el Plan de actuaciones de comprobación de subvenciones de la Subdirección General de Inspección del CSD se procedió a la revisión de la documentación justificativa de la subvención concedida a la RFEF al amparo del citado Convenio de 18 de mayo de 2010 para el futbol no profesional procedente de la recaudación de las apuestas deportivo-benéficas en el ejercicio 2010.

e) Con fecha 15 de abril de 2014 se remitió oficio a la RFEF de requerimiento de subsanación de documentación justificativa de la subvención concedida en el ejercicio 2010.

f) Realizadas las oportunas comprobaciones relativas a la subvención otorgada con cargo al Capítulo VII, concepto 789, del presupuesto del CSD, se dictó en fecha 13 de febrero de 2015 resolución por el Presidente



del CSD por la que se acuerda solicitar el reintegro parcial de la subvención concedida a la RFEF en el ejercicio 2010 por importe total de 2.286.754,80 euros (1.901.613,04 euros más los intereses de demora).

g) Frente a dicha resolución la RFEF interpuso recurso de reposición que se rechazó mediante la resolución que constituye el objeto del presente proceso que confirma el acuerdo de reintegro parcial.

TERCERO.- Las razones que han llevado al CSD a reclamar a la RFEF el reintegro parcial de la subvención nominativa analizada son las siguientes:

a) Justificación insuficiente de gasto subvencionable por falta de acreditación del IVA o IGIC como gastos subvencionables (art. 31.8 de la Ley General de Subvenciones) por importe total de 299.162,46 euros que afecta a varios programas de actuación: Sepúlveda C.F. con el campo de césped artificial; Palazuelo de Eresma con obras varias en CF; Villagarcía del Llano con vestuarios y gradas; Sisante con reparación CF y vestuarios; Villafranco de Gadiana, con el cerramiento CF e iluminación; Lugo, Gradas en CF; Orusco de Tajuña con la adecuación de vestuarios; Madrid García de la Mata con remodelación de vestuarios y obras varias; La Orotava con visera en la grada; La Guancha con visera en la grada en CF; Palma de Mallorca (CF Peña Arrabal) con el campo de césped F-7; Palma de Mallorca (CF SD La Salle) con el campo de césped F-7; Briviesca con obras varias; Aldeacentenera en vestuarios e iluminación CF; Plasencia de las Armas (Solaruce) con el campo césped artificial; Club Deportivo Añorga con el campo césped artificial; La Guancha, marcaje F-7 y pintura parámetros cierre; Puntallana con aseos en CF y Burriana CF con campo de césped artificial.

b) Falta de acreditación o acreditación insuficiente del pago (art.31.2 LGS) por importe de 228.984 euros en La Matanza de Acentejo con el campo de césped artificial; Horche con obras varias en CF; Arenas de San Pedro y Alegria-Dulantzi con campo de césped artificial.

c) Gastos no subvencionables por pagos realizados después de terminado el plazo de justificación de la subvención por importe de 380.429,23 euros en Belmonte del Tajo con el acondicionamiento de vestuarios CF; Ceuta (Benito) con obras varias en CF; Ceuta (Demetrio) con obras varias en CF; Beniel con campo de césped artificial; San Pedro del Pinatar con construcción CF césped natural.

d) Justificación insuficiente por no acreditarse el compromiso de uso de las instalaciones por importe de 60.000 euros en Villanueva de la Jara con reparaciones en CF.

e) Justificación insuficiente por no aportarse certificado de otras subvenciones, ayudas, ingresos o recursos (art.30.4 , 37.g LGS y clausula sexta del Convenio CSD-RFEF) por importe de 125.000 euros en Vinaroz con campo de césped artificial.

f) Actuaciones con más de una causa de reintegro por importe de 808.117,35 euros en: Calatayud campo de césped artificial; Benavente campo de césped artificial F-11, Segovia Estadio de la Albufera, riego, solado, iluminación y cerramiento; San Joan de les Abadeses campo de futbol de césped artificial; CD Anaitasuna obras varias en CF; Guardamur obras varias en CF; Barcelona (UD Sant Andreu) reparaciones varias en CF; Los Realejos obras varias en 3 CF; Villar del Arzobispo remodelación CF La Paz; La Llosa campo de césped artificial; Canals campo de césped artificial.

CUARTO. - En el escrito de demanda presentado por la recurrente, FEDERACION ESPAÑOLA DE FUTBOL, se solicita que se dicte una sentencia estimatoria del recurso contencioso administrativo y, en consecuencia, que se deje sin efecto el acuerdo de reintegro parcial de la subvención nominativa analizada. Y ello en virtud de las siguientes consideraciones:

a) Afirma que no se puede exigir a la RFEF el reintegro parcial de la subvención por incumplimiento de la RFEF cuando, de conformidad con el Convenio suscrito entre el CSD y el RFEF, la responsable de la aprobación de los proyectos era la Comisión Mixta formada por 5 miembros de la RFEF y por 5 miembros del CSD. Proyectos de actuación realizados en relación con el futbol no profesional que especifica en su escrito de demanda - folios 9, 10, 11 y 12-. Y añade que también es contrario a derecho que el CSD acuerde el reintegro parcial de la subvención sobre la base de supuestos incumplimientos de los que el CSD sería, en todo caso, responsable por cuanto participó en la aprobación de los proyectos a financiar como miembro de la Comisión Mixta.

b) Muestra su discrepancia con cada una de las razones que han llevado al CSD a exigirle el citado reintegro.

c) Por otra parte, mantiene que si ha realizado los proyectos financiados y que ello ha quedado acreditado mediante la aportación por parte de la RFEF de diversas facturas que demuestran que ha destinado los fondos públicos recibidos a los fines previstos. Facturas que, de acuerdo con el artículo 30 de la Ley General de Subvenciones , constituyen un medio valido para justificar la realización de las obras subvencionadas. En este sentido destaca que la RFEF entrega a los correspondientes Ayuntamientos y a las Federaciones Regionales de futbol el dinero procedente de la subvención para realizar los proyectos previamente aprobados en la Comisión en beneficio del futbol no profesional y son estos quienes encargan a terceros la realización de las obras.



Y por ello la recurrente considera que, para poder entender que se ha justificado la realización de las obras subvencionadas, es suficiente con la aportación de la prueba del gasto mediante las facturas y que supone una extralimitación exigir a la RFEF que, además, deba acreditar que el pago de dichas facturas se ha producido efectivamente por los Ayuntamientos /Federaciones Regionales.

d) Finalmente refiere que el reintegro solicitado es desproporcionado en relación con el tipo de incumplimientos imputados.

Por su parte, el Abogado del Estado solicita la desestimación del presente recurso contencioso administrativo.

QUINTO .- Centrado el objeto de debate corresponde analizar si es ajustado a derecho el acuerdo de reintegro parcial de la subvención reconocida a la RFEF procedente del 1% de las apuestas deportivas-benéficas.

Para una mejor exposición de las razones de la RFEF y del CSD para impugnar o acordar, según el caso, el reintegro parcial de la subvención analizada, esta Sección va a exponer inicialmente los motivos de impugnación así como las razones recogidas al respecto en la resolución impugnada para luego determinar cuál de las dos posturas entiende esta Sala que mejor se ajusta al ordenamiento jurídico.

Inicialmente, la RFEF razona la nulidad del acuerdo impugnado alegando que no se le puede reclamar el reintegro acordado basado en incumplimientos por parte de la RFEF cuando, de conformidad con el Convenio suscrito entre el CSD y la RFEF en fecha 18 de mayo de 2010, la responsable de la aprobación de los proyectos era la Comisión Mixta. Y sobre este punto, la resolución impugnada expone:

"...no se puede aceptar este argumento de la recurrente mediante el que trata de confundir la justificación de la subvención con las funciones de la Comisión Mixta, toda vez que como beneficiaria de la subvención, la RFEF está obligada a cumplir con lo establecido en el artículo 14 de la LGS".

Esta Sección rechaza las consideraciones de la recurrente. En la Cláusula Tercera del referido Convenio se establecen las funciones de la Comisión Mixta cuando dispone que: *"Se crea una Comisión Mixta de carácter paritario para la celebración de las propuestas concretas de actuación, de acuerdo con los objetivos y programas a que se refiere el presente convenio, así como para su seguimiento posterior. Esta Comisión Mixta celebrará reuniones periódicas en las cuales se acordará la relación de programas e instalaciones que sean objeto de financiación durante el ejercicio 2010, con la cuantía establecida en esta Comisión Mixta"*. Por tanto, a la citada Comisión Mixta le corresponde determinar que programas e instalaciones concretas van a ser objeto de financiación de las muchas ofertas que se presentan. Pero ahí acaba su responsabilidad. Y sin embargo, en el caso analizado, la razón del acuerdo de reintegro de la subvención es porque la Administración entendió que la RFEF, que había sido la beneficiaria de la subvención, había justificado de forma incorrecta el destino de la subvención aprobada por la citada Comisión Mixta que dadas sus funciones no puede tener la condición de beneficiaria de la subvención y, por tanto, ninguna responsabilidad se le puede exigir en relación con el cumplimiento de las obligaciones impuestas a la beneficiaria. Se insiste en que el único beneficiario de dichas ayudas es la RFEF que es quien recibe las citadas cantidades para financiar proyectos de fútbol no profesional. Y como es dicha entidad quien recibe los fondos públicos es ella quien debe responder de su adecuado uso y destino cuando en este caso los motivos que han llevado a la Administración a ordenar el reintegro no son debidas a que las irregularidades pudieran estar en las razones que llevaron a la citada Comisión a financiar unos proyectos y no otros.

Es decir, no se analiza en la resolución impugnada ningún incumplimiento en la aprobación de las actuaciones a realizar sino en la justificación adecuada y suficiente de la aplicación de los fondos. No se puede confundir la justificación de la subvención con las funciones de la Comisión Mixta de la que forma parte tanto la RFEF como el CSD respecto a la aprobación de los proyectos.

No puede ponerse en duda la condición de beneficiaria de la RFEF cuando en la cláusula sexta del Convenio suscrito el 18 de mayo de 2010 entre el CSD y la RFEF se dispone que:

"Una vez libradas las cantidades a cuenta del total de la subvención, la RFEF presentara al CSD, en el plazo de tres meses, la justificación documental necesaria para la comprobación material del abono de la subvención a la entidad objeto de la misma. El CSD podrá, a tal fin, realizar cuantas inspecciones considere oportunas. La RFEF presentara al CSD una certificación emitida por los servicios técnicos, de las cantidades realmente ejecutadas y certificadas por los diferentes contratistas, para cada una de las obras que se hayan ejecutado de acuerdo con los requisitos establecidos en la Comisión Mixta y que estén incluidas en las actas de la misma". Y se añade que *"de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley General de Subvenciones, el CSD instara el reintegro de la subvención en los casos en que concurra alguna de las circunstancias previstas en dicho artículo"*.



Y, en consecuencia, la RFEF como beneficiaria es quien está obligada a justificar adecuadamente la subvención tal como establece el artículo 14 de la Ley General de Subvenciones en cuyos apartados 1.a) b), c) f) g) y i), entre las obligaciones de los beneficiarios de las subvenciones se encuentran las de:

"a) Cumplir el objetivo, ejecutar el proyecto, realizar la actividad o adoptar el comportamiento que fundamenta la concesión de las subvenciones.

b) Justificar ante el órgano concedente o la entidad colaboradora, en su caso, el cumplimiento de los requisitos y condiciones, así como la realización de la actividad y el cumplimiento de la finalidad que determinen la concesión o disfrute de la subvención.

c) Someterse a las actuaciones de comprobación, a efectuar por el órgano concedente o la entidad colaboradora, en su caso, así como cualesquiera otras de comprobación y control financiero que puedan realizar los órganos de control competentes, tanto nacionales como comunitarios, aportando cuanta información le sea requerida en el ejercicio de las actuaciones anteriores.

.....

f) Disponer de los libros contables, registros diligenciados y demás documentos debidamente auditados en los términos exigidos por la legislación mercantil y sectorial aplicable al beneficiario en cada caso, así como cuantos estados contables y registros específicos sean exigidos por las bases reguladoras de las subvenciones, con la finalidad de garantizar el adecuado ejercicio de las facultades de comprobación y control.

g) Conservar los documentos justificativos de la aplicación de los fondos recibidos, incluidos los documentos electrónicos, en tanto puedan ser objeto de las actuaciones de comprobación y control.

.....

i) Proceder al reintegro de los fondos percibidos en los supuestos contemplados en el artículo 37 de esta ley".

SEXTO.- Una vez que se ha determinado que corresponde a la RFEF la justificación de la efectiva realización de los proyectos así como la acreditación de la efectiva realización de los gastos corresponde analizar si ha existido o no incumplimiento por parte de la RFEF. Y en el análisis de esta cuestión se examinarán cada uno de los incumplimientos detectados por el CSD y que han determinado el acuerdo de reintegro parcial de la subvención recogidos de forma individualizada en el fundamento de derecho tercero de esta sentencia.

La Administración reclama a la RFEF el reintegro de la cantidad recibida por importe de 299.162,46 euros porque entiende que hay una *"justificación insuficiente por falta de acreditación del IVA o IGIC como gasto subvencionable"*. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 31.8 de la LGS, los tributos serán gastos subvencionables cuando el beneficiario de la subvención los abona efectivamente y, en ningún caso, se considerarán gastos subvencionables los impuestos indirectos cuando sean susceptibles de recuperación o compensación así como los impuestos personales de la renta. Pues bien, corresponde a la RFEF la carga de la prueba sobre el hecho de que el IVA cuyo importe reclama reúne las condiciones exigidas legalmente para poder ser un gasto subvencionable. Hecho que no se acredita ni en vía administrativa ni en vía judicial limitándose a sostener que el CSD no le puede exigir dicha prueba ya que con ello está vulnerando el principio de confianza legítima y el de seguridad jurídica porque (1) se ha solicitado casi cuatro años después de la realización de las obras y (2) no figuraban dichos documentos en el documento denominado "Condiciones Generales" en el que se recogía la documentación que debía aportarse en relación con cada uno de los proyectos a financiar. Difícilmente puede aceptarse por esta Sala que se vulneran dichos principios con la exigencia de dichos documentos necesarios para comprobar si se está o no ante un gasto subvencionable cuando su exigencia supone el cumplimiento de un requisito que se exige en una norma con rango de ley - art. 38.3 de la LGS - y el precepto legal que lo regula no tiene dudas interpretativas. Lo cual hace inadmisibles la afirmación de que la Administración ha ejercitado sus derechos y prerrogativas más allá del límite trazado por las exigencias de la ley y, además, se ha respetado el plazo de prescripción de cuatro años. El plazo para presentar la justificación por parte del beneficiario vencía el 21 de abril de 2011 y la resolución de inicio del procedimiento de reintegro parcial fue en fecha 26 de noviembre de 2014.

Y el CSD sobre este incumplimiento concluye que la RFEF no ha aportado ninguna justificación en relación con la acreditación del IVA o IGIC como gasto subvencionable en relación con las siguientes actuaciones: Sepúlveda (C.F. campo de césped artificial); Palazuelo de Eresma (obras varias en CF); Villagarcía del Llano (vestuarios y gradas); Sisante (reparación CF y vestuarios); Villafranco de Guedes (cerramiento CF e iluminación); Lugo (Gradas en CF); Orusco de Tajuña (adecuación de vestuarios); Madrid García de la Mata (remodelación de vestuarios y obras varias); La Orotava (visera en la grada); La Guancha (visera en la grada en CF); Palma de Mallorca, CF Penya Arrabal (campo de césped F-7); Palma de Mallorca, CF SD La Salle (campo de césped F-7); Briviesca (obras varias); Aldeacentenera (vestuarios e iluminación CF); Plasencia de



las Armas, Solaruce (campo césped artificial); Club Deportivo Añorga (campo césped artificial); La Guancha (marcaje F-7 y pintura parámetros cierre); Puntallana (aseos en CF) y Burriana CF (campo de césped artificial).

SÉPTIMO.- Asimismo, el CSD reclama a la recurrente en concepto de reintegro parcial de la subvención el importe de 228.904 euros por la falta de acreditación o acreditación insuficiente del pago en relación con lo dispuesto en el artículo 31.2 LGS. Y ello en relación con las siguientes actuaciones: La Matanza de Acentejo (campo de césped artificial) que no hay constancia de la realización de la transferencia; Horche (obras varias en CF) no aporta documentos originales o fotocopias compulsadas; Arenas de San Pedro se aporta por la RFEF un email dirigido al Ayuntamiento requiriendo información sin obtener respuestas y Alegría-Dulantzi (campo de césped artificial) no se ha acreditado de forma indubitada el pago.

Sobre este incumplimiento, la recurrente no analiza cada uno de los defectos concretos que la Administración realiza respecto de cada una de las actuaciones subvencionadas. Por el contrario, se ha limitado a realizar alegaciones genéricas. Y en este caso, frente al criterio de la Administración, la RFEF sostiene que para acreditar la realización del gasto es suficiente con la aportación por su parte de las facturas que constatan la realidad de las obras pero añade que no es procedente que también se le requiera que demuestre documentalmente que dichas facturas se han abonado o pagado efectivamente. Y justifica dicha afirmación refiriendo que el hecho de que a un determinado contratista se le haya abonado o no una determinada factura es una cuestión que escapa al ámbito de la justificación de la subvención ya que como los proyectos subvencionados se han llevado a cabo por las Federaciones Regionales y los Ayuntamientos que son quienes han recibido de la RFEF los fondos públicos de la subvención. Y entiende que a la RFEF le corresponde únicamente acreditar el cumplimiento de su relación con los Ayuntamientos y/o Federaciones Regionales - y para ello considera suficiente la aportación de la factura- y no el cumplimiento o no de las obligaciones contractuales derivadas de los contratos entre los Ayuntamientos y/o Federaciones Regionales y las empresas contratistas - y entre ellas el pago de dichas obras-. En otras palabras, la RFEF sostiene que como beneficiaria de la subvención únicamente le corresponde acreditar el pago a los Ayuntamientos o a las Federaciones regionales de las obras que se les encomendaron pero no le corresponde acreditar que estos últimos han pagado a su vez a los contratistas encargados de la realización de las obras por cuenta de los citados Ayuntamientos o Federaciones regionales a costa del importe de la subvención recibida en cada caso por la recurrente. Según la recurrente es ajeno a la subvención el hecho de que el Ayuntamiento o las Federaciones regionales mantengan deudas con sus contratistas.

Frente a esta alegación la resolución recurrida refiere que la RFEF como beneficiaria y receptora de fondos públicos asume la carga de la prueba sobre la acreditación del correcto destino de los fondos públicos a la realización de las obras proyectadas y autorizadas en la Comisión Mixta lo que incluye la obligación de acreditar no solo formalmente la realización de las obras aportando las facturas correspondientes sino también que las mismas han sido abonadas toda vez que únicamente se considera gasto realizado el efectivamente pagado.

Sobre este extremo esta Sección sigue la tesis de la Administración toda vez que tiene apoyo en el artículo 31.2 de la Ley General de Subvenciones cuando dispone que:

"Salvo disposición expresa en contrario en las bases reguladoras de las subvenciones, se considerara gasto realizado el que ha sido efectivamente pagado con anterioridad a la finalización del plazo de justificación determinado por la normativa reguladora de la subvención". Y en el artículo 30. 3 de la misma Ley en el que se dice: *"Los gastos se acreditarán mediante facturas y demás documentos de valor probatorio equivalente con validez en el tráfico jurídico mercantil o con eficacia administrativa, en los términos establecidos reglamentariamente".*

No cabe duda de que dicho precepto entiende que solo se considerará gasto subvencionable cuando la factura que acredita la realización de la actividad subvencionada ha sido abonada.

Por otra parte, tal como dispone el referido artículo 31.2 de la LGS, el pago de las facturas debe ser anterior a la finalización del plazo de justificación. En relación con esta exigencia, el CSD reclama por el incumplimiento de este requisito el reintegro de la cantidad de 380.429, 23 euros porque considera que no son gastos subvencionables cuando los pagos se han realizado después de terminado el plazo de justificación de la subvención. Y ese incumplimiento, según el CSD, afectó a las siguientes actuaciones: Belmonte del Tajo (acondicionamiento de vestuarios CF); Ceuta, Benito (obras varias en CF); Ceuta, Demetrio (obras varias en CF); Beniel (campo de césped artificial); San Pedro del Pinatar (construcción CF césped natural). Y el CSD respecto de las dos actuaciones realizadas en CF de Ceuta consideró insuficiente para acreditar que el pago se había realizado de forma indubitada la aportación por parte de la recurrente como justificante del pago dentro del plazo de justificación la fotocopia de un pagare de Caja Madrid con fecha de vencimiento 3/12/2011- fecha que determina abonado fuera del plazo de justificación- al que acompaña un documento con el que la



recurrente intentaba acreditar el error en la fecha de vencimiento en el pagaré y en vez de la fecha que figuraba en el pagare de 3/12/2011 debía figurar la fecha 3/1/2011. Y el CSD consideró que, la fotocopia del citado pagaré no podía llevar a la conclusión de que efectivamente se estaba ante la constatación y justificación del pago de las actuaciones realizadas en dichos campos de fútbol.

Nuevamente, sobre estos incumplimientos la recurrente se ha limitado a realizar alegaciones genéricas.

Y esta Sección nuevamente discrepa de la recurrente y concluimos que la recurrente, como beneficiaria y receptora de los fondos públicos, asume la carga de la prueba de haber empleado los fondos recibidos en las finalidades que se ordenan y con sujeción a la normativa vigente. Y solo cumple con las obligaciones derivadas del otorgamiento si junto a las facturas entregadas por los Ayuntamientos y Federaciones regionales- que son quienes han recibido los importes de la subvención para financiar los proyectos aprobados- se acompaña además la acreditación de que dichas facturas han sido efectivamente abonadas por quienes han recibido los fondos públicos. La responsabilidad de la RFEF como beneficiaria de la subvención no puede verse alterada por el hecho de que no sea ella quien directamente encargue la realización de las obras a diversas empresas del sector afectado por los proyectos subvencionados. Y en este sentido, el Convenio de 18 de mayo de 2010 en su apartado quinto refiere:

"La RFEF presentará al CSD una certificación emitida por los servicios técnicos, de las cantidades realmente ejecutadas y certificadas por los diferentes contratistas, para cada una de las obras que se hayan ejecutado de acuerdo con los requisitos establecidos en la Comisión Mixta y que estén incluidas en las actas de la misma".

La tesis que mantiene esta Sección es la que también ha tenido en cuenta el Tribunal Supremo al dictar la sentencia de fecha 11 de diciembre de 2014 en el recurso de casación nº 5333/2011 en la que se dijo:

"UNDÉCIMO.- Sobre la base de los hechos pacíficos expuestos, de los términos del litigio y del juego de los artículos 30 y 37.1.c) de la Ley General de Subvenciones en relación con el 92.2 de su Reglamento ejecutivo y en relación también con los artículos 16.1 y 3.c) de la autonómica Orden 2249/2005, de 28 de abril, de la Consejería de Economía e Innovación Tecnológica, procede desestimar el recurso de casación por las siguientes razones:

1º La relación contractual de arrendamiento de obra entre Agroalimentaria Torremocha SL dueña de la obra subvencionada, y CYR, Proyectos y Obras, SL como contratista, debe deslindarse de la relación jurídica administrativa subvencional de la primera como beneficiaria y la Administración subvencionante.

2º Esta segunda relación jurídica se plasma en un negocio que tiene un contenido propio que implica el desplazamiento de fondos públicos con un fin determinado y la asunción de unas obligaciones tanto materiales como formales, de ahí que se hable de donación modal a favor de un administrado. Ese negocio subvencional se caracteriza por el rigor en la exigencia de las obligaciones asumidas por el beneficiario, tanto de ejecución como de justificación. En este caso el importe de la subvención fue objeto de pago anticipado, previo aval.

3º Desde esa lógica, la obligación asumida con el negocio subvencional de justificar el gasto subvencionable no se salda con su justificación formal, sino con la justificación real del mismo; es decir, con la justificación de que el gasto ha sido real y no ficticio, en este caso el pago de una contraprestación lo que implica que a favor del acreedor ha salido un dinerario del patrimonio del deudor que queda así reducido en ese importe.

4º A tal efecto la exigencia de la efectividad del pago se deduce del artículo 31.2 de la Ley General de Subvenciones, según el cual «se considerará gasto realizado el que ha sido efectivamente pagado con anterioridad a la finalización del período de justificación». La llamada a la realidad del gasto se deduce del artículo 92.2 in fine del Reglamento de Subvenciones, conforme al cual se entiende incumplida la obligación de justificar cuando los gastos se hubieran justificado «mediante documentos que no reflejaran la realidad de las operaciones». Además el artículo 17.3.c) de la Orden 2249/2005 exige la justificación de los gastos y de los pagos "realizados", lo que debe entenderse como que sean efectivos, reales.

5º Que se hayan aportado facturas a los efectos del artículo 30.3 de la Ley General de Subvenciones es algo ajeno a lo ahora litigioso pues tal documental, junto con la conformidad manifestada por el contratista en el Acta de 24 de enero de 2007, probará la ejecución de la obra objeto de subvención, pero no el pago efectivo de la contraprestación debida.

6º La obligación derivada del artículo 37.1.c) de la citada Ley no significa que baste la mera justificación formal del gasto cuando la realidad demuestra que se habrán justificado unos movimientos bancarios en concepto de pago, pero no el gasto real desde el momento en que el importe de lo pagado a renglón seguido lo reintegra el receptor al pagador dentro del plazo de justificación, con lo cual éste finaliza sin la ejecución real del gasto.

7º El valor probatorio atribuye la recurrente a los justificantes bancarios, en cuanto a la transferencia desde su cuenta a la del contratista, queda neutralizado pues la misma fuerza probatoria tienen respecto de la transferencia inversa: las del contratista a la beneficiaria. Con ese juego de justificantes lo que se prueba es que



no ha habido pago, sino trasvase de unas cuentas a otras para retornar inmediatamente a la beneficiaria que no ha hecho un gasto real.

8º La causa de la devolución del importe exacto de lo pagado y la razón de inmediatez de tal reintegro no son cuestiones ajenas al pleito, ni alcanzan sólo a las relaciones entre beneficiaria y contratista. De mediar un motivo por parte del contratista para devolver lo que acababa de cobrar, al margen de que mediase alguna razón atendible, al menos ayudaría a alejar la idea de incumplimiento de la obligación de justificar el gasto subvencionado porque ese pago no ha sido real y efectivamente realizado".

Concluyendo: para poder acreditar la realización del gasto no es suficiente con la aportación de la factura sino que debe estar acompañada del pago de la misma. Si la RFEF entrega fondos públicos a los Ayuntamientos y Federaciones Regionales para realizar instalaciones deportivas que ayuden al fútbol no profesional, es responsabilidad suya comprobar que quien ha recibido esos fondos públicos lo han destinado a las obras subvencionadas y para ello deben exigir tanto la factura que acredita la realización de las obras como el pago de las mismas a las empresas que finalmente han realizado las obras puesto que lo que realmente pone de manifiesto que el dinero procedente de la subvención se ha destinado a la realización de las obras subvencionadas es que los proyectos subvencionados se han pagado. Por tanto, resulta evidente que procede el reintegro respecto de aquellas facturas cuyo pago no resulta acreditado ya que lo contrario generaría un enriquecimiento injusto del beneficiario o del tercero encargado por este de la realización de una determinada actividad que ve como se le abona una cantidad que no ha gastado.

Resulta así evidente que comprobado el incumplimiento de la justificación del gasto, procede el reintegro de dichos importes con independencia de que la actividad esté más o menos realizada. Así se ha declarado por esta misma Sección en la sentencia dictada en fecha 29 de noviembre de 2013 en la que dijimos: *"No es suficiente que se haya hecho la obra para la que se concedió la subvención sino que es necesario presentar una vez transcurrido el plazo establecido para la realización de la obra la correspondiente documentación que acredite que el empleo de los fondos públicos se ha realizado en los términos establecidos por la ley"*.

Por otra parte, los documentos de justificación de la realización del proyecto y de su pago deben ser los originales o fotocopias compulsadas. Y, sin embargo, la recurrente discrepa de la Administración cuando esta le ha exigido que los documentos de valor probatorio sean documentos originales o fotocopias compulsadas. Requerimiento que la Administración realizó apoyándose en el artículo 73 del RLGS. Según la recurrente esos documentos ya se aportaron en el trámite de justificación de la subvención y ya estaban en poder del CSD. Nada de esto se ha acreditado y, en consecuencia, tampoco aceptamos dicha consideración. Y ello porque el artículo 30.3 de la Ley 38/2003, 17 de noviembre, General de Subvenciones dispone, en cuanto a la forma de justificar, que los gastos se acreditarán mediante facturas y demás documentos de valor probatorio equivalente con validez en el tráfico jurídico mercantil o con eficacia administrativa. También se admite que se haga tal justificación mediante facturas electrónicas, siempre que cumplan los requisitos exigidos para su aceptación en el ámbito tributario. Y añade que, reglamentariamente, se establecerá un sistema de validación y estampillado de justificantes de gasto que permitan el control de la concurrencia de subvenciones. En la misma línea, el artículo 73 de Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, añade que para tal justificación las facturas y demás documentos pueden presentarse el original o la fotocopia compulsada, si es que así lo prevén las bases. Además, si las bases también lo prevén, los justificantes originales presentados se marcarán con una estampilla, indicando en la misma la subvención para cuya justificación han sido presentados y si el importe del justificante se imputa total o parcialmente a la subvención. De ser la imputación parcial, se indicará, además, la cuantía exacta que resulte afectada por la subvención.

Lo que a simple vista puede parecer un excesivo formalismo no es más que una garantía. La presentación de documentos originales, compulsados y debidamente sellados, cumple esta razonable y necesaria finalidad. En definitiva, no se trata de una arbitraria o injustificada exigencia de la Administración. Por otra parte la recurrente confunde dos momentos de actuación que son distintos en relación con los fondos públicos que recibe: uno es el momento de la disposición de los fondos por parte de la RFEF que para su obtención se exige a la RFEF que presente al CSD certificaciones de las obras ejecutadas de acuerdo con los programas de actuación ordenadas por la Comisión Mixta y un segundo momento posterior que es la justificación por parte de la RFEF de que efectivamente esos fondos de los que ha dispuesto se han destinado a esos contratistas y así consta el pago de las obras realizadas por los mismos. Distinción que se recoge en las cláusulas Quinta y Sexta del Convenio tantas veces aludido. Así, la cláusula quinta lleva por título: *"Disposición de fondos"* y dispone:

"La RFEF presentará al CSD una certificación emitida por los servicios técnicos de las cantidades realmente ejecutadas y certificadas por los diferentes contratistas, para cada una de las obras que se hayan ejecutado de acuerdo con los requisitos establecidos en la Comisión Mixta y que estén incluidos en las actas de la misma.



Recibidas las certificaciones a que se refiere el párrafo anterior, el CSD procederá a emitir la orden de pago correspondiente al importe certificado que se considerará a cuenta del total de la subvención, una vez acreditado por la RFEF encontrarse al corriente de sus obligaciones con la Hacienda Pública y la Seguridad Social.

Asimismo, la RFEF ha de cumplir el resto de requisitos que, para ser beneficiaria de esta subvención, se señalan en el artículo 13 de la Ley 38/2003 General de Subvenciones .

El CSD podrá, a través de sus servicios técnicos realizar cuantas inspecciones estime pertinente para comprobar la realidad de lo certificado por la RFEF".

Y la cláusula sexta lleva por título "Justificación" y dispone:

"Una vez libradas las cantidades a cuenta del total de la subvención, la RFEF presentará al CSD, en el plazo máximo de tres meses, la justificación documental necesaria para la comprobación material del abono de la subvención a la entidad objeto de la misma. El CSD podrá a tal fin, realizar cuantas inspecciones considere oportunas.

....

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley General de Subvenciones , el CSD instará el reintegro de la subvención en los casos en que concurra alguna de las circunstancias previstas en dicho artículo".

Finalmente, en relación con este incumplimiento la RFEF añade en su defensa que no tenía obligación de presentar justificación relativa a la realización del proyecto así como la relativa a la justificación de su pago en relación con aquellos proyectos que estaban gestionados por el CSD; como eran los realizados en las localidades de Belmonte del Tajo, Beniel y San Pedro del Pinatar.

Tampoco admitimos esta afirmación. Si la RFEF es la beneficiaria de la subvención es ella quien tiene la obligación de demostrar y de aportar la documentación justificativa de las inversiones realizadas al margen de quien gestione esos proyectos.

Finalmente, la resolución impugnada justifica el reintegro parcial de la subvención en virtud del incumplimiento de algunas de las condiciones exigidas en el Convenio entre el CSD y la RFEF. Y son porque: se han recibido otras ayudas o subvenciones para el mismo proyecto; no se ha acreditado el número de años de la cesión de uso del campo; no se ha constatado el cumplimiento de la acreditación de las medidas de difusión establecidas en la cláusula segunda del Convenio ente el CSD y la RFEF consistente en colocar en un lugar visible una placa informativa en la que conste que esa actividad se ha cofinanciado por el CSD mediante fondos procedente del Organismo Loterías y Apuestas del Estado. Y dichos proyectos son: Calatayud: falta de acreditación de las medidas de difusión establecidas en el Convenio y del IVA como gasto subvencionable; Benavente: sobrefinanciación de la actividad subvencionada, falta de acreditación del IVA como gasto subvencionable y no acreditación del pago de la factura de la empresa VELNU; SL; Segovia: falta de acreditación del IVA como gasto subvencionable e importe del pago realizado inferior a la subvención pagada; San Joan de Las Abadeses: no acredita adecuadamente el pago ya que no hay constatación de que la transferencia se haya realizado emitida por la entidad bancaria y no indica el número de años de la cesión de uso del campo; Anaitasuna: justificación insuficiente por no aportarse certificado de otras subvenciones, ayudas, ingresos o recursos ya que el aportado carece de firma y no acreditación del IVA como gasto subvencionable; Molledo: justificación insuficiente por no aportarse certificado de otras subvenciones, ayudas, ingresos o recursos y no acreditación del IVA como gasto subvencionable; Guardamur: no se acredita de forma adecuada el pago porque no hay constancia indubitada del pago de la trasferencia ya que no hay documento de adeudo en cuenta con sello de la entidad bancaria ni recibí y no aportó cesión de uso actualizada puesto que la cesión acababa el 27 de noviembre de 2011-folio 804 del expediente administrativo- y aunque es cierto que aporta en vía judicial un nuevo acuerdo de cesión para los próximos diez años, no obstante el mismo se adoptó en fecha 17 de diciembre de 2014; Barcelona: justificación insuficiente por no aportarse certificado de otras subvenciones, ayudas, ingresos o recursos y no acredita parte del pago porque presenta un pagaré pero no se acredita que se haya hecho efectivo el mismo; Los Realejos: justificación insuficiente por aportarse certificado defectuoso de otras subvenciones, ayudas, ingresos o recursos y no acreditarse el pago de la subvención; La Llosa: justificación insuficiente por no aportarse certificados de otras subvenciones, ayudas, ingresos o recursos, uso del campo e IVA como gasto subvencionable; y Canals: no se acredita el IVA como gasto subvencionable ni el pago de la factura 024/2010.

OCTAVO.- Finalmente sostiene la recurrente que se vulnera el principio de proporcionalidad y en aplicación de dicho principio solicita la disminución del importe del reintegro parcial con carácter subsidiario a la petición principal de anulación de la resolución impugnada.

El artículo 37.2 de la Ley General de Subvenciones establece que: "*Cuando el cumplimiento por el beneficiario o, en su caso, entidad colaboradora se aproxime de modo significativo al cumplimiento total y se acredite por estos*



una actuación inequívocamente tendente a la satisfacción de sus compromisos, la cantidad a reintegrar vendrá determinada por la aplicación de los criterios enunciados en el párrafo n) del apartado 3 del artículo 17 de esta ley ...". Precepto este último que introduce la proporcionalidad en los casos de incumplimiento de las condiciones. Esta aplicación pondera o fija criterios de proporcionalidad en la cantidad a integrar, tiene todo su sentido si estamos ante posibles incumplimientos de los objetivos o fines para los que la subvención fue concedida, pero no tiene razón de ser cuando se trata de gastos. Y cuando es solo la comprobación de la acreditación de los gastos y no su aplicación a los objetivos o fines donde se puede valorar si hubo incumplimiento total o parcial, la demandada proporcionalidad deja de tener relevancia.

Y en este caso, la resolución impugnada si ha tenido en cuenta dicho principio por cuanto el reintegro acordado ha sido ya de carácter parcial.

NOVENO.- Por todo lo anteriormente razonado procede la desestimación del presente recurso contencioso-administrativo lo cual implica que se impongan a la parte actora las costas procesales causadas en esta instancia, tal como dispone el artículo 139.1 de la LJCA en la redacción dada por la Ley 37/2011 de 10 de octubre.

FALLAMOS

Que debemos DESESTIMAR y DESESTIMAMOS el recurso contencioso administrativo núm. 41/2016, promovido por el Procurador de los Tribunales D. Marcos Juan Calleja García, en nombre y en representación de la **FEDERACION ESPAÑOLA DE FUTBOL**, contra la resolución dictada por el Sr. Presidente del Consejo Superior de Deportes en fecha 18 de mayo de 2015 por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra la resolución de 13 de febrero de 2015 que acuerda el reintegro parcial de la subvención nominativa concedida en el ejercicio 2010 a dicha entidad y, en consecuencia, se confirma por ser ajustada a derecho.

Se imponen a la parte recurrente las costas procesales causadas en esta instancia.

Así por esta nuestra Sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y contra la que cabe recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN .- Una vez firmada y publicada la anterior resolución entregada en esta Secretaría para su no tificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En Madrid a 19/07/2017 doy fe.



Roj: **AAN 789/2017 - ECLI: ES:AN:2017:789A**

Id Cendoj: **28079230022017200193**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **08/08/2017**

Nº de Recurso: **89/2017**

Nº de Resolución: **231/2017**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **MANUEL FERNANDEZ-LOMANA GARCIA**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 2

MADRID

AUTO: 00231/2017

-

Modelo: N35150

C/ GOYA- 14

Equipo/usuario: PAP

N.I.G: 28079 23 3 2017 0004518

Procedimiento : PCA MEDIDA CAUTELARISIMA 0000089 /2017 PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000775 /2017

Sobre: DENEGACION RECONOCIMIENTO CONDICION REFUGIADO

De D./ña. Jesús Luis

ABOGADO REBECA LINO TATNELL

PROCURADOR D./D^a.

Contra D./D^a. MINISTERIO DEL INTERIOR

ABOGADO DEL ESTADO

A U T O

ILMO. SR. PRESIDENTE

D^a BEGOÑA FERNANDEZ DOZAGARAT

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS

D. MANUEL FERNANDEZ LOMANA Y GARCIA

D. FERNANDO ROMAN GARCÍA

En MADRID, a ocho de agosto de dos mil diecisiete.

ANTECEDENTES DE HECHO

UNICO.- Con fecha 8 de agosto de 2017, D^a Rebeca Lino Tatnell, en nombre y representación de D. Jesús Luis , se ha interpuesto recurso contencioso- administrativo contra la Resolución de 7 de agosto de 2017 que desestima la petición de reexamen. Solicitando la adopción de la medida positiva consistente en que no pueda ser expulsado del territorio español hasta que se resuelva el recurso contencioso-administrativo interpuesto.



Ha sido Ponente D MANUEL FERNANDEZ LOMANA Y GARCIA, que expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Son hechos relevantes los siguientes:

1.- El recurrente solicitó asilo el 28 de julio de 2017, en el Centro de Internamiento de Extranjeros de Valencia, donde se encuentra recluido. Constando Auto de internamiento del Juzgado de Instrucción nº 4 de Melilla.

2.- La solicitud de asilo se fundamenta en que en el año 2006 estuvo en España y se convirtió al cristianismo. En el año 2012 regresó a Argelia y desde entonces ha tenido muchos problemas por su condición de cristiano. Le escupían y le pegaban. Le intentaron secuestrar y estuvo escondido. Le denunciaron muchas veces y le advirtieron de que si seguía practicando el cristianismo le iban a enterrar. Que de no salir del país le iban a matar. No pidió asilo en Melilla porque hay muchos árabes allí y tenía miedo, esperando a estar en la península.

3.-La Resolución de 1 de agosto de 2017 denegó la solicitud de asilo con base a lo establecido en el art. 21.2.b) de la ley 12/009 -no en el art 21.2.a) como por error se dice en el escrito de interposición del recurso (p. 4)- y por las siguientes razones:

-Al solicitante " *le constan cuatro identidades diferentes, dos con nacionalidad marroquí y dos con nacionalidad argelina. Tiene reseñas policiales desde 2006, reclamaciones y detenciones por hurto, amenazas, resistencia a la autoridad y atentado a la autoridad, entre otras causas*".

-Atendiendo a la información disponible -la Resolución cita las fuentes- " *la conversión a otra religión o la religión cristiana no está penada por la ley, sino la contrario. La situación en la sociedad suele ser de intolerancia, pero el solicitante podría haber denunciado las agresiones si las hubiera habido y, en cualquier caso, en el relato, ...se hace referencia a una situación generalizada en el país sin llegar a identificar el agente perseguidor. Las alegaciones del solicitante son contradictorias con la información del país de origen*".

-El solicitante no aporta indicio o prueba alguna que respalde su relato, es más:

Aunque responde a algunas preguntas formuladas sobre la religión cristiana, ignora datos básicos o elementales, como por ejemplo en que consiste el bautismo. Explica que al hacerse cristiano le dieron de comer primero la hostia, cuando lo lógico hubiese sido que primero le bautizaran y le confirmaran, pasando por último al sacramento de la eucaristía.

Dice que aprendió mucho con el cura de Bienservida -localidad en la que se hizo cristiano- y, sin embargo, no sabe oraciones cristianas.

No ha recibido clases de catequesis, las cuales suele durar dos años para los adultos que se inician en la fe cristiana;

No parece razonable que el solicitante no haya podido presentar algún documento o certificado que acredite su conversión, cuando la misma se ha producido en España.

4.- Solicitado el reexamen, se desestimó mediante Resolución de 7 de agosto de 2017, insistiéndose en que dada la generalidad del relato y la información disponible, el mismo no resulta verosímil.

SEGUNDO.- Estando justificada la urgencia, al encontrarse en un CIE y siendo posible su expulsión, procede entrar a examinar si concurren las circunstancias que justifiquen la adopción de la medida solicitada - art. 29.2 de la ley 12/2009 , en relación con los arts 135 y ss de la LJCA -.

En materia de asilo, las **STS (3ª) de 2 de marzo y 10 de abril de 2000** , sostienen que su denegación o inadmisión, no pueden ser suspendidas, por la sencilla razón de que se trata de un acto de contenido negativo que, como tal, no admite suspensión, ya que dado su contenido, la referida suspensión implicaría la concesión, siquiera temporal del derecho de asilo solicitado, razón esta suficiente para rechazar la suspensión solicitada. Doctrina ya contenida en el **ATS (3ª) de 30 de octubre de 1995** . No obstante, las mismas sentencias reconocen que si bien aquel acto negativo no puede suspenderse, hay que tener en cuenta que dicho acto genera el efecto positivo de la salida del territorio nacional, en consecuencia, suspender este efecto positivo siempre que concurren circunstancias excepcionales que así lo aconsejen.

La jurisprudencia existente en materia de adopción de medidas cautelares en supuestos de inadmisión o denegación de la solicitud de asilo, puede resumirse del siguiente modo:

1.- Tanto la inadmisión a trámite - **STS de 26 de septiembre de 2000** - como la denegación - **STS de 22 de julio de 2000** -, producen como efecto inmediato que el solicitante de asilo quede sometido a la legislación de



extranjería, lo que puede determinar el rechazo en frontera, la salida obligatoria o la expulsión, siendo posible la adopción de una medida cautelar tendente a evitar la salida.

2.- Que en principio, y salvo que concurren especiales circunstancias, el interés particular de los recurrentes, debe ceder ante el interés general de que se ejecuten los actos impugnados - **STS de 22 de julio de 2000 y 26 de septiembre de 2000** - , sin que por lo tanto, proceda la adopción de la medida cautelar por darse un supuesto de posible rechazo en frontera, salida obligatoria o expulsión del territorio español - **ATS de 19 de septiembre de 1995 y 30 de octubre de 1994** - , si no van acompañadas de circunstancias de las que se infiera la existencia de un grave riesgo para la vida o integridad física del extranjero, o existan indicios racionales que presten a la solicitud de asilo o a la impugnación de la inadmisión un fundamento objetivo suficiente.

3.- Que conforme a una reiterada jurisprudencia, es de carga de quien solicita la medida, exponer los motivos y aportar los indicios en que se base su solicitud de suspensión - **ATS de 23 de mayo de 1978 , 18 de diciembre de 1979 , 16 de diciembre de 1980 y 17 de enero , 21 de marzo y 16 de julio de 1984** - ."

TERCERO.- Pues bien, valorando las circunstancias concurrentes la Sala entiende que, en el caso enjuiciado, no concurren elementos que permitan inferir riesgo para la vida o integridad física del solicitante, por las siguientes razones:

-Como se afirma en la Resolución y no se rebate por el recurrente, en Argelia no está penada la conversión a otra religión. De hecho, en la Resolución se indica y no se discute por el recurrente que, a nivel institucional, existe una Comisión nacional para los Grupos Religiosos No-Musulmanes y una Comisión Consultiva Nacional para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, que aborda las preocupaciones y quejas de individuos y grupos que creen que no son tratados de manera justa. Por ello, reconociendo que a nivel social existe intolerancia, lo cierto es que las autoridades del país no persiguen la conversión a otra religión y cabe denunciar los hechos contrarios a la libertad religiosa, de haberse producido, a dichas autoridades. De hecho, en el escrito de interposición se reconoce que "*no existe constancia de ataques graves contra los cristianos en Argelia*".

-El relato, vista la información disponible y las contradicciones y lagunas existentes en el mismo, así como su generalidad, permiten sostener, sin perjuicio de lo que podamos acordar en su día que, en principio, resulta inverosímil. No estamos, por lo tanto y en contra de lo que se sostiene en el escrito de interposición, ante una desestimación del derecho de asilo improcedente "*a todas luces*".

Si bien es cierto que cada supuesto debe ser analizado de forma concreta, lo cierto es que la **SAN (8ª) de 22 de octubre de 2015 (Rec. 656/2014)** analiza un supuesto en el que un nacional de Argelia solicita protección por haberse convertido al cristianismo, denegando la Administración el asilo en aplicación del art. 21.2.b) de la ley 12/2009 . Decisión que fue confirmada por la Sala.

Por último, los informes de ACNUR afirman que no hay elementos suficientes para admitir a trámite la solicitud.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: Denegar la medida cautelarísima instada.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que es firme y que contra la misma **NO** cabe recurso.

Así, por este auto, lo acuerdan, mandan y firma los señores al margen reseñados.

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS





ANEXOS
FRANÇA

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation ?

Raisons, identification, réalisation

Pascale Deumier

Professeur à l'Université Jean Moulin (Lyon 3)

Equipe de droit privé

Une version allégée de la présente contribution est à paraître au Recueil Dalloz, en octobre 2015

Un débat ancien. La motivation concise des arrêts de la Cour de cassation n'est pas née avec l'institution : à l'origine d'un grand laconisme, la Cour donnera des explications, puis de véritables petites consultations, avant de revenir à une forme très brève, à compter de 1860¹. Le débat sur cette concision est né il y a 40 ans, c'est-à-dire relativement tard à l'échelle de l'histoire de la tradition de rédaction de la Cour. Depuis, il ne cesse de diviser et divisera probablement toujours, évolution ou non, tant il ne semble pas exister un modèle de rédaction qui soit à l'abri de critiques. Ce débat est nourri au moins autant par les magistrats que par les universitaires et il n'est pas anodin que l'article fondateur ait été publié par le Procureur général près la Cour de cassation Adolphe Touffait et le Professeur André Tunc². Il est possible de reprendre le résumé de leurs critiques, tel que le fit André Tunc : la motivation concise « méconnaît le devoir moral et parfois politique qu'ont les juges d'expliquer leur décision ; l'emploi de formules brèves, comportant des mots qui prêtent à toutes les interprétations, ne permet pas de savoir ce qu'est la règle de droit et engendre, en définitive, une grande incertitude ; la possibilité de reprendre dans les mêmes termes un principe déjà énoncé sans avoir à se soucier des études dont il a pu faire l'objet est un facteur d'immobilisme ; l'absence d'explication conduit à présenter comme une évidence un principe si contestable que, dans des cas posant en réalité le même problème juridique, on admet comme étant d'une égale évidence le principe contraire ; plus généralement, une motivation abstraite méconnaît la vie, les aspirations des hommes et même les institutions et les phénomènes de la vie sociale ». D'une motivation plus explicite, les auteurs attendaient « plus

¹ V. Y. Chartier, « De l'an II à l'an 2000. Remarques sur la rédaction des arrêts civils de la Cour de cassation », in *Mélanges P. Drai*, Dalloz, 2000, p. 269, sp. p. 278 et s. ; F. Bérenger, *La motivation des arrêts de la Cour de cassation*, PUAM, 2003

² « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice notamment de celles de la Cour de cassation », RTD civ. 1974. 487

de clarté – une clarté qui est indispensable pour que les juridictions inférieures sachent ce que la juridiction suprême attend d'eux —, une possibilité d'autocritique qui facilite le progrès, une ouverture inévitable sur les réalités sociales et les aspirations contemporaine, une meilleure coopération avec la doctrine.»³. Les questions soulevées et les objectifs poursuivis n'ont pas été dépassés depuis lors : on est pour ou on est contre, mais on se positionne toujours sur ces arguments. Tout a donc déjà été dit et la présente contribution pourrait être aussi lapidaire qu'un arrêt de la Cour de cassation. D'ailleurs, à quoi bon reprendre des arguments qui ont laissé la Cour de cassation dans une indifférence qu'Adolphe Touffait expliquera, non sans une certaine amertume, par le fait qu'« *il n'y a pas 10 magistrats de la Cour en activité à avoir lu cet article* » ? L'expliquant, entre autres, par des conseillers débordés par les dossiers et s'intéressant plus à la maîtrise de la technique de cassation qu'à la finalité de la juridiction, il concluait que « *C'est pour l'ensemble de ces raisons que l'article sur une « motivation plus explicite des décisions de la Cour de cassation » n'a pas le moins du monde ébranlé l'immobilisme de la Cour qui, il est vrai, a traversé depuis sa création tant de guerres et de révolutions, qu'elle peut encore estimer pouvoir rester immuable dans notre monde en pleine évolution, ce qui cependant ne paraît plus évident en raison de la démocratisation de l'instruction de la diffusion de l'information qui ont fait des Français des citoyens qui maintenant veulent comprendre les raisons pour lesquelles ils ont perdu ou même gagné leur procès* »⁴. Si les arguments du débat sur la motivation n'ont pas fondamentalement changé depuis 1974, l'immobilisme a fait place au mouvement avec la réflexion lancée par la Cour de cassation sur son adaptation au nouveau contexte.

Un nouveau contexte : la multiplication de points de comparaison. Selon le Président Canivet, ce n'est pas un hasard si la « critique la plus forte (...) depuis très longtemps » est venue d'un comparatiste, André Tunc, et d'un ancien juge à la Cour de Justice, Adolphe Touffait : « *On voit bien que c'est de la comparaison qu'est venue la critique sur cette motivation brève* »⁵. Or, aujourd'hui, tous les juristes sont familiarisés avec d'autres modes de rédaction : ceux des juridictions européennes⁶, pour tous, et, de plus en plus, ceux de

³ « Conclusions : La Cour suprême idéale », RIDC 1978, vol. 30, p. 433, sp. pp. 464-465

⁴ « Conclusions d'un praticien », RIDC 1978, vol. 30, p. 473, sp. 484

⁵ « La motivation brève en question », « Rapport de synthèse. L'accès au juge de cassation » in *Le juge de cassation à l'aube du 21^e siècle*, actes du 1^{er} Congrès de l'AHJUCAF, 2004, p. 87

⁶ La Cour de Justice a posé les fondements de son style dans une CEE composée exclusivement d'Etats romano germaniques. Il est ainsi le produit d'un mixage entre, d'une part, la France et les Etats du Benelux et, d'autre part, l'Allemagne et l'Italie « entre l'imperatoria brevitatis française et la motivation persuasive germanique ». L'adhésion du Royaume Uni et de l'Irlande

juridictions étrangères. Il est dès lors inévitable de porter sur les arrêts de la Cour de cassation un autre regard, pour lequel la motivation concise ne relève plus de l'évidence et doit donc convaincre de sa pertinence. Si l'existence de points de comparaison remplit ainsi utilement sa fonction subversive⁷, elle ne doit pas, comme toute comparaison, prétendre imposer une solution. Notamment, repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation ne se résume pas à un choix entre le modèle concis français et le modèle fleuve de *common law* : outre qu'il existe de nombreux autres modèles⁸, l'hypothèse d'une autre voie, inventant un style qui profite d'atouts éprouvés ailleurs, tout en les inscrivant dans une tradition ancrée, ne doit pas être écartée. De ce point de vue, il ne faut pas négliger les points de comparaison qui existent au sein même de notre système. Le Conseil d'Etat a ainsi fait sensiblement évoluer sa motivation depuis le début du 21^e siècle vers des arrêts de principe devenus explicatifs, avant d'envisager d'aller plus loin dans le Rapport sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative rendu en avril 2012 (ci-après « le Rapport »). Enfin, au plus près, la Cour de cassation a elle-même diffusé un point de comparaison⁹ : en rendant publics, par des supports externes à l'arrêt, les moyens de comprendre ses raisons et sa portée, elle attirait inévitablement l'attention sur la question de savoir pourquoi ces éléments, puisqu'ils existent et sont révélés, ne le sont pas dans l'arrêt. Ces révélations nouvelles ne sont pas le fruit d'un hasard : elles témoignent de la conscience de la Cour de la nécessité d'aider à une meilleure compréhension de ses décisions, qui n'est que la face émergée d'une mutation plus profonde de ses missions.

Un nouveau contexte : des missions renouvelées et assumées. La Cour de cassation a été instituée pour être gardienne de la bonne application de la loi ; elle l'est toujours mais cette mission première transite par la mise en œuvre de différents pouvoirs autrement plus éloignés de la fonction de sentinelle. Deux de ces pouvoirs sont particulièrement visibles aujourd'hui. Le premier est le pouvoir normatif, par lequel la Cour de cassation procède au développement

en 1973 pourrait en revanche expliquer l'abandon de la rédaction sous forme d'attendus à partir de 1979, v. L. Coutron, « Style des arrêts de la Cour de Justice et normativité de la jurisprudence communautaire », RTD Eur. 2009. 643 ; la motivation de la CEDH, après quelques arrêts sur le modèle français, a également adopté un hybride entre cette tradition et celle de *common law* : pour la mesure de la part d'influence de chaque système sur la motivation de la Cour, mêlée aux méthodes d'interprétations internationalistes, A. Schahmaneche, *La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, Pedone, 2014 et, spécialement pour le style, n° 486 et s.

⁷ V. H. Muir Watt, « La fonction subversive du droit comparé », RIDC 2000. 503 : « La comparaison est ainsi de nature à libérer le raisonnement juridique de certains carcans conceptuels sclérosants en ouvrant la porte à d'autres grilles de lecture ».

⁸ V. S. Castillo-Wyszogrodzka, « La motivation des décisions de justice : perspectives comparatistes », D. 2014. 1838

⁹ Il existe à ce titre un autre point de comparaison interne à la Cour de cassation, celui de la motivation des arrêts de la Chambre criminelle, que nous n'utiliserons pas, faute d'y être suffisamment familiarisée.

du droit par sa jurisprudence. Si ce pouvoir n'a rien de contemporain, ce qui est plus nouveau, c'est la capacité de la Cour de cassation à l'assumer : en opérant son premier revirement pour l'avenir, ou en assumant le besoin de recourir à un *amicus curiae* pour mesurer les conséquences économiques de sa décision, la Cour de cassation a accepté « *mieux que jamais, d'être source d'un droit vivant* »¹⁰. Ce pouvoir normatif s'exerce en outre dans un ensemble de normes dont il est banal de rappeler qu'il est devenu complexe. Or, pour mettre un peu de cohérence dans la complexité, une petite dose d'explication ne semble pas superflue car, à la question traditionnelle du sens des textes, celle de leur portée et de leur combinaison s'ajoute de façon épineuse. Le deuxième pouvoir ayant modifié le contexte du débat sur la motivation est la reconnaissance par la Cour de cassation, au lendemain de l'article de A. Touffait et A. Tunc, de sa compétence pour contrôler la conventionnalité des lois, qui allait progressivement la transformer en l'un des gardiens, non plus seulement de la loi, mais aussi des droits fondamentaux. Les juges assument ainsi une nouvelle responsabilité dont la part politique est plus visible. Cette montée en puissance des juges dans les régimes démocratiques à partir de la seconde moitié du 20^e siècle s'est souvent accompagnée d'un développement de leur motivation¹¹ - sauf pour la Cour de cassation. Pourtant, le contrôle des droits fondamentaux implique une motivation adaptée à un raisonnement pétri de proportionnalité¹², qui résulte moins d'une stricte déduction valable abstraitement que d'une mise en balance qui se garde de généralité. En outre, la protection des droits fondamentaux se jouant transversalement, elle repose sur un dialogue des juges qui s'exercera sans la Cour de cassation si elle ne peut être comprise par les juristes étrangers¹³. Au-delà même de la configuration des droits de l'homme, le monde contemporain est un monde globalisé et un monde axé sur les juges : à s'exprimer d'une façon peu audible, la Cour de cassation expose le droit français à subir, au lieu d'influencer, les évolutions globales. Enfin, les droits fondamentaux n'ont pas fait

¹⁰ Cour de cassation, Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation, séance d'ouverture – 17 octobre 2014, site de la Cour de cassation, rubrique Réforme de la Cour

¹¹ M. Cohen et P. Pasquino (dir.), *La motivation des décisions de justice, entre épistémologie sociale et théorie du droit*, avril 2013, synthèse, GIP Droit et Justice.

¹² Qui sera peu développée ici pour l'avoir été par C. Jamin, « Juger et motiver », *RTD civ.* 2015. 263 et site de la Cour de cassation

¹³ V. A. Touffait et A. Tunc, précités ; v. également, « Que de fois ai-je entendu des juristes étrangers s'étonner de la rédaction des arrêts de la Cour de cassation ! », C. Jauffret-Spinosi, « L'élaboration de la décision de justice. Présentation », in *Juges et jugements : l'Europe plurielle*, SLC, 1998, p. 9, sp. 10 ; « Si les juristes français ont souvent des difficultés pour comprendre les arrêts de la Cour de cassation et apprécier la portée des revirements de jurisprudence, ces difficultés sont décuplées pour nos partenaires européens soucieux de connaître, pour des raisons pratiques ou théoriques, le dernier état du droit français », C. Witz, « Libres propos d'un universitaire français à l'étranger », *RTD civ.* 1992. 737 ; « la France est la risée des juristes étrangers qui peinent à comprendre ce singulier anachronisme. », P. Muzny, « A quand une véritable culture des droits de l'homme en France ? », *JCP G* 2011. 981

qu'accroître la puissance de la Cour de cassation : sa jurisprudence, parce qu'elle reconnue dans sa réalité normative, est à son tour soumise aux droits fondamentaux et doit satisfaire aux exigences de la Cour EDH comme du Conseil constitutionnel, qui ne doivent pas se méprendre sur sa portée précise. La Cour de cassation a jusqu'à présent procédé à toutes ces mutations de son office sans modifier sa façon de l'exprimer, restée figée dans la figure de la bouche de la loi. Le décalage entre la réalité du pouvoir exercé et l'apparence du pouvoir exprimé s'est creusé et les raisons justifiant la motivation traditionnelle se fissurent de toute part. Réconcilier la réalité des missions exercées par la Cour de cassation avec ses méthodes, tel est l'objectif aussi ambitieux que salutaire de la réflexion initiée de la réflexion initiée sous l'impulsion du Premier Président Bertrand Louvel et coordonnée par le Président Jean-Paul Jean¹⁴.

Plan. Pour repenser la motivation, il est dans un premier temps indispensable de réexaminer les raisons classiquement avancées au soutien du style actuel dans le nouveau contexte qui vient d'être décrit (I.). Pour autant, le débat autour de la motivation des arrêts n'est pas de ces débats dont on peut espérer qu'un consensus émergera à la suite d'un échange argumenté - pas plus que la tauromachie, la politique ou la religion. La relecture des raisons de faire évoluer la motivation, si elle ne parvient pas à convaincre, sera toujours utile pour servir de boussole dans l'identification des éléments appelés à évoluer, à la recherche du meilleur équilibre entre réponse aux nouvelles missions et maintien des qualités acquises (II.). Si ce n'est que le meilleur équilibre sur le papier n'est pas gage du plus grand succès pratique : il faudra également tenir compte de la difficulté de réalisation d'une telle évolution, qui implique un changement de l'institution, des conseillers, des avocats, des commentateurs et, finalement, de tous les juristes. Le meilleur équilibre est donc également celui qui tient compte de l'optimisation des chances de réussir la réalisation de l'évolution (III.).

I. RAISONS.

Un premier désaccord empêche de s'entendre sur l'objectif premier qui serait celui de donner une meilleure compréhension des arrêts (A.). Une volée d'autres arguments invoquent des

¹⁴ B. Louvel, « Ces évolutions, qui nous portent à revisiter notre technique d'examen des pourvois, justifient la conduite d'une réflexion, tant collective que prospective, sur la place, le rôle et les méthodes de la Cour de cassation » (16 juillet 2014)

contraintes qui, à l'examen, s'avèrent laisser ouvertes différentes possibilités (B.). Dès lors, il reste à décider de l'opportunité de retenir l'une ou l'autre (C.).

A. L'OBJECTIF.

L'objectif peut être clairement énoncé : les arrêts de la Cour de cassation doivent être compréhensibles pour leur lecteur. L'assertion semble avoir une force d'évidence presque confondante : faut-il vraiment se demander pour quelles raisons les arrêts de la plus Haute juridiction devraient pouvoir être compris ? Si ce n'est que l'objectif est faussement simple et encore plus faussement consensuel.

Par quels lecteurs ? « *S'il est vrai, comme l'écrit Perelman, que l'idée même de motivation change de sens en changeant de destinataire ou d'auditoire, n'est-il pas temps de se demander à qui s'adresse la Cour de cassation ?* »¹⁵. A cet égard, il est souvent reproché aux arrêts de la Cour de cassation de ne pas pouvoir être compris par les justiciables¹⁶. Outre les parties, c'est la société entière qui est désormais visée car la place du juge dans la société française a changé : ses décisions sont suivies, annoncées, attendues, médiatisées¹⁷. L'objectif serait-il dès lors de rendre les arrêts compréhensibles par tous à leur seule lecture ? Il n'est pourtant pas certain qu'il y ait un auditoire homogène pour toutes les décisions rendues par la Cour de cassation et que la motivation soit la seule voie. La décision qui n'a d'intérêt que pour les parties doit pouvoir être comprise par elles seules, par la lecture de l'arrêt accompagné de ses travaux préparatoires et des explications de leur conseil : la CEDH apprécie ainsi la prévisibilité de la norme par le standard du justiciable « s'entourant au besoin de conseils éclairés »¹⁸. La décision qui dépasse le litige, pour devenir la nouvelle norme, doit quant à elle pouvoir être comprise par tout juriste : le juge du fond, l'avocat et tous les professionnels du droit qui l'appliqueront ensuite ; le professeur qui l'exposera et la discutera le juge européen ou étranger qui l'écouterà. La compréhension pour le grand public relève plus d'un exercice de pédagogie, qui peut recourir à des outils dédiés. En définitive, le public

¹⁵ H. Muir Watt, « La motivation des arrêts de la Cour de cassation et l'élaboration de la norme », in *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, N. Molfessis (dir.), Economica, 2004, p. 53, p. 55

¹⁶ Même réduit au « public cultivé », B. Ducamin, « Le style des décisions du Conseil d'Etat. Les réactions d'un public cultivé », ECDE, n° 36, 1984-1985, p. 129, qui a envoyé un questionnaire aux personnes de son entourage, les réponses étant éloquentes.

¹⁷ En 1975, R. Lindon estimait que « la presse ne s'intéresse pas aux juridictions civiles », en réponse à l'argument de Touffait et Tunc selon lesquels en rendant des arrêts plus clairs la Cour de cassation aurait une plus grande attention de la presse et de l'opinion : « La motivation des arrêts de la Cour de cassation », JCP 1975 I 2681.

¹⁸ V. l'arrêt *Sunday Times* cité note 29

de référence pour la décision considérée isolément reste selon nous largement celui des juristes¹⁹, relais indispensables de la compréhension des arrêts par les justiciables. C'est donc à leur aune que doit s'apprécier la question suivante.

Les arrêts de la Cour de cassation sont-ils compréhensibles ? La fiche méthodologique du Président Weber reconnaît les difficultés rencontrées par les professionnels du droit pour comprendre les arrêts : « *Les avocats eux-mêmes ne commettent-ils pas parfois le contresens consistant à lire le moyen au lieu de retenir la réponse de la Cour ? (...) Quant aux interprétations doctrinales, elles font parfois découvrir aux chambres de la Cour des innovations ou des revirements que celles-ci n'avaient ni envisagés ni effectués. De leur côté, les juges du fond s'interrogent souvent sur le sens d'un arrêt censurant leur décision, sur l'interprétation d'un précédent jurisprudentiel ou sur la portée d'une décision.* »²⁰. Les difficultés de compréhension n'épargneraient pas les membres de la Cour de cassation eux-mêmes : on se plaît à évoquer l'anecdote du procureur général près la Cour de cassation Touffait reconnaissant ne pas avoir compris un arrêt et de son collègue lui répondant « *Naturellement, M. le Procureur général, vous ne pouvez pas comprendre cette décision puisque vous ne participiez pas au délibéré* »²¹. Plus récemment, voir d'éminents professeurs de droit se donner des leçons mutuelles de compréhension des arrêts²² en dit long sur leur intelligibilité. Le constat des difficultés est ainsi assez partagé. Il doit être relativisé : il focalise sur des exemples de perplexité en passant sous silence les nombreux cas dans lesquels la motivation permet, rapidement et clairement, de saisir le sens d'un arrêt. Car la motivation de la Cour de cassation a également de sérieux atouts : clarté, pureté et neutralité du langage ; rigueur et logique du raisonnement. Il n'en reste pas moins que d'autres décisions, notamment celles à portée jurisprudentielle, laissent parfois les juristes dans la perplexité. Cependant, le désaccord règne sur la raison de ces difficultés. Certains estiment que la motivation est claire, la mauvaise compréhension tenant à l'absence de connaissance suffisante de la technique de cassation par les lecteurs²³. Il est pourtant possible d'estimer que,

¹⁹ Le rapport du Conseil d'Etat cible ainsi comme « principaux publics concernés » les magistrats (administratifs et autres), les avocats, les professeurs français et étrangers (p. 6), tout en précisant que les réactions des justiciables ont été prises en compte par ce que leur en ont rapporté les avocats et représentants des greffes

²⁰ « Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière civile », site de la Cour de cassation

²¹ A. Tunc, « La Cour de cassation en crise », APD 1985, Tome 30, p. 157, sp. 165-166

²² J. Ghestin, « L'interprétation d'un arrêt de la Cour de cassation », D. 2004 chron. 2239

²³ J. Ghestin, précité : ainsi, « bon nombre de praticiens actuels » « beaucoup d'universitaires eux-mêmes » « ne savent pas lire correctement les arrêts de la Cour de cassation » (...) faute d'être « toujours suffisamment familiers avec le « droit et la pratique de la cassation en matière civile », qui est le complément nécessaire du Bulletin des arrêts civils de la Cour de

d'une part, même en maîtrisant cette technique, le sens échappe parfois²⁴, et que, d'autre part, l'opération de décryptage ne devrait pas être réservée aux détenteurs « *d'une sorte de science secrète du droit* »²⁵. Dès lors, il s'agit peut-être surtout de conserver ce qui est déjà un atout en termes de compréhension et de perfectionner ce qui l'entrave parfois : parviendra-t-on ainsi à une décision toujours parfaitement compréhensible ?

Quelle compréhension ? L'idéal d'une décision dont la simple lecture permettrait à tout juriste de comprendre toutes les implications de la nouvelle norme n'est pas plus à la portée du juge qu'elle n'est à celle du législateur. Il faut prendre garde à ne pas faire des promesses que l'on ne saurait tenir, à ne pas annoncer un droit simple lorsque l'on est législateur ou une décision compréhensible par tous lorsque l'on est juge du droit²⁶. Le mythe du droit accessible à tous a vécu et la Cour EDH rappelle que la certitude absolue n'est pas de notre monde juridique²⁷. Le droit porte une dimension technique qui n'est pas soluble dans le sens commun et la loi la plus précise nécessitera malgré tout des interprétations, qui ne sont pas plus parfaites et appelleront donc, à leur tour, des interprétations. Quelle que soit la clarté de la décision, la norme qu'elle pose appellera à l'avenir des précisions, éclaircissements et évolutions : c'est le propre de toute norme. Sans donc prétendre à une compréhension absolue conférant une prévisibilité parfaite, il semble toutefois qu'il reste une bonne marge de progrès à la Cour de cassation. Il convient de s'assurer que ces progrès sont possibles.

cassation, sans l'étude desquels la lecture et la compréhension de ceux-ci relèvent effectivement de la devinette » ; dans le même sens, « cette difficulté d'interprétation provient essentiellement d'une méconnaissance trop répandue du rôle et des techniques propres à la Cour de cassation », J. Voulet, « L'interprétation des arrêts de la Cour de cassation », JCP G 1970 I 2305

²⁴ A. Bénabent, « Doctrine ou Dallas », D. 2005 chron. 852 ; A. Vignon-Barrault, « Les difficultés de compréhension d'un arrêt : Point de vue d'un lecteur », LPA 25 janvier 2007, n° 19, p. 22.

²⁵ P. Ourliac, dénonçant sous cette formule les arrêts de plus en plus elliptiques de la Cour, Rev. Dr. Rur. 1974. 378

²⁶ Ph. Malaurie, « Le style des Cours suprêmes françaises. Une recherche constante d'équilibre », JCP G 2012 doctr. 689, n° 2 : « Il est donc illusoire de croire que l'on peut régir par une règle le style d'une décision judiciaire pour que toutes les juridictions - inférieures et supérieures - soient toujours justes en elles-mêmes, apaisantes pour les parties, pacifiantes pour la société, convaincantes et intelligibles pour tout le monde, respectées par tous, prévenant les futurs conflits par leurs vertus prophylactiques, cohérentes avec elles-mêmes et les autres règles sociales, satisfaisant la raison, bref, l'ensemble des vertus de l'intelligence, de l'autorité, de l'efficacité, de l'ordre et de la justice. »

²⁷ Et ce depuis la jurisprudence *Sunday Times* : « Il faut d'abord que la "loi" soit suffisamment accessible: le citoyen doit pouvoir disposer de renseignements suffisants, dans les circonstances de la cause, sur les normes juridiques applicables à un cas donné. En second lieu, on ne peut considérer comme une "loi" qu'une norme énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite; en s'entourant au besoin de conseils éclairés, il doit être à même de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé. Elles n'ont pas besoin d'être prévisibles avec une certitude absolue: l'expérience la révèle hors d'atteinte. En outre la certitude, bien que hautement souhaitable, s'accompagne parfois d'une rigidité excessive; or le droit doit savoir s'adapter aux changements de situation. Aussi beaucoup de lois se servent-elles, par la force des choses, de formules plus ou moins vagues dont l'interprétation et l'application dépendent de la pratique. » (26 avril 1979, n° 6538/74, § 49). Ce même arrêt précise que la « loi » englobe le droit écrit et le droit non-écrit.

B. LES POSSIBILITES.

Existe-t-il des contraintes ? Les juges ont l'obligation de motiver leurs décisions²⁸, nul ne le sait mieux que la Cour de cassation qui veille au respect de cette obligation par les juges du fond. Si ce n'est que la question n'est pas de savoir si la Cour de cassation doit motiver ses décisions mais comment, et le droit donne finalement peu d'indications sur ce qui relève d'un choix juridictionnel. La principale menace est probablement celle des droits fondamentaux²⁹, particulièrement celle de la CEDH, qui pourrait avoir encore à redire avec nos plus nobles traditions. Elle a pourtant adopté une position compréhensive, en estimant, d'une part, que « *si l'article 6 § 1 oblige les tribunaux à motiver leurs décisions, cet article ne peut se comprendre comme exigeant une réponse détaillée à chaque argument, et que l'étendue de cette obligation varie selon la nature de la décision et doit s'analyser à la lumière des circonstances de chaque espèce* », d'autre part que « *compte tenu du caractère spécifique de la procédure de cassation, il n'apparaît pas que la Cour de cassation ait manqué à son obligation de motivation* »³⁰. Faut-il considérer que tout danger est écarté ? La Cour européenne a déjà marqué que sa compréhension n'était pas sans limites³¹ et que certains arrêts étaient soumis à une « *obligation de motivation renforcée* »³². Pour l'heure limitée aux revirements de jurisprudence, il ne faut pas exclure qu'elle s'étende aux autres arrêts marquant un développement du droit. Cependant, outre qu'il n'y a là qu'une prédiction, il serait regrettable d'attendre d'être obligé de s'engager dans la voie d'une évolution de la motivation par la contrainte quand il est encore temps de le faire par choix. A moins que la technique de cassation n'empêche ce choix.

²⁸ Sur son origine et ses contours, v. not. L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès*, PUF, 2010, n° 196 et s.

²⁹ Sur l'affirmation progressive, constitutionnelle et européenne, d'un droit à la motivation au profit du justiciable, S. Gjidara, « La motivation des décisions de justice : impératifs anciens et exigences nouvelles », LPA, 26 mai 2004, n° 105, p. 3 ; S. Caudal, « Rapport introductif », in *La motivation en droit public*, S. Caudal (dir.), Dalloz, 2013, p. 3, pp. 15-16

³⁰ V. 6 mai 2010, *Brunet-Lecomte et Lyon Mag' c. France*, n°17265/05, § 62 et 10 juillet 2008, n° 15948/03, *Soulas et a. c. France*, § 53 ; validant de ce fait l'absence de motivation en matière d'admission des pourvois, décision 28 janvier 2003, *Burg et a. c. France*, n° 34763/02

³¹ ex. 19 fév. 1998, *Higgins c. France*, 20124/92, § 43, RTD civ. 1998. 516, obs. J.-P. Marguénaud ; 21 mars 2000, *Dulaurans c. France*, 34553/97, § 33 et s., RTD civ. 2000. 439, obs. J.-P. Marguénaud ; JCP G 2000 II 10344, note A. Perdriau

³² J.-F. Flauss, AJDA 2010. 997, à propos de CEDH *Atanasovski c. ex-République Yougoslave de Macédoine*, 14 janvier 2010, 36815/03, § 36 et s. : « l'existence d'une jurisprudence établie sur la question en jeu imposait à la Cour suprême l'obligation de donner des raisons substantielles pour expliquer ce revirement de jurisprudence »

La technique de cassation oblige-t-elle à une motivation concise ? La défense de la motivation actuelle de la Cour de cassation en appelle souvent à la fonction spécifique du juge de cassation³³, qui ne fait que répondre à des moyens rédigés très formellement pour lui permettre d'exercer son office de juge du droit³⁴ : « *Ce juge de cassation ne raconte pas une histoire, la décision de cassation n'est pas un récit ni une motivation globale de la solution du litige, mais c'est une succession de réponses logiques aux questions juridiques posées à ce juge* »³⁵ et toute adjonction « *est juridiquement superflue et, à nos yeux, elle est inopportune en ce qu'elle éloigne la cour régulatrice du domaine du droit strict, qui doit rester le sien* »³⁶. L'argument de l'office du juge de cassation doit être revu dans le nouveau contexte : à l'occasion de l'exercice de son contrôle de légalité des décisions, le juge va déployer d'autres pouvoirs (le pouvoir de contrôler la conformité aux droits fondamentaux ; le pouvoir de développer le droit) ; or, la technique de cassation, qui n'a pas été pensée pour ces missions, ne peut dès lors rien dire de la façon dont elles doivent s'énoncer³⁷. Elle peut justifier une motivation minimale mais elle n'implique pas *a contrario* qu'il soit interdit d'apporter des précisions supplémentaires, particulièrement lorsqu'elles accompagnent un raisonnement lui aussi complémentaire au pur contrôle de légalité. Ce n'est d'ailleurs pas le moindre des paradoxes que de constater que l'évolution de la motivation des arrêts du Conseil d'Etat vers toujours plus de pédagogie est souvent justifiée, tout à l'inverse, par sa transformation en juge d'appel³⁸, puis en juge de cassation³⁹ : devant dès lors guider les juges du fond, il lui appartenait de faire preuve de clarté.

Le syllogisme impose-t-il la motivation actuelle ? Par sa motivation, la Cour de cassation laisse entendre qu'elle n'a fait que déduire par un strict syllogisme la réponse portée par la loi, respectant, là encore, sa mission. Il est pourtant possible de reprendre à ce propos l'objection

³³ H. Croze, « Pour une motivation pas trop explicite des décisions de la Cour de cassation », in *Mélanges Ph. Malaurie*, Defrénois, 2005, p. 181

³⁴ J. Voulet, précité

³⁵ G. Canivet, précité

³⁶ A. Perdriau, « Des « arrêts « bréviaires » de la Cour de cassation », JCP G 1996 I 3943, sp. n° 6

³⁷ Elle n'impose pas par exemple une motivation « deux fois moins longue qu'un « tweet » », pour reprendre les propos récents d'un commentateur qui ajoute qu'elle « permet difficilement une bonne compréhension/acceptation du raisonnement du juge. », P. Cassia, D. 2015. 721

³⁸ J. Rivero, « Le Conseil d'Etat, Cour régulatrice », D. 1954, chron. 157

³⁹ D. Botteghi explique l'évolution pédagogique du Conseil d'Etat : « La première raison, la plus évidente, c'est que le Conseil d'Etat assure désormais majoritairement (et presque exclusivement) une fonction de cassation (...). Cette fonction implique que le juge fixe des règles et s'affranchisse de sa réticence habituelle, et toujours présente, à assumer l'idée que le pouvoir prétoire est une source du droit », « L'ambition pédagogique du juge administratif », in *La pédagogie au service du droit*, précité, Ph. Raimbault (dir.), Presses Univ. Toulouse I Capitole, 2011, p. 153, sp. p. 160 ; également, dans le même ouvrage, C. Alonso, « La motivation didactique des décisions juridictionnelles du Conseil d'Etat », p. 161, sp. p. 171

faite pour la technique de cassation : le syllogisme donne l'ordre des étapes du raisonnement mais ne dit rien sur la façon d'exposer chaque étape. Pour ces raisons, nombre de Cours étrangères et européennes, bien qu'usant d'une motivation explicative, respectent le syllogisme, *ie* énoncent la règle de droit, la situation d'espèce et l'application de l'une à l'autre⁴⁰. Il est important de ramener le syllogisme judiciaire à ce qu'il est, c'est-à-dire un syllogisme de construction plus souvent qu'un raisonnement syllogistique⁴¹. Le syllogisme de construction ne prétend pas reproduire le raisonnement ayant mené à la décision mais « *présenter la décision de justice comme le terme d'un enchaînement logique* »⁴² : si les deux peuvent coïncider⁴³, ce ne sera pas toujours le cas car il s'agit de deux opérations différentes⁴⁴. Il est parfois estimé que les droits fondamentaux ont transformé « *la fonction de juger : du syllogisme à la pondération des intérêts* »⁴⁵. Pourtant, derrière le syllogisme de construction, la jurisprudence a toujours procédé d'« *une balance déguisée* »⁴⁶, celle qui fait primer la norme retenue pour la majeure sur les autres interprétations en présence. Les droits fondamentaux ont appelé l'affichage de cette balance, du fait de la collision visible des différents droits protégés par la majeure⁴⁷. La question de l'évolution de la motivation n'implique donc pas nécessairement de renoncer au syllogisme de construction, qui donne à la motivation la rigueur de la progression, mais de se demander si l'exposé de certaines étapes n'appelle pas des explications supplémentaires en fonction du pouvoir qui y est réellement exercé. Pour y répondre, il faut en définitive choisir en opportunité.

C. L'OPPORTUNITE

⁴⁰ A propos de la CEDH, F. Sudre, « La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme », in *La motivation des décisions des juridictions internationales*, H. Ruiz-Fabri et J.-M. Sorel (dir.), Pedone 2008, p. 171, sp. 187 ; A. Schamaneche, précitée, n° 510 et s. ; de la Cour de cassation allemande, F. Ferrand, *Cassation française et révision allemande*, PUF, 1993, n° 298 et s.

⁴¹ Y. Gaudemet, *Les méthodes du juge administratif*, LGDJ, rééd. 2014 (or. 1972), p. 89 et s. ; également, suggérant « la distinction de la motivation préparatoire ou de conviction, de première part, de la motivation de vérification, de deuxième part, et de la motivation reconstruite ou de justification, de troisième part », C. Atias, « Crise de la motivation judiciaire ? », site de la Cour de cassation, Colloques et formations, 2005

⁴² Y. Gaudemet, précité, p. 91

⁴³ Car le « contexte décisoire » et le « contexte justificatif » s'entremêlent, v. M.-C. Ponthoreau, « L'énigme de la motivation encore et toujours. L'éclairage comparatif », in *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, F. Hourquebie et M.-C. Ponthoreau, Bruylant, 2012, p. 5, sp. 6

⁴⁴ Si l'on confond raisonnement et construction, la motivation devient une « pieuse hypocrisie », v. A. Bancaud, « Considérations sur une « pieuse hypocrisie » : la forme des arrêts de la Cour de cassation », *Droit et Société*, 1987, n° 7, p. 373.

⁴⁵ J. Van de Compernelle, « Vers une nouvelle définition de la fonction de juger : du syllogisme à la pondération des intérêts », in *Mélanges F. Rigaux*, Bruylant, 1993, p. 495

⁴⁶ S. van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Publ. Facultés de Saint Louis, 2001, n° 399 et s.

⁴⁷ M. Delmas-Marty et J.-F. Coste, « Les droits de l'homme : logiques non-standard », *Le genre humain*, n° 33, 1998 p. 152

Finalement, il y a dans le choix d'un style de rédaction un choix « purement idéologique »⁴⁸ : l'opportunité d'une plus grande clarté est à ce titre souvent écartée face à l'inopportunité d'affaiblir ainsi l'autorité des arrêts⁴⁹.

Les explications renforcent-elles ou affaiblissent-elles l'autorité ? « *A la Cour de cassation, plus encore que partout ailleurs, il importe d'éviter aussi bien ce qui manque de tranchant et d'assurance que ce qui est superflu. Une décision de justice ne perd rien de sa signification et de son autorité à être brève : bien au contraire !* »⁵⁰. Cette perception d'une autorité d'autant plus grande qu'elle est muette puise à une longue histoire : l'absence de motivation des décisions à compter du XIVe siècle était une marque de l'autorité du pouvoir royal, qui n'avait pas à se justifier⁵¹. La motivation des jugements est à son tour perçue comme « *source d'erreurs susceptibles d'affaiblir, voire d'entacher de nullité la sentence prononcée* »⁵². Si cette logique première a depuis été complétée par les fonctions de pédagogie et de légitimation de la motivation, elle a ancré l'idée d'une motivation d'autant plus porteuse d'autorité qu'elle était réduite.

Pourtant, la crainte d'un affaiblissement de l'autorité par l'introduction d'explications semble démentie par l'expérience contemporaine : les juridictions européennes et étrangères qui utilisent le registre de l'explication ne semblent pas exactement accuser un déficit d'autorité⁵³. Peut-être y a-t-il alors une « *exception culturelle française* »⁵⁴, plus habituée à un mode de gouvernement autoritaire⁵⁵ ? La société contemporaine a pourtant « *fait éclater le système de la science retenue et oblige les élites à partager leur savoir en le rendant accessible au plus grand nombre* » pour reprendre les propos du Président Louvel⁵⁶. Dans cette société de la transparence, renforcée par la culture pédagogique des droits de l'homme⁵⁷, les mystères

⁴⁸ H. Muir Watt, précitée, p. 60

⁴⁹ Sur l'étude récente et approfondie des arguments liant brièveté et autorité, et la démonstration du caractère dépassé de cette représentation de la justice, F. Malhière, *La brièveté des décisions de justice*, Dalloz, vol. 125, 2013

⁵⁰ A. Perdriau, précité, n° 49

⁵¹ T. Sauvel, *Histoire du jugement motivé*, RDP 1955, p. 30 ; G. Bigot, « Histoire de la motivation en droit public français », in *La motivation en droit public*, précité, p. 47 et s.

⁵² J.-P. Andrieux, *Histoire de la jurisprudence. Les avatars du droit prétorien*, Vuibert, p. 162

⁵³ Sur la démonstration de la façon dont la CEDH a construit son autorité par sa motivation, A. Schahmanèche, précitée.

⁵⁴ F. Malhière, précité.

⁵⁵ V., du point de vue des rapports entre exécutif et législatif, la culture autoritariste du gouvernement français, comparée à la culture majoritariste au Royaume-Uni et coopérative en Allemagne, M. Mauguin-Helgeson, *L'élaboration parlementaire de la loi. Etude comparative (Allemagne, France, Royaume-Uni)*, Dalloz, 2006 ; s'interrogeant sur la possibilité de maintenir l'autorité statutaire des juges français face à l'autorité argumentative, C. Jamin, précité

⁵⁶ B. Louvel, « La Cour de cassation face au défi du XXIe siècle », mars 2015, qui en déduit les conséquences sur une motivation expliquant mieux le raisonnement juridique et les incidences sociales.

⁵⁷ P. Muzny, précité : « Une culture des droits de l'homme repose sur un modèle de transparence et de pédagogie vis-à-vis des destinataires du droit, car la manière dont il est exprimé est aussi importante que les solutions qu'il préconise. » (...) « Les

entourant la motivation des arrêts de la Cour de cassation la placent « *en décalage croissant* » avec son époque⁵⁸. Société de la transparence, la société contemporaine est également une société attachée à la rationalisation : le pouvoir et l'autorité ne suffisent plus à légitimer le commandement juridique⁵⁹ ; une certaine défiance exige que la nécessité et la pertinence de celui-ci soit justifiée⁶⁰. Il est possible d'ajouter à cette évolution générale de la société l'évolution particulière des juristes vers une nouvelle passion pour la sécurité juridique, qui ne fait pas bon ménage avec l'opacité de la jurisprudence. A tout le moins, il ne nous semble donc pas possible d'affirmer un lien établi entre charge d'autorité et longueur de la motivation : la brièveté peut parfois renforcer, parfois affaiblir l'autorité de la décision⁶¹.

La Cour de cassation doit-elle emprunter une autorité de forme législative ? Le style actuel emprunte directement à la loi, par un énoncé lapidaire qui sublime la figure du juge bouche de la loi. L'argument est très souvent invoqué et sa théorisation la plus poussée est celle de la nature législative de la Cour de cassation que a vous exposée Frédéric Zénati : « *une institution chargée de poser des règles de nature législative n'a pas vocation à motiver sa décision comme un juge. (...) L'autorité chargée de donner l'interprétation de la loi n'a, au contraire, pas lieu de se justifier, pas plus que n'a à le faire le législateur lui-même. Bien mieux, le faire affaiblirait son interprétation ; l'imperatoria brevitatis des arrêts suprêmes emprunte au style concis et ferme de la loi* »⁶². L'argument doit pourtant être revu dans le nouveau contexte d'un juge qui assume ses pouvoirs, actualisation à laquelle Frédéric Zénati a lui-même procédé : la Cour de cassation « *ne se considère plus comme la bouche de la loi, voyant désormais dans l'interprétation un acte normatif autonome (...). Leur évolution crée, en tout cas, un besoin de justification, qui appelle donc une motivation d'une autre nature,*

décisions aux motivations laconiques rendues par ces deux Hautes juridictions qui imposent un exercice périlleux et aléatoire de lecture en filigrane ne rendent service à personne et surtout pas à l'avènement d'une culture des droits de l'homme (ceci est d'autant plus vrai compte tenu du rôle accru de ces deux juridictions en tant que filtres de transmission des requêtes au Conseil constitutionnel) »

⁵⁸ R. Libchaber, RTD civ. 2000. 679

⁵⁹ « Les temps sont révolus où les organes de l'Etat pouvaient se contenter de décider en vertu de leur autorité » L. Welamson, « La motivation des décisions des cours judiciaires suprêmes », RIDC 1979, p. 509, sp. p. 513 ; pour le juge : « le temps de la justice révélée n'est plus : aujourd'hui, le sentiment général accorde au plaideur non seulement la connaissance de ses droits, mais la compréhension de la décision qui les détermine ou les précise », Y. Gaudemet, précité, p. 82

⁶⁰ Sur la fonction de légitimation de la motivation, v. S. Caudal, précitée, p. 3

⁶¹ F. Malhière, précité

⁶² « La nature de la Cour de cassation, BICC, 15 avril 2003, p. 3 et s. Egalement, *La jurisprudence*, Dalloz, 1991, sp. p. 198 et s.

qui se doit d'être démonstrative »⁶³. L'époque contemporaine permet en effet de doublement contester l'argument de la forme législative de la motivation.

D'une part, l'autorité du législateur a elle-même évolué : la Cour de cassation n'exprime pas sa majeure comme le législateur mais comme le législateur du 19^e siècle ; celui du 21^e siècle n'est désormais plus autorisé à intervenir sans produire une étude d'impact, qui permet de contrôler qu'il a des raisons d'intervenir, qu'il a envisagé les différentes options à sa disposition et qu'il en a mesuré les conséquences.

D'autre part, si le juge français du 21^e siècle assume désormais son pouvoir créateur propre, comment ne pas en assumer les implications rédactionnelles⁶⁴ ? Ce pouvoir propre au juge procède en effet autrement que le pouvoir législatif : « *le droit légiféré vaut par raison d'autorité, le droit jurisprudentiel ne vaut que par l'autorité de ses raisons et il faut donc convaincre de la pertinence des raisons pour justifier la pertinence de la solution, ce qui conduit à des motivations circonstanciées* »⁶⁵. Or il sera difficile pour la Cour de cassation de convaincre de ses raisons si elle s'obstine à refuser de les donner. En persistant à emprunter formellement une autorité qu'elle reconnaît par ailleurs ne pas être la sienne, la Cour de cassation affaiblit son pouvoir bien plus qu'elle ne le renforce. Ce pouvoir propre et désormais assumé repose sur la motivation, et non sur le commandement, sur l'adhésion, et non sur la soumission, sur l'acceptabilité, et non sur la représentativité⁶⁶. Or, cette acceptabilité ne risque-t-elle pas d'être affaiblie par une décision qui, en en disant plus, s'expose à la critique et au désaveu ?

Moins on en dit, mieux ça vaut ? La révélation des motifs des motifs aboutira à leur critique, ce qui fait craindre une fragilisation de l'interprétation retenue. L'argument doit être relativisé et encadré. Relativisé, en ce que les choix faits par la Cour de cassation sont déjà soumis à la

⁶³ « La signification, en droit, de la motivation », *La motivation en droit public*, précité, p. 25 et s., sp. 35-36, et p. 45 « Elles se doivent donc, comme le législateur, de justifier leurs choix, ce qui explique leur tendance à sortir de la réserve et la tentation qu'elles ont de se départir de leur style formel »

⁶⁴ Sur les rapports entre ces deux dimensions, H. Muir-Watt, précitée ; P. Deumier, « Création du droit et rédaction des arrêts de la Cour de cassation », APD, Tome 50, 2007, p. 49. Les deux contributions font le même constat d'un mode de rédaction inadapté à la fonction normative de la jurisprudence.

⁶⁵ L. Cadiet, « Rapport de synthèse. L'accès au juge de cassation » in *Le juge de cassation à l'aube du 21^e siècle*, actes du 1^{er} Congrès de l'AHJUCAF, 2004, p. 197, sp. 204. Sur l'adhésion raisonnée, également, Ch. Perelman, « Les motivations des décisions de justice. Essai de synthèse », in *La motivation des décisions de justice*, Ch. Perleman et P. Foriers (dir.), Bruylant, 1996, p. 425 ; C. Atias, in *L'Image doctrinale de la Cour de cassation*, La documentation française, 1994, p. 73 ; J. Maury, « Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit », *Mélanges Ripert*, T. 1, LGDJ, 1950, p. 28.

⁶⁶ Les juges anglais ont identifié quatre raisons de motiver liées au pouvoir créateur : la transparence de la justice ; l'acceptation de la décision, par les parties et par le public ; la limitation du pouvoir judiciaire ; la création de précédents : v. R. Sefton-Green, « Vices et vertus de la motivation judiciaire : comparaisons anglo-françaises », *Les Cahiers de la justice* 2001/2, p. 89, sp. 90

critique, à la différence près que la doctrine ne peut s'en prendre qu'à des hypothèses, ce qui n'est pas forcément le plus intéressant, ni pour le commentateur, ni pour la Cour de cassation. Encadré, car l'ajout d'explications ne doit pas être de nature à créer un nouveau champ de contestations : la Cour de cassation devra rapidement rappeler que le choix d'une interprétation ne peut être remis en cause en tant que tel⁶⁷. La motivation concise présente cependant un autre avantage car elle accompagne la prudence d'un juge qui n'avance qu'à « petits pas » : faute d'avoir éprouvé la solution, et de pouvoir en anticiper toutes ses implications, la Cour en dit le moins possible. Selon l'avocat général Lindon, les « petits pas » sont donc « *lapidaires à dessein ; comme on l'entend souvent dire, dans le délibéré de tels arrêts, par les conseillers les plus anciens : « Moins on en dit, mieux ça vaut »* »⁶⁸. Pourtant, la jurisprudence contemporaine semble se construire aussi souvent par arrêt de principe que par « petits pas ». En outre, le fait de s'expliquer n'ôte pas au juge sa liberté de préciser ensuite sa position, serait-ce au prix d'évolutions ; en revanche, cela ôte de la brutalité à ce changement⁶⁹. Il reste la crainte de perdre le confort que donne une motivation lapidaire, « *parce que votre jugement sera vraisemblablement correct, mais vos motifs seront certainement mauvais* »⁷⁰. Mais il ne faut pas exclure qu'il y ait en contrepartie dans la motivation explicite un gain dans la qualité de la prise de décision car « *la meilleure manière de déterminer si un raisonnement résiste à l'examen consiste à en énoncer chacune des phrases par écrit* »⁷¹.

Les raisons semblent donc nombreuses et convergentes pour estimer que « *Tout compte fait, il y a sans doute moins d'inconvénients à en dire un peu trop qu'à n'en pas dire assez* »⁷². Cependant, pour mesurer pleinement ces inconvénients et avantages, il faut mettre en balance les raisons d'évoluer avec l'étendue de l'évolution envisagée.

⁶⁷ Cass. civ. 1^{re}, 29 janv. 2002, *RTD civ.* 2003, 154, obs. N. Molfessis ; *Dr. et patr.*, sept. 2002, 97, note Ph. Bonfils ; v. également en ce sens le rapport du Conseil d'Etat, p. 29 et sa décision 23 décembre 2011, *Département du Nord*, n°334584

⁶⁸ R. Lindon, à propos des faits utiles, précité ; également, « la rigidité d'un arrêt de principe et l'ampleur, difficile à cerner, de ses conséquences ont, de tout temps, incité la Cour de cassation à la prudence » J.-F. Weber, précité ; encore, « En dire davantage serait encourir de nouveaux risques imprévisibles, car la matière sociale est subtile et explosive », A. Breton, « L'arrêt de la Cour de cassation », *Annales de l'Université des Sciences sociales de Toulouse*, 1975, p. 5 p. 27.

⁶⁹ C. Mouly, « Comment rendre les revirements de jurisprudence d'avantage prévisibles ? », *LPA*, 18 mars 1994, n° 33.

⁷⁰ Lord Campbell, cité par John R. Spencer, « Quelques observations préliminaires », in *Juges et jugements : l'Europe plurielle*, précité, p. 73, sp. 76

⁷¹ L. Welamson, juge à la Cour de cassation suédoise, qui poursuit : « il m'est arrivé assez fréquemment, après avoir commencé au cours d'un délibéré par argumenter en faveur d'une certaine solution, d'y renoncer ensuite lorsque, la plume à la main, j'ai reconnu l'impossibilité de lui donner une motivation qui résiste à l'examen », « La motivation des décisions des cours judiciaires suprêmes », *RIDC* 1979, p. 509, sp. p. 514 ; pour la Cour de cassation, Ch. Soulard, « Remarques d'un praticien du contentieux judiciaire », in *La motivation des décisions des juridictions internationales*, précité, sp. p. 241

⁷² A propos du rappel des faits utiles, A. Breton, précité

II. IDENTIFICATION

Le choix de modifier la motivation pourrait dépendre moins de l'*a priori* favorable ou défavorable à une évolution que de sa forme. Ainsi, les défenseurs de la motivation brève n'excluent pas toute évolution et les demandeurs d'explications n'appellent pas nécessairement au « *grand déballage sur la place publique* »⁷³, les deux pouvant peut-être se rejoindre sur un résultat, à partir de convictions opposées⁷⁴. Ce résultat nous semble passer par trois identifications : celle des arrêts concernés par l'évolution (A.), celle des supports pouvant accueillir les explications (B.), celle des éléments intéressant l'arrêt (C.).

A. QUELS ARRETS ?

La gradation des arrêts. La question n'est pas la plus difficile. A l'évidence, il est difficile d'imaginer que la Cour de cassation pourrait rendre chaque année des milliers d'arrêts longuement motivés. Dès lors, et sauf à restreindre l'accès au juge de cassation, l'enrichissement d'une motivation s'accompagne « *d'une sélection drastique des affaires méritant des développements particuliers* »⁷⁵. Le lien entre longueur de la motivation et importance/difficulté de l'affaire est bien connu et largement pratiqué par la Cour de cassation mais uniquement dans un sens, celui qui allège la motivation pour les affaires les plus simples. L'implication inverse, qui voudrait que l'on enrichisse la motivation pour les affaires les plus importantes, ne semble pour l'heure pas avoir beaucoup intéressé la Cour de cassation, au-delà la formulation lapidaire d'un attendu de principe. Il serait pourtant possible d'enrichir la palette existante (non motivation, motivation tampon, motivation normale⁷⁶) par une motivation enrichie pour les affaires les plus importantes. Les arrêts dont l'effet portera

⁷³ Y. Chartier, art. précité, p. 284.

⁷⁴ Ainsi, le plaidoyer de Hervé Croze pour une motivation « pas trop explicite » repousse essentiellement le développement des faits et des opinions dissidentes, tout en reconnaissant que quelques explications sur la règle de droit ne sont pas inutiles. Le résultat est en définitive conciliable avec les conclusions auxquelles nous étions parvenues en partant du présupposé opposé du besoin d'évolution de la motivation (APD, précité). Précisons que nos propositions ont évolué depuis, ce qui peut s'expliquer pour partie par le travail mené depuis, en collaboration avec la Cour de cassation, sur les travaux préparatoires des arrêts.

⁷⁵ A. Lacabarats, « Le juge de cassation en Europe », précité, p. 90 ; la solution est largement partagée, ex. « En pratique seul un petit nombre d'affaires se prêtent à une extension significative des motifs, notamment sous l'angle d'une intégration des arguments. Il est donc concevable que certains arrêts soient dotés de « grands motifs », par opposition à une rédaction plus proche de la motivation actuelle (« petits motifs ») », X. Henry, « La motivation des arrêts et la technique du moyen. Propositions de réforme », JCP G 2010. 1130, n° 19

⁷⁶ Qui peut elle-même être améliorée, ex. X. Henry, précité

au-delà du cas devraient penser leur motivation au-delà du cas, pour les juristes appelés à manier la norme nouvelle. Si les explications supplémentaires ne concernent donc qu'un faible nombre d'arrêts, la modification du style est susceptible d'avoir une portée plus générale.

Une évolution générale du style ? Il a pu être avancé que « *Pour le style, aucun reproche ne peut être adressé à la Cour de cassation* »⁷⁷ : il est « *précis, concis, sans élégance, parfois un peu lourd, superficiel en profondeur et complexe sans complications* »⁷⁸. Il reste qu'il ne concourt pas toujours à la compréhension de la décision et les critiques se focalisent sur la phrase unique, ses subordonnées, ses points virgules et ses constructions sophistiquées⁷⁹. Le rapport du Conseil d'Etat évoque abondamment ses travers connus et y ajoute des critiques nouvelles⁸⁰. Ainsi, la phrase unique correspond mal au langage courant contemporain et expose à la critique d'une juridiction désuète. Elle est parfois difficile à mettre en œuvre face à des litiges de plus en plus complexes. Elle nuit à la diffusion internationale des décisions et isole les juridictions françaises, puisque les juridictions étrangères de notre modèle l'ont peu à peu abandonnée. Toutes ces raisons plaident pour l'abandon de la phrase unique. Il faut admettre que « *ce ne serait pas une révolution si on rédigeait les arrêts autrement que sous la forme traditionnelle. Mais serait-ce un progrès ?* »⁸¹. La phrase unique accentue le syllogisme rigoureux par lequel la seule solution découle d'une déduction logique et « *apporte certainement beaucoup au caractère persuasif de la décision* »⁸². Elle participe de la solennité de la décision et de l'uniformisation impersonnelle des décisions de justice françaises⁸³. Son abandon fait courir le risque de la perte de standardisation du style de rédaction et de la tentation pour les juges, libérés de cette « *discipline de la pensée* »⁸⁴, de digressions plus ou moins variables – bien que l'expérience tende à démentir de tels effets secondaires⁸⁵.

⁷⁷ Y. Chartier, précité, qui poursuit « et ce n'est d'ailleurs pas sur ce terrain que portent les critiques »

⁷⁸ Ph. Malaurie, « La Cour de cassation du XXème siècle », Rapport annuel de la Cour de cassation, 1999, p. 11

⁷⁹ Déjà, A. Touffait et L. Mallet, « La mort des attendus ? », D. 1968, chron. 123

⁸⁰ P. 38 et s.

⁸¹ A. Breton, précité, p. 25

⁸² Y. Gaudemet, précité, p. 87

⁸³ Rapport du Conseil d'Etat, p. 38 et s.

⁸⁴ Ph. Malaurie, précité, 2012, ajoutant que le style judiciaire participe de son rituel pour défendre la phrase unique

⁸⁵ V. les cas étrangers cités par le Conseil d'Etat (pp. 39-41, 105, 97-98) ; l'expérience de la CA Paris, A. Touffait et A. Mallet, précités.

B. QUEL SUPPORT ?

L'arrêt n'est pas le seul support à disposition pour accueillir les explications et la Cour de cassation a jusqu'à présent privilégié la voie de cette diffusion hors l'arrêt. Trois pistes s'offrent : la première consiste à tout intégrer dans l'arrêt ; la deuxième consiste à tout laisser hors de l'arrêt ; la troisième consiste à chercher la meilleure répartition entre les supports selon leur fonction.

Tout dans l'arrêt ? La première solution consisterait à tout révéler dans l'arrêt : faire état des doutes, des considérations contradictoires, des préférences doctrinales, des distinctions possibles entre précédents, et à l'occasion y ajouter des *obiter dicta*. En livrant tous les méandres des arguments soupesés par les juges pour emporter leur décision, sous forme de « *dissertation-discussion* »⁸⁶, les arrêts optimisent les chances de rallier les lecteurs. Cependant, la persuasion ne prévaut-elle pas alors sur la compréhension ? Certains spécialistes des juridictions de *common law*⁸⁷ ou des juridictions européennes admettent que « *l'excès de motivation empêche, de plus en plus souvent, de distinguer le véritable apport d'une décision* »⁸⁸. Il risque de porter l'arrêt à se perdre en considérations diverses « *dont l'exposé diviserait ses membres, créerait la confusion chez les lecteurs, et, en la nuançant à l'infini, affaiblirait la pertinence et la portée de la solution retenue* »⁸⁹. Finalement, ce qui est reproché à la Cour de cassation, ce n'est pas de ne pas tout dire, c'est de ne rien dire. Mais cela n'ôte pas les vertus de la concision : quand elle n'est pas elliptique, « *la solution donnée en peu de mots est plus frappante et plus efficace que celle qui l'est en nombre de pages* »⁹⁰.

⁸⁶ Préférant le style allemand au style français tout en critiquant le recours excessif aux *obiter dicta* ou des annonces prématurées, facteurs d'insécurité juridique, F. Ferrand, précitée, n° 305 à 307 : il « respecte davantage les parties, leurs conseils et tous les autres juristes en ce qu'elle révèle mieux les motifs réels de la solution et sa portée (...). La pédagogie est exercée au profit des juridictions inférieures, ce qui renforce la sécurité juridique puisque les autres juges comprendront mieux la solution et sa portée et seront donc plus aptes à appliquer correctement la jurisprudence suprême » (n° 305) « Même si la lecture d'un arrêt de la (Cour allemande) est à première vue plus longue et laborieuse que celle d'une décision de la Cour de cassation, la signification profonde et la raison d'être de la solution apparaissent beaucoup plus nettement. C'est pourquoi le style des arrêts allemands ne suscite que peu de critiques » (n° 307)

⁸⁷ V., sur les critiques américaines d'une motivation fleuve qui veut cacher les choix idéologiques et les demandes de retour à une motivation plus formaliste, H. Muir Watt, précitée, p. 61 ; G. Guerlin, « La motivation des sanctions civiles », in *Les sanctions en droit contemporain*, vol. 2, C. Chainais, D. Fenouillet et G. Guerlin (dir.), Dalloz, 2013, p. 129, n° 28 et s.

⁸⁸ A propos de la CJUE, L. Coutron, précité, l'auteur insistant à ce titre sur l'approche de plus en plus casuistique et une référence de plus en plus sclérosante à ses précédents ; également, pointant plusieurs cas dans lesquels des « excès de motivation » nuisent en définitive à l'objectif de transparence, F. Picod, « La transparence dans les procédures juridictionnelles », in *La transparence dans l'Union européenne. Mythe ou principe juridique ?*, J. Rideau (dir.), p. 147, sp. p.p. 169-170. Comp., défendant les décisions explicatives de la CEDH qui accroissent l'autorité de sa jurisprudence, A. Schahmaneche, précitée, n° 250 et s.

⁸⁹ Y. Chartier, précité, sp. p. 284

⁹⁰ A. Breton, précité, p. 28

En outre, quand bien même la révélation intégrale serait la plus pertinente, elle nous semble trop radicalement éloignée de la tradition française pour être, au moins dans un premier temps, considérée comme une évolution réaliste. Comme le répète le Conseil d'Etat à longueur de rapport, il est possible d'améliorer la rédaction « *en veillant à ne pas sacrifier la rigueur du raisonnement* »⁹¹. Ce même rapport fait état d'un dernier argument en ce sens, celui de la volonté de maintenir un délibéré collégial des motifs, leur volume devant donc rester à proportion de ce qui peut être débattu dans ce cadre (p. 14).

Tout hors l'arrêt. Trois supports peuvent être envisagés pour faire comprendre ce que l'arrêt ne dirait pas. Le premier est la diffusion d'opinions séparées, qui est régulièrement demandée à la Cour de cassation. Du point de vue interne, l'opinion séparée obligerait chacun à une certaine cohérence de position, ne pouvant approuver ici une position critiquée là ; elle permettrait également d'éviter des compromis dans la motivation⁹², puisque le magistrat minoritaire pourrait faire valoir autrement son opinion⁹³. Du point de vue externe, la technique permet de faire des prévisions sur la stabilité de la solution selon la force de l'adhésion qui l'a portée. Les opinions dissidentes n'en sont pas moins critiquées, y compris dans les systèmes de *common law*, du fait « *d'un risque réel de fragilisation de l'autorité des décisions et de la cohérence du droit* »⁹⁴. Cumulées au style des décisions, elles rendent parfois difficilement identifiable l'état du droit positif⁹⁵. D'autres considérations nous semblent plaider pour la mise à l'écart de cette option : d'une part, pour être à égalité de capacité de conviction, il faudrait que la rédaction de l'arrêt puisse recourir aux mêmes ressorts argumentatifs que ceux de l'opinion séparée : on bascule ainsi dans un modèle de rédaction discursif, que l'on vient de considérer comme inadapté. D'autre part, la méthode nous semble appropriée à des juridictions très personnalisées, aux antipodes de la Cour de cassation où la personne des magistrats s'efface derrière l'institution⁹⁶.

⁹¹ P. 7 ; également, p. 9, 11, 49.

⁹² A. Tunc, « La Cour de cassation en crise », sp. p. 168 ; « La Cour suprême idéale », sp. p. 456 et s. ; A. Touffait était plus mesuré sur le sujet, estimant « que la France est loin d'être mûre pour que cette mesure y soit introduite », précité, p. 483

⁹³ L. Welamson, précité, sp. p. 517

⁹⁴ H. Muir-Watt, précitée, p. 62 ; également H. Croze, précité, n° 27

⁹⁵ Ces opinions auraient l'effet de « plonger dans un abîme de perplexité la pratique qui doit se guider d'après la jurisprudence », A. Breton, précité, p. 29 ; également et expliquant de ce fait l'évolution des arrêts anglais, souvent rédigés par un seul juge au nom de tous pour plus de clarté, R. Sefton-Green, précitée, sp. p. 93

⁹⁶ Elle correspond mieux aux juridictions constitutionnelles, pour lesquelles v. W. Mastor, « L'effet performatif des opinions séparées sur la motivation des décisions constitutionnelles majoritaires », in *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, précité, p. 87 et s.

La deuxième option est plus conforme aux méthodes françaises : pourquoi ne pas reporter l'intégralité de l'objectif de lisibilité sur la diffusion des travaux préparatoires ? La solution avait été proposée, déjà, par Raymond Lindon. Elle a également été envisagée en réponse à l'exigence de la CEDH de donner les raisons substantielles d'un revirement de jurisprudence. Selon Christian Charruault, « *s'il est fait obligation à toute Cour suprême de donner les raisons substantielles qui l'ont conduite à faire œuvre normative, les modalités de cette révélation ne sont pas imposées* », la diffusion pouvant dès lors se faire par le vecteur des travaux préparatoires des arrêts⁹⁷. Si ce n'est qu'à peine envisagée, la solution est déclassée par ce même auteur, qui rappelle l'absence d' « *onction juridictionnelle* » de ces documents et le manque de lisibilité d'une jurisprudence qui s'expose de façon éparpillée, pour en venir à la conclusion inévitable : « *Pourquoi ne pas réunir sur un seul support, l'arrêt, et l'énonciation de la norme prétorienne, et l'exposé des raisons substantielles de son édicton ?* » Ajoutons dans le même sens que les raisons substantielles des travaux préparatoires ne sont pas nécessairement celles de l'arrêt, et restent donc des hypothèses, certes éclairées. En définitive, les travaux préparatoires sont un complément extrêmement précieux mais ils ne peuvent, ni du point de vue de l'auteur, ni de celui du moment de l'élaboration, servir de motivation officielle à la décision.

La troisième option est celle pratiquée actuellement par la Cour de cassation, qui diffuse des explications par des sigles, communiqués⁹⁸, chaînages et autres notes explicatives⁹⁹. Si ces commentaires bénéficient cette fois d'une temporalité permettant la révélation des raisons l'ayant emporté, les autres critiques formulées par Christian Charruault pour les travaux préparatoires peuvent leur être opposées. Certes, en l'état de la motivation actuelle, on ne peut que se réjouir de leur existence. Mais il ne faut pas oublier pour autant qu'ils sont essentiellement des « *palliatifs à une motivation indigente des arrêts eux-mêmes à laquelle rien ne saurait suppléer* »¹⁰⁰ et qu'une telle motivation officielle ne va pas de soi¹⁰¹. Travaux

⁹⁷ Ch. Charruault, « Propos sur la parole de la Cour de cassation », site Cour de cassation, cycle de conférences Droit et technique de cassation, Du moyen à l'arrêt : la technique de cassation au service du droit, 15 mars 2010

⁹⁸ V. A. Lacabarats, « Les outils pour apprécier l'intérêt d'un arrêt de la Cour de cassation », D. 2007. 889

⁹⁹ Sur l'évolution de la conception des communiqués et notes explicatives, J.-P. Jean, « Conférence de presse du rapport annuel 2014 »

¹⁰⁰ S. Gjidara, précitée, n° 59 ; également, « elles suppléent à une motivation défaillante », R. Libchaber, précité ; « Le communiqué ne peut pallier les défauts de motivation », F. Guimard, « Sur les communiqués de presse de la Chambre sociale de la Cour de cassation », RDT 2006. 222 sp. 229

¹⁰¹ « pourquoi faudrait-il considérer comme allant de soi que la motivation d'un arrêt de la Cour suprême se trouve en dehors de ses motifs ? », R. Libchaber, précité ; également « C'est à partir de la seule lecture de la décision que l'on doit mesurer son importance sans s'arrêter à des indices extérieurs qui sont de moins en moins révélateurs de la portée normative de la décision », O. Sabard, « La hiérarchisation de la jurisprudence », RLDC, n° 65, nov. 2009, p. 61, sp. 66

préparatoires ou note explicative, si l'on admet que les raisons d'une jurisprudence vont elles-mêmes produire un effet normatif, en ce qu'elles sont un élément déterminant de son sens et de sa portée, elles ne peuvent être énoncées autrement que par l'arrêt¹⁰². Assurément, il est préférable d'offrir au débat des universitaires, à l'utilisation rhétorique des avocats et à l'orientation des juges du fond, une jurisprudence lisible, dont le sens n'est pas éparpillé entre divers documents¹⁰³, à la valeur plus ou moins officielle et dont l'articulation est source de brouillage¹⁰⁴.

Des supports aux fonctions dédiées. Les fonctions de la motivation sont diversement conçues : reproduire le procédé mental réellement suivi par le juge ; élaborer *ex post* un discours justificatif ; cantonner ce dernier à une justification rationnelle étayant la validité de la décision ; le déployer dans une argumentation persuasive visant à obtenir l'assentiment¹⁰⁵. Ces thèses ne sont pas exclusives et peuvent se combiner en jouant sur la diversité des supports, dont les fonctions sont également diverses : l'arrêt doit « *dire le droit et être compris* »¹⁰⁶, les travaux préparatoires déployer l'argumentation persuasive, le communiqué communiquer.

L'arrêt doit porter en lui sa propre compréhension. Celle-ci ne nous semble pas impliquer la révélation de l'intégralité de la réflexion mais la clarification de la seule interprétation retenue. Faire ce choix fait courir un risque à la Cour de cassation : « *en passant sous silence les arguments contraires, elle laisserait planer l'impression que le dossier n'a fait l'objet que d'une étude partielle* »¹⁰⁷. Cette crainte peut être levée par la diffusion plus courante des travaux préparatoires, qui permettront non seulement de comprendre comment la question a été présentée à la formation de jugement mais aussi que la discussion a envisagé tous les arguments : la mobilisation des différentes méthodes d'interprétation, de l'environnement international, européen et comparé, des lignées jurisprudentielles existantes, des prises de position doctrinale. Le droit vivant pouvant être compris par la lecture de l'arrêt, et convaincre par celle des travaux préparatoires, le communiqué pourrait retrouver sa fonction

¹⁰² V. M. Disant, « La « doctrine » du juge, entre pédagogie et droit », in *La pédagogie au service du droit*, précité, p. 125

¹⁰³ « Nous y voyons l'expression élémentaire du principe d'accessibilité du droit », G. Guerlin, précité, sp. n° 22

¹⁰⁴ Sp. dans les cas, rares mais témoignant des failles de la méthode, de dissonance entre le contenu de l'arrêt et celui de la note, v. P. Ancel, « Retour sur l'arrêt de l'Assemblée plénière du 6 octobre 2006, à la lumière du droit comparé », in *Mélanges Geneviève Viney*, LGDJ, 2008, p. 23 ; *RTDciv.* 2007. 61, obs. P. Deumier

¹⁰⁵ A. de Vita, « Aperçu comparatif », in *Juges et jugements : l'Europe plurielle*, précité, p. 63, sp.65-66

¹⁰⁶ Titre du guide de rédaction publié par l'Association syndicale des magistrats belges, Bruylant

¹⁰⁷ D. Tricot, « L'élaboration d'un arrêt de la Cour de cassation », *JCP G* 2004. 108

d'origine, celle de communication vers le grand public. Il n'est pas sûr que sa fonction première soit, à son tour, de persuader. A cet égard, « *on peut se demander si, pour les débats de société les plus sensibles, le volume et la qualité de la motivation ne sont pas, tout compte fait, indifférents ; pas davantage que le syllogisme de l'arrêt Perruche, les centaines de pages consacrées par la Cour fédérale américaine à la portée du droit constitutionnel de la femme à l'avortement n'ont pas réussi à apaiser l'affrontement idéologique qui continue à diviser l'opinion publique sur ce point* »¹⁰⁸. En revanche, un communiqué peut utilement apporter de la pédagogie à certains éléments techniques et éviter une surinterprétation de la décision ou un contresens¹⁰⁹, en expliquant notamment la marge qui était celle du juge, du fait des contraintes procédurales ou des limites de son pouvoir sur certains sujets.

C. QUELS ELEMENTS ?

En s'en tenant à l'objectif de compréhension assigné à l'arrêt, quels éléments pourraient utilement intégrer sa motivation ? Il faut se garder de proposer un modèle exclusif de motivation, en vertu duquel un arrêt de principe devrait toujours porter des considérations économiques ou sociales ou encore toujours se rattacher à un précédent utile : en effet, les raisons ayant pesé sur la prise de décision varient en fonction des questions posées et des enjeux qui y sont liés. Pour autant, il faut une logique partagée au sein de la Cour pour maintenir la cohérence rédactionnelle de l'institution. Elle pourrait être celle affirmée par le rapport du Conseil d'Etat de « *faciliter autant que possible la lecture de la décision et d'enrichir son contenu informatif, sans rien céder de la rigueur et de la précision du raisonnement du juge ni accroître la charge de travail de ceux qui élaborent la décision* »¹¹⁰.

Le besoin normatif. Le pouvoir normatif du juge est lié à un besoin de développement du droit révélé par le cas : texte lacunaire, défaillant, textes contradictoires, empilés sans articulation claire, texte ou jurisprudence vieilli, contraire aux normes supérieures, divergence de jurisprudence, résistance des juges du fond, critique doctrinale massive, question de principe, question complexe, conflit de normes inédit etc.... les besoins justifiant une

¹⁰⁸ H. Muir Watt, précitée, p. 56

¹⁰⁹ Pour un exemple de mauvaise présentation de l'arrêt Pages Jaunes par le Monde, et la rectification par le communiqué de la Cour de cassation, v. S. Bernheim-Desvaux, « La diffusion du droit par la Cour de cassation », RLDC avril 2008, n° 48, p.

71

¹¹⁰ pp. 7-8

intervention créatrice du juge ne manquent pas et leur identification est à plusieurs égards importante. Du point de vue du pouvoir créateur du juge, celui-ci n'ayant pas été officiellement institué à cet effet, il est utile qu'il indique la raison de son intervention, qui est dès lors légitimée par les besoins du droit. Du point de vue du maniement de la jurisprudence, la révélation permettra d'acclimater chacun aux causes les plus récurrentes d'intervention créatrice et, progressivement, de leur donner plus de prévisibilité. Du point de vue du traitement des affaires, l'identification d'un tel besoin pourrait être *a minima* le déclencheur d'un circuit long (formation solennelle, recherche préalable approfondie, étude de droit comparé, recours à *l'amicus* et motivation enrichie), *a maxima* l'explication des hypothèses qui pourraient demain subordonner l'accès au juge de cassation. Du point de vue du contrôle de conventionnalité, l'explication permettra d'identifier les pourvois appelant un contrôle concret et ceux relevant du contrôle abstrait.

Les raisons déterminantes. Parce qu'il existe plusieurs possibilités juridiques pour répondre à ce besoin, la solution retenue résulte d'un choix et non d'une révélation. Ce choix est fondé sur des raisons, ce qui atteste qu'il n'est pas arbitraire. Ces raisons ayant emporté la conviction des juges, elles emporteront également l'adhésion d'autres juristes. Elles aideront à évaluer la portée de l'application de la nouvelle règle aux questions proches et à anticiper sa péremption¹¹¹ : chacun sait combien le recours au but poursuivi par la norme ou à l'intention de son auteur est la boussole privilégiée de l'interprétation et elle ne l'est pas moins pour l'interprétation de la norme jurisprudentielle que pour celle de la norme législative. Ces raisons sont d'une grande variété : telle solution semble mieux s'inscrire dans l'évolution juridique de la matière, telle autre évite des conséquences économiques désastreuses, respecte mieux l'intention du législateur, évite de créer un appel d'air contentieux, harmonise les solutions nationales et européennes, etc. En définitive, ce qui importe, ce n'est pas le type d'argument, c'est son rôle dans la prise de décision : seules les raisons l'ayant emporté méritent d'être mentionnées. Rappelons que la CEDH exige que ces raisons soient mentionnées en cas de revirement de jurisprudence. Cette exigence a pour l'instant

¹¹¹ En effet, « l'invention prétorienne est généralement un déplacement de raisons, une redéfinition », C. Atias, précité, n° 44.

timidement intégré quelques arrêts de la Cour de cassation, démontrant à l'occasion qu'il est possible de donner des indications précieuses en peu de mots¹¹².

Le mode d'emploi. Lorsque des éléments de la portée sont connus dès l'énoncé de la nouvelle jurisprudence, il est également possible d'indiquer dans l'arrêt son mode d'emploi. C'est ainsi que procède le Conseil d'Etat depuis le début des années 2000, en recourant pour les arrêts créateurs de droit¹¹³ à des considérants dits explicatifs, pédagogiques ou discursifs¹¹⁴. Il est ainsi possible de comparer, du point de vue de la facilité de compréhension et de maniement, les deux arrêts par lesquels les deux Hautes juridictions ont, à six mois d'écart, réalisé leur premier revirement pour l'avenir¹¹⁵. Le Conseil d'Etat l'énonce ainsi : « *Considérant qu'il appartient en principe au juge d'appliquer les règles définies ci-dessus qui, prises dans leur ensemble, n'apportent pas de limitation au droit fondamental qu'est le droit au recours ; que toutefois, eu égard à l'impératif de sécurité juridique tenant à ce qu'il ne soit pas porté une atteinte excessive aux relations contractuelles en cours et sous réserve des actions en justice ayant le même objet et déjà engagées avant la date de lecture de la présente décision, le recours ci-dessus défini ne pourra être exercé qu'à l'encontre des contrats dont la procédure de passation a été engagée postérieurement à cette date* ». La formule reste complexe du fait de la phrase unique. Pour autant, le lecteur est assuré que le juge vient bel et bien de poser des « règles définies ci-dessus », du maintien du principe de rétroactivité, de l'existence d'exceptions (droit au recours, sécurité juridique), du sort spécifique des actions en cours et, ce qui est fondamental pour une telle innovation, il sait à partir de quand la nouvelle jurisprudence va s'appliquer. Quant à la Cour de cassation, elle a décidé « *que si c'est à tort que la cour d'appel a écarté le moyen de prescription alors qu'elle constatait que Mme X... n'avait accompli aucun acte interruptif de prescription dans les trois*

¹¹² Cass. com. 8 févr. 2011, *D.* 2011. 515, obs. A. Lienhard ; 1314, note N. Molfessis et J. Klein ; 1321, note F. Marmoz ; *Rev. Sociétés* 2011. 288, note P. Le Cannu ; *RTD civ.* 2011. 493, obs. P. Deumier ; Cass. soc., 31 janv. 2012, *D.* 2012. 1765, obs. L. Pécaut-Rivolier ; *RDT* 2012. 168, note T. Grumbach

¹¹³ D. Botteghi, précité, sp. 158 : les « cas où le juge est particulièrement « pédagogique » sont ceux où il crée du droit (*AC!*, *Tropic Travaux*) et/ou il fait système (comme *Aix* ou *Cavello*) »

¹¹⁴ Ces considérants ont récemment été analysés comme autant d'*obiter dicta* : v. M. Deguerge, « Les obiter dicta dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », in *La pédagogie au service du droit*, précité, p. 229 et s. ; M. Lannoy, *Les obiter dicta du Conseil d'Etat statuant au contentieux*, Thèse, Paris 1, 2014, à paraître, Dalloz. Ils relèvent selon plus de l'insertion de la solution dans un esprit de système, propre à la tradition juridique française, que de son extension à une question connexe ; ce faisant le juge nous semble utiliser un pouvoir qui ne lui a jamais été nié (pour une fois), celui d'interpréter ses propres décisions.

¹¹⁵ CE, Ass., 16 juill. 2007, *Tropic*, *AJDA* 2007. 1577, chr. F. Lenica et J. Boucher ; *RFDA* 2007. 696, concl. D. Casas ; Cass. A.P., 21 déc. 2006, *D.* 2007. 835, note P. Morvan ; *JCP* 2007. II. 10 040, note E. Dreyer et 10 111, note X. Lagarde ; *RTD civ.* 2007. 72, obs. P. Deumier et 168, obs. Ph. Théry. Nous n'avons pas retenu le précédent du 8 juillet 2004 afin de comparer deux reconnaissances solennelles.

mois suivant la déclaration d'appel faite par les parties condamnées, la censure de sa décision n'est pas encourue de ce chef, dès lors que l'application immédiate de cette règle de prescription dans l'instance en cours aboutirait à priver la victime d'un procès équitable, au sens de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en lui interdisant l'accès au juge ». Il ne suffit pas d'être expert en technique de cassation pour comprendre l'implication monumentale de cette motivation : il faut également être assez acclimaté à la question de la rétroactivité de la jurisprudence pour en deviner tous les enjeux, puisqu'il n'y est fait mention ni de nouvelle règle, ni de jurisprudence, ni de principe de rétroactivité, ni d'exception. Quant à savoir à partir de quand la nouvelle jurisprudence va s'appliquer, tout à reste à deviner.

La référence aux jurisprudences européennes. La volonté de conformité ou d'harmonisation avec la jurisprudence européenne est la raison déterminante de certains arrêts et devrait systématiquement apparaître : outre qu'elle permet de comprendre le choix effectué, qui plus est au soutien d'un argument peu contestable, elle fait enfin entrer le juge national dans un véritable dialogue des juges – c'est-à-dire un dialogue qui s'exerce en s'exprimant et non plus « *sans paroles* »¹¹⁶. La Cour de cassation est probablement de toutes les Hautes juridictions françaises celle qui a déjà fait les avancées les plus significatives en ce sens : mention, dans les motifs, de la Convention « *telle qu'interprétée par la Cour européenne des droits de l'homme* »¹¹⁷ ; dans un visa, de l'article 6§1 CESDH « *tel qu'interprété par l'arrêt Arnolin et autres c. France du 9 janvier 2007 de la Cour européenne des droits de l'homme* »¹¹⁸ ; dans un attendu de principe, de l'obligation de « *respecter les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme* »¹¹⁹. Le principe ne semble donc pas soulever de difficulté mais il reste à en systématiser la pratique et la forme.

La référence à ses propres précédents. La question pourrait paraître plus simple que la précédente ; elle rallie d'ailleurs certains auteurs pourtant partisans de la motivation actuelle¹²⁰. Elle est en réalité plus délicate¹²¹ car elle soulève une objection de principe : en

¹¹⁶ O. Dutheillet de Lamothe, « Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'Homme : un dialogue sans paroles », in *Mélanges B. Genevois*, Dalloz, 2009, p. 403

¹¹⁷ ex., Cass. Soc., 14 janvier 1999, JCP 1999, II, 10 082, note F. Sudre ; D. 1999, 334, note J.-P. Marguenaud et J. Mouly

¹¹⁸ Cass. Soc., 13 juin 2007, 05.45-694, RTD civ. 2007. 536, obs. P. Deumier

¹¹⁹ Cass. Ass. Plé., 15 avril 2011, RTD civ. 2011. 725, obs. J.-P. Marguenaud

¹²⁰ « Leur insertion faciliterait pourtant le travail des commentateurs sans augmenter beaucoup celui de la juridiction, puisqu'elle se bornerait à citer les précédents dont, par définition, elle a tenu compte. Cela permettrait, le cas échéant, de

mentionnant sa propre jurisprudence, la Cour de cassation ne lui reconnaît-elle pas une autorité obligatoire qui n'appartient pas à notre système ? Il faut tordre le coup à une telle compréhension. La jurisprudence peut fonctionner sans précédent obligatoire tout en s'appuyant sur ses précédents ; c'est bien ainsi que procèdent les juridictions européennes et de nombreuses juridictions continentales¹²². Faire référence à un précédent signifie alors, et c'est heureux, que la juridiction est soucieuse de son rôle de garante de la cohérence et de la stabilité de la jurisprudence, ce qui n'implique pas qu'elle se sente tenue par ses précédents : d'une logique d'autorité et d'obligatorité, qui est celle des systèmes de précédent obligatoire, on passe à une logique de raison et de cohérence, qui est celle de notre système.

Il existe plusieurs façons de faire référence aux précédents dans la tradition romano germanique : « *certaines ne citent que leurs précédents de principe (Belgique), tandis que d'autres entrent dans une comparaison d'un précédent avec le cas d'espèce uniquement lorsque les parties l'invoquent et pour répondre à leur argument (Pays-Bas) ou de manière plus spontanée (Allemagne, Espagne)* »¹²³. Il est donc indispensable d'élaborer une doctrine du maniement du précédent, qui doit guider le choix des arrêts cités et celui des arrêts les citant.

Quant au choix des arrêts cités, il nous semble que la référence à l'arrêt racine, l'arrêt de principe ou l'arrêt de consolidation de la lignée¹²⁴ suffit, sans qu'il soit nécessairement utile de retracer tous les rebondissements de la lignée ou les lignées jurisprudentielles proches. La multiplication de précédents est de nature à nuire à la compréhension de ce qui est essentiel. Il est ainsi reproché, par exemple, à la CJUE de perdre en autorité normative à force d'utilisation sclérosante de précédents choisis partialement¹²⁵.

Quant aux arrêts nécessitant la citation de précédents, le premier est à l'évidence le revirement de jurisprudence (et sa variante pernicieuse, la création d'une exception nouvelle qui maintient la jurisprudence pour le reste), qui appelle la mention du précédent abandonné,

constater qu'elle n'a pas vu, ou voulu voir, un précédent jugé utile par d'autres, émanant notamment d'une autre formation », J. Ghestin, n° 17

¹²¹ En témoigne les difficultés rencontrées sur le sujet pour les arrêts du Conseil d'Etat : le rapport du Conseil d'Etat propose de faire état de ces précédents mais ne cache pas que la question a divisé les membres du groupe (p. 32) ; le vice-président du Conseil d'Etat a récemment marqué un net recul sur ce point, en invoquant l'absence d'autorité du précédent et l'article 5 du Code civil : J.-M. Sauvé, « Comprendre et réguler le droit globalisé ou comment dompter la Chimère ? », 20 mai 2015, site Conseil d'Etat.

¹²² Toutes, à l'exception de la Belgique pour les juridictions étudiées par le Conseil d'Etat, Rapport, p. 98 ; 105.

¹²³ rapport Conseil d'Etat, p. 30 et le test 6

¹²⁴ Qui n'est pas pratiquée par la Cour de cassation ; utilisée depuis 2003 par la Cour EDH, elle permet une rationalisation des jurisprudences acquises.

¹²⁵ L. Coutron, précité. Critiquant la jurisprudence allemande, qui utilise parfois abondance de précédents, pourtant plus ou moins proches du cas, pour auto-justifier sa décision, Rapport du Conseil d'Etat, p. 32

généralement ou pour une situation. Cette nécessité d'identification claire d'une évolution jurisprudentielle avait déjà été largement appelée par le rapport sur *Les revirements de jurisprudence*¹²⁶ et a été appliquée dans les deux arrêts déjà évoqués¹²⁷ sans que cette référence ait semblé provoquer un séisme. La mention est également utile lorsque, par exemple, une interprétation nouvelle a été choisie pour sa cohérence avec une lignée jurisprudentielle proche (raison déterminante) ou quand, après réexamen d'une jurisprudence critiquée, la Cour de cassation décide de la maintenir.

Il reste une dernière hypothèse, plus courante¹²⁸ et plus délicate, celle du cas dans lequel une cour d'appel a manqué au respect d'une jurisprudence et sera de ce fait censurée : il pourrait être utile pour tous que la véritable raison de la censure soit précisée. La proposition aggrave malgré tout l'objection de principe : censurer une cour d'appel au motif qu'elle n'a pas respecté la jurisprudence de la Cour de cassation, n'est-ce pas consommer la mutation de notre système en système de précédent obligatoire ? C'est effectivement reconnaître ouvertement la réalité de l'obligation faite aux juges de respecter l'uniformité de l'interprétation et l'égalité de tous devant elle¹²⁹ car la jurisprudence, en tant que source, ne relève pas du droit souple mais bien du droit dur¹³⁰. Selon André Breton, « *en l'état de l'autorité (que la Cour de cassation) a légitimement acquise, je ne crois pas qu'une telle extension puisse être blâmée : en tant qu'elle fait prévaloir la vérité et la franchise, elle donne aux justiciables plus de garanties qu'elle ne menace leurs droits* »¹³¹. Le précédent n'est pas obligatoire pour autant, il est la raison de reconnaître une application divergente, et donc mauvaise, du droit ; tout comme la Cour de cassation reste libre de s'écarter de ses précédents pour des raisons impérieuses, les juges du fond conservent une capacité de résistance, qu'ils n'hésitent d'ailleurs pas à utiliser. La référence ouverte au non respect d'une lignée jurisprudentielle devra ainsi aboutir à dissocier les hypothèses de méconnaissance et de mauvaise application de la jurisprudence de la Cour et les hypothèses de rébellion réelle, par laquelle les juges du fond défendent en connaissance de cause une interprétation différente de

¹²⁶ N. Molfessis (dir.), Litec, 2005, § 3.2

¹²⁷ V. note 112

¹²⁸ Ce dernier cas, comme le relève le Conseil d'Etat (p. 31), peut concerner, bien au-delà des arrêts « jurisprudentiels », des décisions simples et des contentieux de masse

¹²⁹ V. le rapport Lacabarats révélant que pour certains « conseillers prud'homaux, la jurisprudence ne s'imposait aucunement aux juridictions du fond, mais ne constituait qu'une simple source d'information », situation analysée comme « une profonde méconnaissance de ce que représente la jurisprudence : une source d'unification du droit, qui s'impose à tous les juges » *L'avenir des juridictions du travail : vers un tribunal prud'homal du XXI^e siècle*, juillet 2014

¹³⁰ « La jurisprudence assure l'interprétation uniforme de la loi et, à cet égard, relève comme elle du droit dur », Conseil d'Etat, *Le droit souple*, Etude annuelle 2013, La documentation française, pt1.3.2, p.59

¹³¹ Précité, p. 17

celle retenue par leur Haute juridiction pour appeler à son réexamen¹³². Plusieurs systèmes de droit civil prévoient par ailleurs expressément l'accès au juge de cassation pour ces cas de mauvaise application de la jurisprudence, qui ne sont donc pas une marque des systèmes de *common law*. Ainsi, le Code de procédure civile autrichien ouvre le pourvoi, entre autres, « *si la décision dépend de la solution à une question juridique de droit matériel ou procédural qui revêt une importance considérable pour la garantie d'une jurisprudence unitaire, de la sécurité juridique ou de l'évolution du droit, notamment parce que la juridiction d'appel s'est écartée de la jurisprudence de la Cour suprême ou qu'une telle jurisprudence fait défaut ou n'est pas unitaire* »¹³³.

La référence à des données non juridiques. La prise en considération des données sociales ou économiques a fait de franches avancées avec la Cour de cassation du 21^e siècle, avec le recours à l'*amicus curiae*. La Cour assume cette prise en considération mais pas au point d'en faire état dans les décisions, ce qui peut donner l'impression « *aux gens superficiels* »¹³⁴ qu'elle n'en tient pas compte. André Breton soutenait cette occultation, au motif que « *les magistrats de la Cour de cassation sont mal préparés à de telles discussions* » et que celles-ci « *politiserait inévitablement la discussion et rendraient plus difficile l'accord des magistrats appelés à opiner* » (p. 28). Or, une telle critique milite contre la prise en compte de ces considérations par les juges et non contre leur révélation : à partir du moment où, aussi peu armés et en désaccord politique soient-ils, les magistrats ont été convaincus juridiquement par ces données non juridiques, pourquoi ne pas les révéler ? A nouveau, une telle référence semble surtout utile au lecteur dans deux situations. Elle est utile, d'une part, lorsqu'elle a été la raison déterminante du choix d'une interprétation ou de la mise à l'écart d'une autre interprétation produisant des conséquences excessives. La modulation de la jurisprudence offre par exemple un terrain favorable au raisonnement conséquentialiste. Pour être ainsi déterminantes, les conséquences doivent être peu discutables : il ne s'agit pas pour la Cour

¹³² Sur la difficulté de cette distinction, L. Le Mesle, « Le parquet et l'accès au juge de cassation », in *L'accès au juge de cassation*, G. Drago, B. Fauvarque-Cosson, M. Goré (dir.) Société de législation comparée, Coll. « Colloques », vol. 26, 2015, à paraître

¹³³ Egalement, l'intérêt « cassationnel » peut être constitué lorsqu'un arrêt n'a pas respecté la jurisprudence du Tribunal suprême espagnol, V. F. Ferrand, « La juridiction judiciaire suprême en droit comparé. Missions, filtrage, intensité du contrôle », in *L'accès au juge de cassation*, G. Drago, B. Fauvarque-Cosson, M. Goré (dir.) Société de législation comparée, Coll. « Colloques », vol. 26, 2015, à paraître.

¹³⁴ A. Breton, p. 27 : « Mais non assurément à ceux qui se donnent la peine de considérer sa jurisprudence et de réfléchir sur elle ».

d'entrer dans leur appréciation experte. Pour le reste, la discussion de ces conséquences relève plus naturellement des travaux préparatoires.

Les données non juridiques peuvent d'autre part être utiles comme élément du contexte de la décision : c'est particulièrement le cas pour les droits fondamentaux, pour la résolution desquels le juge se montre ouvert à la société et conscient de son propre rôle social¹³⁵. Ainsi, lorsque la Cour de cassation apprécie la conformité d'une loi de validation à la CEDH, elle doit juger de l'existence d'un « impérieux motif d'intérêt général », qui sera de nature politique et, souvent, économique. Le Procureur général Burgelin enjoignait la Cour de cassation de ne pas se livrer à un tel contrôle pour rester dans son rôle de juge du droit et ne pas s'aventurer sur celui des faits (qui ne sont toutefois pas dans ce contrôle ceux du litige mais ceux du contexte normatif)¹³⁶. Si l'Assemblée plénière avait finalement accepté ce contrôle, elle a « affirmé que l'intervention législative obéissait à d'impérieux motifs d'intérêt général, au demeurant sans réellement expliquer les raisons de sa différence d'appréciation avec la chambre sociale et les cours d'appel concernées »¹³⁷, comme le précise la Cour EDH avant de condamner la France pour cette loi de validation. Or, non seulement ces raisons étaient abondamment détaillées dans les travaux préparatoires de l'arrêt mais encore ces mêmes travaux préparatoires faisaient état de données précises pour juger des enjeux économiques appelant une intervention rétroactive¹³⁸. Rendues visibles par l'arrêt, elles auraient pu convaincre la CEDH ou au moins initier un véritable dialogue. Elles pourraient également faire évoluer la « culture de cassation », partagée par la Cour et les avocats à la Cour, « valorisant le précédent jurisprudentiel et excluant, par principe, du débat tous éléments extrajuridiques tirés du contexte éthique, économique ou social des affaires soumises à la Cour »¹³⁹.

Finalement, il est possible d'atteindre l'objectif de compréhension sans débauche d'évolutions : le nombre d'arrêts concerné est limité, le nombre d'éléments à faire apparaître

¹³⁵ Sur ce point, v. A. Schahmaneche, n° 110 et s. ; sur « l'affichage décomplexé » de ces données par la CEDH, n° 750 et s.

¹³⁶ V. avis sur Ass. Plé., 24 janv. 2003, 24 janvier 2003, D. 2003, 1648, note S. Paricard-Pioux ; RFDA 2003, 470, note B. Mathieu ; avis M. Burgelin et rapport M. Merlin, BICC n° 574 du 1^{er} avril 2003

¹³⁷ CEDH, 9 janvier 2007, *Arnolin c. France*, D. 2007, 580, obs. J. Cortot RDC 2007. 477, obs. A. Debet, § 80

¹³⁸ V. le rapport du conseiller rapporteur Merlin invoquant notamment : l'intervention rapide du législateur et la volonté claire de contrecarrer la jurisprudence sociale ; l'indication du nombre de salariés intéressés (300 000) et de la charge financière (3,7 milliards de francs répartis pour 90 % entre les départements et l'assurance maladie), le tout évalué précisément, en s'appuyant sur des rapports publics (rapport loi de finances 2002) ; l'évaluation des rappels de salaires concernés (288 633 francs déjà ordonnés pour un salarié, moyenne de 28 103 € selon les syndicats employeurs)

¹³⁹ G. Canivet, « Le mécanisme de décision de la Cour de cassation. Pour une ethnographie à écrire d'une autre fabrique du droit », in *Mélanges B. Genevois*, Dalloz, 2009, p. 149 et s., sp. 153-154

également. La proposition a tout pour faire l'unanimité contre elle : trop timide pour ceux qui apprécient le style plus discursif, trop attentatoire au style actuel pour justifier de s'embarrasser d'un changement. Pour autant, concilier évolution et tradition nous semble gage de la réalisation d'un changement de motivation.

III. REALISATION

Si ce troisième mouvement sera bien moins développé, c'est essentiellement du fait de mon manque de compétences, la mise en œuvre d'une évolution de la rédaction appelant soit une expérience de rédaction des décisions, soit l'éclairage scientifique, mais d'autres disciplines. Si ce troisième mouvement, en dépit de cette faible substance, est maintenu comme un troisième temps nécessaire pour aborder la question qui vous préoccupe c'est parce que, en importance pour le sujet, il n'a à envier ni aux raisons, ni à l'identification.

La difficulté du changement. A supposer que la Cour décide de modifier la motivation de ses arrêts, encore faudra-t-il réussir le passage de la décision à la réalisation. La motivation ne doit pas être envisagée comme une abstraction pure, dont il suffirait de déterminer les qualités exemplaires : elle est une activité d'humaine et touche à ce qu'il y a de plus profondément ancré dans l'acte de juger, la réflexion sur sa propre prise de décision et le geste d'écriture. En 1975, intervenant dans le débat initié par Touffait et Tunc, Raymond Lindon suggérait quelques pistes plus prudentes, avant de conclure que « *même en se résignant à ne parvenir qu'à un résultat limité, encore que sérieux, il faut prendre conscience qu'il y faudra de l'effort, de la patience et pas trop de hardiesse. A l'égard des questions de procédure, dans notre pays (et probablement dans beaucoup d'autres pays de vieille civilisation), le poids des habitudes est considérable* »¹⁴⁰. L'expérience du Conseil d'Etat est à cet égard significative. Alors pourtant que le rapport avait été élaboré en suivant une méthode rigoureuse¹⁴¹, le bilan actuel, après trois années d'expérimentation qui ne devait en durer qu'une¹⁴², est que le passage à la pratique tarde. Si certaines préconisations sont généralisées, comme la

¹⁴⁰ Précité ; v. également Ph. Malaurie, JCP 2012, n° 12 : « Je souhaite, sans illusion, que le Conseil constitutionnel et la Cour EDH deviennent plus concis, mais il est presque impossible de modifier des habitudes de langage ».

¹⁴¹ Le groupe de travail était composé de conseillers, de juridictions du fond et du Conseil, un rapport d'étape avait été largement diffusé afin de récolter les réactions, auxquelles il est apporté une réponse dans le rapport final, et les propositions étaient dissociées entre celles pouvant s'appliquer immédiatement et celles impliquant une expérimentation préalable.

¹⁴² Par le Rapport, p. 52

numérotation des considérants ou la nouvelle rédaction des visas¹⁴³, les plus importantes, à savoir l'abandon de la phrase unique, la mention des précédents et la restitution du raisonnement interprétatif peinent à intégrer les décisions. La crainte que la Cour de cassation rencontre de telles difficultés est d'autant plus forte que, tout du moins de l'extérieur, le Conseil d'Etat donne l'image d'une juridiction plus disciplinée, exempte de divergences de jurisprudence¹⁴⁴. La réalisation doit donc être préparée. Si la décision d'évolution était retenue, il faudrait peut-être en appeler à l'expertise d'autres disciplines. Par exemple, les sciences de gestion s'intéressent au pilotage du changement dans une organisation : leur description de ses différentes étapes pourrait donner une idée à la Cour de cassation de ce qui l'attend : dans la phase d'éveil du changement, ie de la réflexion sur une remise en cause des méthodes, les membres de l'organisation « *se montrent inquiets, posent beaucoup de questions, expriment du scepticisme* », pour ne prendre que les manifestations comportementales les moins effrayantes ; en phase de transition, ils « *se plaignent d'être plus fatigués ou stressés, sont nostalgiques du passé, posent souvent les mêmes questions* » ou « *se plaignent d'une baisse d'efficacité* » ; ce n'est qu'en phase de « ritualisation », quand le changement a intégré les nouvelles habitudes, que les membres « *cherchent les moyens d'harmoniser le nouveau modèle avec les autres aspects du fonctionnement de l'organisation* » ou encore « *comparent de moins en moins la situation présente avec celles du passé* »¹⁴⁵. Faute de disposer des compétences sur la façon de gérer au mieux ces différentes étapes, il sera seulement possible ici d'attirer l'attention sur quelques pistes.

Les tests. Parce qu'il y a long de l'idée à la pratique, l'élaboration de décisions tests, sur le modèle des annexes du rapport du Conseil d'Etat, semble indispensable. La comparaison entre des arrêts dans leur rédaction actuelle et des arrêts rédigés sur un nouveau mode, pour répondre à un même pourvoi, pourrait d'ailleurs se révéler plus convaincante que tous les discours doctrinaux réunis pour se prononcer sur la pertinence de la modification. Mais les tests sont aussi nécessaires pour mesurer les modifications assez simples à mettre en œuvre et les modifications plus difficiles à manier dans la rédaction. C'est sur cette base qu'il sera possible de procéder à un bilan avantages en termes de compréhension / coûts en termes de

¹⁴³ V. J.-M. Sauvé, Réunion annuelle des présidents des juridictions administratives, 31 mars 2015

¹⁴⁴ v. les contributions de D. Chabanol et Ph. Blondel, in *Les divergences de jurisprudence*, P. Ancel et M.-C. Rivier (dir.), PUSE, 2003, p. 179 et 227

¹⁴⁵ P. Collettere, M. Lauzier, R. Schneider, *Le pilotage du changement*, Presses de l'Université du Québec, 2e éd., 2013, pp. 105-106

difficulté de rédaction. Les tests réalisés par le Conseil d'Etat ont ainsi convaincu le groupe de travail d'écarter certaines hypothèses, comme le rappel des actes relatifs à la liaison du contentieux auprès de l'administration¹⁴⁶, ou relativisé l'importance de certaines difficultés, comme l'abandon de la phrase unique : « *il suffit de supprimer l'article devant la désignation de la juridiction, de supprimer les vu et considérants, de supprimer les points-virgules et les « que » par des points, etc.* »¹⁴⁷. Les tests devraient également avoir le souci de tenter d'anticiper les risques de dérive, pour mieux les cantonner. A la tentation des magistrats viendra s'ajouter l'appétit de la doctrine et des juristes qui, voyant la motivation évoluer, ne manqueront pas, après l'avoir critiqué, d'en demander toujours plus ou autrement.

L'expérimentation. Si ces tests devaient convaincre, ils pourraient servir de base à des formulaires informatiques mis sur le bureau virtuel des magistrats¹⁴⁸, permettant de débiter une expérimentation. Contrairement au test de laboratoire, l'expérimentation se déroule en conditions réelles. Elle permet de mesurer, notamment, les coûts de transition, par exemple en termes de durée de délibéré et de rédaction. De ce point de vue, l'aveu d'une cassation fondée sur le non respect d'une jurisprudence constante de la Cour de cassation, que nous pensons pourtant utile, concerne un nombre d'arrêts important et est susceptible de créer de fortes polémiques sur le principe : l'évaluation des coûts de transition doit être soigneusement anticipée.

L'expérience. Il est également possible d'utiliser l'expérience acquise, puisqu'il existe déjà au sein de la Cour de cassation des expériences de rédactions qui pourraient aider la réalisation d'une évolution de la motivation.

La première est l'expérience acquise par les notes explicatives, qui s'inscrivent largement dans l'exposé des besoins d'interprétation, des raisons retenues, des lignées jurisprudentielles ou des conséquences, sans entrer dans le détail des différentes possibilités interprétatives. Il n'est souvent pas nécessaire d'en savoir plus que ce qui est indiqué dans ces documents pour

¹⁴⁶ P. 17

¹⁴⁷ P. 40. Egalement, à propos de l'évolution de la première chambre de la CA Paris : « Ceux des magistrats qui, hostiles au départ au système envisagé, ont bien voulu tenter l'expérience, ont été étonnés tant de la facilité avec laquelle ils éliminaient les « considérant que » sans rajouter le moindre mot inutile, que de la clarté qu'acquerrait, même pour eux-mêmes, leur exposé », A. Touffait et A. Mallet, précités, sp. p. 127

¹⁴⁸ Sur cet outil, A. Lacabarats, « Les juges de cassation en Europe : la rédaction des arrêts de la Cour de cassation en France », in *Les juges de cassation en Europe*, Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation (dir.), Dalloz, 2012, p. 87

comprendre l'arrêt, la lecture complémentaire des travaux préparatoires relevant de la volonté d'analyse approfondie de la question. La note explicative confirme que, souvent, « *il n'aurait fallu qu'une phrase, pour que la doctrine saisisse la ratio decidendi de l'arrêt, ce qui n'eût pas plus constitué un important surcroît de travail, que dénaturé la forme syllogistique de l'arrêt* »¹⁴⁹.

La deuxième expérience est celle du chaînage des précédents jurisprudentiels qui accompagne la publication de certaines décisions. Dans le prolongement des travaux et propositions de Xavier Henry¹⁵⁰, le chaînage des décisions est désormais assez précis et élaboré¹⁵¹. L'expérience montre qu'il n'implique pas de resituer la décision dans quantité de précédents et que la Cour de cassation sait déjà sélectionner la ou les quelques décisions utiles à la compréhension.

Enfin, la troisième expérience à exploiter est celle acquise par les conseillers lorsqu'ils siégeaient dans les juridictions du fond. Comme me le faisait remarquer Mme Proust, du fait de cette expérience, les conseillers de la Cour de cassation connaissent déjà un autre mode de rédaction, mais aussi l'adaptation à un nouveau style – toutes expériences qui pourraient, en définitive, permettre à la Cour de cassation de réaliser son évolution plus facilement que le Conseil d'Etat. Et puis il y aura l'expérience future, la façon dont les auteurs des décisions et leurs lecteurs s'approprièrent les évolutions et les corrigeront.

Après avoir sérié les raisons, l'identification et la réalisation d'une évolution de la motivation des arrêts de la Cour de cassation, je conclurai en vous suggérant de procéder exactement à l'inverse : de commencer par l'élaboration de décisions tests, de préparer plusieurs formules, intégrant des motivations plus ou moins importantes ; d'identifier lors de la réalisation de ces tests les évolutions semblant utiles à la compréhension sans se heurter à des difficultés de rédaction excessives ; sur la base de cette identification, et de leur expérimentation, de décider de l'opportunité de l'évolution.

¹⁴⁹ R. Libchaber, RTD civ. 2000. 679

¹⁵⁰ « La Jurisprudence accessible, Mégacode civil : théorie d'une pratique », *RRJ* 1999/3, p. 631 et s. et 1999/4, p. 979 et s. ; « Le Chaînage des arrêts de la Cour de cassation dans le Bulletin civil », *BICC* 599, 1er juin 2004.

¹⁵¹ Sur la typologie des renvois, v. *Rapport Molfessis*, précité, p. 141

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



Etudes et réflexions 2017 numéro 1

Réflexions sur la modernisation du mode de rédaction des décisions du Conseil constitutionnel

Maxime Charité*

Citer cet article : Maxime CHARITÉ, « Réflexions sur la modernisation du mode de rédaction des décisions du Conseil constitutionnel », Revue générale du droit (www.revuegeneraledudroit.eu), Etudes et réflexions 2017, numéro 1.

* ATER en droit public à l'Université d'Orléans.

Dans les communiqués spéciaux du Président du Conseil constitutionnel ainsi que dans les commentaires autorisés des décisions n^{os} 2016-539 et 2016-540 QPC du 10 mai 2016, la Haute instance a décidé de moderniser le mode de rédaction de ses décisions (Comm. sur son site internet de Cons. Const., 10 mai 2016, n^{os} 2016-539 et 2016-540 DC, p. 1).

En la matière, l'ordonnance n^o 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel exige simplement que ses décisions soient motivées. En effet, elle le prévoit pour les déclarations de conformité à la Constitution, les décisions rendues dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité (Q.P.C.), de l'examen des textes de forme législative, des conditions de présentation des projets de loi, des fins de non-recevoir, des décisions relatives au contentieux électoral et de celles rendues dans le cadre d'une proposition de loi déposée en application du troisième alinéa de l'article 11 de la Constitution, respectivement dans les articles 20, 23-11, 26, 26-1, 28 et 40 et 45-3 de ladite ordonnance. Devant ce faible degré d'exigence des textes applicables, le mode de rédaction des décisions du Conseil constitutionnel a été fortement inspiré par celui des décisions du Conseil d'État, caractérisé par l'*imperatoria brevitatis*. Ce rapport d'influence ne surprend guère compte tenu du parallélisme des fonctions juridictionnelles exercées par les deux institutions, qui ont la particularité de siéger dans les deux ailes d'un même lieu, le Palais-Royal (v. sur ce point, *Conseil constitutionnel et Conseil d'État*, actes du colloque des 21 et 22 janvier 1988, LGDJ, 1988, 536 p.). Conseil constitutionnel et Conseil d'État ont en effet pour mission de déterminer si les actes d'une autorité publique (le législateur d'une part, l'exécutif et ses agents de l'autre) sont ou non conformes à une norme supérieure (la Constitution d'un côté, la loi de l'autre) (v. sur ce point, G. Vedel, « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif », in : CCC, 1996, n^o1, pp. 57-63 et CCC, 1997, n^o2, pp. 77-91). Un certain nombre de personnes composant le Conseil constitutionnel (membres nommés, tous les secrétaires généraux exception faite de M. Bernard Poullain, magistrat à la Cour de cassation qui exerça les fonctions entre 1983 et 1986 et membres du service juridique) sont d'ailleurs d'anciens membres de la juridiction administrative. Néanmoins, la « brièveté » n'est nullement cloisonnée à

l'enceinte du Palais-Royal, mais est à l'œuvre également Quai de l'Horloge et participe ainsi à une tradition juridictionnelle française en matière de rédaction des décisions de justice (F. Malhière, *La brièveté des décisions de justice (Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation) - Contribution à l'étude des représentations de la justice*, Dalloz, 2013, 665 p.).

Partagé, ce mode de rédaction est critiqué pour ses insuffisances. En effet, sous l'influence du droit comparé et des exhortations d'une partie de la doctrine, il est apparu que l'obligation de motivation des décisions de justice semblait nécessairement impliquer sa complétude ainsi que l'intelligibilité, la lisibilité et la simplicité de la décision. De ce fait, la modernisation du mode de rédaction des décisions de justice est devenue une préoccupation majeure pour les juridictions françaises. Déjà, en 2012, le vice-président du Conseil d'État avait missionné un groupe de travail sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative présidé par Philippe Martin. Ce rapport préconisait l'évolution des modes de rédaction des décisions de justice, notamment par l'enrichissement de leur motivation et l'amélioration de leur lisibilité (sur ces points, v. la seconde partie de l'ouvrage collectif dirigé par le professeur Teitgen-Colly consacrée à la pédagogie du juge administratif : C. Teitgen-Colly, dir., *Les figures du juge administratif*, LGDJ-Lextenso, 2015, 165 p.). Aujourd'hui, c'est au tour du Conseil constitutionnel de décider de moderniser le mode de rédaction de ses décisions, en précisant qu'il s'agit là « d'un choix de rédaction pérenne, qui a vocation à être décliné pour l'ensemble des types de décisions ». Déjà, depuis l'annonce de la volonté de moderniser le mode de rédaction de ses décisions, le Conseil constitutionnel l'a appliqué au contentieux Q.P.C., au contentieux électoral (Cons. Const., 24 mai 2016, n° 2016-4954 AN), au contentieux des lois des collectivités d'outre-mer autonomes (Cons. Const., 3 juin 2016, n° 2016-10 LOM), au déclassement des textes de forme législative (Cons. Const., 16 juin 2016, n° 2016-263 L), au contentieux de constitutionnalité des lois du pays de la Nouvelle-Calédonie (Cons. Const., 16 juin 2016, n° 2016-6 LP) ainsi qu'au contentieux des déclarations de conformité (Cons. Const., 28 juill. 2016, n°s 2016-732/733/734 DC). Si elle a une vocation générale, cette

décision revêt une signification particulière dans le cadre du contrôle de constitutionnalité, mission essentielle du Conseil constitutionnel.

La modernisation du mode de rédaction des décisions du Conseil constitutionnel souffre d'un paradoxe. Comme tout effort de modernisation, elle doit être appréciée au regard du mode traditionnel de rédaction. Marqué par la brièveté, celui-ci semble dépassé si bien que sa modernisation, caractérisée par l'approfondissement de la motivation et le renforcement de l'intelligibilité et de la lisibilité de la décision, apparaît utile. Si ce dernier élément, qui se traduit essentiellement par la simplification de la lecture, est atteint avec l'abandon de la « phrase unique », des « vus » et des « considérants », l'approfondissement de la motivation demeure un horizon à atteindre pour le Conseil constitutionnel. Mais cet horizon semble difficile à atteindre compte tenu des contraintes inhérentes à l'office du Conseil constitutionnel. Et c'est précisément là que se situe le paradoxe. Mesure utile, la modernisation du mode de rédaction des décisions du Conseil constitutionnel poursuit un objectif, l'approfondissement de la motivation, qui apparaît difficilement réalisable.

I. La modernisation du mode de rédaction des décisions du Conseil constitutionnel, une mesure utile

La modernisation du mode de rédaction des décisions du Conseil constitutionnel est une mesure utile. Utile, elle l'est dans le sens où elle constitue une réponse au mode traditionnel de rédaction des décisions de justice constitutionnelle, caractérisé par la brièveté. Utile, cette mesure a deux objectifs : l'approfondissement de la motivation des décisions et le renforcement de leur intelligibilité et de leur lisibilité.

A. Une mesure répondant à la brièveté des décisions de justice constitutionnelle

La modernisation du mode de rédaction des décisions du Conseil constitutionnel répond au mode traditionnel de rédaction, caractérisé, comme celui de son voisin au Palais-Royal, par l'*imperatoria brevitatis*. Hérité

des temps anciens de confusion des fonctions d'administrateur et de juge, celui-ci combine brièveté de la motivation et autoritarisme stylistique.

Sur le fond, l'*imperatoria brevitatis* est caractérisé par une motivation, qui n'est pas faible contrairement à ce qu'a pu soutenir une partie de la doctrine (D. Baranger, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle - Motivations et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in : *Jus Politicum*, 2012, n° 7, pp. 2-16), mais brève, succincte. Cette brièveté signifie qu'en règle générale le Conseil constitutionnel, en un ou deux considérants, rassemble le raisonnement juridique constituant le soutien ou le fondement même de sa décision. Frappante aux débuts du Conseil constitutionnel, la brièveté est de moins en moins fréquente. Comme le souligne le professeur Dominique Rousseau, « sans atteindre encore les dimensions des arrêts des Cours constitutionnelles étrangères, les décisions comportent de très nombreux considérants, sont longuement et minutieusement motivées » (D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, 10^{ème} éd., Montchrestien, 2013, p. 152). Si elle est de moins en moins fréquente, la brièveté des décisions de justice constitutionnelle est toujours d'actualité. Par exemple, saisi d'une résolution du Congrès modifiant son règlement, le Conseil constitutionnel a simplement considéré que des dispositions ont été prises conformément à l'article 18 de la Constitution et ne méconnaissaient aucune autre règle de valeur constitutionnelle (Cons. const., 22 juin 2009, n° 2009-583 DC, cons. 4).

Sur la forme, l'*imperatoria brevitatis* est caractérisée par un certain autoritarisme stylistique par lequel le juge, procédant par argument d'autorité, énonce des propositions incontestables. Cet autoritarisme stylistique se caractérise par « la méthode de la phrase unique » (Y. Gaudemet, *Les méthodes du juge administratif*, LGDJ, 1972, p. 85) ainsi que par l'usage des « vus » et des « considérants ». On oppose ainsi la forme *considérant*, caractéristique des jugements français, à la forme *dissertation*, caractéristique des jugements anglais (J. Rivero, « Le problème de l'influence des droits internes sur la Cour de justice de la C.E.C.A. », in : *AFDI*, 1985, p. 299).

D'une manière particulière qui ne manque jamais d'intriguer, l'*imperatoria brevitatis* a conduit le Conseil constitutionnel à développer des « doctrines de l'institution » (X. Magnon, « Que faire des doctrines du Conseil constitutionnel ? », in : *NCCC*, 2013, n° 38, p. 207). Celles-ci comprennent les « commentaires autorisés » (sur cet objet spécifique, v. notre étude : M. Charité, « Les commentaires autorisés des décisions du Conseil constitutionnel », in : *RD. Publ.*, 2015, p. 451), les communiqués de presse, les dossiers documentaires, les résumés des décisions présentés dans les *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* ou encore les tables analytiques en ligne sur le site. Si la démarche poursuit une finalité essentiellement pédagogique, ces doctrines s'apparentent parfois à une sorte de « motivation extérieure et complémentaire » (D. Baranger, préc., p. 34) voire de « *meta-motivation* » (X. Magnon, préc., p. 208) de la décision. À cet égard, « il faut, par exemple, comparer le riche commentaire de la décision du 22 juillet 2005 [...] à la décision elle-même qui comporte trois considérants... » (D. Baranger, préc.). De même, le communiqué de presse du 10 octobre 2000 par lequel le Conseil constitutionnel donnait son interprétation de sa décision du 22 janvier 1999 doit être distingué de cette dernière (v. G.-J. Guglielmi, « Le droit s'écrit-il dans les communiqués de presse ? », in *Mélanges A. Fenet*, Litec, 2008, p. 675 et O. Renaudie, « Les communiqués de presse du Conseil d'État : outil pédagogique ou support de communication ? » in M. Hécquard-Théron et P. Raimbault, dir., *La pédagogie au service du droit*, LGDJ, 2011, pp. 293-309).

Ces doctrines sont comparables à la chronique de jurisprudence administrative à l'*Actualité juridique du droit administratif* (A.J.D.A.) tenue par les responsables du centre de recherche et de diffusion juridique du Conseil d'État, autrefois centre de documentation (O. Renaudie, « La chronique de jurisprudence à l'AJDA » in J. Caillosse et O. Renaudie, dir., *Le Conseil d'État et l'Université*, Dalloz, 2015, pp. 153-162). Cependant, les commentaires autorisés « n'ont pas pour objet d'apporter une dimension critique dans la lecture de la motivation » (X. Magnon, préc., p. 207). On ne peut probablement pas en dire autant de la chronique à l'A.J.D.A., comme en témoigne celle portant sur l'arrêt *Brouant* du 25 octobre 2002, qui concerne par ailleurs le Conseil constitutionnel. Dans

cet arrêt, rendu sur conclusions contraires du commissaire du gouvernement Guillaume Goulard, l'Assemblée du contentieux du Conseil d'État a considéré que la décision par laquelle le Conseil constitutionnel adopte un règlement intérieur organisant l'accès à ses archives n'est pas dissociable des conditions dans lesquelles le Conseil constitutionnel exerce les missions qui lui sont confiées par la Constitution et ne revêt pas le caractère d'un acte administratif dont la juridiction administrative serait compétente pour connaître. Souscrivant largement aux conclusions, les titulaires de la chronique à l'époque, Francis Donnat et Didier Casas, critiquèrent très largement la solution retenue, la jugeant inopportune et infondée juridiquement (F. Donnat et D. Casas, « Chronique générale de jurisprudence administrative française (CE Ass. 25 oct. 2002, *Brouant*) », in : AJDA, 2002, p.1332).

Particularité de la justice constitutionnelle « à la française », ces doctrines, particulièrement les commentaires autorisés, « constituent un acquis sur lequel il sera difficile de revenir », « faute de conclusions, faute d'opinions dissidentes, faute de rapports, faute de décisions fleuves » (B. Mathieu, « Un an de jurisprudence constitutionnelle », in *Dalloz*, 2005, p. 923).

Traditionnelle et paradoxale, l'*imperatoria brevitatis* a pour vertu l'élégance de la plume, la pureté du style et la rigueur du raisonnement juridique. En revanche, dans la mesure où il est difficilement intelligible pour le profane, ce mode de rédaction est insuffisant compte tenu de la diversification des besoins générés par l'exercice de la fonction juridictionnelle. Pour reprendre la formule employée par un célèbre Huron en visite au Palais-Royal, « la justice est faite pour les justiciables » (J. Rivero, « Le Huron au Palais-Royal, ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », *Dalloz*, 1962, chron., p. 39). Valable, cette affirmation l'est même pour la justice constitutionnelle, qui s'adresse certes prioritairement aux pouvoirs publics, mais qui a pour objet essentiel le contrôle de la loi, acte juridique de portée générale ayant pour destinataire le justiciable.

B. Une mesure répondant à un double objectif

Comme le soulignent les communiqués spéciaux du Président du Conseil constitutionnel ainsi que les commentaires autorisés des décisions n^{os} 2016-539 et 2016-540 QPC du 10 mai 2016, la modernisation du mode de rédaction des décisions du Conseil constitutionnel a deux objectifs. Comme nous l'indiquions, le premier est l'approfondissement de leur motivation. Le second est le renforcement de leur intelligibilité et de leur lisibilité, qui se traduit essentiellement par la simplification de leur lecture. Présentés de manière distinguée, ces deux objectifs s'entremêlent toutefois en partie dans la mesure ou l'approfondissement de la motivation d'une décision de justice peut contribuer à renforcer son intelligibilité.

L'approfondissement de la motivation des décisions du Conseil constitutionnel signifie que celle-ci doit être complète, conformément à la formule de Pascal selon laquelle « trop de brièveté du discours l'obscurcit ». La complétude de la décision de justice revient à dire que cette dernière doit comprendre tous les *rationes decidendi*, entendus comme l'« ensemble des arguments de droit avancés par le juge [...] à l'appui de sa décision » (O. De Schutter, « Le précédent et le juge européen. Pour une structure des révolutions juridiques », in : *RRJ*, 1993, p. 1155). Ce premier objectif peut se rattacher à l'exigence de motivation suffisante des décisions de justice constitutionnelle, composante du droit à un procès équitable découlant de l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'homme (Cour EDH, 9 novembre 2004, *O.B. Heller, A.S. et Cechoslovenská Obochodni Banka, A.S. c. République tchèque*, req. n^{os} 55631/00 et 55728/00).

Le renforcement de l'intelligibilité et de la lisibilité de la décision signifie quant à lui que celle-ci doit être suffisamment compréhensible pour le justiciable. Ce second objectif peut se rattacher à l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité de la loi, consacré par le Conseil constitutionnel dans sa décision n^o 99-421 DC du 16 décembre 1999 (Cons. Const., 16 déc. 1999, n^o 99-421 DC, cons. 13). Pour le professeur Guy Carcassonne, ce dernier porte en lui « l'intelligibilité du contrôle sur la loi » (G. Carcassonne, « L'intelligibilité des décisions du Conseil

constitutionnel », in P. Mbongo (dir.), *La Qualité des décisions de justice - Actes du colloque de Poitiers des 8 et 9 mars 2007*, Éditions du Conseil de l'Europe, 2008, p. 140). Ce lien consubstantiel entre intelligibilité de la loi et intelligibilité de la décision de justice constitutionnelle explique d'ailleurs peut-être que le Conseil constitutionnel applique le premier avec une grande prudence, craignant un 'effet boomerang'.

Depuis l'annonce par le Conseil constitutionnel de sa décision de moderniser le mode de rédaction de ses décisions, les changements observables répondent davantage au second objectif qu'au premier. En effet, les « vus » ne sont plus utilisés mais remplacés par des « au vu des » textes suivants ou pièces suivantes, les « ayant été entendus » par des « et après avoir entendu ». Les motifs sont introduits par la formule selon laquelle « le Conseil constitutionnel s'est fondé sur ce qui suit ». Les « considérants » ne sont plus utilisés mais remplacés par des paragraphes. Ce remplacement a d'ailleurs induit un changement lorsque le Conseil constitutionnel insère une formule de renvoi aux motifs dans le dispositif de ses décisions d'inconstitutionnalité à effet différé (Cons. Const., 24 mai 2016, n° 2016-543 QPC). Tel est également le cas lorsqu'il prononce une déclaration de constitutionnalité sous réserve (Cons. Const., 24 juin 2016, n°s 2016-545 QPC et 2016-546 QPC). En effet, les réserves d'interprétation sont intégrées au dispositif des décisions avec un renvoi aux motifs depuis 1976 (Cons. Const., 2 déc. 1976, n° 76-70 DC, *Loi relative au développement de la prévention des accidents du travail*, Rec. p. 40) et de manière systématique depuis 1984 (Cons. Const., 10 et 11 octobre 1984, n° 84-181 DC, *Loi relative aux entreprises de presse (concentration, transparence financière, pluralisme)*, Rec. p. 93). La méthode de la phrase unique est abandonnée au profit d'un style direct et ponctué. La mention « délibéré » est remplacée par la mention « jugé ». Tous ces changements de style sont propres à garantir la réalisation de l'objectif de renforcement de l'intelligibilité, de la lisibilité, de simplification de la lecture de la décision. En revanche, ils sont impropres à garantir la réalisation de l'objectif d'approfondissement de la motivation des décisions. Celui-ci suppose un effort plus important que de simples changements d'ordre stylistique et demeure donc un objectif à réaliser pour le Conseil constitutionnel.

II. L'approfondissement de la motivation, un objectif difficilement réalisable

Élément constitutif de la modernisation de la rédaction des décisions du Conseil constitutionnel, l'approfondissement de leur motivation demeure aujourd'hui un horizon à atteindre pour la Haute Instance. En théorie, cet approfondissement devra nécessairement être équilibré, c'est-à-dire à la fois suffisant et non excessif car si une concision et une brièveté excessives ne favorisent guère l'intelligibilité des sentences juridictionnelles, la prolixité peut aussi, tout autant que le laconisme, être un obstacle à la clarté de la décision. En pratique, il apparaît manifestement inconciliable avec les contraintes inhérentes à l'office du Conseil constitutionnel.

A. Un objectif nécessairement équilibré

Dans l'absolu, l'approfondissement de la motivation doit tendre, pour reprendre l'expression de Richard Goldstone, ancien membre de la Cour constitutionnelle sud-africaine, vers une pleine motivation (X. Philippe, « Présentation de la Cour constitutionnelle sud-africaine », in : *CCC*, 2001, n° 9, p. 58).

Une pleine motivation est à la fois une motivation complète mais également une motivation non excessive. En effet, si la brièveté de la motivation ne favorise pas l'intelligibilité et la lisibilité de la décision, la motivation-fleuve peut aussi, tout autant que la brièveté, être un obstacle à ces exigences de qualité de la décision de justice. Pour reprendre les mots du professeur Gaudemet, « une décision n'est pas la meilleure parce qu'elle est plus brève ou plus longue », « la décision la meilleure [est] celle qui est la plus complète et la plus intelligible pour les parties » (Y. Gaudemet, préc., p. 77). Autrement dit, la pleine motivation est celle qui comprend tous les *rationes decidendi* et aucun *obiter dicta*, qui désignent pour le juge, les « digressions qu'il s'autorise dans les marges de ses raisonnements » (O. De Schutter, préc.).

En premier lieu, l'approfondissement de la motivation des décisions du Conseil constitutionnel consiste en une motivation suffisante, par

laquelle le juge doit livrer tous les *rationes decidendi*. Le concept de *ratio decidendi* fait écho à la notion de « motifs, soutien nécessaire et fondement même du dispositif » (Cons. const., 15 janvier 1962, n° 62-18 L, cons. 1), mais celle-ci n'est employée par le Conseil constitutionnel que lorsqu'il use de sa technique de « motivation par référence » (*Rec. Tables analytiques 2007*, p. 521) ou « motivation par renvoi à une autre décision » (*Rec. Tables analytiques 2009*, p. 359). En règle générale, le Conseil constitutionnel délivre tous les *rationes decidendi*. Néanmoins, certaines décisions laissent penser que tel n'est pas le cas. Par exemple, à la lecture du commentaire autorisé de la décision relative à la loi sur la sécurisation de l'emploi, « il semble que plusieurs motifs non évidents dans la décision elle-même, aient motivé le juge » (P. Rrapi, « Jurisprudence du Conseil constitutionnel – Commentaire de la décision n° 2013-672 DC du 13 juin 2013, *Loi relative à la sécurisation de l'emploi* », in : *RFDC*, 2013, p. 977). En l'espèce, tel était le cas du coût pour les finances publiques d'une telle réforme, de la généralisation des « clauses de désignation » et de « migration » et peut-être aussi d'une Q.P.C. en cours devant le Tribunal de Commerce de Paris sur l'article L. 921-1 du code de sécurité sociale.

Outre les *rationes decidendi* éventuellement absents des motifs de la décision, l'approfondissement de sa motivation pourrait se traduire par des références jurisprudentielles. Assurément, en France, le précédent n'est pas une source du droit de la même nature qu'elle peut l'être au Royaume-Uni, et la jurisprudence du Conseil constitutionnel en est l'illustration. S'il se réfère occasionnellement à sa propre jurisprudence dans les motifs de ses décisions, par le biais de la technique de la motivation par renvoi à une autre décision, il ne fait pas de même à propos de la jurisprudence d'autres juridictions. Pourtant, il est certain qu'il la prend en compte, comme en atteste les commentaires autorisés à propos des jurisprudences du Conseil d'État, de la Cour de Cassation, des cours constitutionnelles étrangères, de la Cour de Justice de l'Union européenne... Surtout, fût-elle implicite, la prise en compte par le Conseil constitutionnel de la Convention européenne des droits de l'homme est indéniable « au point qu'il est possible d'affirmer qu'aucune décision de protection des droits et libertés n'est prise par le Conseil sans analyse

préalable de la jurisprudence de Strasbourg » (M. Guillaume, « Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme », in : *NCCC*, 2011, n° 32, p. 88).

En second lieu, l'approfondissement de la motivation des décisions du Conseil constitutionnel consiste en une motivation non excessive, limitée à la *ratio decidendi* et qui ne doit pas comprendre d'*obiter dicta*, actuellement présents dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Par exemple, nous pouvons citer l'*obiter dictum* selon lequel « la loi votée ... n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution » (P. Blachère, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale : étude sur l'obiter dictum : "la loi votée ... n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution"*, thèse, Montpellier, 1998, dactyl., 449 p.) ou encore celui par lequel le Conseil constitutionnel, a précisé qu'« au surplus », pendant la durée de ses fonctions, la responsabilité pénale du Président de la République ne peut être mise en cause que devant la Haute Cour de Justice, selon les modalités fixées par l'article 68 de la Constitution (Cons. const., 22 janvier 1999, n° 98-408 DC, cons. 16). Cependant, leur présence contrevient au second élément constitutif de la modernisation du mode de rédaction des décisions : l'intelligibilité, la lisibilité, la simplicité de celles-ci, conformément à la formule de Pascal selon laquelle « trop de longueur du discours l'obscurcit ».

Toutefois, une catégorie d'*obiter dicta* semble devoir être maintenue. Ce sont ceux par lesquels le Conseil constitutionnel détermine les effets matériels de ses décisions. Ces sentences sont qualifiées de « décisions d'appel au Législateur » (D. Rousseau, *La justice constitutionnelle en Europe*, 3^{ème} éd., Montchrestien, 1998, p. 104) voire d'« injonctions au législateur » (*Rec. Tables analytiques 2003*, p. 543). Elles se déclinent en deux modalités distinctes. La première est celle des décisions de « censure virtuelle » (D. Rousseau, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle 1997-1998 », in : *RD. Publ.*, 1999, p. 63). Elle désigne la technique par laquelle le Conseil constitutionnel juge temporairement justifiée, pour des raisons d'intérêt général, la reconnaissance de l'inconstitutionnalité de la loi attaquée (V. par ex., Cons. Const., 3 avril. 2003, n° 2003-468 DC, cons. 28). La seconde est celle des décisions

assorties, dans les motifs, de directives ou d'injonctions invitant les organes législatifs à corriger à temps un vice de constitutionnalité en voie de formation (v. par ex., Cons. const., 9 décembre 2010, n°2 010-618 DC, cons. 37). Si ces injonctions au législateur ne constituent pas le soutien nécessaire voire le fondement même de la décision du juge, leur maintien, voire leur développement, semble justifié dans un souci d'effectivité accrue des décisions de justice constitutionnelle, qui participe, au même titre que la pleine motivation, à la qualité de la décision de justice.

B. Un objectif manifestement inconciliable avec l'office du Conseil constitutionnel

Puisque la motivation des décisions du Conseil constitutionnel se situe au cœur de l'office du juge constitutionnel, son approfondissement devra nécessairement tenir compte de l'ensemble du processus auquel elle participe et des contraintes qui s'y exercent. D'ailleurs, la spécificité de l'office du juge constitutionnel a été prise en compte par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *O.B. Heller A.S. c/ République tchèque*, (Cour EDH, 9 novembre 2004, req. n°s 55631/00, 55728/00) dans lequel elle a posé un sérieux garde-fou à l'exigence de motivation suffisante des décisions de justice constitutionnelle en précisant qu'«elle ne saurait se comprendre comme exigeant une réponse détaillée à chaque argument avancé». Plus précisément, les contraintes inhérentes à l'office du Conseil constitutionnel sont la brièveté des délais de jugement et la collégialité de la délibération des motifs.

En premier lieu, les contraintes de délai conditionnent l'objectif d'approfondissement de la motivation des décisions dans la mesure où celui-ci est potentiellement attentatoire aux délais raisonnables de jugement. La rédaction des décisions de justice prend du temps, non seulement au rédacteur lui-même, mais aussi à ceux qui le lisent où le relisent. Et force est de constater que l'office du Conseil constitutionnel est enfermé dans des délais de jugement très courts. En effet, il doit statuer dans le délai d'un mois lorsqu'il intervient sur le fondement de l'article 61 de la Constitution. Toutefois, à la demande du

Gouvernement, s'il y a urgence, ce délai est ramené à huit jours. Ce délai est identique lorsqu'il se prononce sur l'examen des textes de forme législative. Il statue dans un délai de trois mois à compter de sa saisine dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité. Ce délai est le même lorsqu'il se prononce sur la constitutionnalité des lois de pays de la Nouvelle-Calédonie ou encore sur l'intervention de la loi dans les matières ressortissant à la compétence des collectivités d'outre-mer autonomes (Polynésie française, Saint-Barthélemy, Saint-Martin), en tant qu'elle s'applique à ces dernières. Il se prononce dans le délai de huit jours lorsqu'il examine des fins de non-recevoir.

Or, la célérité de la justice est une composante de sa qualité, au même titre que la motivation suffisante et l'intelligibilité, la lisibilité et la simplicité de la décision. Cette considération est confirmée par le fait que le délai raisonnable, composante du droit à un procès équitable découlant de l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'homme, a été rendu applicable aux juridictions constitutionnelles. Ainsi, dans l'arrêt *Ruiz-Mateos c/ Espagne* du 23 décembre 1993 (*AJDA*, 1994, p. 16, chronique Flauss), la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que «lorsque le droit national prévoit l'existence d'une telle juridiction dont l'accès est ouvert directement ou indirectement aux justiciables, les procédures qui se déroulent devant elles doivent respecter les principes de l'article 6 § 1 de la Convention lorsque la décision à rendre peut influencer sur l'issue du litige civil dont il est débattu devant les juridictions ordinaires». De nombreuses juridictions constitutionnelles ont été condamnées sur le terrain du délai non raisonnable. Tel est le cas du tribunal de Karlsruhe (Cour EDH, 18 octobre 2001, *Mianowicz c/ Allemagne*, req. n° 42505/98), des tribunaux constitutionnels espagnol (Cour EDH, 11 octobre 1990, *Diaz A paricio c/ Espagne*, req. n° 49468/99) et portugais (Cour EDH, 25 juillet 2002, *Rosa Marques et autres c/ Portugal*, req. n° 48187/99) ou encore de la Cour constitutionnelle croate (Cour EDH, 2 mars 2009, *Sandra Jankovic c/ Croatie*, req. n° 38478/05). En revanche, cette disposition n'a jamais été appliquée au Conseil constitutionnel que ce soit au titre du contrôle préventif et abstrait qu'à celui du contentieux électoral, du fait de son caractère politique (Cour EDH, 21 octobre 1997, *Pierre-Bloch c/ France*, req. N°

24194/94 ; *AJDA*, 1998, p. 65, note L. Burgogue-Larsen ; in *Dalloz*, 1998, p. 208, obs. S. Perez ; *RFDA*, 1998, p. 999, note P. Jan ; *Rev. science crim.*, 1998, p. 391, obs. R. Koering-Joulin).

En second lieu, les contraintes liées à la collégialité de la délibération constituent également un obstacle à l'approfondissement de la motivation de la décision. En France, le principe de la délibération collégiale concerne non seulement le dispositif de la décision mais également ses motifs. Dans cette mesure, l'accroissement de la motivation de la décision sera plus difficile en ce sens que le consensus sera plus difficilement trouvé. Il le sera d'autant plus en l'absence d'expression des opinions séparées. D'après une typologie américaine reprise par le professeur Wanda Mastor dans sa thèse de doctorat, les opinions séparées se déclinent entre les opinions concordantes, type d'opinion séparée «qui offre un fondement différent pour une solution identique» et les opinions dissidentes, type d'opinion séparée qui « propose une solution différente » (W. Mastor, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, Economica-PUAM, 2005, p. 17). L'absence d'expression des opinions séparées expliquerait la présence d'*obiter dicta* dans les décisions du Conseil constitutionnel, l'*obiter dictum* étant un « instrument utilisé pour exprimer une opinion dissidente » (P. Blachère, « L'*obiter dictum* dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in : *REDP*, 2000, p. 14).

Cela revient-il à dire que la réalisation de l'objectif d'approfondissement de la motivation des décisions du Conseil constitutionnel implique nécessairement l'expression des opinions séparées des juges constitutionnels ? Dans l'absolu, oui. Mais cette expression, préconisée par une partie de la doctrine (v. par ex., D. Rousseau, « La transposition des opinions dissidentes en France est-elle souhaitable ? "Pour" : une opinion dissidente en faveur des opinions dissidentes », in : *CCC*, 2000, n° 8, p. 113), se heurte à une hostilité générale, notamment de la part des juges. Et pour reprendre la critique la plus acerbe adressée à leur transposition en droit français, le doyen Vedel voyait en elle une recette infallible à qui voudrait porter malheur au Conseil constitutionnel, qui aurait pour effet de transformer le contentieux constitutionnel en « un

spectacle qui aurait sa place à la télévision entre le "Face à face" et la "Roue de la fortune" » (G. Vedel, « La transposition des opinions dissidentes en France est-elle souhaitable ? "Contre" : le point de vue de deux anciens membres du Conseil constitutionnel », in : *CCC*, 2000, n° 8, p. 112). Car le secret du délibéré, et *a fortiori* l'indépendance du Conseil constitutionnel, possède également ses vertus, qui participent également à la qualité de la justice constitutionnelle.

Références

CAA de VERSAILLES

N° 17VE00824

Formation plénière

M. BROTONS, président
Mme Laurence BESSON-LEDEY, rapporteur
Mme ORIO, rapporteur public
SCP PIWNICA & MOLINIE, avocat

lecture du lundi 5 mars 2018

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Texte intégral

Vu la procédure suivante :

Procédure contentieuse antérieure :

M. et Mme F...B...ont demandé au Tribunal administratif de Montreuil d'annuler la décision du 24 juin 2016 par laquelle la directrice générale de l'AGENCE DE LA BIOMEDECINE a rejeté leur demande d'autorisation d'exportation de gamètes et de tissus germinaux aux fins d'assistance médicale à la procréation (AMP).

Par un jugement n° 1606724 du 14 février 2017, le Tribunal administratif de Montreuil a annulé la décision litigieuse et a enjoint à la directrice générale de l'AGENCE DE LA BIOMEDECINE de procéder au réexamen de la demande de M. et MmeB..., dans le délai d'un mois.

Procédure devant la Cour :

Par une requête et un mémoire, enregistrés les 14 mars et 15 mai 2017, l'AGENCE DE LA BIOMEDECINE, représentée par la SCP Piwnica etD..., avocats, demande à la Cour :

1° d'annuler ce jugement et de rejeter la demande présentée par M. et Mme B...devant le tribunal ;

2° de mettre à la charge de M. et Mme B...le versement d'une somme de 3 000 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

L'AGENCE DE LA BIOMEDECINE soutient que :

- le jugement est irrégulier en ce qu'il ne s'est pas prononcé sur l'intérêt supérieur de l'enfant à naître invoqué en défense et est entaché d'une omission à statuer sur un moyen ou, à tout le moins, d'une insuffisance de motivation ; qu'en se bornant à constater qu'aucune disposition légale ou réglementaire ne fixe un âge au-delà duquel un homme n'est plus apte à procréer, alors qu'elle avait fait valoir que la condition tenant à ce que les membres du couple soient en âge de procréer s'applique tant à la femme qu'à l'homme, le jugement est également insuffisamment motivé sur ce point ;
- en excluant que l'âge du bénéficiaire puisse être le seul élément pris en considération dans certaines circonstances, en particulier lorsque l'homme a atteint un âge avancé, pour refuser une autorisation d'exportation de gamètes et de tissus germinaux, alors que la loi pour des raisons tant sanitaires, en raison de risques génétiques pour l'enfant à naître, que sociales, du fait d'un important décalage générationnel, écarte des bénéficiaires possibles de l'AMP les couples trop âgés, les premiers juges ont commis une erreur de droit ; en effet plusieurs recherches scientifiques ont mis en évidence l'impact négatif de l'âge avancé du géniteur tant sur sa fertilité que sa descendance, exposée à des risques de maladies génétiques, la commission nationale de médecine et de biologie de la reproduction ayant d'ailleurs proposé en juillet 2004 la révision du guide des bonnes pratiques en recommandant, pour des raisons associant l'efficacité des techniques de l'AMP et l'intérêt de l'enfant, de ne pas accéder à une demande d'AMP lorsque l'âge de la femme est supérieur à 42 ans et celui de l'homme à 59 ans révolus, étant rappelé qu'en matière de dons de spermatozoïdes la limite d'âge est fixée à 44 ans ;
- elle n'a commis ni erreur de droit, ni erreur de qualification juridique, ni erreur manifeste d'appréciation en estimant qu'eu égard à son âge M. B...ne pouvait être regardé comme étant en âge de procréer au sens des articles L. 2141-2 et L. 2141-11-1 du code de la santé publique ;
- l'intérêt de l'enfant à naître milite en faveur d'une limitation de l'accès à l'AMP pour un homme trop âgé ;
- la décision litigieuse n'a pas méconnu les stipulations de l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dès lors que le projet parental des intéressés était récent et qu'ils ont entendu rechercher en Espagne une réglementation plus favorable à la poursuite de leur projet ; la Cour européenne des droits de l'homme laisse en outre aux Etats membres une grande marge d'appréciation en matière de réglementation sur l'aide médicale à la procréation ;
- la décision en cause ayant été prise au nom de l'Etat, aucun frais ne saurait être mis à sa charge au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;
- le code de la santé publique ;
- l'arrêté du 11 avril 2008 relatif aux règles de bonnes pratiques cliniques et biologiques d'assistance médicale à la procréation ;
- le code de justice administrative.

.....
Les parties ont été régulièrement averties du jour de l'audience.

Ont été entendus au cours de l'audience publique :

- le rapport de Mme Besson-Ledey,
- les conclusions de Mme Orio, rapporteur public,
- et les observations de Me D...pour l'AGENCE DE LA BIOMEDECINE et celles de MeC... pour M. et MmeB....

1. **Considérant** qu'il ressort des pièces du dossier que M. et MmeB..., ne pouvant naturellement donner naissance à un enfant en raison, d'une part, d'une contamination par le VIH et d'une baisse importante de production d'ovocytes concernant Mme B...et, d'autre part, d'anomalies génitales affectant la fertilité de M. B...en raison d'une azoospermie, ont envisagé de réaliser un projet parental dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation, en ayant recours à une fécondation in vitro avec don d'ovocytes et utilisation des gamètes congelés de M.B..., recueillis entre 2008 et 2010 préventivement à l'altération de sa fertilité ; qu'à cette fin le laboratoire d'analyses de biologie médicale Eylau, situé à Paris, a présenté, le

25 mai 2016, à l'AGENCE DE LA BIOMEDECINE pour le compte de M. et Mme B...une demande tendant à obtenir l'autorisation d'exporter les gamètes conservés de M. B...vers un établissement de santé spécialisé en AMP à Valence (Espagne) ; que, par une décision du

24 juin 2016, la directrice générale de cette agence a rejeté la demande d'autorisation formée devant elle, au motif que M.B..., né en 1946, ne pouvait être regardé comme étant encore en âge de procréer au sens de l'article L. 2141-2 du code de la santé publique ; que l'AGENCE DE LA BIOMEDECINE relève appel du jugement du 14 février 2017, par lequel le Tribunal administratif de Montreuil a annulé la décision litigieuse et lui a enjoint de procéder au réexamen de la demande de M. et Mme B...dans un délai d'un mois ;

Sur le **cadre juridique** applicable au litige :

2. Considérant, d'une part, qu'aux termes de l'article L. 2114-1 du code de la santé publique " Les activités cliniques d'assistance médicale à la procréation, à l'exception de l'insémination artificielle et de la stimulation ovarienne, ne peuvent être pratiquées que dans des établissements de santé (...). " ; qu'aux termes de l'article L. 2141-2 du code du même code : " L'assistance médicale à la procréation a pour objet de remédier à l'infertilité d'un couple ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité. Le caractère pathologique de l'infertilité doit être médicalement diagnostiqué. / L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer et consentir préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination. Font obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons le décès d'un des membres du couple, le dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou la cessation de la communauté de vie, ainsi que la révocation par écrit du consentement par l'homme ou la femme auprès du médecin chargé de mettre en oeuvre l'assistance médicale à la procréation. " ; qu'aux termes de l'article L. 2141-11 de ce même code : " Toute personne dont la prise en charge médicale est susceptible d'altérer la fertilité, ou dont la fertilité risque d'être prématurément altérée, peut bénéficier du recueil et de la conservation de ses gamètes ou de ses tissus germinaux, en vue de la réalisation ultérieure, à son bénéfice, d'une assistance médicale à la procréation, ou en vue de la préservation et de la restauration de sa fertilité. Ce recueil et cette conservation sont subordonnés au consentement de l'intéressé et, le cas échéant, de celui de l'un des titulaires de l'autorité parentale, ou du tuteur, lorsque l'intéressé, mineur ou majeur, fait l'objet d'une mesure de tutelle. / Les procédés biologiques utilisés pour la conservation des gamètes et des tissus germinaux sont inclus dans la liste prévue à l'article L. 2141-1, selon les conditions déterminées par cet article. " ; qu'aux termes de l'article R. 2142-24 du même code : " L'établissement de santé ou l'organisme doit respecter les règles de bonnes pratiques définies par arrêté du ministre chargé de la santé, pris sur proposition du directeur général de l'Agence de la biomédecine après avis de l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé. Ces règles tiennent compte des recommandations de la Haute Autorité de santé conformément aux dispositions du 2° de l'article L. 161-37 du code de la sécurité sociale " ; qu'aux termes de l'annexe à l'arrêté du ministre de la santé du 11 avril 2008 fixant les règles de bonnes pratiques mentionnées ci-dessus : " Pour chaque couple et chaque tentative, la balance bénéfice-risque du recours à l'AMP est évaluée (...). Elle prend en compte notamment l'âge des membres du couple, la durée d'infertilité, les résultats du bilan diagnostique, les risques et l'efficacité des techniques " ; qu'il résulte de ces dispositions qu'en principe, le dépôt et la conservation des gamètes ne peuvent être autorisés, en France, qu'en vue de la réalisation d'une assistance médicale à la procréation entrant dans les prévisions légales du code de la santé publique ;

3. Considérant, d'autre part, qu'aux termes de l'article L. 2141-11-1 du code de la santé publique : " L'importation et l'exportation de gamètes ou de tissus germinaux issus du corps humain sont soumises à une autorisation délivrée par l'Agence de la biomédecine. / Seul un établissement, un organisme ou un laboratoire titulaire de l'autorisation prévue à l'article L. 2142-1 pour exercer une activité biologique d'assistance médicale à la procréation peut obtenir l'autorisation prévue au présent article. / Seuls les gamètes et les tissus germinaux recueillis et destinés à être utilisés conformément aux normes de qualité et de sécurité en vigueur, ainsi qu'aux principes mentionnés aux articles L. 1244-3, L. 1244-4, L. 2141-2, L. 2141-3, L. 2141-7 et L. 2141-11 du présent code et aux articles 16 à 16-8 du code civil, peuvent faire l'objet d'une autorisation d'importation ou d'exportation. / Toute violation des prescriptions fixées par l'autorisation d'importation ou d'exportation de gamètes ou de tissus germinaux entraîne la suspension ou le retrait de cette autorisation par l'Agence de la biomédecine. " ; que ces dispositions interdisent que les gamètes déposés en France puissent faire l'objet d'une exportation, s'ils sont destinés à être utilisés, à l'étranger, à des fins qui sont prohibées sur le territoire national ;

4. Considérant qu'ainsi qu'il a été dit ci-dessus, l'article L. 2141-2 du code de la santé publique fait figurer au nombre des conditions requises pour pouvoir bénéficier d'une technique d'assistance médicale à la procréation, la condition tenant à

ce que l'homme et la femme formant le couple soient l'un comme l'autre encore en " âge de procréer " ; qu'en édictant cette disposition, éclairée notamment par les travaux préparatoires de la loi n° 94-654 du 19 juillet 1994 dont elle est issue, le législateur a entendu préserver à la fois l'intérêt de l'enfant à naître, afin que celui-ci ne soit pas exposé à certains risques inhérents au recours à une assistance médicale à la procréation, celui de la femme, les techniques de stimulations ovariennes étant éprouvantes et non sans risque pour sa santé et enfin celui de la société, eu égard au coût élevé mis à la charge des caisses de sécurité sociale lorsqu'il est fait usage de cette technique ; qu'au sens de l'article L. 2141-2 du code de la santé publique, l' " âge de procréer " doit être entendu comme étant celui au cours duquel les capacités procréatives de l'homme et de la femme ne sont pas altérées par le vieillissement ; qu'il incombe en pareil cas à l'AGENCE DE LA BIOMEDECINE, devant veiller au respect des intérêts mentionnés ci-dessus, d'apprécier sous le contrôle du juge si la demande dont elle est saisie remplit, parmi les conditions légalement exigibles, celle selon laquelle l'homme et la femme ayant formé la demande n'ont pas atteint un âge au-delà duquel le vieillissement est susceptible d'altérer leurs capacités reproductives respectives ; qu'il revient à l'AGENCE DE LA BIOMEDECINE de vérifier le respect de cette condition, en fonction des connaissances scientifiques disponibles ;

5. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier, notamment de différentes études médicales menées par des chercheurs de l'Inserm en 2011 et le collège national des gynécologues et obstétriciens de France en 2010 que, si un homme peut parfois être père à un âge très avancé, une telle paternité accroît le risque de mutations génétiques à l'origine de troubles mentaux pour l'enfant, tels que la schizophrénie ou l'autisme ; que la commission nationale de médecine et biologie de la reproduction a préconisé en juillet 2004, pour des raisons associant l'efficacité des techniques d'assistance médicale à la procréation et l'intérêt de l'enfant, de ne pas accéder à une telle demande lorsque l'âge de l'homme est supérieur à 59 ans révolus ; que la fédération française des centres d'étude et de conservation des oeufs et du sperme humains (CECOS) examine régulièrement, depuis 1973 et à la lumière des données les plus récentes issues des travaux scientifiques disponibles, la question de l'âge des donneurs de spermatozoïdes, actuellement fixé à 45 ans au maximum, afin de tenir compte des chances de succès d'une assistance médicale à la procréation, des risques de fausses couches spontanées, du risque malformatif et de la survenue de mutations génétiques liées à un âge avancé de l'homme ; qu'en fonction des connaissances scientifiques ainsi disponibles, un homme peut être regardé comme étant " en âge de procréer ", au sens de l'article L. 2141-2 du code de la santé publique, jusqu'à un âge d'environ 59 ans, au-delà duquel les capacités procréatives de l'homme sont généralement altérées ;

Sur le moyen tiré de la méconnaissance de l'article L. 2141-2 du code de la santé publique :

6. Considérant qu'il résulte de ce qui a été dit aux points 2 à 5 que c'est à bon droit que M.B..., qui était âgé de 69 ans lorsqu'il a sollicité l'autorisation de transfert, a été regardé comme n'étant plus en âge de procréer, au sens de l'article L. 2141-2 du code de la santé publique, alors même qu'il avait fait procéder à la conservation de ses gamètes et tissus germinaux alors qu'il était âgé de 63 ans ; que l'AGENCE DE LA BIOMEDECINE n'a, dès lors, commis ni erreur de droit ni erreur d'appréciation en refusant l'exportation de ceux-ci ; qu'elle est, par suite, fondée à soutenir que c'est à tort que les premiers juges ont accueilli le moyen tiré de la méconnaissance de ces mêmes dispositions pour annuler la décision de sa directrice générale en date du 24 juin 2016 ;

Sur les autres moyens soulevés par M. et Mme B... :

7. Considérant, toutefois, qu'il appartient à la Cour, saisie de l'ensemble du litige par l'effet dévolutif de l'appel, d'examiner les autres moyens soulevés par M. et Mme B... à l'encontre de la décision litigieuse ;

8. Considérant, en premier lieu, que par une décision n° 2016-02 du 1er janvier 2016, publiée au Bulletin officiel " Santé - Protection sociale - Solidarité " n° 2016/3 du 15 avril 2016, la directrice générale de l'AGENCE DE LA BIOMEDECINE a donné délégation à M. G...E..., directeur général adjoint chargé des ressources, pour signer, en son nom, " (...) tout acte (...) intéressant l'agence " ; que, par suite, le moyen tiré du défaut de délégation donnée au signataire de la décision attaquée doit être écarté ;

9. Considérant, en deuxième lieu, qu'aux termes de l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : " Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. " ;

10. Considérant que M. B...a fait procéder entre 2008 et 2010 à un prélèvement et une congélation de ses gamètes, alors qu'il n'était pas encore marié avec Mme A...qu'il n'a épousée en Côte d'Ivoire qu'en janvier 2014 ; que le couple a envisagé de réaliser un projet parental dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation, par le biais d'une fécondation in vitro avec don d'ovocytes et utilisation des gamètes congelés de M.B... ; que leur démarche n'ayant pu aboutir en France, ils ont entendu la poursuivre au centre IVI à Valence (Espagne) ; que, toutefois, le projet parental du couple, marié depuis seulement deux ans à la date de la décision attaquée, était récent et il ne ressort pas des pièces du dossier que Mme A...avait envisagé un tel projet avant son mariage avec M.B... ; que, par suite, eu égard à l'ensemble des circonstances de l'espèce, le refus d'exportation des gamètes de M. B...qui a été opposé sur le fondement des dispositions précitées du code de la santé publique, lesquelles interdisent toute exportation de gamètes en vue d'une utilisation contraire aux règles du droit français, n'a pas porté une atteinte disproportionnée au droit de M. et Mme B...au respect de leur vie privée et familiale, protégé par les stipulations de l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

11. Considérant enfin que, si M. et Mme B...soutiennent que la décision en litige engendrerait, en méconnaissance de l'article 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, une discrimination entre les hommes selon qu'ils procréent naturellement ou ont recours à une assistance médicale à la procréation, les situations ainsi invoquées ne sont pas analogues ; que, par suite, le moyen tiré de la méconnaissance des droits qu'ils tiennent de ces stipulations ne peut être écarté ;

12. Considérant qu'il résulte de ce qui précède, sans qu'il soit besoin de statuer sur la régularité du jugement attaqué, que l'AGENCE DE LA BIOMEDECINE est fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le Tribunal administratif de Montreuil a annulé la décision de sa directrice générale du 24 juin 2016 refusant d'autoriser l'exportation,

demandée par M. et MmeB..., de gamètes et de tissus germinaux aux fins d'assistance médicale à la procréation ;
Sur les conclusions aux fins d'injonction présentées par M. et MmeB... :

13. Considérant qu'il résulte des pièces du dossier qu'au cours de l'instruction de l'appel formé par l'AGENCE DE LA BIOMEDECINE, celle-ci a autorisé le laboratoire Eylau à exporter les gamètes de M. B...au centre IVI en Espagne par une décision en date du 15 mai 2017, laquelle a été exécutée ; que, dès lors, les conclusions présentées par M. et Mme B...devant la Cour le 13 avril 2017, tenant à ce qu'il soit enjoint à l'AGENCE DE LA BIOMEDECINE d'autoriser cette exportation, sont devenues sans objet ;

Sur les conclusions tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

14. Considérant que, l'AGENCE DE LA BIOMEDECINE n'étant pas la partie perdante dans la présente instance, les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'il soit fait droit aux conclusions présentées à ce titre par M. et MmeB... ; que, dans les circonstances de l'espèce, il n'y a pas lieu de mettre à la charge de M. et Mme B...le versement de la somme demandée au même titre par l'AGENCE DE LA BIOMEDECINE, tant en première instance qu'en appel ;

DECIDE :

Article 1er : Le jugement n° 1606724 du Tribunal administratif de Montreuil du 14 février 2017 est annulé.

Article 2 : La demande présentée par M. et Mme B...devant le Tribunal administratif de Montreuil est rejetée.

Article 3 : Il n'y a pas lieu de statuer sur les conclusions aux fins d'injonction présentées par M. et MmeB....

Article 4 : Les conclusions présentées par l'AGENCE DE LA BIOMEDECINE et M. et Mme B...au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

7

No 17VE00824

Analyse

Abstrats : 26-055-01-08 Droits civils et individuels. Convention européenne des droits de l'homme. Droits garantis par la convention. Droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8).
61-05-05 Santé publique. Bioéthique.



Accueil / A savoir / Communiqués / Arrêts n° 17VE00824 et n°17VE00826 du 5 mars 2018 Agence...

5 mars 2018

Arrêts n° 17VE00824 et n°17VE00826 du 5 mars 2018 Agence de la Biomédecine

La cour administrative d'appel de Versailles, siégeant en formation plénière, confirme deux décisions de l'Agence de la Biomédecine.

La cour administrative d'appel de Versailles, siégeant en formation plénière, confirme deux décisions de l'Agence de la Biomédecine rejetant les demandes, formées par deux couples ne pouvant donner naturellement naissance à un enfant, tendant à ce que soit autorisée l'exportation à l'étranger de gamètes et de tissus germinaux aux fins d'assistance médicale à la procréation.

Par deux arrêts de sa formation plénière du 5 mars 2018, la cour administrative d'appel de Versailles a fait droit aux requêtes d'appel formées par l'Agence de la Biomédecine contre deux jugements du tribunal administratif de Montreuil du 14 février 2017. Par ces jugements, le tribunal administratif avait annulé les décisions de l'Agence de la Biomédecine refusant à deux couples l'autorisation d'exportation de gamètes et tissus germinaux. Les décisions litigieuses de l'Agence de la Biomédecine, fondées sur l'article L. 2141-2 du code de la santé publique, avaient été opposées au motif qu'au sein de chacun des couples en cause les deux hommes, âgés respectivement de 68 et 69 ans, ne pouvaient plus être regardés comme étant encore « *en âge de procréer* » au sens de cette disposition législative.

L'article L. 2141-2 du code de la santé publique fait figurer, au nombre des conditions requises pour pouvoir bénéficier d'une technique d'assistance médicale à la procréation (AMP) celle tenant à ce que l'homme et la femme formant le couple soient, l'un comme l'autre, encore en « *âge de procréer* ». La cour, se référant à l'intention du législateur de préserver notamment l'intérêt de l'enfant à naître, afin qu'il ne soit pas exposé à certains risques inhérents au recours à une assistance médicale à la procréation, et celui de la femme du fait du caractère éprouvant et non exempt de risques des techniques de stimulations ovariennes, retient que l'« *âge de procréer* » doit être entendu comme étant celui au cours duquel les capacités procréatives de l'homme et de la femme ne sont pas encore altérées par le vieillissement. Se fondant sur les travaux scientifiques les plus récents qui sont disponibles en cette matière, relevant qu'au-delà de 59 ans les capacités procréatives de l'homme sont généralement altérées compte tenu du risque statistiquement accru de malformations et autres complications médicales, la cour juge que l'âge au-delà duquel les capacités procréatives de l'homme sont susceptibles d'être altérées par le vieillissement est d'environ 59 ans.

Ainsi l'Agence de Biomédecine a pu à bon droit regarder chacun des hommes en cause, âgés respectivement de 68 et 69 ans, comme n'étant plus en âge de procréer au sens de l'article L. 2141-2. Dès lors que les dispositions du code de la santé publique interdisent que les gamètes déposés en France puissent faire l'objet d'une exportation, s'ils sont destinés à être utilisés à l'étranger à des fins non autorisées par la législation française, la cour en a déduit que l'Agence de la Biomédecine a pu légalement refuser les autorisations d'exportation à l'étranger qui étaient demandées, aux seules fins d'y pratiquer une AMP non autorisée en France.

La cour a donc annulé les jugements du tribunal administratif de Montreuil et rejeté les demandes d'annulation des décisions de l'Agence de la Biomédecine.

> Retrouvez les arrêts 17VE00824 et 17VE00826 sur Légifrance

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



Conseil d'État

N° 392949

ECLI:FR:CECHR:2018:392949.20180413

Publié au recueil Lebon

4ème et 1ère chambres réunies

Mme Céline Roux, rapporteur

M. Frédéric Dieu, rapporteur public

Lecture du vendredi 13 avril 2018

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Mme Véronique B...a demandé au tribunal administratif de Saint-Denis de condamner l'Etat à lui verser une somme de 4 500 euros en réparation du préjudice qu'elle estime avoir subi du fait de fautes commises, d'une part, par le collège Bourbon, le collège Labourdonnais et les services du rectorat à la Réunion, d'autre part, par l'établissement public de santé mentale de la Réunion. Par un jugement n° 1300609 du 25 juin 2015, le tribunal administratif a condamné l'Etat à lui verser une somme de 2 000 euros et a rejeté le surplus de sa demande.

Par un pourvoi, enregistré le 25 août 2015 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la ministre de l'éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche demande au Conseil d'Etat :

- 1°) d'annuler ce jugement, en tant qu'il condamne l'Etat ;
- 2°) réglant l'affaire au fond, de rejeter dans la même mesure la demande de MmeB...

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- le code civil, notamment son article 372-2;
- le code de l'éducation ;
- le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de Mme Céline Roux, maître des requêtes en service extraordinaire,
- les conclusions de M. Frédéric Dieu, rapporteur public ;

1. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que le fils de M. A...et de MmeB..., qui était scolarisé au collège Bourbon de Saint-Denis (Réunion), en a été radié par le recteur de La Réunion en fin d'année scolaire 2011/2012 pour être inscrit au collège Mahé de Labourdonnais, à Sainte-Clotilde (Réunion) à la rentrée suivante ; que cette décision a été prise sur la demande de M. A...qui, bien qu'il soit séparé de Mme B..., exerce en commun avec elle l'autorité parentale sur leur enfant ; que Mme B... a demandé au tribunal administratif de Saint-Denis de condamner l'Etat à l'indemniser pour le préjudice qu'elle estime avoir subi du fait de ces décisions de radiation et de réinscription, prises sans son accord exprès ; que la ministre de l'éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche se pourvoit en cassation contre le jugement du 25 juin 2015 par lequel le tribunal administratif a condamné l'Etat à verser à Mme B...une indemnité de 2 000 euros au titre de son préjudice moral ;

2. Considérant qu'aux termes de l'article 372-2 du code civil : " à l'égard des tiers de bonne foi, chacun des parents est réputé agir avec l'accord de l'autre, quand il fait seul un acte usuel de l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant " ;

3. Considérant que, pour l'application de ces dispositions, l'administration appelée à prendre, à la demande d'un des parents exerçant en commun l'autorité parentale avec l'autre parent, une décision à l'égard d'un enfant, doit apprécier si, eu égard à la nature de la demande et compte tenu de l'ensemble des circonstances dont elle a connaissance, cette demande peut être regardée comme relevant d'un acte usuel de l'autorité parentale ; que, dans l'affirmative, l'administration doit être regardée comme régulièrement saisie de la demande, alors même qu'elle ne se serait pas assurée que le parent qui la formule dispose de l'accord exprès de l'autre parent ;

4. Considérant, par ailleurs, que dans l'hypothèse où l'administration ferait droit, pour un enfant, à une demande émanant d'un parent qu'elle ne pourrait, en vertu de la règle rappelée au point 3 ci-dessus, regarder comme réputé agir avec l'accord de l'autre parent, l'illégalité qui entacherait, par suite, sa décision, ne

serait susceptible d'engager sa **responsabilité** qu'à raison de la part imputable à sa faute dans la survenance du préjudice ;

5. Considérant qu'il résulte de ce qui a été dit au point 3 qu'en jugeant, pour condamner l'Etat à réparer le préjudice moral causé à Mme B...par l'illégalité d'une décision prise sur la seule demande du père de son enfant, qu'une demande de changement d'établissement scolaire ne pouvait être regardée comme revêtant le caractère d'un acte usuel de l'autorité parentale, sans rechercher si, eu égard à la nature de cet acte, l'ensemble des circonstances dont l'administration avait connaissance était de nature à la faire regarder comme régulièrement saisie de cette demande, le tribunal administratif de Saint-Denis a commis une erreur de droit ;

6. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que le jugement attaqué doit être annulé en tant qu'il condamne l'Etat ;

D E C I D E :-----

Article 1er : Le jugement du tribunal administratif de Saint-Denis du 25 juin 2015 est annulé en tant qu'il condamne l'Etat.

Article 2 : L'affaire est renvoyée, dans cette mesure, au tribunal administratif de La Réunion.

Article 3 : La présente décision sera notifiée au ministre de l'éducation nationale et à Mme C...B....

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



Conseil d'État

N° 403177

ECLI:FR:CECHR:2018:403177.20180126

Mentionné aux tables du recueil Lebon

7ème - 2ème chambres réunies

M. Jean Sirinelli, rapporteur

M. Gilles Pellissier, rapporteur public

SCP ROUSSEAU, TAPIE, avocats

Lecture du vendredi 26 janvier 2018

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu la procédure suivante :

M. A...B...a demandé au tribunal administratif d'Orléans, sous le n° 1202029, d'annuler la décision du 26 mars 2012 par laquelle le ministre de la défense a rejeté son recours administratif préalable contre la décision du chef d'état-major de l'armée de terre du 14 septembre 2011 portant mesure d'exclusion de sa formation d'élève officier de carrière et de condamner l'Etat à lui verser une somme de 80 000 euros en réparation des préjudices qu'il estime avoir subis du fait de l'illégalité de cette décision et, sous le n° 1202028, d'annuler la décision du 26 mars 2012 par laquelle le ministre de la défense a rejeté son recours administratif préalable contre la décision du 19 octobre 2011 prononçant sa mutation à l'école du matériel au sein des écoles militaires de Bourges et de condamner l'Etat à lui verser une somme de 20 000 euros en réparation des préjudices qu'il estime avoir subis du fait de cette mutation. Par un jugement n°s 1202029, 1202028 du 25 mars 2014, le tribunal administratif d'Orléans a rejeté ces demandes.

Par un arrêt n° 14NT01185 du 28 juin 2016, la cour administrative d'appel de Nantes a rejeté l'appel formé par M. B...contre ce jugement.

Par un pourvoi sommaire et un mémoire complémentaire, enregistrés les 5 septembre et 5 décembre 2016 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, M. B...demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler cet arrêt ;

2°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 4 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- le code de la défense ;
- la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 ;
- le décret n° 2008-947 du 12 septembre 2008 ;
- le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Jean Sirinelli, maître des requêtes en service extraordinaire,
- les conclusions de M. Gilles Pellissier, rapporteur public.

La parole ayant été donnée, avant et après les conclusions, à la SCP Rousseau, Tapie, avocat de M.B....

1. Considérant qu'il ressort des énonciations de l'arrêt attaqué que M. B... a signé un contrat de trois ans en qualité d'engagé volontaire de l'armée de terre le 30 août 2007 ; qu'il a été admis à suivre une formation en qualité d'élève officier en formation en Allemagne en vue d'être recruté comme officier de carrière de l'armée de terre, formation rattachée aux écoles militaires de Saint-Cyr Coëtquidan ; que, dans ce cadre, il a suivi une formation initiale de trois mois à l'école militaire de Saint-Cyr puis une formation initiale de quinze mois en Allemagne avant d'intégrer une formation universitaire de quarante-cinq mois à l'université de l'armée fédérale à Munich à compter du 1er octobre 2009 ; que le 28 juillet 2010, il a signé un contrat d'engagement de dix ans en qualité d'officier, filière encadrement ; que le conseil d'instruction militaire réuni le 21 juillet 2011 a proposé son exclusion de la formation ; que, par une décision du 30 août 2011, annulée et remplacée par une décision du 14 septembre 2011, M. B...a été exclu de la formation qu'il suivait en Allemagne ; que, par lettre du 19 octobre 2011, il a été informé de la poursuite de son contrat et de son affectation aux écoles militaires de Bourges, à l'école du matériel, à compter du 1er novembre 2011 ; qu'il a formé un recours administratif préalable à l'encontre de ces deux décisions ; que, par deux décisions du 26 mars 2012, le ministre de la défense a rejeté ces deux recours ; que, par un jugement du 25 mars 2014, le tribunal administratif d'Orléans a rejeté ses demandes tendant à l'annulation de ces décisions et à la condamnation de l'Etat à réparer les préjudices qu'il estimait avoir subis du fait de ces décisions ; que, par l'arrêt attaqué du 28 juin 2016, la cour administrative d'appel de Nantes a rejeté l'appel formé par M. B...contre ce jugement ;

Sur l'arrêt attaqué en tant qu'il porte sur la décision du ministre de la défense excluant M. B...de la formation d'élève officier de carrière :

2. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge du fond que la formation commune d'élèves officiers et d'officiers des armées de terre française et allemande, mise en oeuvre par les autorités françaises et allemandes, a pour objectif, comme le prévoit

l'arrangement conclu le 30 novembre 2006 entre le ministre de la défense de la République française et le ministère fédéral de la défense de la République fédérale d'Allemagne relatif à cette formation, de promouvoir la compréhension mutuelle et d'intensifier la coopération militaire entre les deux pays ; que cette formation comprend, à ce titre, la participation d'élèves officiers et officiers à la formation linguistique, universitaire et militaire selon un principe de réciprocité ; que, s'agissant du personnel à instruire français, cette formation, qui est dispensée au maximum à cinq personnes par promotion, s'effectue, en République fédérale d'Allemagne, auprès des organismes de formation allemands prévus à cet effet ; que, durant leur scolarité, les élèves officiers et officiers français en formation en Allemagne relèvent, sur le plan hiérarchique, de l'attaché de défense auprès de l'ambassade de France à Berlin et, sur le plan administratif, des écoles de Coëtquidan ; qu'ils peuvent être exclus de la formation à la demande du ministère fédéral de la défense de la République fédérale d'Allemagne notamment en cas de méconnaissance des règles et usages de ce ministère ainsi que des lois et règlements en vigueur en Allemagne ;

3. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que le directeur des études de l'université de l'armée fédérale à Munich a demandé à l'attaché de défense près l'ambassade de France en Allemagne, le 12 juillet 2011, que M. B...soit renvoyé en France et exclu de la formation universitaire qu'il suivait en Allemagne ; que cette demande d'exclusion était fondée sur des motifs tirés de la méconnaissance, par l'intéressé, des lois et règlements en vigueur dans l'Etat d'accueil ;

4. Considérant, d'une part, qu'en l'absence de dispositions expresses d'une convention internationale l'y autorisant, il n'appartient pas au juge administratif d'apprécier la légalité d'un acte pris par une autorité administrative étrangère ; que, par suite, la cour administrative d'appel de Nantes n'a pas commis d'erreur de droit en estimant qu'il ne lui appartenait pas de se prononcer sur la qualité du directeur des études de l'université de l'armée fédérale de Munich pour demander l'exclusion de M. B...de sa formation en qualité d'officier en formation en Allemagne et en rejetant, pour ce motif, le moyen tiré de ce que la décision d'exclusion n'aurait pas été adoptée sur proposition du ministre de la défense allemand ;

5. Considérant, d'autre part, que les militaires français admis à suivre une formation pour élèves officiers et officiers allemands se trouvent placés dans une situation telle que la demande d'exclusion formulée par le ministre de la défense de la République fédérale d'Allemagne en raison de manquements aux lois et règlements en vigueur en Allemagne ou aux règles et usages du ministère, fait obstacle au maintien de l'intéressé dans cette formation ; qu'ainsi, le ministre français de la défense était tenu, comme il l'a fait, d'exclure M. B... de la formation en cause, sans pouvoir porter une appréciation sur le bien-fondé de la demande formulée par les autorités allemandes au regard du comportement de l'intéressé ainsi que des faits qui lui étaient reprochés ; que, par suite, la cour administrative d'appel de Nantes, dont l'arrêt est suffisamment motivé, n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant que les autorités françaises se trouvaient, compte tenu de la demande qui leur avait été adressée, en situation de compétence liée pour mettre fin

à la formation de M. B...et que les moyens invoqués par celui-ci à l'appui de ses conclusions étaient inopérants ;

Sur l'arrêt attaqué en tant qu'il porte sur la décision du ministre de la défense affectant M. B...aux écoles militaires de Bourges :

6. Considérant, en premier lieu, que la cour administrative d'appel de Nantes n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant qu'aucune disposition législative ou réglementaire n'imposait au ministre de la défense de joindre à sa décision du 26 mars 2012 relative à l'affectation de M. B...aux écoles militaires de Bourges les documents mentionnés dans la motivation de cette décision ;

7. Considérant, en deuxième lieu, qu'ainsi que l'a jugé la cour, il appartenait au ministre de la défense, dès lors qu'il n'avait pas pris la décision de mettre un terme au contrat d'engagement de M.B..., de le placer dans une situation administrative régulière en lui donnant une nouvelle affectation après son exclusion de la formation qu'il avait suivie en Allemagne ; qu'elle n'a entaché son arrêt ni d'erreur de droit, ni de dénaturation des pièces du dossier en estimant que la décision d'affecter M. B...aux écoles militaires de Bourges était justifiée par les besoins de ces écoles et qu'alors même qu'elle intervenait à la suite de la décision mettant fin à la formation de l'intéressé, elle ne revêtait pas, dans les circonstances de l'espèce, le caractère d'une mesure prise en considération de sa personne;

8. Considérant, en troisième lieu, que, contrairement à ce que soutient M. B..., la cour administrative d'appel ne s'est pas fondée, pour écarter le moyen tiré de ce que la décision d'affectation de l'intéressé aux écoles militaires de Bourges aurait présenté le caractère d'une mesure disciplinaire déguisée, sur le seul constat que le ministre de la défense se trouvait dans l'obligation de le placer dans une situation administrative régulière, mais a recherché si cette affectation était justifiée par l'intérêt du service et les besoins des écoles militaires de Bourges ; que, dès lors, elle n'a pas commis d'erreur de droit ou de qualification juridique ni entaché son arrêt d'insuffisance de motivation et de dénaturation des pièces du dossier en estimant que la décision d'affecter M. B...aux écoles militaires de Bourges, alors même que les formations dispensées par celles-ci seraient moins prestigieuses que celles des écoles de Saint-Cyr Coëtquidan, ne pouvait être regardée comme une sanction disciplinaire ;

9. Considérant, en dernier lieu, que le motif par lequel la cour administrative d'appel de Nantes a relevé que M. B...n'avait pas intégré effectivement les écoles militaires de Bourges présente un caractère surabondant ; que, dès lors, le moyen du pourvoi dirigé contre ce motif est inopérant ;

Sur l'arrêt attaqué en tant qu'il rejette les conclusions indemnitaires de M. B... :

10. Considérant, d'une part, que la cour administrative d'appel de Nantes a pu, sans

méconnaître la portée des conclusions de M. B...ni commettre une erreur de droit, renvoyer aux motifs de son arrêt relatifs à la légalité des décisions d'exclusion et d'affectation en litige pour rejeter sa demande d'indemnisation fondée sur l'illégalité fautive commise par l'administration en l'excluant de sa formation et en l'affectant aux écoles militaires de Bourges ;

11. Considérant, d'autre part, que la cour n'a pas dénaturé les pièces du dossier ni méconnu la portée des écritures de M. B...en relevant, pour rejeter ses conclusions tendant à l'indemnisation du préjudice lié au harcèlement moral dont il prétendait avoir été victime, que la plupart des faits invoqués avaient eu lieu en Allemagne et ne mettaient en cause que les autorités militaires allemandes et que, pour ce qui concerne les faits imputables aux autorités militaires françaises, les moyens soulevés n'étaient pas distincts de ceux invoqués à l'appui de sa contestation de la légalité des deux décisions dont il avait demandé l'annulation ; qu'après avoir ainsi estimé que M. B...n'apportait pas d'éléments de fait susceptibles de faire présumer l'existence d'un harcèlement moral imputable aux autorités françaises, elle n'a pas commis d'erreur de droit, ni entaché son arrêt d'insuffisance de motivation, en rejetant ces conclusions ;

12. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que M. B...n'est pas fondé à demander l'annulation de l'arrêt qu'il attaque ; que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'une somme soit mise à ce titre à la charge de l'Etat qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante ;

D E C I D E :

Article 1er : Le pourvoi de M. B...est rejeté.

Article 2 : La présente décision sera notifiée à M. A...B...et à la ministre des armées.

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



Conseil d'État

N° 361441

ECLI:FR:CESSR:2013:361441.20130705

Publié au recueil Lebon

3ème et 8ème sous-sections réunies

M. Fabrice Benkimoun, rapporteur

M. Vincent Daumas, rapporteur public

SCP MONOD, COLIN, avocats

Lecture du vendredi 5 juillet 2013

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu la requête, enregistrée le 27 juillet 2012 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présenté pour l'œuvre d'Assistance aux Bêtes d'Abattoirs (OABA), dont le siège est au 10 place Léon Blum à Paris (75011) ; l'OABA demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler pour excès de pouvoir la décision implicite de rejet de sa demande du 27 mars 2012 tendant à l'abrogation du 1° du I de l'article R. 214-70 du code rural et de la pêche maritime ;

2°) d'enjoindre au Premier ministre de prononcer cette abrogation dans un délai de quinze jours à compter de la notification de la décision à intervenir ;

3°) de mettre à la charge de l'Etat le versement d'une somme de 4 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la Constitution ;

Vu la directive 93/119/CE du Conseil du 22 décembre 1993 ;

Vu le règlement (CE) n°1099/2009 du Conseil du 24 décembre 2009 ;

Vu le code rural et de la pêche maritime ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Fabrice Benkimoun, Maître des Requêtes en service extraordinaire,
- les conclusions de M. Vincent Daumas, rapporteur public ;

La parole ayant été donnée, avant et après les conclusions, à la SCP Monod, Colin, avocat de l'oeuvre d'assistance aux bêtes d'abattoirs ;

1. Considérant qu'il résulte du 1° du I de l'article R. 214-70 du code rural et de la pêche maritime, dont l'oeuvre d'Assistance aux Bêtes d'Abattoirs a demandé l'abrogation, qu'une exception à l'obligation d'étourdissement des animaux avant l'abattage ou la mise à mort est admise si cet étourdissement n'est pas compatible avec la pratique de l'abattage rituel ;

2. Considérant qu'il appartient au Premier ministre, en vertu de ses pouvoirs propres conférés par l'article 37 de la Constitution, d'édicter des mesures de police applicables à l'ensemble du territoire et tendant à ce que l'abattage des animaux soit effectué dans des conditions conformes à l'ordre public, à la salubrité et au respect des libertés publiques ; que lorsque le législateur est intervenu dans ce domaine, il incombe au Premier ministre d'exercer son pouvoir de police générale sans méconnaître la loi ni en altérer la portée ; que relève ainsi du pouvoir réglementaire, contrairement à ce que soutient la requérante, tant l'obligation d'étourdissement dans les établissements d'abattage que les différents cas de dérogation à cette obligation ;

3. Considérant qu'aux termes de l'article L. 214-1 du code rural et de la pêche maritime : " Tout animal étant un être sensible doit être placé par son propriétaire dans des conditions compatibles avec les impératifs biologiques de son espèce. " ; qu'aux termes de l'article L. 214-3 du même code : " Il est interdit d'exercer des mauvais traitements envers les animaux domestiques ainsi qu'envers les animaux sauvages apprivoisés ou tenus en captivité. / Des décrets en Conseil d'État déterminent les mesures propres à assurer la protection de ces animaux contre les mauvais traitements ou les utilisations abusives et à leur éviter des souffrances lors des manipulations inhérentes aux diverses techniques d'élevage, de parage, de transport et d'abattage des animaux. (...) " ; que l'article R. 214-75 du même code prévoit un régime d'habilitation des sacrificateurs " par les organismes religieux agréés, sur proposition du ministre de l'intérieur, par le ministre chargé de l'agriculture " ;

4. Considérant que s'il est soutenu que le recours au terme " d'abattage rituel " serait insuffisamment précis, ce moyen doit être écarté dès lors que la dérogation prévue au I de l'article R. 214-70 du code rural et de la pêche maritime par les dispositions contestées repose sur un système d'habilitation préalable sous le contrôle du juge administratif ; que la dérogation ainsi encadrée ne peut davantage être regardée comme autorisant " un mauvais traitement " au sens de l'article L. 214-3 du code rural et de la pêche maritime ;

5. Considérant que la disposition contestée a été édictée dans le but de concilier les objectifs de police sanitaire et l'égal respect des croyances et traditions religieuses ; que, s'il résulte du principe de laïcité que celui-ci impose l'égalité de tous les citoyens devant la loi sans distinction de religion et le respect de toutes les croyances, ce même principe

impose que la République garantisse le libre exercice des cultes ; que, par suite, la possibilité de déroger à l'obligation d'étourdissement pour la pratique de l'abattage rituel ne porte pas atteinte au principe de laïcité ;

6. Considérant que le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que l'autorité investie du pouvoir réglementaire règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'elle déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un comme l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la norme qui l'établit et ne soit pas manifestement disproportionnée au regard des motifs susceptibles de la justifier ; qu'en prévoyant la possibilité de déroger à l'obligation d'étourdissement imposée aux établissements d'abattage par le I de l'article R. 214-70 du code rural et de la pêche maritime, le pouvoir réglementaire a entendu définir le champ d'application de cette mesure de protection dans le respect de la liberté de culte et de croyance garantie par la Constitution ; qu'ainsi la dérogation instituée par les dispositions contestées n'est ouverte pour l'abattage rituel que lorsque celui-ci n'est pas compatible avec le recours préalable à l'étourdissement ; que, par suite, le moyen tiré de la méconnaissance du principe d'égalité doit être écarté ;

7. Considérant, enfin, que si le paragraphe 1 de l'article 3 du règlement du 24 décembre 2009 sur la protection des animaux au moment de leur abattage ou de leur mise à mort, qui a abrogé la directive du 22 décembre 1993, fait obligation aux Etats membres de prendre les mesures nécessaires afin d'épargner " toute douleur, détresse ou souffrance évitable lors de la mise à mort ", il résulte, d'une part, du paragraphe 4 de l'article 4 du même règlement que " pour les animaux faisant l'objet de méthodes particulières d'abattage prescrites par des rites religieux " l'étourdissement préalable à la mise à mort n'a pas été rendu obligatoire " pour autant que l'abattage ait lieu dans un abattoir " et, d'autre part, des termes mêmes de 1° du I de l'article R. 214-70 du code rural et de la pêche maritime que la dérogation prévue par le pouvoir réglementaire ne porte que sur l'étourdissement préalable ; que, par suite, l'association requérante n'est pas fondée à soutenir que les dispositions du 1° du I de l'article R. 214-70 du code rural et de la pêche maritime seraient contraires à ce règlement ;

8. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que l'œuvre d'Assistance aux Bêtes d'Abattoirs n'est pas fondée à demander l'annulation de la décision implicite par laquelle le Premier ministre a refusé de faire droit à sa demande d'abrogation ; que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'une somme soit mise à ce titre à la charge de l'Etat qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante ;

DECIDE :

Article 1er : La requête de l'œuvre d'Assistance aux Bêtes d'Abattoirs est rejetée.

Article 2 : La présente décision sera notifiée à l'œuvre d'Assistance aux Bêtes d'Abattoirs, au Premier ministre et au ministre de l'agriculture, de l'agroalimentaire et de la forêt. Copie en sera adressée pour information au ministre de l'intérieur.

Conseil d'État

N° 323309

ECLI:FR:CESSR:2011:323309.20111223

Publié au recueil Lebon

9ème et 10ème sous-sections réunies

M. Philippe Josse, rapporteur

M. Frédéric Aladjidi, rapporteur public

SCP PEIGNOT, GARREAU, BAUER-VIOLAS ; FOUSSARD, avocats

Lecture du vendredi 23 décembre 2011

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu le pourvoi sommaire, le mémoire complémentaire et le nouveau mémoire, enregistrés les 16 décembre 2008, 16 mars 2009 et 2 février 2010 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour M. Gilles HALFON, demeurant ..., Mlle Cynthia LEVY, demeurant ..., Mme Margot Wanda LEVY, demeurant ... et M. Freddy LEVY, demeurant ... ; M. HALFON et autres demandent au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'arrêt n° 07PA01331 du 16 octobre 2008 par lequel la cour administrative d'appel de Paris a, d'une part, annulé le jugement n° 06088141 du 8 février 2007 par lequel le tribunal administratif de Paris a rejeté leur demande tendant à l'annulation de l'arrêt du 24 mars 2006 par lequel le maire de Paris a fixé les jours et horaires d'ouverture des marchés couverts de la ville de Paris en tant qu'il prévoit dans son article 11 que le marché Riquet situé 42 rue Riquet à Paris (75019) est ouvert du mardi au samedi de 8h30 à 19h30 et le dimanche de 8h30 à 13 h et des lettres en date du 2 juin 2006 les mettant en demeure de respecter les horaires réglementaires de ce marché sous peine de sanctions administratives et, d'autre part, a rejeté leur demande, en tant que cet arrêt a rejeté leur demande ;

2°) réglant l'affaire au fond, de faire droit à l'intégralité de leurs conclusions d'appel ;

3°) de mettre à la charge de la ville de Paris le versement d'une somme de 4 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la Constitution ;

Vu la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Vu le code général des collectivités territoriales ;

Vu la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Eglises et de l'Etat ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Philippe Josse, Conseiller d'Etat,
- les observations de la SCP Peignot, Garreau, Bauer-Violas, avocat de M. HALFON et autres et de Me Foussard, avocat de la ville de Paris,
- les conclusions de M. Frédéric Aladjidi, rapporteur public ;

La parole ayant été à nouveau donnée à la SCP Peignot, Garreau, Bauer-Violas, avocat de M. HALFON et autres et à Me Foussard, avocat de la ville de Paris ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que M. HALFON et autres ont passé en janvier et en février 2005, avec la ville de Paris, des conventions leur concédant des emplacements de vente au sein du marché Riquet, situé dans le 19^{ème} arrondissement de Paris ; que ces conventions d'occupation leur faisaient obligation de respecter le règlement municipal en vigueur qui imposait notamment l'ouverture du marché et, donc, de leurs commerces, le samedi toute la journée ; que, par courriers en date du 28 décembre 2005, les requérants ont indiqué à la mairie leur impossibilité d'ouvrir le samedi ; que, par un arrêté du 24 mars 2006, l'adjoint au maire de Paris chargé du commerce a fixé les jours et heures d'ouverture de l'ensemble des marchés couverts situés sur le territoire de la ville de Paris ; que les dispositions de l'article 11 de cet arrêté, relatives au marché Riquet, prévoient l'ouverture de celui-ci le samedi de 8h30 à 19h30 ; que par des lettres en date du 2 juin 2006, M. HALFON et autres ont été mis en demeure d'avoir à respecter les prescriptions de cet arrêté ; que M. HALFON et autres ont demandé au tribunal administratif de Paris l'annulation du rejet implicite de leurs demandes de dérogation aux horaires d'ouverture du marché Riquet formulées dans leurs courriers du 28 décembre 2005, de l'article 11 de l'arrêté du 24 mars 2006 et des lettres de mises en demeure du 2 juin 2006 ; que, par un jugement du 8 février 2007, le tribunal a rejeté cette demande ; que, par un arrêt du 16 octobre 2008, la cour administrative d'appel de Paris a annulé ce jugement, puis a rejeté la demande de M. HALFON et autres ; que ceux-ci se pourvoient en cassation contre cet arrêt, en tant qu'il a rejeté leur demande ;

Sur les mises en demeure :

Considérant que la ville de Paris a adressé le 2 juin 2006 à chacun des commerçants une mise en demeure, lui rappelant que l'article 6.1 de la convention de concession qu'il avait signée lui faisait obligation de respecter le règlement municipal en vigueur et que les heures d'ouvertures fixées par l'arrêté du 24 mars 2006 prévoyaient une ouverture du marché Riquet la journée du samedi et l'informant que, faute pour lui de se conformer à cette obligation, il s'exposait à des sanctions administratives pouvant aller jusqu'à la résiliation de la convention ; qu'eu égard à sa portée, cette mesure d'exécution du contrat n'est pas susceptible d'un recours en annulation de la part des commerçants parties à ces conventions ; qu'ainsi, la cour n'a pas entaché son arrêt d'erreur de droit en rejetant comme

irrecevables les conclusions présentées par eux devant le tribunal administratif et tendant à l'annulation de ces mises en demeure ;

Sur l'article 11 de l'arrêté du 24 mars 2006 :

Considérant, en premier lieu, que l'article L. 2122-18 du code général des collectivités territoriales dispose : "Le maire est seul chargé de l'administration, mais il peut, sous sa surveillance et sa responsabilité, déléguer par arrêté une partie de ses fonctions à un ou plusieurs de ses adjoints (...)" ; que le maire peut légalement, lorsqu'il procède à une délégation de fonctions, soustraire du champ de cette délégation la faculté de signer les actes qu'elle concerne ; que, si les requérants soutiennent qu'une délégation de fonctions interdit de procéder ensuite à une délégation de signature portant sur le champ qu'elle couvre, la cour n'a pas commis d'erreur de droit en estimant qu'il était loisible au maire de Paris de déléguer, dans un premier temps, les fonctions relatives au commerce tout en excluant expressément du champ de cette délégation la signature des actes concernés puis, dans un second temps, de déléguer sa signature sur le champ de compétence ainsi établi ;

Considérant, en deuxième lieu, qu'aux termes de l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 : "Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi" ; qu'aux termes de l'article 9 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : "1. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique (...) la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites (...)" ; qu'aux termes de l'article 1er de la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Eglises et de l'Etat : "La République assure la liberté de conscience. Elle garantit le libre exercice des cultes sous les seules restrictions édictées ci-après dans l'intérêt de l'ordre public" ; qu'il résulte de ces dispositions qu'un texte réglementaire fixant les jours et heures d'ouverture d'un marché ne saurait, même s'il ne prévoit aucune possibilité expresse de dérogation, avoir pour objet ni avoir légalement pour effet d'interdire à des titulaires d'emplacements de vente qui en font la demande de bénéficier individuellement des autorisations de fermeture nécessaires au respect d'une pratique religieuse ou à l'exercice d'un culte, dans la mesure où ces dérogations sont compatibles avec le bon fonctionnement du marché, notamment au regard de l'objectif de continuité de ce fonctionnement ; qu'en se fondant sur ces critères pour juger que l'arrêté du 24 mars 2006 portant fixation des jours et horaires d'ouverture des marchés couverts de la ville de Paris, alors qu'il prescrit l'ouverture du marché Riquet le samedi de 8h30 à 19h30, n'était contraire ni au principe de la liberté religieuse, ni au principe de la liberté du commerce et de l'industrie, la cour n'a pas commis d'erreur de droit ;

Considérant, en troisième lieu, qu'en jugeant, que compte tenu des différences dans la population et dans les offres commerciales des quartiers concernés, le fait qu'aucun aménagement de l'horaire fixé pour le marché Riquet n'ait été prévu pour certains

emplacements alors qu'une telle possibilité existait pour d'autres marchés, ne méconnaissait pas le principe d'égalité, la cour, qui n'a pas dénaturé les pièces du dossier qui lui était soumis et a suffisamment motivé son arrêt, n'a pas commis d'erreur de droit ;

qu'elle n'a pas non plus dénaturé les pièces du dossier qui lui était soumis en jugeant que l'exploitant d'une supérette, dont la convention d'occupation du domaine public ne renvoyait pas à l'horaire fixé par l'arrêté du 24 mars 2006, était placé dans une situation différente de celle des autres commerçants du marché Riquet ;

Considérant, en dernier lieu, que la cour n'a pas dénaturé les faits de l'espèce en estimant que le détournement de pouvoir allégué n'était pas établi ;

Sur le rejet des demandes de dérogation :

Considérant que l'arrêt de la cour énonce qu'il ne ressortait pas des pièces du dossier que M. HALFON et autres auraient présenté une demande de dérogation à l'obligation, alors prévue par le règlement intérieur du marché Riquet, d'ouvrir le samedi les emplacements de vente dont ils étaient concessionnaires au sein de ce marché ; qu'en statuant ainsi alors que, par courriers adressés le 28 décembre 2005 au maire de Paris, à son adjoint en charge du commerce et au chef du bureau compétent de l'administration de la ville de Paris, M. HALFON et autres avaient exposé l'impossibilité dans laquelle ils se trouvaient, pour des motifs religieux, d'ouvrir leur commerce le samedi et avaient indiqué s'y refuser, la cour a dénaturé ces courriers, qui ne pouvaient que constituer des demandes de dérogation à l'obligation d'ouvrir leurs emplacements la journée du samedi ; que, par suite, son arrêt doit être annulé en tant qu'il statue sur les conclusions des requérants tendant à l'annulation des décisions implicites du maire de Paris rejetant ces demandes ;

Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de régler l'affaire au fond, dans la mesure de l'annulation prononcée ci-dessus, en application des dispositions de l'article L. 821-2 du code de justice administrative ;

Considérant qu'ainsi qu'il a été dit ci-dessus, M. HALFON et autres ont, par courriers en date du 28 décembre 2005, présenté une demande de dérogation à l'obligation d'ouvrir leur commerce le samedi ; que la ville de Paris s'est abstenue de répondre à ces demandes, dont elle n'a pas accusé réception ; qu'il est résulté de son silence une décision implicite de rejet dont M. HALFON et autres sont recevables à demander l'annulation ;

Considérant qu'il appartient à l'autorité compétente pour fixer les horaires d'ouverture d'un marché, lorsque des titulaires d'emplacements de vente font la demande de bénéficier individuellement d'autorisations de fermeture nécessaires au respect d'une pratique religieuse ou à l'exercice d'un culte, de prendre en compte, sous le contrôle du juge, la compatibilité des dérogations ainsi demandées avec le bon fonctionnement du marché, notamment au regard de l'objectif de continuité de ce fonctionnement, compte tenu des besoins des habitants du quartier desservi par ce marché ;

Considérant, en premier lieu, qu'il ressort des pièces du dossier qu'une réponse favorable aux demandes de dérogation de M. HALFON et autres aurait entraîné la fermeture, pour tous les samedis de l'année et pour toute la journée, de plus d'un tiers des emplacements de vente alors en activité au sein du marché Riquet et aurait, ainsi, porté une atteinte excessive au bon fonctionnement de ce marché ; qu'il suit de là que la ville de Paris n'a pas commis d'erreur d'appréciation, au regard du principe de la liberté religieuse, en les rejetant ;

Considérant, en second lieu, que s'il est établi, au vu des pièces du dossier, que la vente de produits cashers suppose de disposer de certifications susceptibles d'être retirées en cas d'ouverture le samedi, les requérants ne démontrent pas que le marché Riquet était le seul lieu de vente susceptible d'accueillir leur commerce dans le quartier considéré ; qu'il suit de là que la ville de Paris n'a pas commis d'erreur d'appréciation au regard du principe de liberté du commerce et de l'industrie en rejetant les demandes de dérogation qui lui étaient soumises ;

Sur les conclusions tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

Considérant que ces dispositions font obstacle à ce qu'une somme soit mise à ce titre à la charge de la ville de Paris qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante ; qu'il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire droit aux conclusions présentées par la ville de Paris au titre des mêmes dispositions ;

D E C I D E :-----

Article 1er : L'arrêt du 16 octobre 2008 de la cour administrative d'appel de Paris est annulé en tant qu'il statue sur les demandes de dérogation faites par M. HALFON, Mlle LEVY, Mme Wanda LEVY et M. LEVY.

Article 2 : Le surplus des conclusions du pourvoi de M. HALFON, Mlle LEVY, Mme Wanda LEVY et M. LEVY et les conclusions de leur demande présentées devant le tribunal administratif de Paris tendant à l'annulation du rejet de leurs demandes de dérogation sont rejetés.

Article 3 : Les conclusions de la ville de Paris tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 4 : La présente décision sera notifiée à M. Gilles HALFON, à Mlle Cynthia LEVY, à Mme Margot Wanda LEVY, à M. Freddy LEVY et à la ville de Paris.

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS





ANEXOS
ITÁLIA

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS





[Indietro](#)

Publicato il 29/12/2017

N. 06194/2017REG.PROV.COLL.
N. 09214/2010 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9214 del 2010, proposto dal signor Luigi De Ciuceis, rappresentato e difeso dall'avvocato Mario Gramegna, domiciliato *ex art.* 25 c.p.a. presso la Segreteria della Terza Sezione del Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro, n. 13;

contro

Il Ministero dell'Interno, in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici è domiciliato in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

per la riforma della sentenza del T.A.R. della Campania, Napoli, Sez. VI, n. 5573/2009,

resa tra le parti, concernente il provvedimento di rigetto della richiesta di rimborso di spese legali.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero dell'Interno;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 novembre 2017 il Cons. Antonella Manzione e uditi per le parti l'Avvocato Mario Gramegna e l'Avvocato dello Stato Attilio Barbieri;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'appellante è un dipendente della Polizia di Stato in quiescenza.

Nel periodo rilevante per il presente giudizio, egli era 'assistente capo' adibito a mansioni impiegate e di magazziniere presso lo spaccio interno della Polizia di Stato della Questura di Napoli, denominato 'Il Chiostro'. La Procura di Napoli promuoveva nei suoi confronti un'azione penale, ritenendo che si fosse reiteratamente appropriato della merce di cui aveva la disponibilità in ragione di tale attività, contestandogli il reato di peculato aggravato in continuazione (artt. 81 e 314 c.p.).

Con sentenza del 19 marzo 2007, passata in giudicato, il ricorrente, al pari degli altri coimputati nel medesimo procedimento, veniva assolto dai reati ascrittigli 'perché il fatto non sussiste'.

Egli proponeva pertanto istanza di rimborso delle spese legali sostenute ai sensi dell'art. 18 del d.l. 25 marzo 1997, n. 67, convertito, con modificazioni, dalla l. 23 maggio 1997, n. 135, al competente ufficio dell'Amministrazione di appartenenza, che la rigettava, uniformandosi ai pareri espressi in merito dall'Avvocatura distrettuale dello Stato, con provvedimento del 12 settembre 2008, oggetto di successiva conferma con atto dell'11 marzo 2009.

2. A motivazione dell'atto di diniego era posto il rilievo che *«il tenore della parte motiva della sentenza, che a sua volta esprime le valutazioni espresse dai giudici, non consente di ritenere esclusa la responsabilità degli imputati»*, facendo quindi venire meno il presupposto imprescindibile per il rimborso delle spese legali previsto dall'art. 18 in precedenza richiamato.

3. Con ricorso di primo grado n.4684 del 2009 (proposto al TAR per la Campania), egli ha impugnato la determinazione negativa del Ministero dell'Interno.

4. Il TAR, con la sentenza in forma semplificata n. 5573/2009, ha rigettato il ricorso essenzialmente sulla base della ritenuta irrilevanza, ai fini del riconoscimento

del diritto al rimborso delle spese legali da parte dell'Amministrazione di appartenenza, di un'assoluzione con formula dubitativa, *ex se* inidonea ad escludere profili di responsabilità del dipendente, *«non vigendo nell'ambito del procedimento amministrativo il principio penalistico del favor rei»*.

Il TAR ha poi avanzato dubbi sulla riconducibilità della vicenda che ha dato origine al procedimento penale (*«non pare riconducibile»*) alla disciplina invocata, *« in considerazione del fatto che il reato più che connesso allo svolgimento di obblighi istituzionali appare semplicemente commesso in occasione dello svolgimento dell'attività lavorativa»*.

5. Avverso la pronuncia reiettiva il ricorrente ha proposto atto di appello ed ha diffusamente contrastato le conclusioni del Tribunale regionale e rinnovato i motivi di legittimità articolati in prime cure.

Resiste all'appello il Ministero dell'Interno, che ha depositato documenti e una relazione sui fatti di causa.

6. Alla pubblica udienza del 21 novembre 2017 la causa, su richiesta delle parti, è stata trattenuta in decisione.

7. Il diniego del rimborso delle spese sostenute per il patrocinio legale in processo penale conseguente a fatti connessi con l'espletamento del servizio è stato motivato dall'Amministrazione con rinvio *ob relationem*

ai pareri espressi al riguardo dall'Avvocatura distrettuale dello Stato di Napoli, con i quali è stato negato che la sentenza di assoluzione dell'odierno appellante - pronunciata in dispositivo con formale richiamo all'art. 530 c.p.p. - espliciti, in base al tenore della motivazione, valenza di piena esclusione di ogni responsabilità, condizione ineludibile, ai sensi dell'art. 18 della legge n. 135 del 1997, per l'assunzione a carico dello Stato dell'onere economico di difesa in giudizio.

L'Avvocatura distrettuale, in particolare -alla luce del canone ermeneutico in base al quale il dispositivo della sentenza va letto ed integrato con il contenuto della motivazione - dà rilievo nei pareri espressi alla parte motiva della decisione in cui, con richiamo a gravi carenze investigative finalizzate a suffragare le dichiarazioni accusatorie, si afferma che *«dall'esame del compendio probatorio appare legittimo il dubbio sulla sussistenza della condotta, dell'evento e del nesso di causalità così come contestati dall'ufficio requirente»* e sottolinea che il Tribunale è pervenuto alla pronuncia di assoluzione permanendo *«il dubbio sulla sussistenza della condotta illecita degli imputati»*.

8. Con un primo ordine di considerazioni, l'appellante deduce che l'Amministrazione avrebbe travisato il contenuto della sentenza del Tribunale di Napoli.

L'assoluzione sarebbe stata disposta infatti con formula piena, che ha sancito in dispositivo, con il richiamo generico all'art. 530 c.p.p., e non al comma 2 della norma, l'insussistenza del fatto ascritto come reato.

In presenza di tale carattere pienamente liberatorio della formula di assoluzione, riferita all'insussistenza del fatto e non a ragioni processuali, quali la prescrizione o la mancanza di condizioni di promuovibilità o procedibilità dell'azione penale, il rimborso assumerebbe natura indennitaria in relazione al depauperamento del patrimonio del pubblico dipendente che ha sofferto il giudizio.

9.1 Il Collegio ritiene infondata la tesi sulla 'dequotazione' del contenuto eventualmente dubitativo della sentenza assolutoria, effettuato dall'appellante, stante che nessuna differenza di regime, per quanto qui di interesse, può trarsi dall'avvenuto utilizzo o meno della formula di cui al comma 2 dell'art. 530 del codice di procedura penale.

9.2 L'art. 18 della l. n. 135/1997, nello stabilire che « *Le spese legali relative a giudizi per responsabilità civile, penale e amministrativa, promossi nei confronti di dipendenti di amministrazioni statali in conseguenza di fatti ed atti connessi con l'espletamento del servizio o con l'assolvimento di obblighi istituzionali e conclusi con sentenza o provvedimento che escluda la loro*

responsabilità, sono rimborsate dalle amministrazioni di appartenenza nei limiti riconosciuti congrui dall'Avvocatura dello Stato», non consente infatti di effettuare distinzioni tra tipologie di formule assolutorie di merito.

9.3 Sul punto, va richiamato il precedente specifico con il quale questo Consiglio di Stato, pronunciandosi sull'appello avverso analoga sentenza del TAR della Campania, pure avente ad oggetto il provvedimento di diniego del rimborso delle spese legali, promosso da uno dei coimputati dell'odierno ricorrente nel procedimento penale innanzi al Tribunale di Napoli, lo ha accolto, riconoscendo al rimborso natura di diritto soggettivo normativamente condizionato (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 21 gennaio 2011, n. 1713).

In particolare, in tale sentenza, dalla quale il Collegio non ha motivo di discostarsi anche in ragione dell'identità del caso di specie, si afferma che le condizioni cui la norma subordina puntualmente l'esercizio del diritto al rimborso, sono costituite:

- dall'esistenza di una connessione dei fatti e degli atti oggetto del giudizio con l'espletamento del servizio e l'assolvimento degli obblighi istituzionali;
- dall'esistenza di una sentenza definitiva che abbia escluso la responsabilità del dipendente.

Nella pluralità di formule assolutorie di cui all'art. 530 c.p., danno diritto al rimborso delle spese solo quelle che consentono di dire accertata - secondo il sistema processuale penale - l'assenza di responsabilità rispetto ad atti e fatti connessi; senza tuttavia alcuna distinzione, all'interno di queste, tra i casi di 'formula piena' e quelli in cui manca, è insufficiente o è contraddittoria la prova (art. 530, comma 2, c.p.p.).

10. Successivamente alla sentenza n. 1713 del 2011, questa soluzione è stata ribadita anche dall'Adunanza Generale, chiamata a dirimere i contrasti giurisprudenziali evidenziati dal giudice di prime cure.

Con la decisione n.20/2013 resa nell'adunanza del 29 novembre 2012, l'Adunanza Generale ha chiarito che l'art. 18, comma 1, del decreto legge 25 marzo 1997, n. 67, con l'espressione «*sentenza o provvedimento che escluda la responsabilità*», non può non riferirsi anche al caso di specie, e che quindi la responsabilità è esclusa da qualunque sentenza pronunciata ai sensi dell'art. 530 c.p.p., anche quella che si avvalga della cosiddetta formula dubitativa.

10.1 L'avvenuta eliminazione dal contesto penalistico della formula dubitativa dell'assoluzione per insufficienza di prove, di cui al previgente art. 479, comma 3, c.p.p., ha comportato la parificazione del mancato

raggiungimento della prova con il proscioglimento pieno a tutti gli effetti. Con essa il legislatore della riforma ha inteso così dare al principio della presunzione di non colpevolezza fino alla condanna definitiva di cui all'art. 27 della Costituzione; principio che non consente di far riferimento ad altri criteri di responsabilità che non siano quelli della equiparazione delle varie ipotesi previste dall'articolo 530 c.p.p.

10.2 Anche la giurisprudenza della Corte di Cassazione penale, ponendosi nello stesso solco interpretativo, ha costantemente negato la sussistenza di un interesse all'impugnazione della sentenza di assoluzione ai sensi dell'art. 530, comma 2, c.p.p., in quanto nel *«vigente codice il dubbio non ha valenza processuale esterna, essendo stata piuttosto sancita la regola della necessaria adozione della formula assolutoria senza ulteriori qualificazioni, anche in presenza della insufficienza del materiale probatorio di accusa. Ne discende che anche l'eventuale accoglimento dell'impugnazione non varrebbe a mutare la formula finale dell'assoluzione»* (cfr. ancora Cons. Stato, Adunanza generale n. 20/2013).

10.3 L'art. 18 della l. n. 135, dunque, non discrimina fra le diverse ipotesi di formule assolutorie prefigurate dall' art. 530 c.p.p. e non assegna all'Amministrazione un'area di discrezionalità che le consenta di sovrapporsi e sostituirsi a quella effettuata dal giudice

penale (cfr. Cons. Stato, Sez. I, n.1778 del 2013).

11. Resta infine da esaminare la seconda condizione cui la norma subordina il riconoscimento del diritto al rimborso delle spese legali, ovvero, come già evidenziato, l'esistenza di una connessione tra i fatti e gli atti oggetto del giudizio e l'espletamento del servizio e l'assolvimento degli obblighi istituzionali.

11.1 Come affermato anche di recente dalla giurisprudenza, si tratta di una bipartizione più apparente che reale, in quanto *«risponde alla caratterizzazione temporale propria di ogni processo, che, nel caso di processo penale, si snoda attraverso l'imputazione formulata dalla pubblica accusa e la decisione del giudice»* (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, n. 4176/2017).

In realtà, la disposizione unisce strettamente le due angolazioni processuali nella necessità della connessione dei fatti e degli atti compiuti dal dipendente pubblico con l'espletamento del servizio e l'assolvimento degli obblighi istituzionali; connessione che deve sussistere sia al momento dell'avvio del processo, sia al momento della decisione, così che l'esclusione con sentenza definitiva della responsabilità del dipendente non può che essere per 'quei' fatti e 'quegli' atti connessi con l'espletamento del servizio e l'assolvimento degli obblighi istituzionali.

L'intreccio nella connessione dei due presupposti, richiamati dall'art. 18 cit., fa sì che ha diritto al rimborso delle spese legali solo chi, imputato per atto connesso alla funzione pubblica esercitata, sia stato assolto per essere stata esclusa la sua responsabilità rispetto a quell'atto specificamente addebitatogli in ragione di tale connessione.

Tale circostanza è avvenuta, rileva il Collegio, nel caso di specie, avendo il giudice penale ritenuto non provata la sussistenza del fatto reato, ma non la sua astratta riconducibilità all'attività svolta dal ricorrente.

Il fatto poi che suddetta attività non si estrinsechi in un normale compito di polizia, intrinseco al ruolo, ma si identifichi, al pari di qualunque altra mansione 'interna', in un'attività strumentale al funzionamento dello stesso, quale è stata evidentemente ritenuta la gestione di uno spaccio destinato al personale, non ne altera la configurabilità come inerente i compiti d'ufficio attribuiti all'interessato nella struttura di appartenenza.

Ove così non fosse stato, sarebbe dovuto emergere dalla ricostruzione dei fatti cristallizzata nella sentenza del Tribunale di Napoli; un diverso sindacato sull'attività sottesa all'ipotizzato fatto-reato finirebbe per realizzare una '*riedizione*' della loro valutazione in sede amministrativa, non per ravvisarne

l'eventuale diverso rilievo sul piano disciplinare, con conseguente *«rinnovata valutazione nel merito degli estremi di responsabilità, che l'art. 18 della legge n. 137 del 1997 non prevede affatto e, tantomeno, consente»* (cfr. al riguardo ancora Cons. Stato, n. 1713/2011). Secondo l'applicazione pacifica dell'art. 314 c.p., fatta dal giudice penale, infatti, esso presuppone il collegamento funzionale dell'atto (o del comportamento materiale) con la funzione pubblica esercitata, avendo la condotta materiale ad oggetto beni di cui il ricorrente ha avuto la disponibilità in ragione del proprio ufficio, e non in concomitanza o 'in occasione' del suo svolgimento, come affermato, seppur in chiave dubitativa, dal T.A.R.

12. Per le ragioni che precedono, l'appello va accolto e, per l'effetto, va accolto il ricorso di primo grado e vanno annullati gli atti con esso impugnati.

La condanna al pagamento delle spese e degli onorari dei due gradi del giudizio segue la soccombenza. Di essa è fatta liquidazione nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello n. 9214 del 2010, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per

l'effetto, accoglie il ricorso di primo grado ed annulla gli atti con esso impugnati.

Condanna l'appellato Ministero al pagamento delle spese processuali del doppio grado, in favore dell'appellante, nella misura di Euro mille (€ 1.000/00), oltre oneri accessori, se dovuti.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 21 novembre 2017, con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Gabriele Carlotti, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere

Solveig Cogliani, Consigliere

Antonella Manzione, Consigliere,

Estensore

L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Antonella Manzione	Luigi Maruotti

IL SEGRETARIO

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS





[Indietro](#)

Publicato il 17/04/2018

N. 02317/2018REG.PROV.COLL.
N. 00139/2018 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 139
del 2018, proposto da:

Glid s.r.l., in persona del legale
rappresentante p.t., rappresentata e difesa
dall'avvocato Giuliano Di Pardo, con
domicilio eletto presso lo studio Regus-Di
Pardo in Roma, piazza del Popolo n. 18;

contro

Azienda Sanitaria Locale di Pescara, in
persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentata e difesa dall'avvocato
Tommaso Marchese, con domicilio eletto
presso lo studio dell'avv. Alfredo Placidi in
Roma, via Barnaba Tortolini n. 30;

nei confronti

Sirio s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Lensi Orlandi Cardini, Federico Freni e Federica De Luca, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Federico Freni in Roma, via degli Scipioni n. 281;

Basilisco s.r.l., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. ABRUZZO - SEZ. STACCATA DI PESCARA n. 00330/2017, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Locale di Pescara e di Sirio s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 marzo 2018 il Cons. Ezio Fedullo e uditi per le parti gli Avvocati Giuliano Di Pardo, Tommaso Marchese e Federico Freni;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

Con la sentenza appellata, il T.A.R. Abruzzo ha respinto il ricorso proposto dalla odierna appellante, società Glid s.r.l. avverso il provvedimento di aggiudicazione, a favore della società Sirio s.p.a., della gara per

l'affidamento in concessione per la durata di 7 anni, sulla scorta del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, della "gestione bar – distributori automatici di alimenti e bevande a ridotto impatto ambientale del PO di Pescara della Asl di Pescara".

La società ricorrente, collocatasi in terza posizione nella graduatoria conclusiva, dopo cioè le società Sirio s.p.a. e Basilisco s.r.l., contestava l'esito della gara, evidenziando che era risultato determinante, ai fini dell'aggiudicazione alla società Sirio s.p.a., l'elemento prezzo (avendo la ricorrente conseguito, in relazione all'offerta tecnica, il massimo punteggio, pari a 40 punti, a fronte dei 37,45 punti conseguiti dalla aggiudicataria).

Il T.A.R. ha respinto il ricorso ed i motivi aggiunti, ritenendo l'infondatezza delle censure formulate, che vengono sostanzialmente riproposte nella presente sede di appello, con i corrispondenti rilievi mossi alla correttezza della sentenza appellata.

Resistono all'appello la ASL n. 3 di Pescara nonché la società Sirio s.p.a..

All'esito dell'udienza di discussione, su richiesta del difensore della ASL appellata, la Sezione ha pronunciato il dispositivo di

sentenza, ai sensi dell'art. 120, comma 9, secondo periodo c.p.a..

Tanto sinteticamente premesso in punto di fatto, può senz'altro procedersi all'esame dei motivi di appello, a cominciare da quello con il quale viene dedotto che la società Sirio s.p.a. ha presentato un'offerta economica irrealizzabile ed insostenibile, essendosi impegnata a corrispondere alla ASL un canone complessivo di € 582.300 (dato dalla somma del canone annuo fisso di € 257.300, dell'aggio sul fatturato del bar del 17,31%, quindi pari ad almeno € 173.100, e del canone di € 3.100,00 per ciascuno dei 49 distributori automatici, per un importo complessivo annuale di oltre € 151.900), a fronte di un fatturato realizzabile pari ad € 1.100.000 e con un incremento del 415% rispetto a quello attualmente versato dalla Glid, gestore uscente del servizio, di appena € 140.000, che le assicura un utile di appena € 5.000.

Ne consegue, prosegue l'appellante, che il valore della concessione quantificato dalla ASL, corrispondente al fatturato degli ultimi tre anni certificato dai bilanci della Glid, è completamente eroso (senza spazio per alcun utile) dal valore complessivo dell'offerta economica della Sirio, pari ad € 1.282.300,00, dato dalla somma dei canoni che la stessa si è impegnata a corrispondere alla ASL, pari ad € 582.300, del costo del personale, pari ad

almeno € 300.000, che essa è obbligata a riassumere per effetto della clausola sociale, e del costo delle materie prime, di almeno € 400.000.

Quanto all'offerta della Basilisco s.r.l., seconda graduata, l'appellante deduce che anche la relativa offerta è irrealizzabile ed insostenibile, avendo offerto canoni per complessivi € 480.450 che, sommati ai costi per il personale (almeno € 300.000 all'anno) e delle materie prime (almeno € 400.000 all'anno), hanno il medesimo effetto di erodere completamente il valore della concessione quantificato dall'Ente, determinando, per l'effetto, lo svolgimento in perdita del servizio.

In particolare, precisa la parte appellante, l'offerta della Sirio s.p.a. comporta una perdita annua di € 279.386,00, mentre quella della Basilisco s.r.l. una perdita annua di € 140.459,00.

La parte appellante contesta quindi la sentenza appellata laddove non ha ritenuto illegittima la mancata attivazione del procedimento *ex art. 96 e ss. d.lgs. 50/2016*, anche in forza del vincolo assunto dall'Ente richiamando le norme citate nella *lex specialis*, facendo leva sul rischio operativo che qualifica una concessione, senza avvedersi che è inesistente *ab origine* l'equilibrio economico-finanziario delle offerte della Sirio

e della Basilisco, in quanto basate sulla condizione futura ed incerta dell'aumento del volume delle vendite sino a raddoppiare il fatturato, mentre dovrebbe aversi riguardo, al fine di valutare la congruità dell'offerta ed il rischio operativo, alla domanda esistente al momento dell'indizione della gara ed assunta dalla P.A. quale parametro per determinare il valore della concessione.

Il T.A.R., deduce ancora la parte appellante, non ha tenuto conto che è solo il rischio di gestione del servizio correlato ad una "alea normale del contratto" a caratterizzare le concessioni per espressa previsione legislativa (art. 3 d.lgs. n. 50/2016), non essendo per contro ammissibile un'offerta consapevolmente in perdita ed economicamente insostenibile fin dalla sua presentazione, non per effetto di successive ed eventuali fluttuazioni del mercato sopravvenute nel corso dell'esecuzione della commessa, dovendo tenersi conto del fatto che i prezzi non possono essere aumentati per espresso divieto della *lex specialis* (All. E al C.S.A.), che oggetto di causa è un mercato "bloccato", per effetto di un'utenza circoscritta ai soli degenti ed al personale sanitario impiegato nel P.O. di Pescara, che la predetta utenza è finanche in diminuzione, in ragione dei tagli al numero dei posti letto e degli accorpamenti dei reparti, che non è

possibile aumentare contemporaneamente le vendite al bar ed ai distributori, in quanto, a parità di numero di utenti, all'incremento delle prime conseguirà certamente una riduzione delle seconde, e che nel P.O. di Pescara è stato affidato con una distinta procedura pubblica ad un'altra società il servizio di ristorazione, a favore sia dei degenti sia del personale sanitario.

La sentenza appellata, prosegue la società appellante, è altresì erronea nella parte in cui ha escluso l'applicabilità dell'art. 97 del d.lgs. 50/2016 alle concessioni, laddove la verifica dell'anomalia sarebbe stata tanto più necessaria atteso che, in base al punto 1 dell'art. 4, del C.S.A. i locali nei quali potrà essere esercitata l'attività oggetto della gara comprenderebbero anche gli impianti, alla cui realizzazione e manutenzione ha provveduto la Glid s.r.l., assumendo direttamente gli oneri legati alle relative utenze, senza dover corrispondere rimborsi alla ASL di Pescara, contrariamente a quanto viene fatto intendere al punto 5, il quale ha previsto il rimborso alla direzione sanitaria dei consumi di energia elettrica, del gas, del riscaldamento e condizionamento: ciò potrebbe aver indotto le ditte partecipanti ad avanzare offerte economiche elevate e quindi insostenibili, nella convinzione di non doversi assumere oneri aggiuntivi per la realizzazione dei

predetti impianti, ulteriori rispetto a quelli necessari per gli arredi e le attrezzature.

La parte appellante impugna anche il disciplinare, per contrasto con l'art. 97, c. 3, d.lgs. n. 50/2016, nella parte in cui avrebbe sollevato la stazione appaltante dall'obbligo di verificare la congruità delle offerte al ricorrere degli indizi sintomatici dell'anomalia previsti dalla medesima disposizione.

Quanto ai dati indicati dalla società appellante a sostegno delle sue deduzioni, viene lamentato che il giudice di prime cure non ha tenuto conto dei bilanci da essa prodotti.

In particolare, per quanto attiene al costo del personale, l'attendibilità di quello quantificato dalla Glid in almeno € 300.000 è ulteriormente confermata dalla "clausola sociale" prevista dalla *lex specialis*, per effetto della quale Sirio e Basilisco si sono obbligate a riassumere l'intero personale dell'esponente, e dalla stessa Sirio, la quale nel corso della riunione svoltasi il 18.12.2017 alla presenza dei sindacati per il cambio appalto ha assunto l'impegno di riassumere tutto il personale della Glid alle medesime condizioni (in ordine ad inquadramento, orario, spettanze economiche).

Quanto invece ai "costi variabili" relativi all'approvvigionamento delle materie prime, deduce l'appellante che la loro entità è certificata dai bilanci, non solo della Glid ma

anche della Basilisco e di Euromense, i quali ne hanno confermato l'incidenza costante nel corso degli anni (2015 e 2016) almeno nella misura prudenzialmente stimata del 30% del valore della concessione.

Tanto premesso, il motivo è, nei limiti che si evidenzieranno, meritevole di accoglimento.

Deve evidenziarsi che la sentenza appellata, in ordine alla questione concernente la sussistenza dei presupposti giustificativi (in termini vincolati, ai sensi dell'art. 97, comma 3, d.lvo n. 50/2016, ovvero discrezionali, ai sensi del comma 1 del medesimo articolo) dell'attivazione del procedimento di valutazione di anomalia dell'offerta presentata dalle imprese controinteressate, ha così statuito: “con l'entrata in vigore del nuovo Codice degli Appalti di cui al d.lgs. 50/2016 l'art. 164, comma 2, prevede che alle procedure di aggiudicazione di contratti di concessione di lavori pubblici o di servizi si applicano, per quanto compatibili, anche le disposizioni relative ai “criteri di aggiudicazione”, espressamente richiamate, fra le altre, come corpo normativo da trasporre dal settore degli appalti pubblici a quello delle concessioni. Se tra i criteri di aggiudicazione può rientrare anche la valutazione dell'anomalia dell'offerta disciplinata all'articolo 97 del medesimo d.lgs. 50/2016, ciò non implica che le disposizioni

contenute in detto articolo possano ritenersi direttamente applicabili anche gli affidamenti delle concessioni. Va rimarcato infatti che il richiamo alle norme in materia di appalti pubblici dell'art. 164 del d.lgs. cit. resta contenuto nei limiti della compatibilità delle stesse con l'istituto specifico della concessione”.

Sulla base della sentenza appellata, quindi, le disposizioni regolatrici del procedimento di valutazione di anomalia delle offerte dettate dall'art. 97 d.lvo n. 50/2016 rientrano nel novero di quelle concernente i “criteri di aggiudicazione”: sì che la relativa statuizione, non impugnata da alcuna delle parti interessate, concorre a delineare il quadro prescrittivo entro cui collocare l'esame delle doglianze di parte appellante.

Viene in rilievo, al riguardo, il motivo di appello inteso a ribadire la sussistenza, in capo all'Amministrazione, dell'obbligo di attivare il procedimento valutativo *de quo*, correlato ai sensi dell'art. 97, comma 3, d.lvo n. 50/2016, tenuto conto che il criterio di aggiudicazione applicato è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, al fatto che le offerte delle controinteressate “presentano sia i punti relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei

corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara”.

Deve al riguardo precisarsi che è incontestata la sussistenza dei presupposti applicativi della citata disposizione, la quale può del resto agevolmente evincersi dagli atti di gara (cfr. tabella dei punteggi allegata al verbale di gara del 24.4.2017).

Ebbene, come si è visto, il T.A.R. si è limitato sul punto a parafrasare il dettato normativo, affermando che “il richiamo alle norme in materia di appalti pubblici dell’art. 164 del d.lgs. cit. resta contenuto nei limiti della compatibilità delle stesse con l’istituto specifico della concessione”, senza tuttavia chiarire se la norma in tema di presupposti per l’attivazione obbligatoria del sub-procedimento di valutazione dell’anomalia debba ritenersi “compatibile” con l’istituto della concessione di servizi né, soprattutto, indicare le ragioni della eventuale incompatibilità, ma limitandosi ad affermare che la (diversa) norma di cui all’art. 97, comma 6, terzo periodo d.lvo n. 50/2016, la quale prevede che la stazione appaltante possa in ogni caso valutare qualunque offerta la quale, in base a specifici elementi, appaia anormalmente bassa, “è senz’altro applicabile anche all’affidamento delle concessioni, a differenza dei casi in cui la verifica di anomalia è obbligatoria che sembrano

costruiti su misura per le procedure di appalto” (anche qui, senza precisare le ragioni per cui l’istituto concessorio non rientrerebbe tra i “casi” in cui la verifica di anomalia è obbligatoria), sviluppando in coerenza con tale premessa il successivo ragionamento, inteso a verificare (con esiti negativi) la sussistenza in concreto degli indici di anomalia dedotti dalla parte ricorrente.

In ogni caso, non sono ravvisabili (né vengono dedotte dalle parti appellate) ragioni di incompatibilità della norma *de qua* con la fattispecie della concessione: invero, mentre la valutazione tecnica dell’offerta non si differenzia da quella propria delle procedure di aggiudicazione degli appalti, quella di ordine economica sottende la medesima esigenza di verifica di congruità, alla luce degli indici di inaffidabilità tipizzati dal legislatore, anche la previsione del “canone”, dovuto dal concessionario all’Amministrazione concedente quale contropartita della disponibilità dei beni pubblici presso i quali svolgere il servizio, potendo manifestare profili di incongruità (in eccesso) e, quindi, alimentare ragionevoli dubbi in ordine alla corretta esecuzione del servizio.

Peraltro, una volta ritenuto (come ha fatto lo stesso T.A.R. con la sentenza appellata) la compatibilità complessiva del procedimento di valutazione dell’anomalia dell’offerta con

l'istituto concessorio, sebbene sulla scorta della rilevazione in concreto di elementi di incongruità, non si vede la ragione per la quale essa non sussisterebbe con riferimento agli indici tipizzati di anomalia previsti dal legislatore.

Non può quindi condividersi l'orientamento giurisprudenziale (cfr. T.A.R. Toscana, sez. II, 12 giugno 2017, n. 816, citata dalla società Sirio) secondo cui “nel caso della concessione non è dato ravvisare alcuna media aritmetica di ribassi percentuali (comma 2 dell'art. 97), né una combinazione di punteggi relativi alla qualità dell'offerta e al 'prezzo' proposto dal concorrente il quale ultimo è altra cosa rispetto al canone di concessione che viene proposto nella gara di cui si tratta in questa sede. Non esistono, nel caso di specie, parametri legislativi per individuare i casi in cui il concedente sia obbligato a svolgere la verifica sull'anomalia dell'offerta proposta in gara”.

In primo luogo, non rileva, ai fini della presente controversia, la predicata insussistenza dei presupposti per l'applicazione del criterio del cd. taglio delle ali, concernente le procedure di gara da aggiudicare secondo il criterio del massimo ribasso.

Quanto invece al fatto che il corrispettivo della concessione non è un “prezzo”, ma un

canone che il concessionario è tenuto a versare all'Amministrazione concedente, deve ritenersi che trattasi di dato meramente letterale, facilmente superabile mediante una interpretazione adeguatrice della disposizione alla specificità della fattispecie concessoria, tenuto conto della sussistenza della medesima *ratio*, correlata alla necessità di verificare l'anomalia delle offerte nelle quali, per i punteggi conseguiti in relazione all'elemento economico ed a quello qualitativo, possono annidarsi profili di incongruità.

Deve solo osservarsi, per concludere sul punto, che dalla stessa *lex specialis* sono desumibili univoci elementi a dimostrazione della sussistenza dell'obbligo procedimentale *de quo*.

In primo luogo, infatti, il disciplinare (pag. 30-31) distingue due fattispecie di valutazione di anomalia, laddove, al punto 5, attribuisce al Presidente il compito di "individuare eventuali offerte anomale, ai sensi dell'art. 97 del D.lgs. 50/2016, che sottoporrà alla valutazione del RUP e della Commissione aggiudicatrice, ai sensi dell'art. 97 del D.lgs. 50/2016", mentre, al punto 6, riconosce al seggio di gara la "possibilità di valutare la congruità di ogni offerta che, in base ad elementi specifici, risulti anormalmente elevate, anche mediante l'accertamento dei

prezzi offerti, su prodotti identici, sul territorio nazionale”.

Ebbene, proprio l'attribuzione ad un organo monocratico (il presidente della commissione) del compito di riscontrare situazioni legittimanti l'esercizio del potere di valutazione dell'anomalia dell'offerta, insieme al richiamo onnicomprensivo dell'art. 97 d.lvo n. 50/2016, inducono a ritenere che la previsione si riferisca ad ipotesi di immediata rilevabilità, come appunto quelle correlate alla sussistenza dei presupposti di cui all'art. 97, comma 3, d.lvo n. 50/2016.

Inoltre, la distinta previsione del potere della commissione di “valutare la congruità di ogni offerta che, in base ad elementi specifici, risulti anormalmente elevata” induce a ritenere che la previsione si riferisca alle diverse ipotesi di cui all'art. 97, comma 6, terzo periodo d.lvo n. 50/2016, cui invece il T.A.R. ha attribuito carattere esclusivo ed assorbente di ogni altro potere valutativo.

L'assenza nella *lex specialis* di previsioni intese a sollevare l'Amministrazione dall'onere di verificare l'anomalia delle offerte, ed anzi la rilevata esistenza di clausole di segno contrario, consentono di prescindere dalla domanda di annullamento rivolta nei suoi confronti dalla parte appellante, così come dalla corrispondente eccezione di

inammissibilità dell'Amministrazione appellata.

Deve quindi affermarsi l'illegittimità del provvedimento di aggiudicazione impugnato, perché non preceduto dall'attivazione e dallo svolgimento dell'obbligatorio sub-procedimento di anomalia nei confronti dell'impresa aggiudicataria.

Nel solco delle stesse considerazioni svolte dal T.A.R. (laddove precisa che “il Collegio non può certamente procedere ad un'autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle sue singole voci, poiché ciò costituirebbe un'indebita invasione della sfera propria dell'Amministrazione...”), deve solo osservarsi che non può che restare rimesso all'Amministrazione il compito delle necessarie valutazioni in ordine all'anomalia dell'offerta presentata dalla aggiudicataria (nonché, nell'ipotesi di esito negativo della stessa, nei confronti della seconda classificata), essendo precluso al giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 34, comma 2, c.p.a., pronunciarsi “con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati”, quale deve ritenersi essere quello di valutazione dell'anomalia delle offerte economiche delle imprese suindicate.

Né potrebbe sostenersi che, nel rigetto da parte del T.A.R. delle censure con le quali la parte originariamente ricorrente mirava a

dimostrare la sussistenza di profili di anomalia nelle offerte delle imprese controinteressate, potrebbe ravvisarsi un giudizio (positivo) di congruità tale da vincolare, se non precludere, le autonome valutazioni spettanti alla P.A. (ovvero, sul piano processuale, superare la rilevanza “procedimentale” degli indici di anomalia, per effetto di una valutazione giudiziale “sostanziale” di congruità).

In primo luogo, infatti, coerentemente con l'impossibilità di “procedere ad un'autonoma verifica della congruità dell'offerta” sottolineata come si è detto dallo stesso T.A.R., le considerazioni reiettive contenute nella sentenza appellata sono funzionali alla conclusione secondo cui l'ASL ha “fatto buon uso del suo potere discrezionale di non procedere alla verifica di congruità dell'offerta dell'aggiudicataria”: sì che le stesse restano superate, da questo punto di vista, dalla rilevata sussistenza dei presupposti di legge atti a rendere obbligatoria la medesima valutazione di anomalia.

In secondo luogo, il T.A.R., sempre in linea con la menzionata premessa sistematica, non ha sostituito l'Amministrazione nell'apprezzamento della congruità dell'offerta delle imprese controinteressate, ma si è limitato, coerentemente con i limiti del suo sindacato di legittimità, a statuire

l'infondatezza (essenzialmente per ragioni di carenza probatoria) delle deduzioni della parte ricorrente, intese a sostenere l'anomalia di quelle offerte, restando impregiudicato il potere dell'Amministrazione di compiere ogni opportuna valutazione in ordine alla loro congruità, anche sulla scorta delle allegazioni giustificative delle imprese interessate.

Non possono quindi che restare conseguentemente assorbite le censure formulate dalla parte appellante avverso le considerazioni svolte dal giudice di primo grado in ordine alla insussistenza degli indici "discrezionali" di anomalia, necessari ad attivare il procedimento facoltativo di valutazione della stessa.

Deve solo aggiungersi che l'Amministrazione, nel verificare la congruità dell'offerta della società Sirio, non potrà non tenere conto di tutti gli elementi rilevanti della fattispecie, a cominciare dal "rischio operativo" caratterizzante l'istituto concessorio, nei limiti in cui lo stesso sia idoneo a giustificare, e rendere compatibili con l'esigenza di attendibilità dell'offerta economica propria anche della figura concessoria, le previsioni circa la redditività del servizio formulate dall'impresa offerente.

L'accoglimento del suindicato motivo di appello non esime questo giudice dall'esaminare le ulteriori doglianze di parte

appellante, intese a dimostrare l'obbligo dell'Amministrazione di espellere dalla gara le imprese controinteressate e quindi, nell'ipotesi di accoglimento, a conseguire il soddisfacimento dell'interesse sostanziale all'aggiudicazione della concessione.

In proposito, viene in rilievo la censura con la quale la parte appellante, premesso che dai verbali di gara si evince quali aziende, oltre alla Sirio, hanno indicato la Sogeda quale subappaltatrice del servizio di gestione dei distributori automatici (ovvero, come da verbale del 6.12.2017, la Serenissima Ristorazione s.p.a., la Gestioni Romito s.r.l., la Euromense s.r.l.), e che è proprio l'offerta di canoni differenziati da parte delle suddette aziende a confermare che la Sogeda ha negoziato con ciascun singolo operatore economico l'entità del medesimo canone, viene dedotto che ciò dimostra che la società Sogeda ha conosciuto le offerte economiche di tutti i concorrenti che l'hanno individuata quale subappaltatrice della gestione dei distributori automatici, per cui la determinazione di un elemento essenziale dell'offerta economica (qual è il canone per la gestione dei distributori automatici) è ascrivibile ad un unico centro decisionale, rappresentato appunto da Sogeda, aggiungendo che, se è vero che l'identità dell'offerta è considerata dalla giurisprudenza

un indice del collegamento tra le imprese offerenti, allora la differenziazione dei canoni è ascrivibile alla cura riposta dagli interessati nel confezionare l'offerta con modalità tali da allontanare ogni sospetto di collegamento.

Aggiunge la parte appellante che la valutazione da compiere sull'unicità del centro decisionale postula che sia provata l'astratta idoneità della situazione concreta di collegamento a determinare un concordamento delle offerte, e non anche necessariamente che l'alterazione del confronto concorrenziale vi sia stata effettivamente.

La sentenza appellata viene criticata anche laddove, nel respingere la censura suindicata, afferma l'irrilevanza del punteggio per il canone ai fini dell'aggiudicazione dell'incanto, in quanto il giudice di primo grado avrebbe dovuto valorizzarne l'incidenza ai fini della realizzabilità dell'offerta ed avrebbe dovuto prendere in considerazione il fatturato effettivamente conseguibile per il tramite della gestione dei distributori automatici, di gran lunga inferiore a quello stimato da controparte.

Analoghe violazioni sono contestate alla Basilisco, seconda classificata, che ha individuato quale subappaltatore l'impresa Ciprietti, la quale ha ricoperto la duplice veste di subappaltatore della Basilisco e di

concorrente all'incanto quale impresa singola, fin quando non ha deciso di ritirare la propria offerta, non versando la sanzione irrogata dalla stazione appaltante ai sensi dell'art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50/2016.

Ebbene, deduce la parte appellante che la Ciprietti, nel momento in cui ha presentato la propria offerta, non poteva non conoscere parte rilevante dell'offerta economica della Basilisco, avendo pattuito il canone/prezzo che la stessa Basilisco ha offerto per la gestione dei distributori automatici.

Infine, evidenzia la parte appellante che anche il disciplinare, all'art. 6 (pag. 32), ha previsto espressamente l'esclusione del concorrente che partecipi in più forme all'incanto.

La censura non è meritevole di accoglimento. Deve premettersi che le deduzioni concernenti la posizione dell'impresa aggiudicataria Sirio s.p.a. si propongono di dimostrare la riconducibilità delle offerte presentate dalle concorrenti che, come la stessa aggiudicataria, hanno indicato quale subappaltatrice, relativamente alla attività di somministrazione di alimenti e bevande mediante distributori automatici, la società Sogeda, ad un unico centro decisionale: ciò in quanto una delle componenti dell'offerta economica (incidente, ai fini della relativa valutazione, fino ad un massimo di 10 punti,

sui complessivi 60 attribuibili) aveva appunto ad oggetto il “canone annuo offerto per ciascun distributore di alimenti e bevande installato”.

Ebbene, deve premettersi che la fattispecie è allo stato regolata dall'art. 80, comma 5, lett. m) d.lvo n. 50/2016, ai sensi del quale è disposta l'esclusione nei confronti dell'operatore economico che “si trovi rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale”.

Esclusa la pertinenza, in relazione alla fattispecie oggetto di giudizio, della prima ipotesi, va osservato che rileva, ai fini applicativi della disposizione, l'”esistenza di un unico centro decisionale e non anche la concreta idoneità ad alterare il libero gioco concorrenziale. Ciò, in quanto la riconducibilità di due o più offerte a un unico centro decisionale costituisce *ex se* elemento idoneo a violare i generali principi in tema di *par condicio*, segretezza e trasparenza delle offerte” (cfr., in sede interpretativa della analoga disposizione previgente, Consiglio di Stato, Sez. V, 18 luglio 2012, n. 4189).

Inoltre, come statuito anche di recente dal giudice amministrativo (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 4 gennaio 2018, n. 58), “va innanzitutto ricordato come l’onere della prova del collegamento tra imprese ricada sulla stazione appaltante o, comunque, sulla parte che ne affermi l’esistenza, al fine della loro esclusione dalla gara, dimostrazione che deve necessariamente fondarsi su elementi di fatto univoci - non suscettibili cioè di letture alternative o dubbie - desumibili sia dalla struttura imprenditoriale dei soggetti coinvolti (ossia dal loro assetto interno, personale o societario - cd. aspetto formale), sia dal contenuto delle offerte dalle stesse presentate (cd. aspetto sostanziale)”.

Ebbene, con riferimento al caso di specie, deve in primo luogo osservarsi che la mera circostanza attinente alla comunanza a più concorrenti, tra le quali l’impresa aggiudicataria, dell’impresa subappaltatrice, se può rivelarsi indicativa di una “relazione” tra imprese, non riguarda (direttamente) le imprese partecipanti alla gara, come richiesto dalla norma suindicata, ma, semmai, la singola impresa subappaltante e quella subappaltatrice.

Inoltre, la mera sussistenza della suddetta relazione non dimostra per ciò solo, nemmeno su un piano concretamente indiziario, che le offerte prodotte dalle

imprese subappaltanti siano imputabili “ad un unico centro decisionale”, quale dovrebbe essere la comune impresa subappaltatrice, e comunque che l’influenza da questa esercitata sulla (parziale) conformazione delle offerte delle concorrenti suindicate sia stata orientata al perturbamento del fisiologico confronto concorrenziale.

Un conto, infatti, è la constatazione, del tutto oggettiva ed inconfutabile, che la comune impresa subappaltatrice abbia influito sulla determinazione della componente delle offerte economiche presentate dalle imprese subappaltanti inerente alla parte del servizio oggetto di subappalto, avente peraltro rilevanza secondaria ai fini della valutazione delle offerte medesime (trattandosi di dato intrinseco nel fatto che più concorrenti, in assenza di alcun divieto di legge, abbiano subappaltato una parte della prestazione ad una identica impresa subappaltatrice), un altro è l’attribuzione, a siffatta circostanza, di una valenza negativa, in quanto ipoteticamente diretta ad influenzare la dinamica concorrenziale, quale deve liberamente esprimersi nell’ambito della gara: profilo quest’ultimo, tuttavia, in ordine al quale non è ravvisabile alcun concreto elemento probatorio.

La parte appellante, non potendo sostenere che la differenziazione dei canoni pattuiti tra

l'unica impresa subappaltatrice e le plurime imprese subappaltanti abbia costituito il prodotto dell'accordo anticoncorrenziale, giunge a ricavare da esso la volontà strumentale delle imprese, ipoteticamente collegate dalla unicità del centro decisionale, di dissimulare l'ipotizzato collegamento: così ragionando, tuttavia, essa è costretta ad assumere che l'unico centro decisionale abbia influito sulla complessiva formulazione delle offerte economiche (e non solo, quindi, della componente attinente al canone relativo ai distributori automatici, cui si riferisce il subappalto), senza che tuttavia a sostegno di tale ipotesi, si ripete, sia indicato alcuno specifico elemento indiziario.

In siffatto contesto, la ravvisata "relazione" tra l'impresa aggiudicataria e quella subappaltatrice nonché quella tra questa e le altre imprese subappaltanti rimangono finì a sé stesse, non potendo per tale via condurre all'esclusione delle imprese interessate, come ha rilevato la giurisprudenza allorché ha statuito che "ai fini della predetta esclusione non è sufficiente una generica ipotesi di collegamento "di fatto", essendo necessario che per tale via risulti concretamente inciso l'interesse tutelato dalla norma, volta ad impedire un preventivo concerto delle offerte (*ex multis*, Cons. Stato, V, 16 dicembre 2016 n. 5324) tale da comportare un *vulnus* al

principio di segretezza delle stesse (Cons. Stato, V, 11 luglio 2016, n. 3057)''.

Ad analoghe conclusioni deve pervenirsi con riguardo alla posizione dell'impresa Basilisco, seconda classificata, la cui necessaria esclusione viene fatta discendere dalla parte appellante dal fatto che essa ha indicato, quale impresa subappaltatrice, l'impresa Ciprietti, la quale ha anche partecipato in proprio alla gara, pur essendone stata esclusa (all'esito della mancata utilizzazione del soccorso istruttorio offertole dall'Amministrazione).

Invero, l'assunto attoreo, secondo cui la Ciprietti, nel momento in cui ha presentato la propria offerta, non poteva non conoscere parte rilevante dell'offerta economica della Basilisco, avendo pattuito il canone/prezzo che la stessa Basilisco ha offerto per la gestione dei distributori automatici, non è condivisibile

In primo luogo, come si è detto, il canone pattuito per il subappalto incide in misura minoritaria, e comunque tutt'affatto "rilevante", sull'offerta economica complessiva.

Inoltre, la presunzione che la relazione di subappalto determini necessariamente la condivisione genetica delle offerte dell'impresa subappaltante e di quella subappaltatrice, che sia anche concorrente in

proprio, si fonda su una visione patologica, e come tale bisognevole di dimostrazione almeno indiziaria, dei rapporti tra le imprese concorrenti alla gara, al fine di bilanciare, sul piano appunto probatorio, la regola opposta, ricavabile da non meno attendibili massime di esperienza, secondo cui le imprese tengono segreta la loro offerta, anche nell'ambito di relazioni imprenditoriali aventi una autonoma e legittima finalità (come quella propria del subappalto), al fine di aumentare le proprie potenzialità competitive.

Del resto, sarebbe del tutto paradossale (e, in quanto tale, non certo idoneo a fornire un argomento a favore della tesi di parte appellante) che un'impresa, la quale abbia partecipato alla gara animata da una finalità perturbatrice della concorrenza, decida di desistere dal suo disegno e di non avvalersi della possibilità di sanatoria offertale dalla stazione appaltante, impedendo all'impresa collegata di concretizzare l'indebito vantaggio competitivo che si era prefigurato.

Infine, non può essere invocato, a sostegno della censura in esame, il disposto dell'art. 6 del disciplinare di gara, laddove prevede che "la violazione dei divieti posti dalla legge e dal presente disciplinare di gara alla partecipazione in più forme di uno stesso soggetto" dà luogo alla sanzione dell'esclusione.

La clausola, infatti, rinvia ad altre disposizioni, di cui non è dato rinvenire l'esistenza con riferimento alla specifica fattispecie di cui si tratta: in particolare, tale non può essere ritenuto il disposto dell'art. 105, comma 4, lett. a) d.lvo n. 50/2016, come sostituito dall'art. 69, comma 1, lett. d), d.lvo 19 aprile 2017, n. 56, ai sensi del quale “i soggetti affidatari dei contratti di cui al presente codice possono affidare in subappalto le opere o i lavori, i servizi o le forniture compresi nel contratto, previa autorizzazione della stazione appaltante purché l'affidatario del subappalto non abbia partecipato alla procedura per l'affidamento dell'appalto”.

In primo luogo, invero, la norma non è applicabile *ratione temporis* al procedimento di gara *de quo*.

In secondo luogo, essa non sancisce un divieto di partecipazione, ma semmai un divieto di utilizzare come subappaltatore un soggetto che abbia partecipato alla medesima gara.

Deve adesso esaminarsi la censura, il cui accoglimento comporterebbe la riedizione integrale della gara, con la quale la parte appellante evidenzia di aver eccepito l'illegittimità della *lex specialis* anzitutto per violazione dei c.d. CAM (criteri ambientali minimi) previsti dal d.m. Ambiente 25.7.2011

e dall'Allegato 1, relativamente alle “specifiche tecniche premianti”, ossia a quella parte dei CAM che individuano i criteri ambientali “premiati”, da introdurre nelle gare d'appalto esperite con il criterio di aggiudicazione dell'offerta “economicamente più vantaggiosa”.

In particolare, l'appellante deduce di aver contestato la non corrispondenza tra il punto 5.4.5 del d.m. ed il sub-criterio E della normativa di gara, evidenziando che il punto 5.4.5 del d.m. prevede la possibilità di assegnare dei punteggi all'offerente che si impegna a: “criterio a) effettuare attività di deposito e trasporto delle merci mediante soluzioni collettive come il magazzinaggio comune e gli spostamenti a pieno carico degli automezzi, con conseguente riduzione del numero di viaggi; criterio b) organizzare e attuare sistemi di mobilità sostenibile del personale assegnato alla commessa”.

Ebbene, lamenta la parte appellante che il predetto criterio ambientale minimo non si rinviene nel sub-criterio E elaborato dalla P.A., relativo alle “modalità di trasporto dei prodotti (sia per il servizio bar che per il servizio di somministrazione automatica) anche in relazione al mantenimento della catena del fresco, nonché in relazione al numero di addetti a tempo pieno numero e numero e tipologia degli automezzi

unicamente dedicati a questa concessione, precisando la normativa UE antinquinamento (euro 2, 3, 4, 5) che questi rispettano: Max punti 3”: difatti, essa osserva, la P.A. vi ha inserito illogicamente le diverse caratteristiche ambientali previste dal d.m. quali specifiche tecniche di base, mentre nessuno dei criteri ambientali evocati dal giudice di primo grado rientra tra i CAM premianti.

La censura non è meritevole di accoglimento. In primo luogo, non è illustrata l'incidenza della profilata illegittima formulazione della *lex specialis* sul procedimento di gara ed in particolare sulla conformazione della graduatoria conclusiva, al fine di apprezzare l'interesse, *sub specie* di lesione subita, della parte appellante al suo accoglimento.

Inoltre, non sussiste, in radice, l'allegata illegittimità, la quale si fonda sul presupposto, invero insussistente, che l'Amministrazione fosse vincolata a conformare la *lex specialis* secondo i “criteri ambientali premianti” di cui al d.m. 25 luglio 2011 (Adozione dei criteri minimi ambientali da inserire nei bandi di gara della Pubblica amministrazione per l'acquisto di prodotti e servizi nei settori della ristorazione collettiva e fornitura di derrate alimentari e serramenti esterni).

Deve invero evidenziarsi che, ai sensi dell'art. 34, comma 1, d.lvo n. 50/2016 (Criteri di sostenibilità energetica e ambientale), nella

formulazione vigente *ratione temporis*, “le stazioni appaltanti contribuiscono al conseguimento degli obiettivi ambientali previsti dal Piano d’azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione attraverso l’inserimento, nella documentazione progettuale e di gara, almeno delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei criteri ambientali minimi adottati con decreto del Ministro dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare e conformemente, in riferimento all’acquisto di prodotti e servizi nei settori della ristorazione collettiva e fornitura di derrate alimentari, a quanto specificamente previsto all’articolo 144”.

Ebbene, è sufficiente evidenziare che le “specifiche tecniche premianti”, rilevanti ai fini dell’attribuzione del punteggio nell’ambito delle gare da aggiudicare secondo il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, si distinguono, per la fase procedurale di riferimento, dalle “specifiche tecniche di base” e dalle “condizioni di esecuzione/clausole contrattuali”, alle quali unicamente fa riferimento la norma citata laddove ne sancisce il necessario inserimento nella documentazione di gara, per escludere che identico trattamento debba essere

riservato alle prime, come sostenuto dalla parte appellante.

Delle “specifiche tecniche premianti” si occupa invece il comma 2 dell’articolo citato, laddove dispone che “i criteri ambientali minimi definiti dal decreto di cui al comma 1 sono tenuti in considerazione anche ai fini della stesura dei documenti di gara per l’applicazione del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell’articolo 95, comma 6”: la norma tuttavia, nello stabilire che le stesse (in quanto parte integrante, in base al d.m. 25 luglio 2011, dei “criteri ambientali minimi”) debbano essere semplicemente “tenute in considerazione”, non fissa un rapporto di rigida corrispondenza tra le stesse ed i criteri di valutazione delle offerte tecniche contenuti nella *lex specialis*.

La previsione, del resto, corrisponde a quella del d.m. citato, laddove dispone che “un appalto è «verde» se integra tutti i criteri «di base». Le stazioni appaltanti sono comunque invitate ad utilizzare anche quelli «premiati» quando aggiudica la gara d'appalto all’offerta economicamente più vantaggiosa”, fissando una norma atta ad incentivare, senza rendere rigorosamente obbligatorio, l’adattamento della *lex specialis* ai suddetti criteri di carattere “premiante”.

A non diverse conclusioni, con diretto riferimento ai servizi di ristorazione (quale deve essere qualificato quello oggetto di gara, ai sensi dell'allegato IX) deve pervenirsi in relazione al richiamato art. 144 d.lvo n. 50/2016, il cui comma 1 prevede che “i servizi di ristorazione indicati nell'allegato IX sono aggiudicati secondo quanto disposto dall'articolo 95, comma 3. La valutazione dell'offerta tecnica tiene conto, in particolare, degli aspetti relativi a fattori quali la qualità dei generi alimentari con particolare riferimento a quella di prodotti biologici, tipici e tradizionali, di quelli a denominazione protetta, nonché di quelli provenienti da sistemi di filiera corta e da operatori dell'agricoltura sociale, il rispetto delle disposizioni ambientali in materia di green economy, dei criteri ambientali minimi pertinenti di cui all'articolo 34 del presente codice e della qualità della formazione degli operatori”.

Ebbene, non può dubitarsi che il criterio di valutazione E, oggetto di contestazione (e la cui formulazione è opportuno riportare ancora una volta: “modalità di trasporto dei prodotti (sia per il servizio bar che per il servizio di somministrazione automatica) anche in relazione al mantenimento della catena del fresco, nonché in relazione al numero di addetti a tempo pieno numero e

numero e tipologia degli automezzi unicamente dedicati a questa concessione, precisando la normativa UE antinquinamento (euro 2, 3, 4, 5) che questi rispettano: Max punti 3”), appare appunto ispirarsi (pur senza riprodurre pedissequamente) alla finalità di “premiare” con uno specifico punteggio le offerte che si mostrino rispettose delle esigenze di tutela ambientale, pur se interpretate in modo autonomo dalla stazione appaltante, anche in funzione della specificità della gara e del servizio che ne costituisce oggetto, in considerazione del fatto che la norma non impone la pedissequa applicazione dei “criteri ambientali minimi” di cui all’art. 34, ma di quelli soli che risultino “pertinenti” all’oggetto della gara.

Deduce ancora la parte appellante l’estraneità e l’inconferenza all’oggetto della concessione delle specifiche tecniche di base degli alimenti da fornire, individuate da pagina 5 a pagina 8 del capitolato, nonché l’ambiguità della *lex specialis* che, pur avendo vietato il mutamento della destinazione d’uso dei locali in cui eseguire il servizio bar, ha contraddittoriamente previsto la possibilità di richiedere al concessionario ulteriori “attività commerciali complementari”, non corredata dalla preventiva quantificazione del relativo canone.

In particolare, deduce la parte appellante che l'art. 2, pt. 5.3 e ss, del capitolato ha imposto il rispetto di obbligatorie specifiche tecniche per alimenti estranei alla gestione di un bar: invero l'Ente ha prescritto dettagliati requisiti per materie prime comunemente impiegate in un ristorante/pizzeria/tavola calda, ma non in un bar, quali pasta, legumi, cereali, riso, farina, patate, polenta, uova, frutta, verdura, ortaggi, olio extravergine e carne, prescrivendone l'origine biologica, IGP o DOP.

Difatti, essa aggiunge, tali prodotti sono destinati alla trasformazione ed alla preparazione di piatti caldi e freddi (primi o secondi piatti), non previsti dal CSA e che non potevano essere offerti nella gara in questione.

La censura non può essere accolta.

La clausola censurata, ove avesse assunto carattere ostativo alla partecipazione alla gara dell'impresa appellante (come sembrerebbe essere coerente con la sua natura, essendo finalizzata a precisare le condizioni minime per assicurare la rispondenza dell'offerta agli obiettivi perseguiti dall'Amministrazione), avrebbe dovuto essere tempestivamente impugnata, mentre, ipotizzandone la mera incidenza sulla valutazione delle offerte, non è indicato il pregiudizio sofferto per effetto della stessa dalla parte appellante (non senza

osservare che, come correttamente evidenziato dalla parte appellata, la concessine ha ad oggetto, in termini ampi, la somministrazione di alimenti, nell'ambito dei quali sono ben annoverabili prodotti in relazione ai quali le citate specifiche tecniche risultano tutt'altro che inconferenti).

Deduce ancora la parte appellante che, se la P.A. ha vietato di proporre attività comportanti la modifica della destinazione d'uso dei locali, la stessa non poteva riservarsi, al punto 6 del capitolato, l'affidamento diretto di "ulteriori attività", anche perché, ai sensi dell'art. 167 d.lgs. n. 50/2016, il relativo affidamento deve essere corredato dalla preventiva quantificazione del valore della prestazione: ne consegue, essa aggiunge, l'inammissibilità della clausola, che non ha specificato né le ulteriori attività commerciali, né la misura economica su cui basare tale maggiorazione, la cui determinazione è stata così rimessa all'unilaterale discrezionalità della Direzione Sanitaria, in violazione delle norme che ne impongono la predeterminazione (come appunto l'art. 167 d.lgs. n. 50/2016).

Le censura non può essere accolta, dovendo ribadirsi, anche in relazione alla stessa, l'assenza di alcun profilo di pregiudizio ai danni della parte appellante (anche in ragione

del carattere del tutto eventuale dell'affidamento di "ulteriori attività").

Lamenta ancora la parte appellante che la *lex specialis* ha rivelato la sua contraddittorietà anche sotto un ulteriore profilo: mentre il pt. 6 dell'art. 1 del capitolato, più sopra richiamato, sembra presupporre la possibilità di svolgere attività complementari o analoghe a quella di gestione del bar, il successivo art. 4, punto 3, prevede il divieto di modificare la destinazione d'uso dei locali, ribadito al punto 6, salvo autorizzazione della ASL.

Anche in ordine a tale censura, non può non ribadirsi che nessun pregiudizio deriva, anche in ragione del carattere eventuale della "estensione", alla parte appellante, fermo restando che il carattere "complementare", "analogo" e "strettamente accessorio" delle attività oggetto di ulteriore affidamento all'aggiudicatario, fissato dalla *lex specialis*, consente di escludere ogni profilo di contraddittorietà della previsione con il divieto di mutamento della destinazione d'uso dei locali (a tacere del fatto che le clausole citate non prevedono un divieto assoluto di modificare la destinazione d'uso dei locali, limitandosi a subordinarla all'autorizzazione o all'accordo con l'Amministrazione concedente).

Deduce ancora la parte appellante che il T.A.R. ha ritenuto legittima l'offerta della

Sirio e della Basilisco, laddove prevedono di realizzare un minimarket per la rivendita di prodotti “no-food” all’interno dei locali destinati ad ospitare il bar, ritenendo che ciò non stravolga la natura della concessione, trattandosi di articoli aventi interesse commerciale per l’utenza: così statuendo, tuttavia, il T.A.R. ha innovato processualmente l’oggetto della concessione, rigorosamente circoscritto dalla *lex specialis* alla rivendita di alimenti e bevande.

Il divieto di rivendere prodotti “no-food”, prosegue la parte appellante, consegue anche all’assenza nella medesima *lex specialis* di prescrizioni relative alle caratteristiche minime essenziali che dovrebbero rispettare.

Osserva sul punto la parte appellante che è inammissibile, anche per ultra-petizione, il riferimento alla presunta offerta di prodotti “no-food” anche da parte della Glid, anzitutto perché giammai dedotta dalle controparti, neppure per il tramite di un rituale ricorso incidentale, poi in quanto la commissione non ha mai contestato e/o rilevato l’offerta di prodotti “no-food” all’interno del bar.

Di conseguenza, allega la parte appellante, entrambe le controinteressate dovevano essere escluse, essendosi al cospetto della formulazione di offerte tecniche indeterminate o condizionate, o comunque

inficiate da inammissibili varianti, in ragione della volontà manifestata dalla Sirio e dalla Basilisco di svolgere un'attività diversa e dunque vietata dalla stazione appaltante.

Per di più, essa lamenta, la commercializzazione di prodotti “no-food” è un espediente che ha recato un ingiustificato vantaggio competitivo alle contropartite, con evidente pregiudizio della *par condicio*, che impone di attenersi scrupolosamente e diligentemente alle regole di gara dettate dalla stazione appaltante.

Il divieto di commercializzare prodotti “no-food”, continua la parte appellante, promana anche dalle diverse ed ulteriori autorizzazioni, neppure presentate dalle contropartite, cui è subordinata la loro vendita.

Per di più, essa evidenzia, il predetto divieto è confermato anche dalla *lex specialis*, laddove ha vietato espressamente ogni modifica della destinazione d'uso dei locali messi a disposizione per l'esecuzione della concessione (cfr. capitolato, pag. 10, pt. 6) e laddove (cfr. pag. 2 del disciplinare) ha specificato che gli spazi individuati nelle allegate planimetrie sono dedicati esclusivamente all'esecuzione delle prestazioni (vendita di prodotti alimentari) oggetto della commessa: detti spazi, ha preavvertito sempre il disciplinare, accettato e non contestato dalle contropartite, saranno

anche oggetto di una riduzione, dal che consegue un'ulteriore e dirimente circostanza idonea ad avvalorare il divieto di vendere prodotti "no-food".

Infine, deduce la parte appellante che le offerte della Sirio e della Basilisco si confermano indeterminate e condizionate, o comunque oggetto di inammissibili varianti, anche per aver destinato un'area specifica al servizio di gastronomia calda per primi piatti, secondi, contorni e pizza, in contrasto con quanto previsto dalla *lex specialis* sia in ordine alla attività richieste e quindi suscettibili di svolgimento, sia riguardo alla destinazione d'uso dei locali, sia riguardo all'offerta di articoli non previsti: in particolare, la Basilisco ha previsto la realizzazione di un "corner pasta", dotato di tutte le attrezzature necessarie per la preparazione di primi caldi, descritto in uno specifico paragrafo della relazione tecnica e nella planimetria allegata, mentre la Sirio la progettazione di un laboratorio pizzeria con nuovi forni e spazi necessari al lavoro del pizzaiolo (figura professionale richiamata alle pagg. 23 e 118 della relazione tecnica).

La censura, nella sua complessiva articolazione, non può essere accolta.

In primo luogo, non è specificato né dimostrato il "vantaggio competitivo" che le imprese controinteressate avrebbero

conseguito mediante la previsione, contenuta nelle loro offerte, di realizzare un'area "no-food".

In secondo luogo, la previsione medesima (così come, a maggior ragione, quella relativa alla previsione di un "corner-pasta" e di un laboratorio pizzeria) appare coerente con la filosofia ispiratrice della *lex specialis*, la quale ammette, come si è visto, la possibilità di affidare all'aggiudicatario "attività analoghe o strettamente accessorie a quelle oggetto dell'appalto o che si renderanno necessarie per una migliore esecuzione delle attività originariamente affidate, o che si riveleranno opportune per un miglior servizio/comfort da rendere agli utenti dell'Azienda; ovvero estendendo le attività già affidate per quantità o articolazione del servizio".

Ove poi si intendesse sostenere che, mediante il così operato ampliamento dell'oggetto della concessione, le imprese proponenti hanno migliorato le prospettive di redditività del servizio, senza nel contempo assumere alcun obbligo economico aggiuntivo a quello correlato alla gestione del bar, non può non rilevarsi che tale evenienza non confligge con la tutela della *par condicio*, integrando una facoltà di cui, per la sua compatibilità con la disciplina di gara, ogni concorrente avrebbe potuto avvalersi,

modulando coerentemente il progetto tecnico proposto.

Deve conseguentemente respingersi la deduzione secondo la quale le offerte delle controinteressate avrebbero dovuto essere escluse perché “condizionate” ed “indeterminate”, sia perché le stesse non incorrono in alcun divieto della *lex specialis*, sia perché, comunque, proprio perché attinenti ad aspetti accessori ed integrativi dell’offerta, peraltro non rilevanti ai fini dell’attribuzione del punteggio tecnico, non sono idonee ad inficiare la corrispondenza della stessa al contenuto principale della concessione.

Lamenta ancora la parte appellante che i verbali di gara non hanno dato conto delle cautele adottate per la conservazione dei plichi, censurando la sentenza appellata sulla scorta del rilievo che i verbali non hanno certificato: a) quando il RUP avrebbe consegnato le offerte alla commissione; b) quando il RUP avrebbe inserito le offerte economiche in un armadio chiuso a chiave.

Per di più, aggiunge la parte appellante, il T.A.R. ha completamente obliterato lo svolgimento di due sedute riservate, svoltesi il 19 ed il 24 gennaio 2017, senza che i verbali attestassero nulla riguardo al luogo in cui si trovavano i plichi all’inizio delle sedute ed al luogo in cui sono stati riposti a conclusione delle stesse: pertanto, diversamente da quanto

asserito dal T.A.R., i verbali delle sedute riservate non danno conto delle cautele adottate per la conservazione dei plichi né nei quattro mesi intercorsi tra la seduta pubblica del 6.12.2016 e quella del 9.3.2017 né durante le successive operazioni di valutazione delle offerte.

La censura non è meritevole di accoglimento. Deve preliminarmente rilevarsi che i verbali delle sedute di gara contengono sufficienti indicazioni in ordine alle modalità di conservazione dei plichi.

In particolare, nel verbale del 6.12.2016 si dà atto che “i plichi contenenti le offerte economiche vengono inseriti in un plico, alla presenza dei rappresentanti delle ditte presenti. Tale plico viene chiuso, sottoscritto sui lembi di chiusura da detti rappresentanti e sigillato” e che “il plico sarà inserito alla presenza di detti rappresentanti nell’armadio chiuso a chiave nella stanza dell’autorità di gara e la cui chiave sarà custodita dalla medesima”, mentre, quanto ai plichi contenenti la documentazione amministrativa ed a quelli contenenti la documentazione tecnica, viene dato atto che essi “vengono presi in consegna dal RUP per essere consegnati alla commissione giudicatrice”.

I verbali del 19.1.2017 e del 24.1.2017, invece, non hanno ad oggetto attività che prevedano l’apertura dei plichi, per cui non si rendeva

necessaria alcuna verbalizzazione in ordine alle modalità di conservazione degli stessi.

Infine, nel verbale del 24.4.2017 si da atto che “si procede all’ estrazione del plico contenente le buste contenenti le offerte economiche dall’armadio chiuso a chiave in cui sono state inserite nel corso della seduta pubblica del 6.12.2016, dando pubblicamente atto che il plico è integro”.

Ebbene, in primo luogo, quanto alle offerte economiche, dai menzionati verbali si evince la continuità della loro conservazione, nel corso di tutto l’*iter* della gara, all’interno dell’armadio in cui sono state collocate: il fatto poi che non si indichi quando il RUP avrebbe consegnato le offerte medesime alla commissione e quando il medesimo organo le avrebbe inserite in un armadio chiuso a chiave non inficia il carattere fidefacente dei verbali di gara in ordine alle modalità di conservazione, attenendo ad aspetti di mero dettaglio.

Quanto poi al fatto che i verbali delle sedute riservate non danno conto delle cautele osservate per la conservazione dei plichi, deve rilevarsi che gli adempimenti posti in essere in occasione della seduta del 6.12.2016 relativamente alla documentazione tecnica (mediante la constatazione pubblica del contenuto e la sigla dell’ autorità di gara “in prima pagina se fascicolata e sui singoli fogli

se sciolti”) costituiscono sufficiente garanzia di trasparenza e corretta conservazione della stessa.

Con ulteriore censura, la parte appellante evidenzia di aver contestato il punteggio attribuito alla Sirio ed alla Basilisco riguardo ai distributori automatici offerti (sub-criterio D), censurando i rilievi del T.A.R. secondo cui la ricorrente avrebbe ottenuto il massimo punteggio per l’offerta tecnica e non avrebbe offerto “rilievi oggettivi” dell’esorbitante punteggio attribuito alle controinteressate.

Essa lamenta quindi che il T.A.R. non si è avveduto che aveva documentato ed illustrato le migliori caratteristiche dei propri distributori automatici rispetto a quelli offerti dalle controinteressate, evidenziando che a differenziare il punteggio doveva essere il *software* e le applicazioni informatiche di cui erano dotati, l’accessibilità ai disabili, la qualità e la varietà dei prodotti (alimenti, bevande, ecc.) offerti.

Precisa al riguardo la parte appellante che i distributori offerti dalla Methodo sono multilingue e, grazie alla loro struttura e conformazione, sono accessibili a tutti, anche alle persone con disabilità; inoltre, dal punto di vista dell’offerta dei prodotti erogati, ed in particolare degli snack sia dolci che salati, ampio spazio viene riservato ai prodotti da forno biologici e salutistici senza glutine,

senza zuccheri, senza lieviti, grassi idrogenati od Ogm, a Km 0, realizzati con farine selezionate, ricchi di fibre e dolcificati con sciroppi di cereali, in grado di contribuire a prevenire i disturbi legati ad un'alimentazione poco corretta, rientrando nella maggior parte delle iniziative a livello europeo di educazione alimentare; a ciò si aggiunge la presenza di particolari decalcificatori tali da impedire l'accumulo di calcare preservando la qualità dell'acqua, in grado dunque di erogare caffè dalle elevate e costanti caratteristiche qualitative.

Aggiunge la parte appellante che la possibilità per l'utente di acquistare i prodotti anche tramite una "app" dedicata gratuita per sistemi IOS e Android rappresenta la caratteristica più innovativa, sia dal punto di vista della modalità dei pagamenti, sia dal punto di vista di una maggiore consapevolezza nell'acquisto: infatti, l'utente può acquistare qualsiasi prodotto tramite "smartphone", la ricarica del credito può essere effettuata con contante direttamente dal distributore automatico, ma anche con carta di credito e paypal, non necessitando di copertura telefonica o di dispositivi di telemetria collocati sul distributore, la "app", inoltre, consente di visualizzare la scheda del prodotto che si sta acquistando, evidenziando i principi nutrizionali e la possibile presenza

di allergeni, a dimostrazione del perseguimento dell'obiettivo della tutela della salute e del benessere alimentare.

La censura non è meritevole di accoglimento. Essa invero, ponendo in risalto i dedotti (ed altri qui non richiamati) profili migliorativi dell'offerta tecnica presentata dalla parte appellante, sarebbe astrattamente suscettibile di inficiare il giudizio tecnico espresso dalla Commissione di gara con riferimento alla relativa offerta: idoneità, tuttavia, puramente astratta, perché la parte appellante ha conseguito il massimo (40) punteggio previsto dal disciplinare di gara in relazione alla valutazione tecnica dell'offerta.

Non si ritiene possibile, invece, desumere dai menzionati profili migliorativi profili di illogicità o travisamento della valutazione riservata dalla Commissione alle offerte tecniche delle imprese controinteressate, dovendo la relativa valutazione essere correlata alle qualità tecniche delle rispettive offerte, in ordine alle quali i profili dedotti, afferenti esclusivamente alla proposta della parte appellante, non sono significativi.

Con ulteriore censura, la parte appellante deduce che la società Basilisco non ha prodotto in sede di gara:

a) né le schede tecniche dei mezzi di trasporto utilizzati per le merci;

b) né la carta di circolazione o altri elementi atti alla identificazione degli stessi mezzi.

Deduce quindi la parte appellante che la Basilisco doveva essere esclusa per effetto della carenza insanabile di un elemento essenziale dell'offerta tecnica, richiesto espressamente dall'art. 5.3.3 del disciplinare.

A sostegno della censura in esame, viene richiamata la *lex specialis* laddove ha richiesto l'allegazione della predetta documentazione, elevando non solo il numero di automezzi offerti, ma anche la classe di emissione (euro 3, 4, ecc.) di appartenenza a criterio di valutazione del progetto tecnico, per cui la carenza di tale elemento, integrante parte essenziale dell'offerta tecnica per espressa previsione della normativa di gara al fine di documentare le caratteristiche dei mezzi proposti, legittima l'esclusione della Basilisco o una diversa – e minore – valutazione dell'offerta presentata.

La censura non è meritevole di accoglimento. E' errata, in primo luogo, l'indicazione della componente della *lex specialis* che conterrebbe l'obbligo documentale di cui viene lamentata l'inosservanza: trattasi infatti del punto 5.3.3 del capitolato speciale, non del disciplinare di gara.

La differenza non è di poco momento, atteso che, come precisato nelle premesse del capitolato, "le disposizioni di cui al presente

Capitolato disciplinano la fase esecutiva del servizio in argomento”: ne consegue che da esso non possono farsi discendere obblighi documentali rilevanti ai fini della partecipazione alla gara (e sanzionabili, in caso di inosservanza, con l’esclusione).

Tale conclusione trova conferme nel disposto del punto 5.3.3. del capitolato, il quale è così formulato:

“5.3.3 Trasporti.

L’aggiudicatario deve utilizzare mezzi di trasporto a basso impatto ambientale per il trasporto delle merci, quali:

Mezzi di trasporto su ferro

Veicoli, almeno euro 4

Veicoli elettrici

Vetture ibride

Verifica: Il concessionario deve fornire una scheda dei mezzi di trasporto utilizzati per le merci, sottoscritta dal legale rappresentante, che riporti le seguenti indicazioni: la tipologia dei mezzi di trasporto delle merci e il numero dei mezzi di trasporto utilizzati; la targa dei mezzi di trasporto e copia delle carte di circolazione, se già disponibili”.

La disposizione riferisce quindi espressamente l’onere documentale *de quo* al “concessionario”, quindi alla fase esecutiva del rapporto di concessione, mentre, ai fini della valutazione dell’offerta tecnica sotto il profilo in esame (il quale trova riscontro nel

criterio di valutazione E: modalità di trasporto dei prodotti), è sufficiente che le caratteristiche dei mezzi siano illustrate secondo le modalità di cui all'art. 4, punto B) del disciplinare, relativo alla busta recante la scritta: "documentazione tecnica", nel senso che "tale busta deve contenere una relazione, redatta in lingua italiana, sottoscritta dal rappresentante ovvero dal soggetto munito dei necessari poteri di firma della società, necessaria alla valutazione qualitativa dell'offerta, che espliciti ciascun elemento di valutazione, descritto al successivo articolo 5".

Alla stessa conclusione reiettiva deve pervenirsi per quanto concerne l'attribuzione del punteggio sotto il profilo in esame, non potendo essere accolta, per le ragioni svolte, la deduzione di parte appellante intesa a sostenere la necessità di una valutazione deteriore dell'offerta tecnica della società Basilisco.

Infine, viene in rilievo la (collegata) censura con la quale viene dedotto che l'impresa Basilisco si è resa responsabile di ulteriori carenze documentali, nemmeno esaminate dal T.A.R., non avendo ottemperato al capitolato relativamente ai seguenti punti: a) 5.3.1 relativamente alle certificazioni dei prodotti alimentari; b). 5.3.2 con riferimento al nome commerciale ed alla marca dei

prodotti in cartatessuto; c) 5.3.4 circa la documentazione attestante i consumi delle attrezzature utilizzate; d) 5.3.5 rispetto al nome commerciale ed alla marca dei prodotti adibiti alla pulizia dei locali; e) 5.3.6 circa le informazioni relative agli imballaggi utilizzati; f) 5.3.7 circa la previsione di una specifica area destinata allo smaltimento dei rifiuti.

Deduce al riguardo la parte appellante che la società Basilisco doveva essere esclusa per violazione della *lex specialis* nella parte in cui ha individuato le suindicate caratteristiche minime e che in ogni caso è illogico il punteggio attribuito dalla commissione, stante la difformità e l'incompletezza della proposta avanzata, non sanabile mediante l'istituto del soccorso istruttorio.

Ebbene, l'infondatezza della censura discende dalle considerazioni poc'anzi formulate, in ordine alla inidoneità del capitolato speciale a generare obblighi documentabili di cui sia richiesto l'assolvimento fin dalla fase di svolgimento del procedimento di gara.

Esauriti i motivi di appello, deve essere respinta, allo stato, la domanda di declaratoria di inefficacia del contratto (che peraltro non risulta allo stato sottoscritto) e di subentro della parte appellante, atteso l'effetto rinnovatorio conseguente alla presente sentenza, relativamente allo svolgimento della verifica di anomalia dell'offerta economica

dell'impresa aggiudicataria da parte dell'Amministrazione appellata, solo all'esito della quale potrà individuarsi l'avente diritto all'aggiudicazione.

Alla stessa conclusione deve pervenirsi in ordine alla domanda risarcitoria per equivalente, non essendosi allo stato consolidato in capo alla parte appellante, nelle more dell'adozione delle ulteriori determinazioni da parte dell'Amministrazione concedente, alcun pregiudizio suscettibile di ristoro risarcitorio.

Infine, la particolare complessità dell'oggetto della controversia giustifica la compensazione delle spese di giudizio sostenute dalle parti, fermo il diritto *ex lege* della parte appellante al rimborso del contributo unificato versato in relazione ai due gradi di giudizio, a carico dell'Amministrazione appellata.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte, nei sensi e nei limiti precisati in motivazione, ed annulla per l'effetto il provvedimento di aggiudicazione impugnato in primo grado.

Spese dei due gradi di giudizio compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio
del giorno 15 marzo 2018 con l'intervento dei
magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Giulio Veltri, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Ezio Fedullo

IL PRESIDENTE

Marco Lipari

IL SEGRETARIO

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS





[Indietro](#)

Publicato il 17/04/2018

N. 02316/2018REG.PROV.COLL.
N. 07573/2017 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7573 del 2017, proposto da:

Eleonora Andena, Maria Luisa Arena, Fabrizio Artale, Elisabetta Atzeni, Maddalena Bettin, Claudia Bettiol, Linda Brandini, Deborah Caleca, Angela Carone, Maria Teresa Caruso, Laura Samanta Cicala, Marcella Ciullo, Michela Coletta, Emanuela D'Agostino, Valeria D'Argenio, Salvatore De Angelis, Pietro De Candia, Valeria De Liberis, Sonia Fabbri, Emanuela Famularo, Simona Farfai, Ivana Filippone, Mariaemmanuela Fine, Debora Fusco, Alessia Galante, Maria Gucciardo, Rozela Kakariqi, Viviana Larocca, Anna Valeria

Lattarulo, Alessandra Leone, Fabio Licciardi, Erika Lunadei, Marco Mazzon, Giovanna Maria Rita Messina, Maria Rosaria Miraglia, Carla Mirarchi, Mara Natale, Luigina Pace, Antonella Paoloni, Donatello Paone, Luana Pariano, Jessika Pedemonte, Maria Laura Pellicanò, Barbara Perrone, Valeria Perrone, Barbara Petrella, Giovanna Profetto, Emanuela Renda, Sara Risi, Anna Rita Romeo, Elisa Francesca Saba, Annalisa Sfavillante, Laura Sigismondi, Maria Elisabetta Spinelli, Nicoletta Tarisciotti, Valeria Torchia, Annarita Tripodi, Fiorella Troisi, Grazia Tropea, Anna Vastano, Maria Giovanna Verde, rappresentati e difesi dagli avvocati Santi Delia e Michele Bonetti, con domicilio eletto presso lo studio Bonetti in Roma, via S. Tommaso D'Aquino, 47;

contro

Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Valeria Bruccola e Rosa Sigillò non costituite in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE III BIS n. 10375/2017.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 marzo 2018 il Cons. Giordano Lamberti e uditi per le parti gli avvocati Michele Bonetti, Santi Delia e Barbara Tidore dell'Avvocatura Generale dello Stato;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1 - Gli appellanti sono in possesso del diploma magistrale con indirizzo sperimentale linguistico, conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002.

2 - Il D.M. MIUR – Dipartimento per l'Istruzione – n. 374/17 consente a tutti i soggetti aventi i titoli abilitanti di essere inseriti nella seconda fascia delle Graduatorie di circolo e di istituto escludendo, espressamente, i titolari del diploma magistrale ad indirizzo sperimentale linguistico.

2.1. – Precisamente, nel D.M. citato si legge: *sono, pertanto, esclusi i titoli di diploma di sperimentazione ad indirizzo linguistico di cui alla Circolare Ministeriale 11 febbraio 1991, n. 27, e*

delle sperimentazioni "Brocca" di Liceo linguistico in quanto il piano di studio non prevede le materie caratterizzanti necessarie ai fini del riconoscimento del valore abilitante del titolo, ovvero le Scienze dell'Educazione, la Pedagogia, la Psicologia generale, la Psicologia sociale e Metodologia ed esercitazioni didattiche comprensive di tirocinio".

3 – Gli appellanti hanno impugnato detta disposizione.

3.1 – Il Tar Lazio, con sentenza n. 10375/2017 depositata in data 16 ottobre 2017, ha respinto il ricorso, aderendo alla tesi ministeriale secondo la quale il diploma linguistico non può avere la stessa valenza del diploma magistrale - nonostante sia stato conseguito presso lo stesso istituto - in quanto divergono le materie di studio, e più specificamente sono assenti, nel conseguimento del diploma linguistico, determinante materie caratterizzanti.

4 – L'appello avverso tale pronuncia deve trovare accoglimento, conformemente all'orientamento già espresso da questo Consiglio.

5 – In fatto, è pacifico il possesso, in capo agli appellanti, del titolo magistrale sperimentale linguistico, conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002.

6 – Circa l'equiparazione di tale titolo al diploma magistrale, non può che confermarsi

quanto già più volte espresso dai numerosi precedenti di questa Sezione.

6.1 – E' dunque sufficiente ricordare che, in riferimento al titolo in possesso degli appellanti, a suo tempo intervenne il D.L. 10 marzo 1997, stabilendo all'art. 2 che: «... *i titoli di studio conseguiti al termine dei corsi... sperimentali di scuola magistrale... comunque conseguiti entro l'a.s. 2001-2002, conservano in via permanente l'attuale valore legale e consentono di partecipare... ai concorsi ordinari per titoli e per esami a posti di insegnante nella scuola materna e nella scuola elementare, secondo quanto previsto dagli articoli 399 e seguenti del... decreto legislativo n. 297 del 1994...».*

Mentre, l'art. 279 del d.lgs. n. 297 del 1994 riconosce «*piena validità agli studi compiuti dagli alunni delle classi o scuole interessate alla sperimentazione di cui all'art. 278, secondo criteri di corrispondenza fissati nel decreto del Ministro della pubblica istruzione che autorizza la sperimentazione*».

6.2 – La giurisprudenza (Con. St., sez. VI, 19 dicembre 2016, n. 5388) ha ulteriormente precisato che: «*la sperimentazione scolastica, intesa come ricerca e realizzazione di innovazioni degli ordinamenti e delle strutture, «è stata autorizzata ed attuata dall'Istituto magistrale (...)in vista del nuovo assetto dell'istruzione elementare, nel cui ordinamento didattico è ora compreso l'insegnamento della lingua straniera, e della formazione (anche a livello*

universitario) degli insegnanti elementari, tanto è che entrambi i corsi di sperimentazione (quello ad indirizzo linguistico e quello ad indirizzo pedagogico) tenuti in contemporanea dal medesimo Istituto, sono stati articolati in cinque anni di studio, con possibilità di accesso, a conclusione del ciclo, a tutte le facoltà universitarie»; l'equiparazione tra il mero diploma magistrale e il diploma di maturità linguistica rilasciati al termine di corso quinquennale, «appare conforme pure al nuovo assetto ordinamentale della scuola elementare, ove si consideri che l'insegnamento della lingua straniera è ricompreso negli ordinari programmi didattici» (Consiglio di Stato, sez. VI, 3 dicembre 2009, n. 7550; Id., sez. VI, 21 novembre 2016, n. 4850).

7 – In definitiva, non può che concludersi in senso conforme ai ricordati precedenti, secondo i quali “*a prescindere dall'interpretazione letterale del bando e dalla considerazione che le materie di insegnamento dei due indirizzi di studio dell'Istituto magistrale statale frequentato dalla ricorrente non erano, in parte, coincidenti - ritiene il Collegio che il diploma di maturità linguistica in possesso della ricorrente rappresenti titolo valido per l'ammissione alla procedura concorsuale oggetto della impugnata esclusione*” (Cons. Stato, Sez. VI 17 settembre 2014, n. 4723; in termini anche ordinanza 18 settembre 2015, n. 2218 e, tra le più datate, Cons. Stato, sez. VI, 3 dicembre 2009, n. 7550).

8 – Alla luce delle considerazioni che precedono l'appello deve trovare accoglimento. Le spese di lite, in ragione della non immediata applicabilità del quadro normativo, possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando, accoglie l'appello e, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso originario.

Spese di lite compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 marzo 2018 con l'intervento dei magistrati:

Sergio Santoro, Presidente

Vincenzo Lopilato, Consigliere

Marco Buricelli, Consigliere

Dario Simeoli, Consigliere

Giordano Lamberti, Consigliere,

Estensore

L'ESTENSORE
Giordano Lamberti

IL PRESIDENTE
Sergio Santoro

IL SEGRETARIO

© 2014 - giustizia-amministrativa.it

[Accessibilità](#) [Mappa del sito](#)

[Guida al sito](#)

[Informativa privacy](#) [Regole di accesso](#)

[Condizioni di utilizzo](#)



ANEXOS

TJUE

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS





LUXEMBOURG

ОБЩ СЪД НА ЕВРОПЕЙСКИЯ СЪЮЗ
TRIBUNAL GENERAL DE LA UNIÓN EUROPEA
TRIBUNÁL EVROPSKÉ UNIE
DEN EUROPÆISKE UNIONS RET
GERICHT DER EUROPÄISCHEN UNION
EUROOPA LIIDU ÜLDKOHUS
ΓΕΝΙΚΟ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟ ΤΗΣ ΕΥΡΩΠΑΪΚΗΣ ΕΝΩΣΗΣ
GENERAL COURT OF THE EUROPEAN UNION
TRIBUNAL DE L'UNION EUROPÉENNE
CÚIRT GHINEARÁLTA AN AONTAIS EORPAIGH
OPĆI SUD EUROPSKE UNIJE
TRIBUNALE DELL'UNIONE EUROPEA

EIROPAS SAVIENĪBAS VISPĀRĒJĀ TIESA
EUROPOS SĄJUNGOS BENDRASIS TEISMAS
AZ EURÓPAI UNIÓ TÖRVÉNYSZÉKE
IL-QORTI ĠENERALI TAL-UNJONI EWROPEA
GERECHT VAN DE EUROPESE UNIE
SĄD UNII EUROPEJSKIEJ
TRIBUNAL GERAL DA UNIÃO EUROPEIA
TRIBUNALUL UNIUNII EUROPENE
VŠEOBECNÝ SÚD EURÓPSKEJ ÚNIE
SPLOŠNO SODIŠČE EVROPSKE UNIJE
EUROOPAN UNIONIN YLEINEN TUOMIOISTUIN
EUROPEISKA UNIONENS TRIBUNAL

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL GERAL (Quarta Secção)

9 de março de 2018 *

«FEAGA — Despesas excluídas do financiamento — Ajudas por superfície — Despesas efetuadas por Portugal — Confiança legítima — Artigo 41.º, n.º 3, do Regulamento (CE) n.º 73/2009 — Artigo 31.º, n.º 2, do Regulamento (CE) n.º 1290/2005 — Proporcionalidade»

No processo T-462/16,

República Portuguesa, representada por L. Inez Fernandes, M. Figueiredo, J. Saraiva de Almeida e P. Estêvão, na qualidade de agentes,

recorrente,

contra

Comissão Europeia, representada por A. Sauka, na qualidade de agente, assistido por M. Marques Mendes e A. Dias Henriques, advogados,

recorrida,

que tem por objeto um pedido apresentado nos termos do artigo 263.º TFUE e destinado a obter a anulação da Decisão de Execução (UE) 2016/1059 da Comissão, de 20 de junho de 2016, que exclui do financiamento da União Europeia determinadas despesas efetuadas pelos Estados-Membros a título do Fundo Europeu Agrícola de Garantia (FEAGA) e do Fundo Europeu Agrícola de Desenvolvimento Rural (FEADER) (JO 2016, L 173, p. 59), na parte em que diz respeito à República Portuguesa,

O TRIBUNAL GERAL (Quarta Secção),

composto por: H. Kanninen, presidente, J. Schwarcz (relator) e C. Iliopoulos, juízes,

* Língua do processo: português.

secretário: G. Predonzani, administradora,

vistos os autos e após a audiência de 10 de outubro de 2017,

profere o presente

Acórdão

Antecedentes do litígio

- 1 De 30 de setembro a 4 de outubro de 2013, a Comissão Europeia procedeu a um inquérito, com a referência AA/2013/004, a fim de verificar a correta aplicação, pela República Portuguesa, das regras relativas às ajudas «Superfícies».
- 2 Por ofício de 22 de janeiro de 2014, a Comissão comunicou à República Portuguesa as suas constatações (a seguir «primeira comunicação»), em conformidade com o artigo 11.º, n.º 1, primeiro parágrafo, do Regulamento (CE) n.º 885/2006 da Comissão, de 21 de junho de 2006, que estabelece as regras de execução do Regulamento (CE) n.º 1290/2005 do Conselho no respeitante à acreditação dos organismos pagadores e de outros organismos e ao apuramento das contas do FEAGA e do FEADER (JO 2006, L 171, p. 90). A Comissão considerou que algumas despesas efetuadas não respeitaram o direito da União Europeia.
- 3 Por ofício de 6 de junho de 2014, a Comissão convidou as autoridades portuguesas para uma reunião bilateral, em conformidade com o artigo 11.º, n.º 1, terceiro parágrafo, do Regulamento n.º 885/2006. Esta reunião bilateral decorreu em 11 de julho de 2014.
- 4 A República Portuguesa respondeu às constatações da Comissão por ofício de 20 de junho de 2014.
- 5 Por ofício de 9 de outubro de 2014, a Comissão comunicou às autoridades portuguesas a ata da reunião bilateral.
- 6 Em 26 de fevereiro de 2015, a Comissão comunicou as suas conclusões à República Portuguesa, em conformidade com o artigo 11.º, n.º 2, terceiro parágrafo, do Regulamento n.º 885/2006. Dessa comunicação resultava que a Comissão mantinha a sua posição de que a aplicação dos pagamentos diretos das ajudas por superfície pelas autoridades portuguesas, nos exercícios de 2013 e 2014, não foi conforme com as normas da União. Propôs, assim, que fosse excluído do financiamento da União o montante de 29 957 192,92 euros.
- 7 Por ofício de 9 de abril de 2015, a República Portuguesa requereu a abertura de um procedimento no Órgão de Conciliação, em conformidade com o artigo 16.º do Regulamento n.º 885/2006. Em 23 de outubro de 2015, o Órgão de Conciliação concluiu ser impossível conciliar os pontos de vista das duas partes.

- 8 Por ofício de 17 de dezembro de 2015, a Comissão comunicou às autoridades portuguesas a sua posição definitiva.
- 9 Os fundamentos das correções financeiras efetuadas pela Comissão estão resumidos no relatório de síntese de 20 de maio de 2016, relativo aos resultados das verificações da Comissão no contexto do procedimento de apuramento da conformidade (a seguir «relatório de síntese»).
- 10 Através da Decisão de Execução (UE) 2016/1059, de 20 de junho de 2016, que exclui do financiamento da União Europeia determinadas despesas efetuadas pelos Estados-Membros a título do Fundo Europeu Agrícola de Garantia (FEAGA) e do Fundo Europeu Agrícola de Desenvolvimento Rural (FEADER) (JO 2016, L 173, p. 59, a seguir «decisão impugnada»), a Comissão excluiu do financiamento da União, por deficiências na consolidação, o montante de 29 957 339,70 euros relativo a despesas declaradas pela República Portuguesa no âmbito das ajudas por superfície, nos exercícios de 2013 e 2014.

Tramitação processual e pedidos das partes

- 11 Por petição que deu entrada na Secretaria do Tribunal Geral em 22 de agosto de 2016, a República Portuguesa interpôs o presente recurso.
- 12 A República Portuguesa conclui pedindo que o Tribunal Geral se digne:
 - anular a decisão impugnada, na parte em que lhe aplica uma correção financeira no montante de 29 957 339,70 euros de despesas efetuadas a título do Fundo Europeu Agrícola de Garantia (FEAGA);
 - condenar a Comissão no pagamento das despesas.
- 13 A Comissão conclui pedindo que o Tribunal Geral se digne:
 - negar provimento ao recurso;
 - condenar a República Portuguesa nas despesas.
- 14 Por requerimento apresentado na Secretaria do Tribunal Geral em 8 de fevereiro de 2017, a Comissão pediu, nos termos do artigo 68.º do Regulamento de Processo do Tribunal Geral, a apensação do presente processo ao processo T-463/16, Portugal/Comissão, para efeitos da fase oral e da decisão que porá termo à instância.
- 15 Após apresentação das observações da República Portuguesa sobre aquele pedido de apensação, o Tribunal Geral (Quarta Secção) decidiu, em 9 de março de 2017, não apensar os dois processos referidos.

Questão de direito

- 16 A República Portuguesa invoca três fundamentos de recurso, baseados:
- o primeiro, na violação do princípio da confiança legítima, na medida em que a Comissão reconheceu ter sido executado um programa de desenvolvimento público para «adaptar os direitos» em conformidade com o artigo 41.º, n.º 3, do Regulamento (CE) n.º 73/2009 do Conselho, de 19 de janeiro de 2009, que estabelece regras comuns para os regimes de apoio direto aos agricultores no âmbito da Política Agrícola Comum e institui determinados regimes de apoio aos agricultores, que altera os Regulamentos (CE) n.º 1290/2005, (CE) n.º 247/2006 e (CE) n.º 378/2007 e revoga o Regulamento (CE) n.º 1782/2003 (JO 2009, L 30, p. 16), mas recusou, *a posteriori*, financiar as despesas com base no ajustamento dos direitos que lhe fora proposto;
 - o segundo, na violação dos artigos 34.º, 36.º e 41.º, n.º 3, do Regulamento n.º 73/2009;
 - o terceiro, na violação do artigo 31.º, n.º 2, do Regulamento (CE) n.º 1290/2005 do Conselho, de 21 de junho de 2005, relativo ao financiamento da política agrícola comum (JO 2005, L 209, p. 1), e do princípio da proporcionalidade.

Quanto ao primeiro fundamento, baseado na violação do princípio da confiança legítima

- 17 A República Portuguesa alega que a Comissão, num primeiro momento, reconheceu que as autoridades portuguesas executaram um programa de desenvolvimento público para «adaptar os direitos» em conformidade com o artigo 41.º, n.º 3, do Regulamento n.º 73/2009, mas, num segundo momento, veio a excluir do financiamento da União despesas efetuadas na implementação desse programa. Ora, em seu entender, essa «mudança de apreciação» viola o princípio da confiança legítima.
- 18 A Comissão contesta a procedência deste fundamento.
- 19 No que respeita ao princípio da confiança legítima, resulta de jurisprudência constante que o direito de invocar este princípio se estende a qualquer interessado ao qual uma instituição da União tenha criado expectativas fundadas e que ninguém pode invocar uma violação deste princípio na falta de garantias precisas dadas pela Administração (v. Despacho de 4 de julho de 2013, *Menidzherski biznes reshenia*, C-572/11, não publicado, EU:C:2013:456, n.º 30 e jurisprudência referida).
- 20 Constituem garantias suscetíveis de criar essas expectativas, qualquer que seja a forma como são comunicadas, as informações precisas, incondicionais e concordantes que emanam de fontes autorizadas e fiáveis (v. Acórdão de 14 de

março de 2013, Agrargenossenschaft Neuzelle, C-545/11, EU:C:2013:169, n.º 25 e jurisprudência referida).

- 21 Este princípio também pode ser invocado por um Estado-Membro (v., neste sentido, Acórdão de 22 de abril de 2015, Polónia/Comissão, T-290/12, EU:T:2015:221, n.º 57 e jurisprudência referida).
- 22 No caso em apreço, há que salientar que, para sustentar que a Comissão violou o princípio da confiança legítima, a República Portuguesa baseia-se na seguinte passagem do ponto 2.1 da primeira comunicação, intitulado «Plano de consolidação português»:

«Torna-se, pois, necessário garantir que a aplicação do plano de ação relativo a 2011 – obrigatório para todos os agricultores – não terá efeitos negativos que se prolonguem para além do exercício de atualização de superfícies, conforme visado pelo plano.

As autoridades portuguesas decidiram, por conseguinte, em consulta com a [Direção-Geral (DG) “Agricultura e Desenvolvimento Rural”], que a consolidação de direitos será aplicada [artigo 18.º do Regulamento n.º 1120/2009] aos produtores que declarem, pelo menos, 50% dos direitos atribuídos anteriormente (em 2010).

Além disso, o mecanismo de recálculo de direitos previsto no artigo 81.º, n.º 3, do Regulamento (CE) n.º 1122/2009 aplicou-se aos agricultores que, na sequência do plano de ação, declararam menos 50% da superfície. Atendendo a que ambos os mecanismos de adaptação de direitos [artigo 18.º do Regulamento (CE) n.º 1120/2009 ou artigo 81.º do Regulamento (CE) n.º 1122/2009] assentam nos mesmos critérios objetivos, a fim de permitir a igualdade de tratamento dos agricultores e evitar distorções do mercado e da concorrência, todos os agricultores foram considerados elegíveis.

[...]

Para adaptar os direitos em conformidade com o artigo 18.º do Regulamento (CE) n.º 1120/2009 e com o artigo 41.º, n.º 3, do Regulamento (CE) n.º 73/2009, as autoridades portuguesas executaram um programa de desenvolvimento público.»

- 23 Ora, impõe-se constatar que a leitura desta passagem da primeira comunicação não permite extrair nenhuma garantia precisa dada pela Comissão relativamente à não imposição de correções financeiras.
- 24 Com efeito, resulta claramente do ponto 2.1 da primeira comunicação que a Comissão se limita a descrever a posição das autoridades portuguesas e o plano implementado para tentar cumprir os requisitos previstos no artigo 18.º do Regulamento (CE) n.º 1120/2009 da Comissão, de 29 de outubro de 2009, que estabelece normas de execução do regime de pagamento único previsto no título III do Regulamento (CE) n.º 73/2009 (JO 2009, L 316, p. 1), e no artigo 41.º,

n.º 3, do Regulamento n.º 73/2009. Contrariamente ao que a República Portuguesa dá a entender, não resulta de modo algum do referido ponto 2.1 que a Comissão reconhece a adequação do programa implementado para respeitar estas duas disposições e muito menos que a Comissão não aplicará correções financeiras.

- 25 Só no ponto 2.2 da primeira comunicação, intitulado «Análise da DG [“Agricultura e Desenvolvimento Rural”]», é que a Comissão tomou posição sobre o referido programa e explicou as razões pelas quais o mesmo apresentava lacunas. Ora, da leitura do referido ponto 2.2 a República Portuguesa não podia validamente sustentar que depositava a sua confiança legítima na conformidade do programa em causa com o direito da União e na inexistência de correções financeiras. Importa acrescentar que idênticas reservas às que figuram no ponto 2.2 foram reiteradas no ponto 1.1.2 das conclusões da Comissão, comunicadas por ofício de 26 de fevereiro de 2015 (v. n.º 6, *supra*), bem como no ponto 12.8.1.2 do relatório de síntese.
- 26 Tendo em conta as considerações anteriores, há que julgar improcedente o primeiro fundamento.

Quanto ao segundo fundamento, baseado na violação dos artigos 34.º, 36.º e 41.º, n.º 3, do Regulamento n.º 73/2009

- 27 Com este fundamento, a República Portuguesa alega, por um lado, que a Comissão interpretou incorretamente o artigo 18.º do Regulamento n.º 1120/2009 e o artigo 41.º, n.º 3, do Regulamento n.º 73/2009, ao considerar que, segundo o mesmo artigo 18.º, a consolidação de direitos deveria ser feita apenas a pedido do agricultor. Em sua opinião, o artigo 41.º, n.º 3, do Regulamento n.º 73/2009 não prevê que a consolidação do direito só possa ser concretizada na sequência de um pedido do agricultor. Pelo contrário, a utilização da expressão «[o]s Estados-Membros [...] podem utilizar a reserva nacional» dá a entender que os Estados-Membros podem, eles próprios, tomar a iniciativa de utilizar a reserva nacional sem ser a requerimento dos agricultores.
- 28 Por outro lado, a República Portuguesa censura a Comissão por ter considerado que era aplicável o prazo previsto no artigo 15.º do Regulamento (CE) n.º 1122/2009 da Comissão, de 30 de novembro de 2009, que estabelece regras de execução do Regulamento (CE) n.º 73/2009 do Conselho no que respeita à condicionalidade, à modulação e ao sistema integrado de gestão e de controlo, no âmbito dos regimes de apoio direto aos agricultores previstos no referido regulamento, bem como regras de execução do Regulamento (CE) n.º 1234/2007 do Conselho no que respeita à condicionalidade no âmbito do regime de apoio previsto para o setor vitivinícola (JO 2009, L 316, p. 65). Em seu entender, sempre que a reserva nacional seja utilizada para os fins previstos no artigo 41.º, n.º 3, do Regulamento n.º 73/2009 por iniciativa do Estado-Membro e não do agricultor, o prazo estabelecido no artigo 15.º do Regulamento n.º 1122/2009 não será aplicável.

- 29 Além disso, a República Portuguesa alega, em substância, que a interpretação que faz do artigo 18.º do Regulamento n.º 1120/2009 é corroborada pelo Acórdão de 5 de junho de 2014, Vonk Noordegraaf (C-105/13, EU:C:2014:1126).
- 30 A República Portuguesa conclui daí que as autoridades portuguesas aplicaram corretamente o artigo 41.º, n.º 3, do Regulamento n.º 73/2009 de molde a salvaguardar os direitos dos agricultores protegidos pelo disposto nos artigos 34.º e 36.º do mesmo regulamento.
- 31 A Comissão contesta a procedência deste fundamento.
- 32 Recorde-se que, nos termos do artigo 41.º, n.º 3, do Regulamento n.º 73/2009:
- «Os Estados-Membros que não apliquem a alínea c) do n.º 1 do artigo 68.º [do Regulamento n.º 73/2009] podem utilizar a reserva nacional para determinar, de acordo com critérios objetivos e de uma forma que assegure a igualdade de tratamento dos agricultores e evite distorções do mercado e da concorrência, direitos ao pagamento para os agricultores das zonas sujeitas a programas de reestruturação e/ou desenvolvimento relacionados com alguma forma de intervenção pública, a fim de prevenir o abandono das terras e/ou de compensar os agricultores pelas desvantagens específicas a que estão sujeitos nessas zonas.»
- 33 O considerando 7 do Regulamento n.º 1120/2009 dispõe:
- «O artigo 41.º, n.ºs 2 e 3, do Regulamento [...] n.º 73/2009 prevê a atribuição facultativa de direitos ao pagamento da reserva nacional. Há que estabelecer as normas de cálculo do número e do valor dos direitos ao pagamento a atribuir desse modo. A fim de deixar uma certa margem de manobra aos Estados-Membros, que se encontram em melhor posição para avaliar a situação de cada agricultor que solicite a aplicação de tais medidas, o número máximo de direitos a atribuir não deve exceder o número de hectares declarados e o valor desses direitos não deve ser superior a um montante a fixar pelo Estado-Membro de acordo com critérios objetivos.»
- 34 O artigo 18.º, n.ºs 1 e 6, do Regulamento n.º 1120/2009 dispõe:
- «1. Sempre que um Estado-Membro recorra à possibilidade prevista no artigo 41.º, n.º 3, do Regulamento [...] n.º 73/2009, pode, nomeadamente, atribuir, mediante pedido nesse sentido, em conformidade com o presente artigo, direitos ao pagamento a agricultores, nas zonas em causa, que declarem menos hectares do que o número correspondente aos direitos ao pagamento que lhes tenham sido atribuídos em conformidade com os artigos 43.º e 59.º do Regulamento [...] n.º 1782/2003.
- [...]
6. O agricultor em causa deve declarar todos os hectares de que disponha na altura do pedido.»

- 35 Por último, em conformidade com o artigo 15.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1122/2009:
- «Os pedidos de atribuição ou, se for caso disso, de aumento de direitos ao pagamento a título do regime de pagamento único devem ser apresentados até uma data a fixar pelos Estados-Membros, mas não posterior a 15 de maio, no primeiro ano de aplicação do regime de pagamento único, de integração do apoio associado, de aplicação dos artigos 46.º a 48.º do Regulamento [...] n.º 73/2009, ou nos anos de aplicação dos artigos 41.º, 57.º ou 68.º, n.º 1, alínea c), do mesmo regulamento. [...]»
- 36 Deve observar-se que a afirmação, não demonstrada, da República Portuguesa segundo a qual, em substância, a consolidação de direitos pode ser feita por iniciativa do Estado-Membro, não sendo, nesse caso, aplicável o prazo previsto no artigo 15.º do Regulamento n.º 1122/2009, não encontra fundamento no artigo 18.º do Regulamento n.º 1120/2009, nem no artigo 41.º, n.º 3, do Regulamento n.º 73/2009, nem no artigo 15.º do Regulamento n.º 1122/2009.
- 37 Pelo contrário, resulta da redação do considerando 7 do Regulamento n.º 1120/2009, do artigo 18.º, n.ºs 1 e 6, desse mesmo regulamento e do artigo 15.º do Regulamento n.º 1122/2009, os quais, como acertadamente defende a Comissão, devem ser objeto de uma leitura conjugada, que a faculdade de utilizar a reserva nacional para efeitos de consolidação de direitos tem de ser exercida na sequência de um pedido cujo autor deve ser o agricultor.
- 38 Com efeito, a utilização dos termos «mediante pedido» no artigo 18.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1120/2009 dá a entender que deve ser formulado um pedido para que o Estado-Membro possa utilizar a reserva nacional a fim de atribuir direitos ao pagamento a agricultores. Além disso, resulta do considerando 7 do Regulamento n.º 1120/2009, o qual especifica que os Estados-Membros se encontram em melhor posição para avaliar a situação de cada agricultor que solicite a aplicação do tipo de medidas previstas no artigo 41.º, n.º 3, do Regulamento n.º 73/2009, por um lado, e do artigo 18.º, n.º 6, do Regulamento n.º 1120/2009, que estabelece que o agricultor deve declarar todos os hectares de que disponha na altura do pedido, por outro, que é ao agricultor que compete formular um pedido de consolidação de direitos.
- 39 Em consequência, também deve improceder a alegação da República Portuguesa segundo a qual, sempre que a reserva nacional seja utilizada por iniciativa do Estado-Membro, não é aplicável o prazo previsto no artigo 15.º do Regulamento n.º 1122/2009. Com efeito, como resulta do n.º 37, *supra*, a reserva nacional para efeitos de consolidação de direitos só pode ser utilizada na sequência de um pedido cujo autor é o agricultor, e não por iniciativa de um Estado-Membro.
- 40 Tendo em conta as considerações precedentes, a República Portuguesa não podia ter validamente acusado a Comissão de ter violado os artigos 34.º, 36.º e 41.º, n.º 3, do Regulamento n.º 73/2009.

- 41 Importa salientar que esta conclusão não pode ser posta em causa pelo argumento da República Portuguesa segundo o qual a sua interpretação do artigo 18.º do Regulamento n.º 1120/2009 é corroborada pelo Acórdão de 5 de junho de 2014, Vonk Noordegraaf (C-105/13, EU:C:2014:1126). Com efeito, as circunstâncias do caso em apreço são diferentes das do processo que deu origem ao Acórdão de 5 de junho de 2014, Vonk Noordegraaf (C-105/13, EU:C:2014:1126). Embora o presente processo ponha em causa uma utilização da reserva nacional não conforme com a regulamentação da União, o Acórdão de 5 de junho de 2014, Vonk Noordegraaf (C-105/13, EU:C:2014:1126), diz respeito a um caso em que, para se conformar com as críticas formuladas pela Comissão, o Estado-Membro teve de alterar as modalidades de determinação da superfície das parcelas agrícolas no seu território, o que levou à alteração dos direitos ao pagamento a agricultores. Como acertadamente salientou a Comissão, a solução encontrada no processo Vonk Noordegraaf não pode, portanto, ser transposta para o caso em apreço. Por conseguinte, o Acórdão de 5 de junho de 2014, Vonk Noordegraaf (C-105/13, EU:C:2014:1126), não pode ser validamente invocado pela República Portuguesa para corroborar a sua interpretação, de resto incorreta, do referido artigo 18.º
- 42 Por conseguinte, há que julgar improcedente o segundo fundamento.

Quanto ao terceiro fundamento, baseado na violação do artigo 31.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1290/2005 e do princípio da proporcionalidade

- 43 A República Portuguesa alega que, nas suas observações sobre a primeira comunicação, tinha declarado que o impacto do ajustamento se refletiria em cerca de 13% dos beneficiários e correspondeu a 2% da área e dos direitos do regime de pagamento único. Alega portanto que, não podendo a taxa de correção exceder 2%, a Comissão violou o artigo 31.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1290/2005 e o princípio da proporcionalidade ao aplicar uma taxa de correção de 5%.
- 44 A Comissão contesta a procedência deste fundamento.
- 45 A título preliminar, por um lado, importa recordar que, nos termos do artigo 76.º, alínea d), do Regulamento de Processo, a petição deve conter, designadamente, uma exposição sumária dos fundamentos invocados. Além disso, de acordo com jurisprudência constante, independentemente de qualquer questão de terminologia, esta exposição deve ser suficientemente clara e precisa para permitir ao recorrido preparar a sua defesa e ao Tribunal Geral conhecer do recurso, sendo caso disso, sem ter de solicitar outras informações. Com efeito, para um recurso ser admissível, é necessário que os elementos essenciais de facto e de direito em que se funda resultem, pelo menos sumariamente, mas de forma coerente e compreensível, do texto da própria petição, a fim de garantir a segurança jurídica e uma boa administração da justiça (v. Acórdão de 12 de maio de 2016, Itália/Comissão, T-384/14, EU:T:2016:298, n.º 38 e jurisprudência referida). Além disso, a recorrente deve explicitar em que consiste o fundamento em que o recurso se baseia. Consequentemente, a simples enunciação abstrata do

fundamento não responde às exigências do Regulamento de Processo [v. Acórdão de 12 de dezembro de 2002, eCopy/IHMI (ECOPY), T-247/01, EU:T:2002:319, n.º 15 e jurisprudência referida].

- 46 Por outro lado, resulta do artigo 84.º do Regulamento de Processo que é proibido deduzir fundamentos novos no decurso da instância, a menos que tenham origem em elementos de direito e de facto que se tenham revelado durante o processo.
- 47 Importa salientar desde logo que, na petição, a República Portuguesa menciona única e explicitamente a correção forfetária de 5% imposta para o exercício de 2012, sem fazer qualquer referência à correção forfetária de 2% imposta para o exercício de 2013. Em resposta a uma questão colocada pelo Tribunal Geral na audiência, a República Portuguesa afirmou, todavia, que o terceiro fundamento deveria ser interpretado no sentido de que visava pôr em causa a decisão impugnada, na parte em que diz respeito à taxa de correção de 5% para os exercícios de 2012 e 2013. Alegou, nomeadamente, que punha em causa a correção forfetária no seu todo, uma vez que os 2% são suficientes para cobrir o exercício de 2012 e o de 2013, no caso de serem constatadas derrapagens ou desconformidades.
- 48 A este respeito, independentemente do carácter confuso da argumentação apresentada pela República Portuguesa, como se indicou no número precedente, impõe-se concluir que o fundamento relativo ao exercício de 2013, apresentado pela primeira vez na audiência, é um fundamento novo, na aceção do artigo 84.º, n.º 1, do Regulamento de Processo. Na medida em que não se baseia num elemento que se tenha revelado durante o processo na aceção da jurisprudência mencionada, há que rejeitar esse fundamento por ser extemporâneo e, por conseguinte, inadmissível.
- 49 Em todo o caso, mesmo que fosse admissível, o fundamento relativo ao exercício de 2013 deveria improceder. Com efeito, conforme a Comissão salientou, acertadamente, na audiência, não foi imposta nenhuma taxa de correção de 5% para o exercício de 2013, como resulta claramente do relatório de síntese, no qual está indicado que, no que se refere ao exercício de 2013, seria aplicada uma taxa de correção de 2%.
- 50 Quanto à argumentação desenvolvida para sustentar o terceiro fundamento no que se refere ao exercício de 2012, a República Portuguesa limita-se a afirmar na sua petição que, em primeiro lugar, «as autoridades portuguesas [referiram que o] impacto do ajustamento refletiu-se em cerca de 13% dos beneficiários e correspondeu a 2% da área e dos direitos [do regime de pagamento único]»; em segundo lugar, «[r]elativamente à questão da alegada consolidação irregular de direitos, no relatório de síntese, a Comissão propôs uma correção financeira de 5%»; em terceiro lugar, «[a]tento o exposto, a correção forfetária aplicável não deveria exceder os 2%, conforme cálculos fornecidos pelas [autoridades portuguesas]»; em quarto lugar, «a correção revela-se desproporcionada, na medida em que o montante que a DG [“Agricultura e Desenvolvimento Rural”]

propõe seja excluído do financiamento é superior ao que resultaria do impacto do ajustamento (2%)»; e, por último, em quinto lugar, «[de]corre da jurisprudência [do Acórdão de 26 de fevereiro de 2015, Lituânia/Comissão, T-365/13, EU:T:2015:113], que de acordo com os cálculos apresentados pelas [autoridades portuguesas], a taxa de correção sempre teria de ser aplicada à parte da despesa exposta ao risco, ou seja, 2%».

- 51 Ora, o Tribunal Geral considera que esta argumentação só pode improceder.
- 52 A este respeito, há que salientar que a República Portuguesa não contesta a conclusão da Comissão de que a consolidação irregular de direitos é considerada uma deficiência na realização de um controlo-chave. Resulta das respostas dadas às questões colocadas pelo Tribunal Geral na audiência que a República Portuguesa contesta a taxa aplicada e o facto de ter sido aplicada a todas as despesas.
- 53 Ora, deve recordar-se que as diretrizes para a aplicação das correções forfetárias foram definidas no Documento n.º VI/5330/97 da Comissão, de 23 de dezembro de 1997, intitulado «Diretrizes para o cálculo das consequências financeiras aquando da preparação da decisão de apuramento das contas do FEOGA-Garantia» (a seguir «diretrizes»). Quando não seja possível determinar o nível real dos pagamentos irregulares e, conseqüentemente, não seja possível quantificar o montante dos prejuízos financeiros sofridos pela União, serão aplicadas correções financeiras em função da avaliação dos riscos de perda financeira incorridos pelo orçamento da União em razão de deficiências de controlo. O montante da correção forfetária prevista nas diretrizes varia entre 2%, 5%, 10% e 25%, ou mais, das despesas declaradas por um Estado-Membro, em função da importância dos incumprimentos constatados aquando da realização dos controlos. Para o efeito, as diretrizes fazem uma distinção entre controlos-chave e controlos ancilares.
- 54 Em conformidade com o anexo 2 das diretrizes (páginas 11 a 13), quando um ou vários controlos-chave não são efetuados ou são efetuados de um modo tão deficiente ou tão pouco frequente que se tornam ineficazes, justifica-se uma correção de 10% das despesas declaradas. Quando todos os controlos-chave são realizados, mas não no número, frequência ou profundidade exigidos, justifica-se uma correção de 5% das despesas declaradas. Quando um Estado-Membro tiver executado adequadamente os controlos-chave, mas não tiver efetuado um ou mais controlos ancilares, justifica-se uma correção de 2% das despesas declaradas. Em casos excecionais, pode ser decidida a aplicação de taxas de correção mais elevadas.
- 55 Os controlos-chave e os controlos ancilares são definidos no anexo 2, página 11, das diretrizes, nos termos seguintes:

«Os controlos-chave são os controlos físicos e administrativos requeridos para verificar os elementos de fundo, designadamente a realidade do objeto do pedido,

a quantidade e as condições qualitativas, incluindo o cumprimento dos prazos, as exigências de colheita, os prazos de retenção, etc. São efetuados no local através de verificações cruzadas com dados independentes, tais como registos cadastrais. Os controlos ancilares são as operações administrativas requeridas para tratar corretamente os pedidos, tais como a verificação do cumprimento dos prazos para a sua apresentação, a identificação de pedidos em duplicado com o mesmo objeto, a análise de risco, a aplicação de sanções e a supervisão adequada dos procedimentos.»

- 56 Por último, as diretrizes preveem que a taxa de correção deve ser aplicada à parte dos Fundos para a qual a despesa constitui um risco. Quando a deficiência resultar da carência do Estado-Membro em adotar um sistema de controlo adequado, a correção deve ser aplicada à despesa total para a qual o sistema de controlo é requerido. Quando houver motivos para supor que a deficiência se limita à não aplicação por um departamento ou região do sistema de controlo adotado pelo Estado-Membro, a correção deve limitar-se à despesa controlada por esse departamento ou região.
- 57 No caso em apreço, conforme salienta, acertadamente, a Comissão e como resulta, nomeadamente, da ata da reunião bilateral e da posição definitiva de 17 de dezembro de 2015, a Comissão esclareceu várias vezes a República Portuguesa durante o procedimento de apuramento que considerava que os cálculos das autoridades portuguesas não eram exatos. Na audiência, a República Portuguesa alegou ter fornecido explicações sobre os seus cálculos no ofício de 9 de abril de 2015, pelo qual tinha solicitado a abertura do procedimento de conciliação.
- 58 Todavia, conforme salientou, acertadamente, a Comissão na audiência, o Órgão de Conciliação sublinhou que, no que se referia ao exercício de 2012, as autoridades portuguesas tinham, é certo, transmitido informações relativas ao método de cálculo, sem, todavia, explicar como haviam obtido o montante de 2,8 milhões de euros. Além disso, não resulta de nenhuma das peças processuais apresentadas ao Tribunal Geral que as referidas autoridades tivessem fornecido outros detalhes úteis sobre esses cálculos.
- 59 Ora, na falta de esclarecimentos e de um cálculo fiável que permita avaliar as perdas sofridas pelo Fundo, devia ser efetuada uma correção forfetária em conformidade com as diretrizes. Por conseguinte, a Comissão não cometeu nenhum erro nem violou o princípio da proporcionalidade ao aplicar uma taxa de correção forfetária de 5%, após ter constatado que a irregularidade relativa à consolidação representava uma deficiência na realização de um controlo-chave.
- 60 Tendo em conta as considerações precedentes, a República Portuguesa não pode validamente censurar a Comissão por ter aplicado uma taxa de correção de 5% nem por ter aplicado essa taxa a todas as despesas.
- 61 Por conseguinte, há que julgar improcedente o terceiro fundamento e negar provimento ao recurso na sua totalidade.

Quanto às despesas

62 Nos termos do artigo 134.º, n.º 1, do Regulamento de Processo, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Tendo a Comissão pedido a condenação da República Portuguesa nas despesas e tendo esta sido vencida, há que condená-la nas despesas.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL GERAL (Quarta Secção)

decide:

- 1) **É negado provimento ao recurso.**
- 2) **A República Portuguesa é condenada nas despesas.**

Kanninen

Schwarcz

Iliopoulos

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 9 de março de 2018.

O Secretário

O Presidente

E. Coulon

H. Kanninen

Título:

A estrutura e o conteúdo das decisões judiciais

Ano de Publicação: 2020

ISBN: 978-989-9018-04-4

Série: Caderno Especial

Edição: Centro de Estudos Judiciários

Largo do Limoeiro

1149-048 Lisboa

cej@mail.cej.mj.pt