



ASOCIACION
DE JUECES Y MAGISTRADOS
FRANCISCO DE VITORIA



Dirección
Natalia Velilla Antolín

Coordinación
Óscar Rojas de la Viuda



www.ajfv.es

BOLETÍN DIGITAL DE CONTENCIOSO

NÚMERO 17. SEPTIEMBRE 2017

NO HABRÁ PLAZA PARA LOS TRAMPOSOS

Comentario de la Sentencia del Juzgado de lo
contencioso administrativo nº 4 Valladolid

Procedimiento abreviado 47/2017.
Sentencia nº 137/2017

ÓSCAR LUÍS ROJAS DE LA VIUDA
Magistrado del Juzgado de lo Contencioso-
Administrativo nº 2 de Burgos

EXAMEN DE ALGUNOS DE LOS MÁS RECIENTES PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO EN MATERIA TRIBUTARIA

EDUARDO PFLUEGER TEJERO
Letrado de la Comunidad Madrid

1.- NO HABRÁ PLAZA PARA LOS TRAMPOSOS

Comentario de la sentencia del juzgado de lo contencioso administrativo número 4 de Valladolid 137/2017, procedimiento abreviado 47/2017

ÓSCAR LUÍS ROJAS DE LA VIUDA
Magistrado

Voces: Nadie puede beneficiarse de sus propias actuaciones ilegales, protección del tercero de buena fe, concurrencia competitiva, concurso, contencioso.

En muchas ocasiones he escuchado a eminentes juristas y magistrados tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional explicar que, cuanta más experiencia se tiene, más relevancia cobran los principios constitucionales y generales del derecho. Y pocos son los casos en que nos podemos encontrar un supuesto tan claro y sorprendente, de aplicabilidad de los principios generales del derecho de prohibición de beneficiarse de sus propias actuaciones ilegales y de protección de los terceros de buena fe. Y tampoco es tan frecuente como cabría desear encontrar una sentencia que aplica la lógica y el sentido común de forma tan manifiesta.

COMENTARIO

Para conocer los hechos que han dado lugar a esta sentencia nada mejor que acudir a ella, puesto que hace un esfuerzo por describir la situación que enjuicia. Y como apuntaba antes, la verdad a veces supera la ficción:

1.- Conforme con lo establecido en las bases del concurso para cubrir ciertas vacantes en el cuerpo de bomberos de la diputación de Valladolid, el tribunal calificador decidió en la reunión preparatoria realizada, que cada miembro del tribunal prepare una batería de preguntas tipo test de entre las que se elegirán 50 preguntas más otras 5 de reserva, que son las que constituirán el ejercicio. Inmediatamente después de la elección, de entre todas las propuestas, de esas 55 propuestas, los miembros del tribunal acudirían al lugar del examen, cuyo primer ejercicio sería el día 2 de octubre de 2016 (domingo) a las 13,00 horas en la Escuela Superior de Ingenieros de Telecomunicaciones.

2.- El día 30 de septiembre de 2016, sobre las 20,00 horas, se produjo una reunión entre uno de los miembros del tribunal, jefe de un parque de bomberos de una población de la provincia de Valladolid, y los seis funcionarios interinos que prestan servicios en dicho parque, todos ellos demandantes en el procedimiento así como dos personas más que no lo fueron. La reunión o encuentro referenciado se llevó a cabo en el parking lateral del Estadio José Zorrilla. La zona es conocida en Valladolid por ser usada para el encuentro de amantes y otras actividades clandestinas que prefieren ser realizadas en la sombra. La imagen habla por sí sola. El miembro del tribunal facilitó a los reunidos 30 preguntas, que fueron manuscritas por tres de los funcionarios interinos en un cuaderno que se aportó como prueba en el proceso. La sentencia destaca que la realidad del encuentro es admitida por todos los asistentes al mismo, aunque cada uno realice una valoración sobre su finalidad o lo que sucedió realmente.

3.- Ese mismo día, sobre las 20:30 horas, se produjo otra reunión en una cafetería de una localidad vecina a Valladolid y cercana al estadio de futbol, con otro de los miembros del tribunal que era, igualmente, como en el caso anterior, jefe de un parque de bomberos de otra de las localidades. En este caso comparecen, además, los funcionarios interinos que prestaban servicio en el parque de bomberos

dirigido por este segundo miembro del tribunal. En esta reunión se compartieron las primeras 30 preguntas recibidas en el aparcamiento del estadio de fútbol y se les entregó otras 30 en unos folios. El propio responsable del parque reconoció que esa reunión se produjo. Esas preguntas fueron puestas en conocimiento también a los funcionarios del parque de bomberos de una tercera localidad de la provincia de Valladolid. A estas dos habría de sumarse las preguntas realizadas por un tercer jefe de parque de bomberos, por lo que los bomberos interinos que prestaban servicios en esos tres parques disponían de 90 posibles preguntas del examen de las que habrían de incluirse, con seguridad, 9 en la primera prueba del examen.

4.- La sentencia niega que esas reuniones tuvieran como único objetivo dar ánimos a los opositores o facilitar una batería de preguntas repetidas en exámenes anteriores porque así lo han declarado los demandantes que no han aprobado el proceso selectivo así como el resto de asistentes que, sin serlo, no han llegado a aprobar, pero, sobre todo, por el hecho sorprendente de que las 9 preguntas del primer examen que fueron elegidas de esos tres miembros del tribunal fueron contestadas correctamente por los 11 funcionarios interinos y, lo que es aún más sorprendente, ello a pesar de que esos opositores habían obtenido una nota NO SUPERIOR A 3,5. Es decir, que prácticamente no estudiaron más que las preguntas filtradas.

Las partes demandantes solicitan que se revoque, anule y se deje sin efecto la resolución que resuelve el primer ejercicio de las pruebas selectivas para el acceso a los puestos vacantes de conductor/bombero, procediendo a convocar de nuevo dicho ejercicio y los siguientes nombrando un nuevo tribunal calificador para que lleve a cabo todos los actos del procedimiento selectivo que deban realizarse de nuevo. Es decir, los demandantes, que son, todos y cada uno de ellos, bomberos interinos que habían recibido 90 posibles preguntas del examen y que, a la postre, conocían 9, y que no habían obtenido ninguno una nota superior a 3,5, dicho en román paladino, que habían hecho trampas y

que pese a ello no habían obtenido un aprobado, deciden interponer un recurso en vía administrativa y luego en vía judicial, “denunciando” a las personas que eran sus superiores y que habían violado las leyes para darles, con el fin de dejar sin efecto el ejercicio, y por ende, se privara de la plaza a personas que no habían tenido esa ventaja. He dedicado algún tiempo a meditar qué estarían pensando los demandantes y sus abogados cuando decidieron formular una demanda así y no acabo de entender cómo pudieron pensar que era una buena idea, o que pudiera llegar a buen puerto. Y ello sin olvidar en qué situación legal, ética o moral quedaban ellos mismos en esta situación...

La sentencia recuerda lo que debió ser obvio para los miembros del tribunal y jefes de sus respectivos parque desde el primer momento. El hecho de entregar las preguntas del examen “es contraria a lo dispuesto en el artículo 23.2 de la Constitución y al resto de la normativa que resulta aplicable para la selección de empleados públicos (funcionarios de carrera) suponiendo una posición de ventaja que desvirtúa la aplicación de los principios de igualdad, mérito y capacidad. La participación a la que se está haciendo referencia se ha hecho, además, en beneficio propio y, evidentemente, en perjuicio de los demás aspirantes y del interés público que persigue la Administración, que es superior y está por encima de las conductas que hayan seguido algunos empleados de esa Administración en los términos indicados y que sin ella la parte demandante no hubiera conseguido la finalidad perseguida”. Termina el párrafo la sentencia de forma contundente: “La conducta ilegal a la que se ha hecho referencia constituye un auténtico abuso de derecho que es absolutamente incompatible con la estimación de lo pretendido por medio del presente recurso”.

Desde el punto de vista contrario, el de los participantes no implicados, la sentencia decide en favor de su protección sin fisuras: “El Tribunal Supremo, a la hora de enjuiciar los recursos interpuestos en cuestiones de personal, especialmente los referidos a pruebas selectivas

para el ingreso en la Administración Pública, viene considerando, a efectos de preservar sus derechos, la posición de aquellos empleados públicos que han superado el procedimiento selectivo o, en su caso, ya han sido nombrados como tales y que se ven afectados por recursos basados en causas que no les son imputables de manera que se ven en la tesitura de perder lo que han obtenido legítimamente (los terceros de buena fe)". Añade, probablemente pensando en una hipotética estimación parcial limitada a la anulación de las preguntas filtradas, que "Hay que tener en cuenta que los demandantes, atendiendo a las calificaciones obtenidas, no podrían superar el primer ejercicio ni aunque se excluyera la puntuación de aquellas preguntas sobre las que existe mayor probabilidad de conocimiento previo, las 9 ó 10 ya referenciadas en los hechos. Estas preguntas las han contestado los demandantes CORRECTAMENTE de manera que si se anulan y se vuelve a calificar el primer ejercicio es imposible que lo superen debiendo insistirse, atendiendo al criterio recogido en las sentencias citadas, que no es conforme con el principio de "conservación de los actos" la realización del primer ejercicio por todos los opositores presentados al mismo".

El supuesto presenta otros matices como la presencia en el proceso de un interino que obtuvo la puntuación más alta en la primera prueba y respecto del que la demanda se afirma que tenía amistad íntima con algunos miembros del tribunal, la alegación de causa de recusación de algunos miembros del tribunal y algunos otros que quedan fuera de la finalidad de este artículo. Lo que me interesa destacar en este momento es que la sentencia termina deduciendo testimonio por un posible delito respecto de los partícipes en los hechos y la advertencia de la necesidad de que se entablen acciones disciplinarias contra los funcionarios de carrera o interino que participaron en los hechos en tanto pudieran haber incurrido en infracciones de este tipo. Existen noticias periodísticas de que se han abierto 13 expedientes disciplinarios y está en marcha un proceso penal.

Los juzgados y tribunales del orden contencioso administrativo tienen un deber de control de la actividad de la administración, control que, como se ha podido ver a lo largo del periodo de crisis, no puede ser ejercitado sólo por ellos. Se echa en falta otros órganos independientes que fiscalicen la misma; no obstante, mientras eso no ocurra, por falta de medio, de voluntad política o por el motivo que sea, se agradece ver magistrados preocupados por la gestión pública que, considerando que lo juzgado excede de la meras discusiones sobre cómo interpretar la normativa o la realidad, insten al orden penal a tomar cartas en el asunto y se dé un mensaje claro de que estas conductas no pueden ser toleradas o ser empleadas de forma frívola para lograr los intereses de unos u otros.



2.- EXAMEN DE ALGUNOS DE LOS MÁS RECIENTES PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO EN MATERIA TRIBUTARIA

EDUARDO PFLUEGER TEJERO

Letrado de la Comunidad Madrid

VOCES: Tribunal Supremo, reciente, novedades, tributario, impuesto, tributo, anulación de la liquidación por razones de fondo, cómputo de las actuaciones inspectores existiendo dilación imputable al interesado, aportación de documentación en vía de recurso administrativo y contencioso administrativo, providencia de apremio e interrupción de la prescripción, imputación temporal del incremento patrimonial derivado del justiprecio expropiatorio, régimen de sociedad patrimonial de la actividad arrendaticia

En el ámbito tributario, los pronunciamientos jurisprudenciales cobran una importante relevancia, dado el grado de tecnicismo implícito en las normas tributarias y en muchas ocasiones la complejidad de su aplicación.

En el presente estudio traemos brevemente algunos de ellos, en los que recientemente el Alto Tribunal ha examinado algunas cuestiones de interés, referidas a: la anulación de la liquidación por razones de fondo, cómputo de las actuaciones inspectores existiendo dilación imputable al interesado, la aportación de documentación en vía de recurso administrativo y contencioso administrativo, providencia de apremio e interrupción de la prescripción, imputación temporal del incremento patrimonial derivado del justiprecio expropiatorio, y régimen de sociedad patrimonial de la actividad arrendaticia.

COMENTARIO

Sentencias del Tribunal Supremo.

1.- El plazo de ejecución artículo 150.5 LGT, resulta también aplicable al supuesto de anulación de la liquidación por razones de fondo.

Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2017, Sala 3ª, Secc. 2ª (recurso 3570/2015). Voto particular.

Ante un supuesto de anulación de una liquidación por razones sustantivas o de fondo, la Administración, al ejecutar esa resolución y dictar una nueva liquidación, está constreñida por el plazo previsto en el artículo 150.5 LGT (redacción originaria).

Conforme jurisprudencia consolidada, aunque el plazo máximo que establecía aquél precepto, solo ha sido previsto para los casos de anulación por razones formales que determinen la retroacción de las actuaciones, ninguna disposición de la LGT prevé el plazo que se ha de respetar cuando la anulación lo sea por razones sustantivas o de fondo. Laguna legal que el TS integra mediante una interpretación analógica del artículo 150.5 LGT; aunque en este caso no se trata técnicamente de una verdadera retroacción, no existen motivos suficientes para no ser tratados como si lo fueran a los efectos que nos ocupan.

En el voto particular, el magistrado considera que la Sala debió plantearse la pertinencia de volver a la jurisprudencia anterior, o plantear cuestión prejudicial ante el TJUE, por posible vulneración del artículo 47 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, así como que no existe laguna. Igualmente que el actual artículo 150.7 LGT apoya la tesis contraria a la mantenida en la Sentencia.

2.- Cómputo del plazo de 12 meses del artículo 150.1 LGT; plazos fijados por meses. Dilaciones imputables al interesado: necesidad de

conceder un plazo expreso para la aportación de documentación, sin que se admita un plazo implícito.

Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2017, Sala 3ª, Secc. 2ª (recurso 529/2016) . Unificación de doctrina.

La imputación de una dilación (artículo 31.bis.2 R.D. 939/1986), a los efectos del cómputo del plazo de las actuaciones inspectoras, exige que se haya concedido al interesado un plazo expreso y no implícito para aportar la documentación. Cuando la Administración requiere la aportación de una documentación, sin fijar un plazo concreto, y limitándose a fijar la fecha de la siguiente visita, aún respetándose el plazo del artículo 36.4 RGIT, no puede admitirse que se esté concediendo un plazo “implícito” al obligado tributario. El requisito de la concesión de un plazo explícito se cumpliría si la Inspección fijase la fecha de la siguiente comparecencia y señalase que la documentación se solicita “para la siguiente comparecencia”.

Por otra parte, la no oposición del inspeccionado a las dilaciones en el trámite de alegaciones al Acta, no impide al contribuyente alegar la falta de motivación del acuerdo de liquidación.

3.- Procedencia de aportación de documentación en vía de recurso administrativo y contencioso administrativo.

Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2017, Sala 3ª, Secc. 2ª (recurso 615/2016) . Unificación de doctrina.

La cuestión es si cabe en sede de revisión, admitir el cumplimiento del requerimiento de documentación que se negó en sede de gestión (sobre información relativa a la solicitud de devolución del IVA soportado). La Sala considera que no existe inconveniente alguno en que el obligado tributario, que no presentó en el procedimiento inspector determinadas pruebas que fundaban su pretensión, las presente posteriormente en vía judicial. De modo análogo, en vía administrativa considera que sí cabe en sede de revisión (recurso de

reposición en el caso), que el interesado aporte documentos o pruebas (artículos 34.1.r), 213.1.b) LGT y 23.1 R.D. 520/2005.

4.- La notificación de una providencia de apremio interrumpe el plazo de prescripción del derecho a liquidar la deuda, salvo que dicho acto resulte nulo de pleno derecho.

Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2017, Sala 3ª, Secc. 2ª (recurso 977/2016) . Unificación de doctrina.

La anulación de una liquidación, no deja sin efecto la interrupción del plazo de prescripción producida anteriormente por consecuencia de las actuaciones realizadas ante los Tribunales Económico Administrativos, salvo que la anulación lo fuese por causa de nulidad de pleno derecho. La providencia de apremio y su impugnación, tienen efecto interruptivo de la prescripción del derecho para liquidar, siempre que no sea nula de pleno derecho. En el caso examinado, la providencia de apremio se debió considerar nula de pleno derecho (al no haber sido correcta la notificación de la liquidación de la que traía causa), por lo que no pudo tener efectos interruptivos de la prescripción.

5.- Imputación temporal del incremento patrimonial derivado del justiprecio expropiatorio.

Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2017, Sala 3ª, Secc. 2ª (recurso 1137/2016) .

La Sala aborda la cuestión relativa al momento en que tiene que imputarse temporalmente la ganancia derivada de la expropiación forzosa.

Recuerda en primer lugar, que en el procedimiento expropiatorio ordinario, según el artículo 51 LEF, sólo cabe ocupar la finca expropiada una vez hecho efectivo el justiprecio o consignado conforme a lo dispuesto en el artículo 50, para los casos en que el interesado rehusase percibirlo o existiese litigio o cuestión entre él y la

Administración. Si se trata de una expropiación forzosa por el procedimiento de urgencia (artículo 52 LEF), que es el caso que nos ocupa, la transmisión de la propiedad se produce con la ocupación de la finca, cumplidos los trámites preliminares contemplados en el repetido artículo 52.

La Sala considera que, como regla general, el incremento de patrimonio producido con la expropiación, debe imputarse al ejercicio en que se produjo la ocupación del bien. No obstante, en los casos en que, como sucede en el aquí analizado, la cantidad recibida inicialmente como justiprecio es objeto de recurso, cuya resolución determina que su importe se incremente, la diferencia entre el valor admitido por la Administración al tiempo de ocupar el bien expropiado y el fijado definitivamente en vía administrativa o judicial no debe imputarse fiscalmente al periodo en que se devengó el tributo sino que se entenderá devengada en el mismo ejercicio en que se dicta la resolución, administrativa o judicial, que resuelva el litigio entre la Administración expropiante y el sujeto expropiado. Imputar este incremento o ganancia obtenida en la contienda mantenida con la Administración al periodo en que se devengó el tributo equivaldría a que la Administración Tributaria se viese impedida de regularizar los incrementos patrimoniales que en estos caso, no infrecuentes ciertamente, obtuvieron los expropiados. A la Administración no podía reconocérsele el nacimiento a su favor, de un derecho al cobro de lo que le correspondiese por el Impuesto sobre Sociedades sobre un incremento de patrimonio que no se operó hasta tiempo después.

6.- Exclusión del régimen de sociedad patrimonial de la actividad arrendaticia que se desarrolla.

Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2017, Sala 3ª, Secc. 2ª (recurso 261/2016) .

La cuestión suscitada es si la sociedad recurrente tenía en los ejercicios impugnados la consideración de sociedad patrimonial. La

Inspección Tributaria entendió que la actividad de arrendamiento reunía los requisitos necesarios para calificarla como actividad económica (local y empleado).

La Sala considera que las circunstancias que contemplaba el artículo 25.2 TRLIPF/2004, han de ser interpretadas teniendo en cuenta el conjunto de la realidad societaria, y recordando la Sentencia de 28 de octubre de 2010 (recurso de casación para la unificación de doctrina 218/2006), señala que: querer reducir la actividad empresarial a la necesidad de tener empleados y local y en base a ello a afirmar que como no se tiene no se desarrolla actividad empresarial, no es correcto, ya que la actividad empresarial se define por la actividad que se desarrolla, siendo la existencia de empleados o no un dato a tener en cuenta pero no lo esencial, que consiste en la ordenación de medios para desarrollar una actividad de beneficio.

En el caso resuelto, no acoge el recurso de casación, puesto que sobre el cumplimiento de las dos exigencias del artículo 25.2 TRLIRPF encuentra dos obstáculos para su apreciación. De una parte, la falta de acreditación de la existencia de la ordenación de medios de la entidad para la obtención de los beneficios; y, de otra, el cumplimiento del requisito del artículo 61 de dicho texto legal, ya que a juicio de la Sala de instancia, “[...] la AEAT [...] al margen de que considera que la entidad cuenta con un local y una persona afectos a la actividad de arrendamiento, no se acredita ni razona [...] que las sumas obtenidas en concepto de arrendamiento superen la mitad del activo, máxime cuando la propia parte actora señala, y no hay prueba en contra, que en el edificio [...] solo había arrendados cuatro inmuebles por los que se percibían rentas antiguas”.

[1 Roj: STS 1090/2017 – ECLI: ES:TS:2017:1090](#)

[2 Roj: STS 1324/2017 - ECLI: ES:TS:2017:1324](#)

[3 Roj: STS 1509/2017 – ECLI: ES:TS:2017:1509](#)

[4 Roj: STS 1507/2017 – ECLI: ES:TS:2017:1507](#)

[5 Roj: STS 2121/2017 – ECLI: ES:TS:2017:2121](#)

[6 ROJ: STS 3181/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3181](#)

AJFV