

NOTAS DE JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

TOMÁS FONT I LLOVET
ALFREDO GALÁN GALÁN
ORIOI MIR PUIGPELAT
ALEXANDRE PEÑALVER I CABRÉ
JOAQUÍN TORNOS MAS

Universidad de Barcelona

I. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL: LA DISCUTIBLE EXONERACIÓN DE AENA POR LA HUELGA SALVAJE DE LOS CONTROLADORES AÉREOS DE DICIEMBRE DE 2010

En la presente ocasión merece la pena comentar brevemente una sentencia que, pese a no provenir del Tribunal Supremo, posee una gran trascendencia, tanto práctica como teórica: la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 15 de abril de 2013 (Sección 8.^a; recurso de apelación núm. 108/12), que niega la responsabilidad patrimonial de AENA por los daños derivados de la huelga salvaje de los controladores aéreos de diciembre de 2010. Como se recordará, dicha huelga obligó a cerrar el espacio aéreo español y ocasionó daños a un gran número de pasajeros, compañías aéreas y agencias de viajes, dando lugar a la primera declaración del estado de alarma de la democracia (Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre).

La sentencia posee una gran trascendencia práctica porque influirá, sin lugar a dudas, en las más de 7.000 demandas similares pendientes de resolución por parte de los distintos Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo. Según algunas fuentes, dichas demandas reclaman indemnizaciones que suman, en conjunto, alrededor de 300 millones de euros. La presente sentencia confirma la denegación decidida en primera instancia por el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo núm. 1, y se aparta de otras sentencias, firmes (por razón de su menor cuantía), que habían estimado la reclamación presentada por los afectados. Destaca, en este sentido, la sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo núm. 7 de 12 de julio de 2012 (recurso núm. 871/2011), a la que se puede acceder a través de la base de datos oficial de jurisprudencia CENDOJ, y que concedió

una indemnización de 290 euros a un pasajero que sufrió la cancelación de un vuelo de Ibiza a Madrid. En la sentencia aquí comentada, la Audiencia Nacional niega el pago de los 35.000 euros reclamados por una agencia de viajes afectada por el referido cierre del espacio aéreo. Se trata de una sentencia firme, que no cabe recurrir en casación, lo que no deja de resultar llamativo, habida cuenta de la gran repercusión del hecho lesivo enjuiciado.

Pero la sentencia también posee interés teórico en la medida en que pone en cuestión uno de los pocos aspectos del instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración que venía recibiendo, en España, un tratamiento jurisprudencial aceptablemente claro y uniforme: la imputación a la Administración de todas las conductas activas y omisivas realizadas por sus empleados en ejercicio o con ocasión de sus funciones al servicio de aquella (esto es, el requisito de la responsabilidad conocido habitualmente como *imputación* y que en trabajos precedentes he propuesto denominar *imputación de conductas o de primer nivel*, para así distinguirlo de la imputación de *segundo nivel*, por la que se atribuye el daño sufrido por la víctima a la conducta del empleado previamente imputada a la Administración).

A juicio de la Audiencia Nacional, el abandono imprevisible y conjunto de su puesto de trabajo por parte de los controladores fue una actuación situada «fuera del ámbito de [su] relación [...] de dependencia laboral con la empresa», que constituyó para AENA un supuesto de fuerza mayor, ante el que el ente público reaccionó de forma correcta, dadas las circunstancias.

En palabras de la propia sentencia:

«Todo ello da cuenta de una situación absolutamente excepcional, grave, imprevisible e inevitable, generada de manera premeditada y voluntaria por los controladores aéreos, con la clara finalidad de colapsar el tráfico aéreo, haciéndolo inviable en las exigibles condiciones de seguridad, y obligando a AENA a adoptar medidas urgentes y excepcionales que no podían ser otras que el cierre de las posiciones de control, desatendidas por la mayor parte de los controladores que tenían que prestar servicio en ellas, con el consiguiente cierre del espacio aéreo. Constituyendo para AENA tal situación un supuesto de fuerza mayor, tal como se razona en la sentencia de instancia, cuyos razonamientos se acogen por la Sala.

Tal conducta de los controladores aéreos fue dirigida directamente contra la entidad pública de la que depen-

dían y en la que prestaban sus servicios, aun cuando las consecuencias dañosas para los ciudadanos y para las compañías aéreas y demás empresas del sector eran fácilmente previsibles y fueron asumidas y aceptadas por quienes crearon tal situación.

Los anteriores razonamientos, que excluyen la responsabilidad patrimonial de AENA, conforme al artículo 139 LRJPAC, por concurrir fuerza mayor, se han de enlazar con el análisis de la invocada responsabilidad directa de dicha entidad, con fundamento en el artículo 145 de la misma ley.

Efectivamente, huelga decir que los controladores aéreos no son ajenos a la entidad pública en la que prestaban sus servicios profesionales, de manera que su actuación en el desempeño de sus funciones, en cuanto generadora de daños y perjuicios para los particulares daría lugar a la posibilidad de reclamación directa a la Administración, en los términos del citado precepto. Lo que sucede en el presente caso, sin embargo, es que la conducta analizada del referido personal al servicio de AENA que da lugar a la reclamación —controladores aéreos— no puede incardinarse en el ámbito de prestación del servicio público. Es decir, los daños cuya indemnización se pretende no derivan de la actuación profesional de dichos empleados públicos, en el ámbito de la prestación del servicio público que les es propio. Lo que hizo el colectivo en cuestión, al abandonar de manera simultánea, masiva, previo concierto y sin aviso alguno, sus puestos de trabajo, en los que no podían ser reemplazados de manera inmediata, con pleno conocimiento de las consecuencias de tal actuación y de los enormes perjuicios que ocasionaría, fue impedir de manera absoluta y deliberada el funcionamiento del servicio. Incurriendo en una conducta al margen de la ley, fuera de los cauces de planteamiento de un conflicto laboral, que buscaba no ya una prestación del servicio deficiente o generadora de molestias, sino el cese del tránsito aéreo. Actuación que se sitúa fuera del ámbito de la relación funcional o de dependencia laboral con la empresa, al ser una conducta que lejos de producirse en el curso de la contribución de cada trabajador al funcionamiento de los servicios públicos correspondientes, tiende directa-

mente a impedir que AENA pueda prestar la función que le es propia.

En consecuencia, tal actuación ha producido una desvinculación o ruptura de la relación de dependencia laboral entre los referidos trabajadores y la entidad en la que prestaban sus servicios, al desarrollarse, como hemos dicho, al margen de lo que constituía su actividad laboral, en un claro intento de suspender la prestación de un servicio esencial, lo que impide el acogimiento de la reclamación de responsabilidad de AENA por los daños causados por dicho personal a su servicio [FJ 8.º].

A modo de recapitulación, esta Sala considera que, si bien es cierto que la comisión de hechos eventualmente delictivos por funcionarios o agentes de la Administración, con daño a terceros, no produce de suyo la ruptura de la relación de servicios ni, por ende, obsta al nacimiento de la responsabilidad patrimonial administrativa (sobre lo cual existe cumplida jurisprudencia), en el presente caso concurren circunstancias especiales. En primer término, es oportuno notar que el destinatario de la acción de los controladores o, si queremos denominado así el “sujeto pasivo” de dicha acción, no fue un tercero, sino que lo fue precisamente la Administración pública cuya responsabilidad ahora se pretende. Y no dejaría de resultar paradójico que el sujeto pasivo (al menos en su modo más directo) de dicha acción sea, a su vez, quien deba indemnizar a terceros. Junto a ello debe tomarse en consideración que, tras aquellas acciones de los controladores, la decisión administrativa del cierre del espacio aéreo se produjo precisamente en garantía de la vida y la integridad de aquellos propios terceros que ahora demandan su responsabilidad. Todo ello, conjuntamente considerado, comporta, a juicio del Tribunal, una relevante alteración de la concurrencia de causas y, de modo especial, impide la imputación del daño al servicio público» (FJ 9.º).

El fallo y la argumentación de la Audiencia Nacional resultan, a mi modo de ver, muy discutibles. Tal como señaló acertadamente la sentencia del Juzgado Central núm. 7 arriba citada, no parece posible afirmar que la actuación de los controladores constituya un supuesto de fuerza mayor, al menos según la noción jurisprudencial dominante,

que la caracteriza como un evento externo al servicio, puesto que aquellos son un elemento intrínseco e imprescindible del servicio aeroportuario. Por otro lado, no convence la aseveración de que la huelga salvaje supone una «ruptura de la relación de servicios» de los controladores con AENA. Los controladores, cuando abandonaron sus puestos de trabajo, eran empleados públicos que estaban desempeñando sus funciones al servicio de AENA. El abandono estaba, además, directamente conectado con su relación de servicios con el ente público, al tratarse de una medida de presión (ilegal) destinada a preservar sus condiciones laborales. Se cumplen, pues, los dos requisitos habitualmente exigidos por la doctrina y la jurisprudencia administrativistas españolas (y extranjeras) para imputar conductas a la Administración y considerar que ha existido «funcionamiento de los servicios públicos» a los efectos del artículo 139.1 de la Ley 30/1992: se trataba de sujetos insertos en la organización administrativa que llevaron a cabo la conducta lesiva (consistente en abandonar de improviso su puesto de trabajo) en ejercicio o con ocasión de sus funciones al servicio de aquella. Ambos requisitos, por cierto, son también los exigidos por la doctrina civilista para imputar conductas de personas físicas a personas jurídico-privadas y desencadenar la responsabilidad civil extracontractual de estas.

Hasta la fecha, la jurisprudencia española había venido realizando una interpretación expansiva de ambos requisitos, haciendo responder a la Administración incluso por la actuación de sujetos ajenos, en sentido estricto, a la organización administrativa (como los colaboradores ocasionales de la Administración y hasta los contratistas públicos —en una doctrina luego abandonada—), y exonerándola únicamente cuando la actuación del empleado público estuviera totalmente desconectada de sus funciones al servicio de aquella. Como reconoce la presente sentencia de la Audiencia Nacional, ello ha llevado tradicionalmente a imputar con toda naturalidad a la Administración incluso las acciones delictivas de sus empleados; así lo exige, por otra parte, el artículo 121 del Código Penal.

La cuestión no es, por tanto, si hizo bien o no AENA al cerrar el espacio aéreo, si con ello incurrió o no en funcionamiento anormal, sino si la conducta omisiva previa de sus controladores le es imputable como organización. Al tratarse de empleados públicos que actuaron en el ejercicio o (al menos) con ocasión de sus funciones, la respuesta solo puede ser afirmativa, y no cabe dudar que nos encontramos ante «funcionamiento del servicio público», ante actuación de AENA. Tratar a los controladores como sujetos ajenos a la Administración, como hace la sentencia, no parece en absoluto justificado. Parece evidente, en

este sentido, que este caso no tiene nada que ver con el que invoca la Audiencia Nacional como precedente, y que dio lugar a la sentencia exoneratoria del mismo Tribunal de 18 de diciembre de 2009, puesto que en ese otro caso el cierre del aeropuerto se ordenó como consecuencia de la invasión de sus pistas por parte no ya de empleados de AENA, sino de trabajadores de una compañía aérea ajena por completo a este ente público.

Una vez afirmada la imputabilidad de las conductas de sus controladores a AENA, difícilmente podrá negarse la responsabilidad patrimonial de ésta frente a las víctimas, puesto que la conducta ilegal de aquéllos que motivó el cierre del espacio aéreo y la causación indiscutible de cuantiosos daños a miles de afectados fue dolosa y no puede ampararse en causa alguna de justificación. Resulta, por ello, irrelevante si AENA y el Ministerio de Fomento hubieran podido o no prever la reacción de los controladores, a la vista del fuerte enfrentamiento producido en los meses previos a su huelga salvaje. La actuación ilegal y dolosa de los controladores fue actuación de AENA que constituyó un supuesto claro de funcionamiento anormal de la Administración (totalmente distinta habría sido la situación en caso de que se hubieran respetado los límites legales al derecho de huelga y se hubieran garantizado los servicios mínimos), y las medidas adoptadas con posterioridad por la dirección de AENA y el Gobierno para evitar accidentes (el cierre del espacio aéreo) y restablecer la normal prestación del servicio aeroportuario (la declaración del estado de alarma y la asunción del control aéreo por el Ejército) permitieron solo limitar el alcance de los daños producidos a los afectados.

Desde el punto de vista de la función preventiva que corresponde también a la institución de la responsabilidad, el fallo desincentiva de forma notable la adopción de las medidas que eviten la producción de nuevas huelgas salvajes por parte de la Administración, tanto en el sector aeroportuario como en otros igualmente estratégicos.

Por todo ello, parece más acertada la solución adoptada por la referida sentencia del Juzgado Central núm. 7, que afirmó la responsabilidad de AENA. Como también se sugiere en dicha sentencia, ello no impediría que esta ejerciera luego la acción de regreso contra los controladores. Tratándose de una conducta lesiva dolosa, su ejercicio (que sería obligatorio, según el tenor literal del artículo 145.1 de la Ley 30/1992, tras la reforma operada en 1999) parecería más que justificado.

Con todo, teniendo en cuenta la particularidad de este tipo de casos, quizá podría pensarse, en el futuro, en introducir *de lege ferenda* una regulación legal especial que contemplara un mecanismo rápido y semiautomático de indemnización baremada para las víctimas afecta-

das por huelgas ilegales en sectores estratégicos, como de hecho ocurre ya, a nivel europeo, con el resarcimiento de los daños derivados de cancelaciones de vuelos por parte de las aerolíneas. Se evitarían así las graves discrepancias judiciales que evidencia este caso (y que redundan en detrimento de los principios de igualdad y seguridad jurídica) y se facilitarían las reclamaciones por parte de los miles de afectados potenciales, al tiempo que se limitaría el importe de las multimillonarias indemnizaciones a satisfacer por el Estado.

Dando un paso más, la sentencia aquí brevemente anotada confirma de nuevo la conveniencia de una clarificación legislativa general de los requisitos básicos de la responsabilidad patrimonial de la Administración española (OM).

II. NULIDAD PARCIAL DEL INDULTO DEL GOBIERNO A DOS BANQUEROS: EXTENSIÓN DEL INDULTO Y ALCANCE DEL CONTROL JUDICIAL

La sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2013 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.^a) conoce del recurso contencioso-administrativo interpuesto por tres víctimas de un delito de acusación falsa contra los Reales Decretos 1753/2011 y 1761/2011, ambos de 25 de noviembre, por los que el Consejo de Ministros indultó a dos banqueros condenados por la comisión de este delito. En dichos indultos se conmutaba la pena de arresto mayor y la accesoria de suspensión de profesiones u oficios relacionados con el desempeño de cargos de dirección, públicos o privados, vinculados con entidades bancarias, crediticias o financieras por una de multa en la cuantía máxima prevista en el artículo 74 del Código Penal, dejando subsistente la otra pena de multa de 400 euros.

Pero la cuestión central reside en la legalidad del inciso final que se añadía en los Reales Decretos de indulto, del tenor literal siguiente: «(...) y quedando sin efecto cualesquiera otras consecuencias jurídicas o efectos derivados de la sentencia, incluido cualquier impedimento para ejercer la actividad bancaria, a condición de que no vuelva a cometer delito doloso en el plazo de cuatro años desde la publicación del presente real decreto». Como reconocen todas las partes, la finalidad de este inciso es evitar la aplicación a los dos banqueros del impedimento que para el ejercicio de la actividad bancaria establece el Real Decreto 1245/1995, de 14 de julio, sobre creación de bancos, actividad transfronteriza y otras cuestiones relativas al régimen jurídico de las entidades de crédito. Según el epígrafe f) del apartado primero del artículo 2 de dicho Reglamento, se establece como requisito para ejercer la

actividad bancaria el contar con un consejo de administración integrado por «personas que sean de reconocida honorabilidad comercial y profesional». Y el apartado segundo de este precepto especifica que concurre honorabilidad comercial y profesional en quienes hayan venido observando una trayectoria personal de respeto a las leyes mercantiles u otras que regulan la actividad económica y la vida de los negocios, así como a las buenas prácticas comerciales, financieras y bancarias, concretando diversos supuestos en los que se entiende que, en todo caso, carecen de tal honorabilidad, siendo uno de ellos el referido a «quienes, en España o en el extranjero, tengan antecedentes penales por delitos dolosos».

Avanzamos que la sentencia del Tribunal Supremo estima el recurso contencioso-administrativo y declara la nulidad de este inciso por ser contrario al ordenamiento jurídico. Ello conlleva la imposibilidad de que los dos banqueros indultados puedan ejercer la actividad bancaria hasta que sus antecedentes penales sean rehabilitados por el transcurso del tiempo legalmente establecido. Pero advertimos que, posteriormente, la efectividad de esta sentencia podría quedar totalmente desvirtuada por la rápida modificación del citado apartado segundo del Real Decreto 1245/1995, de 14 de julio, mediante el Real Decreto 256/2013, de 12 de abril, por el que se incorporan a la normativa de las entidades de crédito los criterios de la Autoridad Bancaria Europea de 22 de noviembre de 2012, sobre la evaluación de la adecuación de los miembros del órgano de administración y de los titulares de funciones clave (publicado en el *BOE* núm. 89, de 13 de abril de 2013). Entre otros aspectos, se suprime la prohibición de ejercer la actividad bancaria por quienes tengan antecedentes penales por delitos dolosos. Ahora, la existencia de antecedentes penales por delitos dolosos se transforma simplemente en uno de los criterios a valorar para determinar si concurre el requisito de honorabilidad comercial y profesional. Dicha valoración corresponde al Banco de España, pudiendo establecer un Comité de expertos independientes para informar los expedientes de valoración en los que concurra condena por delitos o faltas. A la vista de ello debemos señalar que merecería una profunda reflexión la oportunidad, sin perjuicio de su legitimidad, de dicha modificación reglamentaria posterior a la sentencia del Tribunal Supremo al flexibilizar los requisitos para ejercer la actividad bancaria (en concreto, por lo que hace referencia a los efectos de las condenas penales por delitos dolosos) si tenemos presente la relevante responsabilidad del sector financiero en la grave crisis económica en que nos encontramos inmersos.

A continuación analizaremos los fundamentos jurídicos de la sentencia para declarar la nulidad del inciso citado de los indultos. Pero an-

tes exponemos los argumentos del Tribunal Supremo para rechazar las dos causas de inadmisibilidad alegadas sobre falta de legitimación y actuación no susceptible de impugnación al tratarse de un acto político.

Respecto a la primera causa de inadmisibilidad por falta de legitimación (fundamento de derecho séptimo), el abogado del Estado y los dos indultados alegan que los indultos no inciden en la esfera de ningún interés personal o material de los recurrentes y que la legitimación en vía penal de los ofendidos mediante la acusación particular ya se ve satisfecha con la sentencia condenatoria, sin que el deseo de apartar a una persona de su actividad profesional tenga nada que ver con el bien jurídico protegido penalmente. La sentencia considera que, según jurisprudencia consolidada, los recurrentes están legitimados en base a la noción de interés legítimo como cualquier efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) que se pueda derivar de la anulación y al principio *pro actione*. Se reitera el razonamiento del Tribunal Supremo que utilizó para desestimar las alegaciones previas sobre falta de legitimación, al recordar que son evidentes los intereses legítimos de los ofendidos, tal como se reconoció en el proceso penal y en el proceso administrativo de indulto. Además, considera que si la víctima tiene interés en la condena también lo tiene en el perdón y, en especial, en que se ajuste a lo previsto en la ley y no se extienda más allá de los límites que esta impone. Incluso se afirma que los recurrentes tienen un interés legítimo en mantener apartados de la actividad bancaria a los indultados porque los recurrentes fueron víctimas de un delito de acusación falsa que los indultados cometieron en el ejercicio de la actividad bancaria.

La segunda causa de inadmisibilidad planteada por los codemandados se refiere a que el indulto es un acto político no susceptible de control por la jurisdicción contencioso-administrativa (fundamento de derecho octavo). Sin perjuicio del examen concreto del régimen jurídico del indulto que la sentencia realiza más adelante, se recuerda que los indultos son, efectivamente, actos del Gobierno y que su control por el contencioso-administrativo se limita a los elementos reglados. Ello en base a la CE (arts. 9.1, 24.1, 97 y 106.1); la Ley 50/1997, del Gobierno (art. 26.3); la LJCA —art. 2.a)—, y la jurisprudencia tanto sobre actos del Gobierno —en especial la STS del Pleno de 2 de diciembre de 2005— como sobre indultos, que, por cierto, ha sido objeto de reseña en anteriores «Notas» en esta misma REVISTA. Así, el Gobierno puede decidir a quién perdona y si perdona la totalidad o una parte de la condena, e incluso imponer condiciones para la condonación. Pero lo que se puede perdonar (el contenido material del indulto) es un elemento reglado determinado por la ley. Precisamente el control jurisdiccional de

los antes denominados «actos políticos» se considera una de las muestras del avance conseguido en nuestro país hacia la plenitud del control judicial de los poderes públicos de acuerdo con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Y la detección de contenidos reglados dentro de las decisiones de naturaleza política del Gobierno es una de las técnicas a utilizar.

Ahora ya podemos adentrarnos en el examen de los argumentos del Tribunal Supremo para declarar la nulidad del inciso de los indultos que permitía a los indultados continuar realizando la actividad bancaria (fundamentos noveno a décimo tercero).

En primer lugar, se determina el régimen jurídico del indulto y, en especial, sus límites, pues la extralimitación en el ejercicio de la prerrogativa de gracia constituye el principal motivo de impugnación por los recurrentes. En base a la CE —arts. 62.i), 64, 87.3 y 102.3— y a la Ley Provisional de 18 de junio de 1870 por la que se establecen las reglas para el ejercicio de la gracia de indulto, se afirma que el indulto es un acto del Gobierno que se exterioriza por un Real Decreto del Consejo de Ministros, firmado por el Rey, con el refrendo del ministro de Justicia. Además, según el artículo 62.1 CE, el derecho de gracia se ejerce con arreglo a la ley, y el artículo 1 de la Ley de 1870 señala que el indulto se extiende a toda o parte de la pena, pero a nada más, o sea, no se permite más indulto que el de la pena. Se destaca que la gracia del indulto es una prerrogativa excepcional justificada para la consecución de una justicia material inspirada por el valor de la justicia (art. 1), pero que se inserta en un Estado constitucional de Derecho, sujetándose al principio de legalidad. Como reconoce la sentencia, en el presente caso el indulto es un claro *ultra vires* al extenderse más allá de la pena. No obstante, la sentencia no termina aquí, sino que analiza las argumentaciones del abogado del Estado y de los codemandados que intentan justificar esta extralimitación.

La primera alegación examinada es sobre la existencia de un apoderamiento genérico (a modo de *favor libertatis*) al Gobierno para fijar el contenido del indulto, de tal manera que pueda extenderse a todo aquello que no esté prohibido y siempre que, de una u otra manera, sea consecuencia de la condena penal. El Tribunal Supremo entiende que, a diferencia de otros actos del Gobierno como los propios de la función de dirección política del Estado, donde la ley no configura normalmente ni su extensión ni su contenido, los indultos son actos del Gobierno con una mayor determinación normativa. Como señala la sentencia, «el indulto es esencialmente un producto jurídico que se justifica en virtud de una atribución normativa precedente que sirve para condicionar la extensión y límites de su ejercicio, aunque lo sea con un am-

plísimo margen de libre decisión. Son la Constitución y la Ley las que proporcionan el atributo de la clemencia al Gobierno y es esta última la que fija hasta dónde su ejercicio puede producir efectos jurídicos en un sentido positivo. Precisamente estos condicionantes jurídicos de la prerrogativa son los que autorizan la fiscalización del poder judicial, y concretamente de esta jurisdicción». Y rechaza la existencia de un apoderamiento genérico al Gobierno para extender el contenido del indulto a todo aquello que no esté prohibido, pues, según la CE, el indulto debe ejercerse siempre con arreglo a la ley y, por tanto, el contenido del indulto no puede ir más allá del establecido taxativamente por la ley. A estos efectos, vuelve a traer a colación el carácter del indulto como potestad extraordinaria de intervención del Ejecutivo sobre un ámbito de competencia del Judicial. En definitiva, el Tribunal Supremo no hace más que aplicar canónicamente la teoría de las potestades y del principio de legalidad desde la concepción de la vinculación positiva a la ley.

La segunda alegación sostiene que no se ha producido una derogación singular del Real Decreto 1245/1995, pues la finalidad del inciso final del indulto no es excepcionar dicha norma, sino impedir la aplicación de los antecedentes penales haciéndolos desaparecer como consecuencia jurídica. Entonces el Tribunal Supremo se plantea cuál puede ser el significado del inciso final de los Reales Decretos de indulto, llegando a la conclusión que solo puede ser entendido de dos maneras: a) elimina los antecedentes penales de los indultados para evitar las consecuencias administrativas previstas en la normativa bancaria; o b) sin eliminarlos, excepciona singularmente a los indultados del requisito de honorabilidad establecido en el RD 1245/1995, requisito del que carece el que tiene antecedentes penales.

Sobre la posibilidad de que el Gobierno elimine los antecedentes penales, el Tribunal se pronuncia negativamente por contravenir el ordenamiento jurídico. Primero analiza la naturaleza jurídica de los antecedentes penales como un efecto administrativo de la condena penal que consiste en la inscripción en un registro administrativo (el Registro Central de Penados y Rebeldes) de determinados aspectos de una sentencia de condena penal. Su finalidad principal es servir de apoyo a la Administración de Justicia como factor de individualización de las penas (por ejemplo, para apreciar reincidencia o acordar la remisión condicional). Pero también la ausencia de antecedentes penales es un requisito para el acceso a determinadas funciones públicas (como el ingreso a la carrera judicial, art. 303 LOPJ), para obtener determinadas autorizaciones (como la licencia de armas, art. 97 RD 137/1993) o para ejercer determinadas actividades (como la bancaria, art. 2.2 RD 1245/

1995). Una vez examinada la funcionalidad de los antecedentes penales, la sentencia especifica las normas que resultan vulneradas por la eliminación de los mismos por el Gobierno fuera de los supuestos previstos por la ley. Primero, priva de eficacia a las normas que los contemplan como una prohibición para ejercer determinadas funciones públicas, actividades u obtener autorizaciones. Segundo, contraviene las normas penales que obligan a la anotación de los antecedentes penales (art. 245 LECrim). Tercero, vulnera las normas penales que desvinculan la extinción de la responsabilidad criminal de la existencia de antecedentes penales al establecer como única causa de su cancelación el transcurso del tiempo (art. 136 CP). Y cuarto, incumple la Ley de indulto, que excluye expresamente del perdón determinadas consecuencias de la condena penal que deben constar en el Registro, como la responsabilidad civil o la condena en costas. Por tanto, la sentencia concluye: «Es obvio que un acto del Gobierno, como es el indulto, por muy acto político que sea, no puede excepcionar la aplicación de estas leyes, haciendo desaparecer el rastro administrativo de la condena sin que hayan transcurrido los plazos legales de cancelación».

Entonces el Tribunal examina la segunda posibilidad planteada de si el Gobierno puede, sin eliminar los antecedentes penales, excepcionar singularmente a los indultados del requisito de honorabilidad establecido en el RD 1245/1995, requisito del que carece el que tiene antecedentes penales. Primero examina las dos alegaciones que, sin mención alguna a la inderogabilidad singular de los reglamentos, sostienen que el Gobierno puede dispensar este requisito de honorabilidad consistente en carecer de antecedentes penales. Se alega que la finalidad del indulto solo se puede satisfacer si se permite a los condenados el ejercicio de derechos de los que se habrían visto privados por virtud de la pena impuesta conmutada, puesto que se produce una coincidencia del contenido material de la pena y de la consecuencia administrativa. La sentencia rechaza dicha argumentación porque el contenido de la pena y el requisito de honorabilidad no son la misma cosa, como lo prueba el mismo hecho que se haya solicitado la extensión del indulto más allá de la pena impuesta. En este sentido, la sentencia es clara: «Se quería algo más que el simple perdón de la pena accesoria de suspensión, se pretendía la eliminación de cualquier obstáculo o impedimento en el ejercicio de la actividad bancaria derivado de la existencia de una condena penal». Tampoco admite la argumentación de que si el Gobierno puede lo más (conmutar una pena), también puede lo menos (dispensar del requisito administrativo de honorabilidad vinculado a la falta de antecedentes penales). Considera falaz la aplicación del principio *a maiore ad minus* en este caso porque, como he-

mos visto, no tienen nada que ver la pena accesoria de suspensión y el impedimento administrativo de falta de honorabilidad para el ejercicio de la actividad bancaria. En el fondo, lo que se aprecia es una distinta naturaleza jurídica entre la pena accesoria y la falta de los citados requisitos administrativos, naturaleza distinta que deriva de su distinta fundamentación. Estos son establecidos por la legislación administrativa sectorial, y obedecen a los intereses públicos específicos apreciados por el legislador para la ordenación de este sector económico en concreto, y estos intereses públicos son ajenos a los tutelados por el ordenamiento penal, que establece autónomamente su valoración y reproche de la conducta castigada, sin depender del sector económico específico en el que ejerce el condenado a indultar.

Y, finalmente, la sentencia constata que se ha producido una vulneración de la prohibición de la inderogabilidad singular de los reglamentos (art. 9.1 CE; art. 23.4 Ley 50/1997, del Gobierno, y art. 52.2 LRJPAC) porque el Gobierno, a través de la prerrogativa de indulto, ha derogado o dejado sin efecto, para dos casos concretos, una norma reglamentaria, excepcionando singularmente su aplicación. Se recuerda que el Gobierno, en base a la potestad reglamentaria, «puede disponer la derogación general de un Reglamento o su modificación, si lo considera necesario, atemperando su contenido a aquellas circunstancias que así lo exijan o en el caso de novedosos mandatos legales que deba ejecutar». Pero «lo que no puede hacer es excepcionar, para personas concretas, un mandato general contenido en una norma reglamentaria, pues el Gobierno está también obligado a respetar las normas, incluso aquellas que nacen de su propia potestad normativa». Como sabemos, se trata de la vieja regla *legem patere quam ipse fecisti*, que está conectada con la preservación del principio de igualdad y, sobre todo, del principio de legalidad en la sumisión plena de la Administración, y del Gobierno, a la ley y al ordenamiento jurídico. Como hemos señalado al inicio de este comentario, la actuación posterior del Gobierno precisamente pone aún más de manifiesto esta vulneración, prácticamente confesándola al aprobar una modificación reglamentaria, obviamente de alcance general, que suprime la prohibición de ejercer la actividad bancaria por quienes tengan antecedentes penales por delitos dolosos.

Finalmente, cabe indicar que el Tribunal también considera que su razonamiento no entra en contradicción, como tal vez podría parecer, muy al contrario coincide plenamente, con la sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 13 de junio de 2001 sobre el Real Decreto del Gobierno 2392/2000, de 1 de diciembre, por la que indultó al magistrado Gómez de Liaño de la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público, añadiendo el inciso «con todas las conse-

cuencias, lo que supone su reintegro en la carrera judicial». De esta manera se pretendía evitar, como con los dos banqueros, la incidencia del ya visto artículo 303 LOPJ, que impide la reintegración de un juez en la carrera si ha sido condenado penalmente por delito doloso hasta que no hayan sido rehabilitados los antecedentes penales. Como acertadamente aprecia la sentencia comentada, el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción no se pronunció sobre la legalidad de dicho inciso, sino sobre a quiénes correspondía determinar el contenido del indulto y de sus consecuencias jurídico-administrativas. Recordamos que, en este caso, el conflicto se planteó porque el tribunal penal sentenciador (Sala Segunda del Tribunal Supremo) se limitó a aplicar el indulto de la pena de inhabilitación, sin hacer mención alguna del inciso citado ni que fuera, como indicaba el voto particular del presidente de la Sala, a los efectos de su comunicación al CGPJ para que adoptara la resolución pertinente. La sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción deja bien claro que corresponde al Gobierno la competencia para determinar el contenido del indulto y al CGPJ la competencia sobre las consecuencias jurídico-administrativas del indulto (en particular, la existencia de antecedentes penales y su incidencia en el reingreso en la carrera judicial). Dicha sentencia expresaba con claridad la naturaleza del inciso final del Real Decreto de indulto sobre el reingreso a la carrera judicial: «La cuestión ahora planteada sale del ámbito natural del indulto —penas, artículo 1 LI— para entrar en el terreno de las consecuencias jurídico-administrativas del indulto» (fundamento de derecho sexto) (TF y AP).

III. EL TRIBUNAL SUPREMO FIJA LOS LÍMITES DE LA JURISDICCIÓN DEL TRIBUNAL DE CUENTAS

Los procedimientos de responsabilidad contable tienen una singular tramitación ante el Tribunal de Cuentas, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 7/1988, de 5 de abril, de funcionamiento del citado Tribunal. Las sentencias dictadas por la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas pueden ser recurridas finalmente en casación ante el Tribunal Supremo, con lo que en última instancia la vía excepcional de la jurisdicción contable es sometida al control del poder judicial.

Este doble orden de control plantea el problema de los límites de la jurisdicción contable, y en particular de su competencia para pronunciarse con carácter prejudicial en relación a determinadas materias, que pueden incidir en sus pronunciamientos pero cuyo conocimiento pleno corresponde al orden contencioso-administrativo.

Esta cuestión ha sido analizada de forma extensa en la interesante sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2012, recurso de casación 3671/2010, que cuenta a su vez con un voto particular, igualmente de interés, emitido por el magistrado Sr. Vicente Conde.

Sucintamente, los hechos son los siguientes. El Pleno del Ayuntamiento de Boadilla del Monte aprobó, el 26 de febrero de 1998, un Convenio colectivo cuyo artículo 33 establecía el pago de una determinada paga extra. Esta paga fue abonada en los ejercicios de 1998, 1999 y 2000.

Como consecuencia de haber ordenado el pago de estos complementos de paga extra se incoó un procedimiento de responsabilidad contable por alcance frente a quienes ordenaron estos pagos, que se calificaron de indebidos.

En primera instancia, el Tribunal de Cuentas estimó el recurso de las personas a las que se imputaba la responsabilidad contable, pero en apelación el Tribunal de Cuentas condenó a dichas personas al estimar que los pagos realizados eran indebidos, declarando en su sentencia como cuestión prejudicial devolutiva la ilegalidad del Convenio al haber previsto el pago de las pagas extras.

Recurrida en casación la sentencia del Tribunal de Cuentas, el núcleo central del debate se establece en torno a los límites de la jurisdicción contable, y a si la misma es competente o no para resolver como cuestión prejudicial una materia que en principio corresponde enjuiciar al orden contencioso-administrativo.

Este debate formal de naturaleza procesal responde al hecho de que en el momento de ordenar los pagos, lo que determina la imputación de responsabilidad contable, el Convenio colectivo no había sido impugnado, ni frente al mismo se había formulado ningún reparo por parte de la intervención. El Convenio en base al que se autorizaron los pagos era válido y eficaz.

El Tribunal Supremo da la razón a los recurrentes al estimar que no existieron pagos indebidos, ya que el Tribunal de Cuentas aplicó de forma indebida el artículo 17.2 de la LOTC al declarar la disconformidad a Derecho del artículo 33 del Convenio colectivo. Para el Tribunal Supremo, el Tribunal de Cuentas no debió extender el ejercicio de su jurisdicción hasta el punto de declarar *incidenter tantum* la ilegalidad del artículo 33 del Convenio, ya que esta ilegalidad condiciona la existencia de un ilícito presupuestario del artículo 141.d) de la Ley general presupuestaria, pero no guarda la relación directa que exige el artículo 17.2 *in fine* de la Ley de funcionamiento del Tribunal de Cuentas con la cuestión principal resuelta, que es un reintegro por alcance.

Se concluye que resolver sobre la nulidad del Convenio era materia que corresponde al orden contencioso-administrativo, y no al ámbito de la jurisdicción contable, como cuestión prejudicial devolutiva.

La conclusión final es que al no existir comisión de ilícito presupuestario y contable no puede haber responsabilidad contable.

De este modo, el Tribunal Supremo ha puesto un límite muy relevante a la competencia de la jurisdicción contable, el definir con precisión el alcance del artículo 17 de su Ley de funcionamiento y, por tanto, de su competencia para pronunciarse con carácter prejudicial sobre hechos cuyo enjuiciamiento está reservado al orden contencioso-administrativo. Por tanto, no habrá en principio pago indebido si el mismo se realizó de conformidad con normas válidas y vigentes en el momento de autorizarse estos pagos.

En este sentido cabe mencionar el auto del Tribunal de Cuentas de 14 de febrero de 2013, que aplica la doctrina establecida en la sentencia que comentamos en relación a unos pagos por jubilaciones anticipadas e incentivos del personal docente e investigador funcionario acordados por la Universidad de las Islas Baleares.

El Ministerio Fiscal en su informe destaca que los pagos se realizaron de conformidad con el plan de jubilación anticipado, que no fue impugnado. A lo que añade: «según se recoge en la STS 28-XI-2012 los pagos que emanan de los órganos competentes para aprobarlos y no fueron impugnados, no pueden ser considerados como indebidos». El auto del Tribunal de Cuentas acuerda que no procede la incoación de juicio (JT).