

II. 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. COMUNICACIÓN DEFECTUOSA POR EDICTOS GENERADORA DE RESPONSABILIDAD POR EL FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Tanto el artículo 121 de la Constitución (CE) como los preceptos de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) que lo desarrollan (arts. 292 a 297) distinguen la responsabilidad patrimonial por error judicial de la derivada del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. La distinción tiene aparejada, sobre todo, una diferente tramitación, mucho más compleja en el caso del error judicial, que debe ser declarado previamente en el marco del recurso jurisdiccional de revisión o del procedimiento *ad hoc* ante el Tribunal Supremo establecido por el artículo 293.1 LOPJ. Es pacífico que los daños derivados de una errónea interpretación y aplicación del Derecho en relación con la cuestión de fondo debatida en el proceso deben canalizarse por la vía del error judicial, mientras que daños como el retraso en las actuaciones jurisdiccionales o la pérdida o deterioro de bienes depositados judicialmente constituyen supuestos —los dos más frecuentes de responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de la Administración de Justicia, cuya indemnización puede reclamarse directamente ante el Ministerio de Justicia—. Existen, sin embargo, determinados supuestos cuya calificación no es *a priori* tan sencilla. El que ha dado lugar a la sentencia de 16 de diciembre de 2008 (Sección 6.ª, recurso núm. 6298/2004) es uno de ellos.

El recurrente había sido demandado judicialmente y, pese a que en un documento integrante de los autos constaba que tenía su domicilio en el Reino Unido, todas las comunicaciones relativas al juicio y a su ejecución se hicieron por edictos. Ante la falta de personación del demandado, para hacer frente al cobro de la deuda judicialmente declarada se procedió a la subasta de la casa de vacaciones que tenía en la costa española, por un precio muy inferior al de mercado. El recurrente reclamó luego responsabilidad patrimonial por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, alegando que la realización por vía edictal de todas las comunicaciones del proceso le había impedido tener conocimiento de su existencia y privado de la posibilidad de defenderse.

Pretendía que se le indemnizara por el valor real de la casa subastada, por el de los muebles que contenía y por daño moral. El Ministerio de Justicia, primero, y la Audiencia Nacional, después, desestimaron su reclamación al considerar que el supuesto sería constitutivo, en su caso, de error judicial, cuya previa y preceptiva declaración judicial no se había siquiera instado.

El Tribunal Supremo casa la sentencia de la Audiencia Nacional y estima el recurso interpuesto por el recurrente. Considera que el supuesto es constitutivo de responsabilidad por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, y no ya de error judicial, y que por tanto no procedía la previa declaración judicial de tal error. Son dos los principales argumentos manejados por el Tribunal.

El primero es que la claridad de la vulneración del derecho fundamental del artículo 24 CE producida en este caso hace innecesaria una declaración judicial previa que la constate. Como recuerda la sentencia, jurisprudencia reiterada del Tribunal Constitucional ha señalado que la comunicación de actos judiciales mediante edictos sólo se ajusta a las exigencias del artículo 24 CE cuando es absolutamente imposible la comunicación personal al interesado, lo que no sucedió en el presente caso, en que, como se ha dicho, constaba en un documento integrante de los autos y era perfectamente cognoscible para el órgano judicial que el recurrente tenía su domicilio en el Reino Unido. Ante la claridad de la infracción procesal cometida, el hecho de que la comunicación por edictos tuviera su origen en resoluciones judiciales es, para el Tribunal Supremo, irrelevante.

El segundo argumento es el de que, a la vista de lo dispuesto por la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 152 de la vigente y 262 de la anterior, aplicable en el presente caso), los actos de comunicación no son plenamente judiciales, sino que «son [...] imputables al secretario» judicial. Por ello, en opinión del Tribunal, «en ausencia de una intervención significativa del Juez o Tribunal [...] los daños que [de los actos de comunicación] puedan derivar deberán ser reclamados por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia» (FJ 5.º).

El Tribunal equipara así la defectuosa comunicación por edictos a otros errores de comunicación que la jurisprudencia y el Consejo de Estado han canalizado a través de la responsabilidad por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia y no ya a través del error judicial: así, por ejemplo, la falta de notificación de la suspensión de la celebración de un juicio, la falta de citación del propietario a una subasta o la falta de notificación al interesado del sobreseimiento del proceso penal (vid. referencias en Edorta COBREROS MENDAZONA, «Funcionamiento anormal de la Administración de Justicia e indemnización», en núm. 177 de esta REVISTA, 2008, págs. 62 y ss.).

Una vez declarado el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, el Tribunal constata que de él se ha derivado una lesión que la víctima no tenía el deber jurídico de soportar: la pérdida de su casa de vacaciones y de los enseres que en ella había, y el consiguiente daño moral. Al evaluar el daño, ante la falta de oposición por parte de la Administración, asume la cuantificación efectuada por el reclamante, de la que detrae el importe por el que fue adjudicada la casa en la subasta.

El Tribunal parte así de la convicción de que, de habersele comunicado correctamente —en su domicilio del Reino Unido— la existencia del proceso judicial y haber comparecido en él, el recurrente hubiera podido evitar y evitado la subasta de la casa para hacer frente al pago de la deuda. La gran diferencia existente entre el precio de mercado de la casa y lo que se pagó por ella en la subasta, por un lado, y el reducido montante de la deuda contraída por el recurrente, por otro, permiten ciertamente presumir que ello hubiera sido así y omitir disquisiciones sobre la pérdida de la oportunidad procesal producida. Pero no hubiera estado de más que el Tribunal justificara con mayor detenimiento la solución indemnizatoria alcanzada (OM y TF).

II. ESCRITO DE INTERPOSICIÓN Y ACREDITACIÓN DE LA VOLUNTAD SOCIAL DE INTERPONER EL RECURSO

El cumplimiento de los requisitos procesales exigidos para que el recurso contencioso-administrativo sea admitido posee una importancia procesal indiscutible. Sin dicho cumplimiento podrá no constituirse el proceso y el potencial recurrente quedará sin defensa. Por esta razón, la interpretación que los Tribunales hagan de las normas que se refieren a estos trámites posee una singular relevancia.

Una de estas normas cuya interpretación hay que conocer es el artículo 45.d) de la Ley jurisdiccional, precepto en el que se establecen los documentos que deben acompañar al escrito de interposición. La interpretación de este precepto debe, a su vez, ponerse en conexión con lo dispuesto en el artículo 138 de la misma Ley jurisdiccional, ya que en este segundo precepto se fijan las consecuencias del incumplimiento del requisito exigido en el artículo 45.d).

El artículo 45.d) se refiere a la necesidad de acreditar en el escrito de interposición la voluntad social para interponer el correspondiente recurso. En la Ley de 1957 la exigencia de la acreditación de la voluntad social quedaba limitada a las corporaciones o instituciones de Derecho público —art. 57.2.d)—. El nuevo artículo 45.d), de modo más amplio, impone esta obligación a «las personas jurídicas», sin añadir matiz o exclusión alguno. El mismo artículo 45 precisa que al escrito de interposición se acompañará «el documento o documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas con arreglo a las normas o estatutos que les sean de aplicación, salvo que se hubieran incorporado o insertado en lo pertinente dentro del cuerpo del documento mencionado en la letra a) de este mismo apartado —poderes para pleitos—».

La segunda cuestión a considerar es la consecuencia anudada al incumplimiento del requisito antes mencionado. Según el artículo 138 de la Ley 29/1998, «cuando se alegue que alguno de los actos de las partes no reúne los requisitos establecidos por la presente ley, la que se halle en tal supuesto podrá subsanar el defecto u oponer lo que estime pertinente dentro de los diez días siguientes al de la notificación del escrito que contenga la alegación».

A continuación se añade que «cuando el órgano jurisdiccional, de oficio, aprecie la existencia de algún defecto subsanable, dictará providencia en que lo reseñe y otorgue el mencionado plazo para la subsanación, con suspensión, en su caso, del fijado para dictar sentencia».

La nueva situación creada por la Ley 29/1998 poseía una indudable trascendencia práctica. Para poder constituir la relación procesal mediante el escrito de interposición ya no bastaba a las personas jurídicas privadas con acompañar el poder para pleitos. Era necesario acompañar el acuerdo del órgano competente, según los propios estatutos, para interponer el recurso. Por otro lado, el artículo 138 parecía limitar las posibilidades de subsanación del defecto.

Esta nueva regulación dio paso a una jurisprudencia no uniforme. Una corriente jurisprudencial entendía que si se apreciaba el vicio de no haber acreditado el acuerdo de interposición del recurso, la Sala debía en todo caso dar un plazo de diez días para subsanar el defecto advertido. Otra corriente afirmaba que si una de las partes había hecho advertencia de este vicio, la parte recurrente tenía diez días desde la notificación de esta advertencia para subsanar, sin que con posterioridad la Sala debiera concederle de nuevo otros diez días. En este caso la Sala podía, sin previo aviso de subsanación, apreciar la causa de inadmisibilidad que en su día alegó la otra parte.

El Tribunal Supremo, en la sentencia de 5 de noviembre de 2008, Ar. 451 de 2009, ha querido zanjar esta dualidad de interpretaciones con una sentencia dictada por el Pleno del Tribunal.

En la citada sentencia, el Tribunal afirma que una interpretación literal del artículo 138 lleva a la necesaria conclusión de que cuando una parte hizo advertencia del defecto procesal, la Sala debe sin más acordar la inadmisibilidad si la recurrente no subsanó el defecto en el plazo de diez días. A ello añade que no es sólo la interpretación literal la que le lleva a esta conclusión, sino el huir de una interpretación que conduzca a hacer inútil o innecesaria la norma. Para el Tribunal, si se permitiera la subsanación posterior del defecto, no tendría sentido la distinción de casos que introduce el artículo 138, esto es, cuando el defecto es advertido por la otra parte y cuando tan sólo se aprecia de oficio. Finalmente, el Tribunal añade que tampoco debe imponerse una interpretación favorable a un nuevo trámite de subsanación en virtud del artículo 24 de la Constitución y el derecho a la tutela judicial. Para el Tribunal, la parte actora tiene ocasión de subsanar su defecto, y si no lo hace la pérdida del recurso tan sólo a ella es imputable.

La sentencia cuenta con dos votos particulares. En el primero de ellos se sostiene que la Sala que inadmitió el recurso debió requerir previamente a la parte recurrente para que subsanara el defecto, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 45.3 de la Ley jurisdiccional. Para los autores del voto particular, la carga de examinar de oficio el cumplimiento de los requisitos para admitir el escrito comporta que en todo caso la Sala deba proceder a dicho examen y, en su caso, a dar el plazo de subsanación. El artículo 45.3 debe imponerse al artículo 138.3, y ello también por aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos favorable a una interpretación

antiformalista de las normas procesales. El segundo voto particular defiende la subsistencia de la línea jurisprudencial favorable a otorgar en todo caso el plazo de subsanación por aplicación del principio *pro actione* que se desprende del artículo 24 de la Constitución.

Más allá del examen de los diferentes argumentos contenidos en la sentencia citada y sus votos particulares, importa, a efectos prácticos, tomar nota de la doctrina mayoritaria. Si quien interpone el recurso es una persona jurídica, debe acompañar al escrito de interposición el acuerdo del órgano competente para interponer dicho recurso. Si no lo ha hecho, la parte recurrente deberá estar atenta a que la otra parte alegue dicho vicio y, si es así, debe subsanarse de inmediato la falta del acuerdo preceptivo. Si, por ejemplo, el recurrente deja para más adelante el examen del escrito de contestación a la demanda, pues ya lo examinará cuando se le emplace para el escrito de conclusiones, puede que en el escrito de contestación a la demanda la parte demandada hubiera alegado la no constancia del acuerdo de interposición del recurso. Cuando se quiera dar respuesta a lo alegado por la demandada, ya será demasiado tarde. Ya no será posible subsanar un vicio que en principio no planteaba mayores problemas.

Finalmente, quiero destacar una línea jurisprudencial del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña según la cual si el recurrente es una persona jurídica unipersonal bastará con acompañar la escritura de poder, ya que no tiene sentido requerir al órgano unipersonal un acuerdo formal para decidir interponer el recurso (JT).

III. OBJECCIÓN DE CONCIENCIA Y OBLIGACIONES LEGALES

El derecho de objeción de conciencia tiene unos límites materiales indefinidos. Las recientes sentencias del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2009 (recursos de casación núms. 905, 948, 949 y 1013 de 2008) han fijado una doctrina general con ocasión de la alegada objeción de los padres a que sus hijos cursaran la asignatura de Educación para la Ciudadanía. La sentencia de 11 de mayo de 2009, Rec. 69/2007, incide sobre la misma cuestión añadiendo unas consideraciones de interés en razón del caso enjuiciado. En este supuesto, el Tribunal Supremo debe pronunciarse sobre el alcance del derecho de objeción por motivos religiosos cuando quien reclama su aplicación es el titular de un Juzgado de primera instancia e instrucción con la finalidad de que se reconozca que no está obligado a tramitar expedientes matrimoniales entre personas del mismo sexo.

El recurrente ante el Tribunal Supremo solicitó al Consejo General del Poder Judicial que se le reconociera su derecho a abstenerse en la tramitación de expedientes matrimoniales entre personas del mismo sexo. Denegada la petición recurrió en alzada, recurso que fue a su vez denegado de forma expresa (con un voto particular discrepante que proponía la estimación parcial del recurso), y frente al cual interpone el correspondiente recurso contencioso-administrativo.

En su sentencia, el Tribunal Supremo parte de la doctrina ya elaborada en relación al derecho de objeción de conciencia en sus sentencias antes citadas relativas a la Educación para la Ciudadanía. Esta doctrina puede sintetizarse en la afirmación de que no tiene cabida en nuestro ordenamiento constitucional un derecho general a la objeción de conciencia susceptible de hacerse valer pese a no contar con reconocimiento formal en el texto fundamental o en la ley y que pueda sustentarse en el citado artículo 16 de la Constitución. Los argumentos que llevaron a este pronunciamiento se sintetizan a continuación:

a) El único supuesto en el que la Constitución contempla la objeción de conciencia frente a la exigencia de un deber público es el previsto en su artículo 30.2.

b) La doctrina del Tribunal Constitucional solamente ha admitido, fuera de ese caso, el derecho a objetar por motivos de conciencia del personal sanitario que ha de intervenir en la práctica del aborto en las modalidades en que fue despenalizado.

c) Nada impide al legislador ordinario reconocer la dispensa por razones de conciencia de determinados deberes jurídicos, pero en tal caso sería un derecho de rango meramente legislativo.

d) No surge de la Constitución un derecho de objeción de conciencia de carácter general, y en particular se puede afirmar que este derecho no deriva del artículo 16 de la Constitución (libertad religiosa). La libertad religiosa no supone el derecho a comportarse en todas las circunstancias de la vida con arreglo a las propias creencias.

e) La objeción de conciencia de carácter general tampoco puede fundarse en la jurisprudencia interna o en instrumentos de carácter internacional.

A estos argumentos la sentencia que comentamos añade algunos más para rebatir los que utiliza el recurrente. Así, por ejemplo, se rechaza que sea aplicable al caso enjuiciado el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, o la sentencia del Tribunal de Estrasburgo dictada en el caso *Cosans y Campbell contra el Reino Unido*.

Pero lo más relevante, a nuestro juicio, es la parte final de la sentencia, en la que se entra a examinar la incidencia que tiene el principio de sumisión de los poderes públicos a la ley a la hora de valorar la aplicación del derecho de objeción de conciencia cuando quien reclama su aplicación es un servidor público. Para el Tribunal, el principio de sumisión a la ley supone que el servidor público no puede dejar de cumplir los deberes que emanan de la ley, a falta de previsión expresa también de orden legal que se lo autorice. Este principio de sumisión a la ley hace inaplicables otras consideraciones que podrían tenerse en cuenta para hacer prevalecer, en caso de conflicto, la libertad religiosa y la objeción de conciencia frente a otros intereses públicos. Aunque pudiera demostrarse que en determinados casos el hecho de reconocer la objeción de conciencia no perjudica a terceros, ya que puede sustituirse al en-

cargado del registro que se niega a inscribir el matrimonio de personas de diferente sexo, el Tribunal Supremo estima que debe imponerse en todo caso el principio que somete al juez a la ley en cualquiera de los cometidos que tiene atribuidos. No es posible, por tanto, llevar a cabo una especie de juicio de ponderación de intereses para hacer prevalecer el principio de libertad religiosa frente a la obligación de cumplir con las obligaciones del cargo. La independencia, imparcialidad y responsabilidad del juez, que es garantía de los derechos e intereses legítimos de todos, quedarían en entredicho «desde el momento en que se subordinara a consideraciones de conciencia el cumplimiento de las funciones judiciales, o, en este caso, registrales, previstas por normas legales válidas» (JT).