Not: 12/7/13

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA

Recurso nº 819/2011

Parte actora: ELISABETH CUETO FAUS
Parte demandada: AGENCIA ESTATAL DE ADMINISTRACION TRIBUTARIA

SENTENCIA nº. 812/2013

Ilmos. Sres.:
PRESIDENTE
D. EDUARDO BARRACHINA JUAN
MAGISTRADOS
D/Dª. Mª. LUISA PÉREZ BORRAT
D/Dª. Mª. JOSÉ MOSEÑE GRACIA

ES COPIA

Administració de justícia a Catalunya - Administración de justicia en Cataluña

En Barcelona, a once de julio de dos mil trece.

VISTO POR LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA (SECCION CUARTA), constituida como figura al margen, ha pronunciado EN NOMBRE DE S.M. EL REY la siguiente sentencia para la resolución del presente recurso contencioso administrativo, interpuesto por D/Dª. ELISABETH CUETO FAUS, representado por el Procurador de los Tribunales D./ª. Antonio Mª. de Anzizu i Furest, y con asistencia Letrada; contra la Administración demandada: AGENCIA ESTATAL DE ADMINISTRACION TRIBUTARIA, actuando en nombre y representación de la misma el Abogado del Estado.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D/Dª. Maria José Moseñe Gracia, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por la parte actora, a través de su representación en autos, se interpuso en tiempo y forma legal, recurso contencioso administrativo contra la resolución objeto de recurso dictada por la Administración demandada.

Segundo.- Acordada la incoación de los presentes autos, se les dio el cauce procesal previsto por la Ley de esta Jurisdicción, habiendo despachado las partes, llegado su momento y por su orden, los trámites conferidos de demanda y

contestación, en cuyos escritos respectivos en virtud de los hechos y fundamentos de derecho que constan en ellos, suplicaron respectivamente la anulación de los actos objeto del recurso y la desestimación de éste, en los términos que aparecen en los mismos.

Tercero.- Se acordó recibir el presente pleito a prueba, con el resultado que obra en autos.

Cuarto.- Se continuó el proceso por el trámite de conclusiones sucintas que las partes evacuaron.

Quinto.- Se señaló para votación y fallo de este recurso, habiéndose observado y cumplido en este procedimiento las prescripciones legales correspondientes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso-administrativo por Dª Elisabeth Cueto Faus, funcionaria del Cuerpo Superior de Inspectores de Hacienda del Estado, contra la Resolución del Jefe de la Dependencia Regional de Recaudación de la Agencia Tributaria de Cataluña de 7 de Junio de 2011 en la cual se le comunica, que debido a la reestructuración organizativa de la Dependencia Regional de Recaudación, de inminente implementación, pasaba a desempeñar sus funciones dentro del Area de Gestión Recaudatoria, en concreto como Jefe de Equipo Regional de Recaudación, ejerciendo las competencias que para dicho puesto establece el apartado Tercero 2.2.4.1 de la Resolución de 26 de Diciembre de 2005 de la Presidencia de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, asignándole la Unidad Ejecutiva Nº5 de la que formaban parte cuatro funcionarios que se identificaban nominalmente en la resolución.

En síntesis, por ser la controversia debidamente conocida por las partes, se opone la demandante a dicho acto administrativo al estimar que la Administración ha incurrido en desviación de poder, ejerciendo torticeramente la potestad administrativa de autoorganización en represalia contra la misma degradándola en el ejercicio de las funciones y competencias que durante años ha venido ejerciendo, por el hecho de resistirse a cumplir una Instrucción emitida por el Jefe de la Dependencia Regional de Recaudación que, a juicio de la demandante, contenía una orden ilegal relativa a la devolución de ingresos excesivos y que causaba grave perjuicio a los contribuyentes que tenían derecho a ser reintegrados de los mismos.

Sostenía la demanda que la resolución impugnada incurría por tanto en una clara causa de anulabilidad recogida en el artículo 63-1 de la Ley 30/1992 y prevista en el artículo 70-2 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa, al haberse dictado incurriendo en desviación de poder y no con la finalidad de actuar en ejercicio de una potestad administrativa de autoorganización como sin embargo sostiene la Administración.

De igual manera, manifestaba que no podía olvidarse que al resistirse la actora a cumplir una orden ilegal de no tramitar de oficio las devoluciones de ingresos indebidos, no solamente no debía ser castigada, sino que además, suponía

Administració de justícia a Catalunya - Administración de justicia en Cataluña

el cumplimiento de los deberes establecidos en el ordenamiento jurídico, en especial en la Ley 7/2007 del Estatuto Básico del Empleado Público en lo previsto en los artículos 52 y 54-3, que establecen el deber de los empleados públicos de respetar la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico obedeciendo las instrucciones y órdenes profesionales de los superiores, salvo que constituyan una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, caso en que deberá ponerse en conocimiento de los órganos de inspección procedentes.

El acto objeto de recurso sin embargo, añadía, incurre en una manifiesta vulneración de los derechos legítimamente reconocidos a todo empleado público.

Se hacía también alusión a la inexistencia de expediente administrativo en el que obraran los documentos y actuaciones que pudieran servir de antecedente a la resolución impugnada, debiendo destacar el informe emitido por la Adjunta al Jefe de Recaudación sobre la reorganización llevada a cabo en la citada Dependencia que no constituye sino una autoinculpación para disfrazar, diez meses después, el cese de la recurrente en una supuesta reorganización para de esta manera dar una apariencia de legalidad a la decisión adoptada.

Solicitaba finalmente la estimación del recurso, la revocación del acto administrativo impugnado, y en consecuencia, se ordenase el restablecimiento de la Sra Cueto en las funciones que venía desempeñando como Jefe de Equipo en la Delegación Especial de Cataluña de la Agencia Tributaria con anterioridad al dictado de aquel.

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

SEGUNDO La Abogada del Estado en representación de la Administración demandada, en su escrito de contestación se opuso a las argumentaciones esgrimidas por la parte recurrente invocando con carácter previo, la posible existencia de una causa de inadmisibilidad del recurso puesto que habiendo manifestado la Sra Cueto que su cese fulminante se produjo el 20 de Mayo de 2011, este y no otro, debería ser el acto recurrido siendo por ello extemporáneo en su presentación atendida la fecha de interposición del recurso en sede jurisdiccional.

En cuanto al fondo, además de negar la falta de expediente administrativo, se manifestaba que la decisión adoptada, que afectaba no solamente a la demandante sino a otros dos funcionarios, debía contemplarse dentro del contexto de reestructuración y reorganización de la Dependencia Regional de Recaudación iniciada en Septiembre de 2010 con una reasignación completa de las áreas atribuidas a cada Jefe de Dependencia Regional Adjunto de Recaudación, nivel 29.

La Agencia Tributaria es una organización que gestiona recursos humanos y materiales para el cumplimiento de sus fines, debiendo funcionar de la forma mas eficiente posible, lo que exige flexibilidad y minimización de costes y ello, es lo que ha hecho en el supuesto de autos habiendo procedido el Jefe de la Dependencia Regional, a realizar los ajustes necesarios asignando nuevas funciones a determinados funcionarios en ejercicio de las competencias que tiene atribuidas.

No ha actuado en este caso la Administración de forma inmotivada, habiendo sido puntualmente informada la actora de la reorganización que se pretendía llevar a efecto.

No se aportaron informes internos sobre la reestructuración materializada al no existir los mismos, no pudiéndose por ello discutir la legalidad de la decisión finalmente tomada y que tiene plena cobertura en la Resolución de 26 de Diciembre

de 2005 de la Presidencia de la Agencia Tributaria habiendo sido adoptada por el órgano competente, tratándose de una mera reasignación de funciones respetando en todo caso, el puesto que la recurrente ganó por concurso, el de Jefe de Equipo Regional de Recaudación, así como sus retribuciones incluidos los complementos.

En ninguna desviación de poder ha incurrido la Administración no habiendo actuado para un fin distinto al previsto por el ordenamiento jurídico, recordando el criterio sumamente restrictivo tradicionalmente seguido por la Jurisprudencia, para la estimación de este motivo de oposición que exige la aportación de una prueba contundente del apartamiento por parte del órgano causante de la desviación de poder del cauce ético, jurídico o moral que está obligado a seguir.

En cuanto a la vulneración de lo dispuesto en el Estatuto Básico del Empleado Público, no puede sostenerse la presunta ilegalidad de la Instrucción dada por el Jefe de la Dependencia Regional de Recaudación, pues denunciada la misma por la actora ante los diferentes órganos competentes de la Agencia Tributaria, ninguna medida se adoptó ya que no se inició expediente de investigación o averiguación de los hechos, lo cual no pone de manifiesto sino su legalidad.

Instaba la Abogacía del Estado en base a lo expuesto, la confirmación de la resolución impugnada por ser ajustada a derecho.

Administració de justícia a Catalunya · Administración de justicia en Cataluña

TERCERO Escaso detenimiento merece la causa de inadmisión planteada por la Administración en relación a la extemporaneidad del recurso jurisdiccional, que razona en el hecho de que la propia recurrente afirma que el cese en sus funciones se produjo de forma verbal el 20 de Mayo de 2011 en el curso de una reunión, por lo que este habría de entenderse como acto recurrido y que sin embargo, en modo alguno puede prosperar.

Y es que en primer lugar, el artículo 42 de la Ley 30/1992 dispone que la Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma de iniciación, señalando igualmente el artículo 55, que los actos administrativos se producirán por escrito a menos que su naturaleza exija o permita otra forma, lo cual no es este el caso.

Incumplida por la Administración una obligación que a ella le corresponde, no puede pretender que la recurrente cumpla por su parte la de interponer el recurso en plazo, sobre todo cuando ello depende exclusivamente de la actuación administrativa, y entender lo contrario, supondría dejar al criterio de aquella el inicio del cómputo del plazo para recurrir.

Unicamente cuando se solventa el defecto en que se ha incurrido, como es la redacción y notificación a la interesada del acto administrativo, es cuando éste habrá de desplegar su eficacia y sólo desde ese momento, habrá de computarse el plazo para la interposición del recurso establecido en el artículo 46 de la Ley de la Jurisdicción, que en este caso, ha sido plenamente respetado atendida la fecha de la resolución 7 de Junio de 2011 (notificada ese mismo día), y la de presentación del escrito iniciador del proceso que tuvo lugar el 29 de Julio de 2011.

Y es que sólo a partir de este momento, es cuando se exponen con todas las garantías los motivos que fundamentaron el cese y permitieron a la interesada cuestionar su legalidad o, en su caso, aquietarse al acto con plena seguridad jurídica, habiendo optado por lo primero.

CUARTO En cuanto al fondo, la defensa de la demandante, tal y como se ha visto en los anteriores fundamentos jurídicos, funda la anulabilidad de la resolución recurrida en una manifiesta desviación de poder en la que afirma ha incurrido la Administración, actuando así al margen de la finalidad perseguida por las potestades administrativas de organización que corresponden a aquella y en las que sin embargo, se sustenta para defender la legalidad de su actuación.

Debe afirmarse respecto del vicio denunciado, que son reiteradas Sentencias del Tribunal Supremo, entre otras, de 6 Marzo de 1992 y de 25 Febrero y de 22 Abril 1993, y mas recientes como la de 6 de Octubre de 2.009, las que declaran que el vicio de desviación de poder, consagrado a nivel constitucional en el artículo 106-1 en relación con el artículo 103 de la Constitución, y definido en el artículo 70 de la Ley Jurisdiccional como ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados en el ordenamiento jurídico, precisa, para poder ser apreciado, que quien lo invoque alegue los supuestos de hecho en que se funde y los pruebe cumplidamente, no pudiendo basarse en meras presunciones ni en suspicacias o amplias interpretaciones del acto de autoridad y de la oculta intención que lo determine, siendo presupuesto indispensable para que se dé, que el acto esté ajustado a la legalidad extrínseca, pero sin responder su motivación interna al sentido teleológico de la actividad administrativa, dirigida a la promoción y defensa del interés público.

Se requiere así, la constatación en la génesis del acto administrativo, de una disfunción entre el fin objetivo que corresponde a su naturaleza y a su integración en el ordenamiento jurídico, y el fin instrumental propuesto por el órgano administrativo del que deriva, disfunción que es apreciable tanto si se persigue un fin privado, ajeno por completo a los intereses generales, como si la finalidad que se pretende obtener, aunque de naturaleza pública, es distinta de la prevista en la norma habilitante, por estimable que sea aquélla.

Con carácter general, se ha impuesto un criterio restrictivo para la estimación de este motivo, exigiendo una prueba contundente del apartamiento del órgano causante de la desviación de poder del cauce ético, jurídico o moral que está obligado a seguir (ejemplo Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de Mayo y de 26 Julio de 1993 y de 19 Enero de 1996 entre otras).

La prueba de los hechos que forma el soporte de la desviación de poder, como también ha sostenido el Tribunal Supremo, corresponde a quien ejercita la pretensión de reconocimiento del defecto invalidatorio del acto sin olvidar que, como señala la Sentencia de 23 Junio 1987, la regla general deducida del artículo 1214 del Código Civil; "*puede intensificarse o alterarse, según los casos, aplicando el criterio de la facilidad, en virtud del principio de la buena fe en su vertiente procesal: hay datos de hechos fáciles de probar para una de las partes que sin embargo pueden resultar de difícil acreditación para la otra*".

De igual manera, el Alto Tribunal en Sentencia de 26 de Abril de 2007 ha declarado que:

"*siendo generalmente grave la dificultad de una prueba directa, resulta perfectamente viable acudir a las presunciones, que exigen unos datos completamente acreditados de los que con un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, deriva en la persecución de un fin distinto del previsto en la norma*".

Administració de justícia a Catalunya - Administración de justicia en Cataluña

No obstante se ha abierto paso últimamente, la admisión de la prueba de presunciones en los términos de los artículos 1249 y 1253 del Código Civil, con el fin de apreciar la existencia de ese vicio, siempre claro está, que entre el hecho base y el hecho consecuencia, exista un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, lo cual ha sido el primer paso que ha llevado a una atenuación del rigor en la apreciación de ese motivo (ejemplo Sentencia del Tribunal Supremo de 31 mayo 2001).

Tal es además, la regulación actual contenida en el artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Atendido lo dicho, habrá de determinarse si en el supuesto de autos acredita la parte recurrente la existencia de la desviación de poder en que según su criterio incurre la Administración, lo que exige realizar un detenido examen tanto de la documentación aportada por las partes y obrante en el expediente administrativo, de la que se extraen una serie de datos de interés, como del resultado de la prueba practicada sumamente esclarecedor, lo que habrá de efectuarse en orden a la claridad expositiva, de forma separada en distintos fundamentos jurídicos sin perjuicio de que habrá de ser la valoración conjunta de todos los medios probatorios, la que decante en un sentido u otro la resolución de la cuestión litigiosa controvertida.

QUINTO Así por orden cronológico, resulta de los diversos documentos que figuran en autos los siguientes hechos que no son objeto de discusión.

La demandante Sra Cueto es funcionaria del Cuerpo Superior de Inspectores de Hacienda del Estado.

El puesto de trabajo desempeñado por la misma, con nivel 28, desde su toma de posesión el 1 de Agosto de 2002 hasta el dictado de la resolución impugnada, era el de Jefe de Equipo Regional de Recaudación con destino en la Delegación Especial de Cataluña de la Agencia Tributaria, obtenido por concurso de traslado (Documento Nº3 del escrito de recurso).

No se niega que desde la citada fecha, y de conformidad con el organigrama adjuntado como Documento Nº5, la funcionaria actora llevó a cabo como Jefe de Equipo Regional, la coordinación de diversas actividades en las Areas de: Subastas, Oficina de Relación con los Tribunales, Suspensiones y Unidad de Archivo que a su vez, correspondían a diversos Jefes de Unidad siendo el total de funcionarios de tales áreas, según sus manifestaciones, de 43.

Cómo superiores jerárquicos de la demandante figuran el Jefe de la Dependencia Regional de Recaudación, máximo responsable, y los Jefes de Dependencia Regional Adjuntos.

La actora dependía de la Jefa de Dependencia Regional Adjunta Sra Zamora Olmos.

Por Resolución de la Presidencia de la Agencia Estatal de Administración Tributaria de 26 de Diciembre de 2005, sobre organización y atribución de competencias en el área de Recaudación, (Documento Nº2) se establece en el punto 1.3 relativo a Jefatura, que el Jefe o Jefa de la Dependencia Regional de Recaudación será quien planificará, supervisará, dirigirá, coordinará y controlará las actuaciones de los órganos de recaudación ejerciendo las competencias que tenga establecidas.

Con anterioridad a los hechos enjuiciados, existía en relación a la aplicación de los Ingresos Excesivos, (competencia de la Dependencia Regional de

Administració de justícia a Catalunya • Administración de justicia en Cataluña

Recaudación) una Instrucción de 21 de Febrero de 2006 del Jefe de esta, (anexo Documento Nº8), en la que se hacen una serie de indicaciones sobre el procedimiento a seguir para la resolución (devolución) de este tipo de ingresos, disponiéndose en el apartado A) relativo a la "*Propuesta de Devolución*", que la misma correspondería por no existir deudas pendientes de ingreso ni intereses de demora pendientes de liquidar o por existir recurso con resolución favorable.

El 3 de Mayo de 2011, el entonces Jefe de la Dependencia Regional de Recaudación, Sr García de Castro, emite nueva Instrucción COM.DRR/121/11 relativa a "*Criterios de Depuración de Ingresos Excesivos",* en la que se alude a instrucciones y comunicaciones anteriores que quedan sin efecto, y en la que se señala a los efectos de la devolución de estos ingresos, que esta opción se habrá de utilizar en aquellos supuestos en que no es posible una reaplicación de los mismos siempre que;

- El deudor tenga otras deudas pendientes en voluntaria o ejecutiva.
- "*El deudor haya presentado una solicitud de devolución de ingresos indebidos*" (el entrecomillado es nuestro).

Esta nueva Instrucción, tuvo la difusión correspondiente llegando a conocimiento de la demandante.

Esta, envió diversos correos electrónicos entre el 17 y el 19 de Mayo de 2011 dirigidos al Jefe de Recaudación de la Dependencia Regional, con copia para la Sra Zamora Olmos (Jefa Adjunta de la Dependencia Regional), en los que les pone de manifiesto, que había realizado la depuración de oficio de diversos ingresos excesivos (Documento Nº6).

Se emiten las consiguientes propuestas de devolución por la recurrente en base a diversas razones que expresa en ellas como: ser excedentes de embargo, solaparse la compensación de oficio de la deuda con la suspensión total de la misma, provenir de ingreso de una liquidación anulada etc.

El Jefe de la Dependencia, le solicitó información sobre la resolución adoptada en cada caso contestando la actora cual era la justificación de la depuración realizada en los diversos supuestos.

Este, le remite correo de 19 de Mayo de 2011 en el que le indica, "*Ruego se apliquen estrictamente los criterios de la COM de excesivos".*

Dichas propuestas que eran de fecha 18 de Mayo de 2011 son anuladas el 20 de Mayo de 2011 (Documento Nº7).

El 26 de Mayo de 2011 (Documento Nº8), la funcionaria actora presenta escrito dirigido a la entonces Delegada Especial de la Agencia Tributaria de Cataluña, en la que se exponen los hechos acontecidos manifestando entre otras cuestiones, que las cantidades debían devolverse necesariamente de oficio, que no iba a colaborar en una conducta que significara a sabiendas la apropiación indebida de cantidades de los contribuyentes, que la instrucción podía ser una orden ilegal, y que el día 20 de Mayo en una reunión mantenida en el despacho del Jefe de la Dependencia junto con otros funcionrios Jefes Adjuntos, se le comunicó que las áreas que tenía adjudicadas, se asignaban a otros funcionarios y que ella, pasaría a llevar una Unidad integrada por dos funcionarios, quedando así suprimidas las funciones que hasta entonces venía desarrollando en esas cuatro Areas desde el 1 de Agosto de 2002.

Solicitaba se tomasen medidas en relación a las propuestas de devolución, y se dejase sin efecto la decisión sobre modificación de sus funciones y se dictase en su caso, orden expresa sobre sus nuevas funciones.

Administració de justícia a Catalunya · Administración de justicia en Cataluña

El 31 de Mayo de 2011 y el 3 de Junio de 2011 presenta nuevos escritos instando nuevamente la adopción de medidas, se deje sin efecto la asignación de nuevas funciones, y se peticiona igualmente se efectúe una auditoría en relación con las actuaciones puestas de manifiesto.

El 7 de Junio de 2011 se materializa por escrito por el Jefe de la Dependencia Regional la anterior decisión, al inicialmente verbal, de asignar nuevas funciones a la actora y que una vez notificada en forma es objeto del presente recurso.

En el expediente administrativo, Anexo 2 y 3, obran resoluciones de igual fecha en las que el Jefe de la Dependencia Regional de Recaudación, asigna nuevas funciones a los funcionarios Sr Torrent (coordinación de Suspensiones y Archivo) y Sra Suarez (para ejercer la jefatura de la Relación con los Tribunales).

Al día siguiente, 8 de Junio de 2011 (Documento Nº10), y en relación a los ingresos excesivos, se emite por el Jefe de la Dependencia Regional de Recaudación nueva Instrucción de matización de los criterios de depuración masiva de la que se debe significar, que desaparece la alusión pues nada se dice, de que la devolución se habrá de llevar a cabo previa solicitud del deudor.

El 19 de Julio de 2011 la demandante reitera por escrito, otra vez, las peticiones formuladas en el de 3 de Junio.

El 24 de Octubre de 2011 (Documento Nº3 del expediente administrativo), el Director Adjunto de Recursos Humanos de la Agencia Tributaria da contestación al escrito de 3 de Junio de la actora indicando, que se estima correcta la asignación de funciones, la transmisión de órdenes verbales y la reestructuración de la Dependencia.

Por último, también figura en el expediente informe de la Jefa Adjunta de la Dependencia de Recaudación de 23 de Marzo de 2012, en el que se dice que en virtud de lo señalado en la Resolución de la Presidencia de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria de 26 de Diciembre de 2005, las decisiones operadas en Junio de 2011 obedecieron a una reestructuración parcial de la Dependencia ya iniciada en Septiembre de 2010, con una reasignación completa de áreas, añadiendo, que las funciones asignadas a la Sra Cueto son las mismas que las que ejercen otros funcionarios de su misma categoría sin producirse cambio alguno en su nivel retributivo.

SEXTO En fase de prueba declararon diversos testigos propuestos por ambas partes a los que se les preguntó sobre diversos extremos.

Así los Sres Rodriguez Carrasco y Garriges Espinós, Jefes de Unidad de la Dependencia Regional de Recaudación, Area de Grandes Empresas y de Suspensiones respectivamente, con competencias para la devolución de ingresos indebidos, manifestaron de forma coincidente (mas preciso y claro el primero que el segundo), que la Instrucción de 3 de Mayo de 2011 del Jefe de la Dependencia Regional de Recaudación, no preveía la devolución de oficio de estos debiéndose realizar la misma a instancia del interesado, siendo que con anterioridad, las propuestas de devolución podían llevarse a cabo de oficio.

Según indicó el Sr Rodriguez, el Jefe de la Dependencia (Sr García de Castro) le manifestó que: "*si no lo piden, no se devuelve un euro*".

A su criterio, como técnico en la materia en su condición de Inspector, esta Instrucción que dejaba sin efecto otras anteriores, suponía un antes y un después en las devoluciones de estas cantidades.

El Sr Garriges, aún sin ser tan contundente, reconoció que procedía realizar

Administració de justícia a Catalunya - Administración de justicia en Cataluña

la devolución a la vista de la Instrucción si el contribuyente lo solicitaba, o se trataba de deudas en voluntaria o ejecutiva y si no lo pedía, no podía llevarse a efecto, razón por la cual el mismo procedió a anular algunas propuestas que había elaborado tras comprobar el contenido de la comunicación.

Ambos testigos no cuestionaron, al menos abiertamente, el contenido de la Instrucción actuando de conformidad con la misma puesto que, según dijeron, provenía del Jefe de la Dependencia Regional de Recaudación.

La Sra Cueto sin embargo, fue la única que tras aquella se negó a acatarla, e hizo propuestas de devolución de oficio siendo instada a retirarlas, lo cual, no llevó a cabo.

El Sr Rodriguez aportó también otros datos de interés, afirmando que unos día después de la Instrucción, se le comunicó verbalmente que los funcionarios podían comenzar a devolver los ingresos excesivos, solicitando que ello se le dijera por escrito ya que no podía exigir a los actuarios bajo su mando, que obraran en contra de lo dispuesto en una Instrucción del Jefe de la Dependencia Regional, pues ello, suponía contradecirlo sin garantía de certeza, siendo esta la causa de que emitiera el Documento Nº9 de 27 de Mayo de 2011 (aportado con el escrito de recurso), comunicando a los funcionarios de su Unidad, que frente a lo que habían venido aplicando hasta el momento, podían generar devoluciones al margen de los supuestos previstos en el apartado 2-1 de la COMN.DRR/133/11 (la citada Instrucción), ya que así se le había indicado por el Jefe Adjunto Sr Castañón.

Por tanto, podían realizarse nuevamente devoluciones de ingresos excesivos de oficio.

Le constaba que de hecho con posterioridad, se dictó otra Instrucción que modificaba la de 3 de Mayo.

Preguntado sobre la tan referida Instrucción, el testigo Sr García de Castro, Jefe de la Dependencia Regional de Recaudación cuando acontecieron los hechos, y el mismo que emitió la Instrucción, afirmó que al margen de cuestiones menores, su finalidad no fue otra que actualizar otra anterior ya obsoleta en relación a la motivación de las devoluciones, actuando siempre en beneficio de los contribuyentes teniendo en cuenta que él, era el responsable de su firma y las consecuencias que podían derivarse.

En otro orden de cosas, preguntados los testigos sobre el procedimiento de reorganización de la Dependencia Regional de Recaudación, coinciden todos ellos en un aspecto, y es que desde la llegada del Sr García de Castro a la Jefatura en Septiembre de 2010, se operaron una serie de modificaciones que afectaron a diversos puestos con nombramiento de libre designación.

Incluso el propio Sr Castañón reconoció que el se había visto afectado habiendo ascendido de puesto.

Aparecen las divergencias sin embargo, en relación a como la indicada reorganización afectó a la Sra Cueto, principalmente después de la Resolución recurrida de 7 de Junio de 2011.

No se cuestiona que esta antes de la indicada fecha había asumido funciones en determinadas áreas, siendo la última de ellas la de Relaciones con los Tribunales.

Según el testigo Sr Rodriguez, desde la llegada del Sr García de Castro en el año 2010 los cambios en las dependencias conllevaron un aumento paulatino de atribuciones de la demandante.

Coinciden los testigos de la Administración Sra Contreras y Sr García de

Administració de justícia a Catalunya - Administración de justicia en Cataluña

Castro, en el hecho de que en un primer momento se atribuyeron a la actora mas funciones, pero también señalan, que ello fue con carácter provisional o temporal hasta que se nombraron por libre designación los funcionarios mas adecuados para ocupar las diversas áreas.

No coinciden sin embargo los testigos, en cuanto a sí tras la reasignación o reorganización realizada por la Administración y que se materializó con el acto administrativo impugnado, la Sra Cueto dejó de desarrollar funciones que hasta entonces venía desempeñando, pues mientras para la Sra Contreras y el Sr García de Castro no se le causó perjuicio alguno efectuando funciones propias del puesto al que había accedido por concurso, con pleno respeto de su categoría y retribuciones fijas y variables, y aunque no tuviera a su cargo mas de cuatro funcionarios cuando antes tenía mas (aunque en ningún caso 40), para el Sr Rodriguez, no cabía duda alguna de que fue degradada, ya que al asignarle funciones de Jefe de Unidad se le dio la misma organización que un Inspector de Hacienda tiene a su cargo al año de su ingreso en el Cuerpo, equiparándola así a este, cuando su antigüedad era mucho mayor.

SEPTIMO Es en este momento cuando debe procederse a valorar en su conjunto la prueba referida, tanto la documental como el interrogatorio de testigos que llevan a establecer una serie de conclusiones que no habrán de suponer, sino el acogimiento por este Tribunal de las pretensiones de la recurrente según se razonará seguidamente.

La Sra Cueto funcionaria de la Dependencia Regional de Recaudación de la Agencia Tributaria en Cataluña desde el momento en que tomó posesión en la Jefatura de la misma el Sr García de Castro, asumió mas funciones o competencias de las que tenía atribuidas desde el año 2002 como Jefe de Equipo Regional de Recaudación en determinadas áreas, como subastas, suspensiones etc, siendo la última de ellas, según reconocen todos los testigos, la de la Oficina de Relación con los Tribunales.

Ya desde su llegada a finales de 2010, el Jefe de la Dependencia en ejercicio de las atribuciones establecidas en la Resolución de Presidencia de la Agencia Tributaria de 26 de Diciembre de 2005, y que no son cuestionadas al encuadrarse dentro de la potestad de supervisión, coordinación y reorganización que le corresponden, comienza una reestructuración de la Dependencia de Recaudación que afecta por lo que aquí interesa a la actora, en sentido positivo pues en definitiva, se incrementan su competencias al ser evidente que la asignación de nuevas áreas necesariamente conllevaba mayores atribuciones.

No ha acreditado la Administración, mas allá de la mera manifestación de sus testigos, que esta asignación de funciones según mas tarde se verá, fuera provisional hasta completar la reorganización iniciada.

En este contexto francamente favorable para la recurrente, se emite por el Jefe de la Dependencia Regional de Recaudación la Instrucción de 3 de Mayo de 2011, en la que entre otras cuestiones se dispone que la generación de devoluciones de ingresos excesivos, se llevará a cabo si no es posible la reaplicación siempre que el deudor tenga otras deudas pendientes en voluntaria o ejecutiva, y cuando haya presentado una solicitud de devolución de ingresos indebidos.

Esto último según los testigos encargados de su aplicación, suponía una novedad ya que hasta entonces, en aplicación de otras Instrucciones anteriores, la

Administració de justícia a Catalunya · Administración de justicia en Cataluña

devolución se practicaba también de oficio.

La demandante fue la única funcionaria que puso en cuestión esta Instrucción que consideró una orden ilegal no amparada en la normativa aplicable, ni en lo que había venido siendo la práctica anterior, y que a su juicio, podía suponer una apropiación indebida de ingresos por parte de la Agencia Tributaria emitiendo pese a la misma, diversas propuestas de devolución que estimó justificadas y que posteriormente fueron anuladas.

Casi simultáneamente a ello, y después de remitir diversos correos electrónicos y escritos dirigidos al Jefe de la Dependencia, y a la entonces Delegada Especial de la Agencia Estatal Tributaria y que después continuaron inclusive al Servicio de Auditoría Interna, el primero, de forma verbal en una reunión celebrada el 20 de Mayo de 2011 junto con otros asistentes, le comunica que se le asigna una Unidad Ejecutiva de la que formaban parte cuatro funcionarios, y sólo tras sus insistencia, se le notifica dicha decisión de forma escrita mediante la Resolución de 7 de Junio de 2011.

A partir de ese momento, se produce una alteración en el ejercicio de sus funciones que se ven considerablemente reducidas lo cual resulta obvio ante la pérdida de atribuciones respecto de las áreas que hasta el momento venía coordinando.

Pues bien, en este caso se puede afirmar que existe una clara desviación de poder en la actuación de la Administración, pues efectivamente la misma dictó un acto administrativo ajustado en sus requisitos extrínsecos a la legalidad, pero que sin embargo estaba afectado de invalidez por contradecir en su motivación la verdadera finalidad perseguida por la actividad administrativa.

Y es que no puede negarse, que en base a la fundamentación invocada por la Administración en el acto administrativo cual es la reestructuración organizativa de la Dependencia Regional de Recaudación de la Agencia Tributaria que le sirve de justificación, en realidad lo que ha hecho, ha sido sancionar o castigar de forma encubierta a la recurrente por cuestionar, poner en entredicho, e inclusive por no llevar a debido cumplimiento, una decisión contenida en una Instrucción dada por su superior el Jefe de la Dependencia, incumplimiento que no se justifica en una mera voluntad, capricho o intención de desobedecer a un superior, o incumplir sin mas sus obligaciones profesionales como funcionaria, sino por considerar y así manifestarlo abiertamente a través de correos y escritos, que lo acordado podría ser contrario a la legalidad.

Ha puesto mucho empeño la Administración tanto mediante el informe unido al expediente administrativo de Marzo de 2012 de la Adjunta de Recaudación, muy posterior a los hechos y que como bien dice la actora no es mas que un intento de justificación a posteriori de la decisión adoptada, como a través de la declaración de los testigos por ella propuestos, en intentar acreditar que la decisión de degradarla en el ejercicio de funciones, pues eso es lo que en realidad se le hizo a la Sra Cueto, no tuvo mas causa que la reorganización de la Dependencia.

Así la Sra Contreras (en la actualidad Jefa de la Dependencia Regional de Recaudación que anteriormente ocupaba el Sr García de Castro), ilustró al Tribunal con una lección teórica y perfectamente preparada sobre las fases sucesivas en el tiempo en las que se materializó tal reestructuración, puestos concretos y personas afectadas que identificó nominalmente, así como nombramientos realizados como si todo ello, hubiera respondido a un estudio o procedimiento previo y decidido sobre los puestos de trabajo y funciones que habrían de verse afectados en la

Administració de justícia a Catalunya · Administración de justicia en Cataluña

reorganización, entre ellos las de la recurrente como si su asignación a una Unidad ejecutiva, pese al mantenimiento de su categoría y retribuciones (en las que mucho se insistió) estuviera prevista de antemano y no tuviera nada que ver con las verdaderas razones ya descritas.

Inclusive alude la testigo de la Administración, a una situación de temporalidad y provisionalidad en las funciones ya mencionada, que le habían sido encomendadas hasta que se produjera el nombramiento de los funcionarios mas adecuados para las diversas Areas, cuando ninguna prueba hay de este extremo, y menos aún, de esa alegada planificación con consecuencias para la demandante y cuya prueba resultaba sumamente fácil para la Administración, resultando por el contrario apreciable a simple vista, que las Unidades de Archivo, Suspensiones o la Oficina de Relación con los Tribunales, se asignaron (permítase la expresión coloquial) "*de rebote*" a otros funcionarios, por la sencilla razón de que la actora dejó de tenerlas a su cargo de forma impuesta, es decir, que tales nombramientos de igual fecha a la asignación a la actora, fueron consecuencia derivada exclusivamente de la degradación y pérdida de atribuciones operada, traspasándose a estos, funciones hasta entonces realizadas o coordinadas por aquella.

Incidió también la testigo en los informes del SAI, (prueba que este Tribunal no aceptó en su día) sobre la valoración positiva en relación a la tramitación de expedientes y actuación de la Dependencia, cuando ello, nada tiene que ver con las concretas atribuciones de la recurrente respecto de las cuales, no consta que las desempeñara inadecuadamente.

De igual manera el testigo Sr García de Castro se limitó, evitando contestar de forma directa a las preguntas que se le realizaron como así se le advirtió, a glosar la reforma por él operada en la Dependencia desde su llegada así como los excelentes resultados en que se tradujo la actuación de la Agencia Tributaria, mostrándose falto de concreción a la hora de responder a determinadas cuestiones de interés sobre las que fue preguntado por la defensa de la parte actora y por este Tribunal con unas preguntas sencillas y claras de responder sobre si la actora, a partir de la resolución impugnada, dejó de tener responsabilidad en ciertos equipos de trabajo, o si se produjo una disminución de atribuciones, limitándose a manifestar, que no a responder, que aquella pasó a hacer funciones de recaudación ejecutiva.

Ambos testigos de la Administración no fueron tampoco capaces de determinar, frente a la exactitud de sus respuestas a las preguntas de la Letrada de la Administración, que número de funcionarios dependían con anterioridad de la demandante, y cuantos después tras el dictado del acto recurrido, o en que momento se realizaron los nombramientos de otros funcionarios que como se ha dicho, tuvieron lugar de forma simultánea a la disminución de atribuciones a la actora.

En definitiva, los términos de sus declaraciones estuvieron faltos de credibilidad, no siendo suficientes para defender la legalidad de la actuación impugnada.

Por otra parte, si bien no es objeto de este procedimiento la Instrucción de 3 de Mayo de 2011 del Jefe de la Dependencia de Recaudación que viene a proscribir la devolución de oficio de los ingresos indebidos, debe incidirse necesariamente en la misma, resultando sumamente significativo que ni la Administración en su contestación, ni en el escrito de conclusiones ni tan siquiera los testigos propuestos a su instancia, hicieron alegación alguna sobre un hecho que llama poderosamente

Administració de justícia a Catalunya · Administración de justicia en Cataluña

la atención cual es, el de por qué razón el 8 de Junio de 2011 el Sr García de Castro dictó nueva Instrucción matizando los criterios de depuración masiva de los ingresos excesivos contenida en la anterior de 3 de Junio, y en la que ya se permite según su contenido, avalado por los testigos de la actora, la devolución de oficio de estos lo cual suponía un cambio de criterio sustancial en su interpretación y aplicación práctica mediante un instrumento, como las Instrucciones, de ámbito interno que ya con anterioridad, había sido al parecer comunicado verbalmente, y que como se ha dicho con anterioridad, originó el escrito de 27 de Mayo de 2011 del Sr Rodríguez a los funcionarios de su Unidad.

Esta modificación del criterio inicial sentado, por estos mismos motivos, justifica y avala incluso bajo un criterio de razonabilidad, la postura mantenida por la actora respecto de la ilegalidad de la Instrucción de 3 de Mayo de 2011 y que se negó a cumplir desde que tuvo conocimiento de la misma.

Y es que sin necesidad de entrar en debates y disquisiciones, el artículo 221-1 de la Ley General Tributaria 58/2003 relativo al procedimiento para la devolución de los ingresos indebidos dispone que:

"*El procedimiento para el reconocimiento del derecho a la devolución de ingresos indebidos se iniciará de oficio o a instancia del interesado, en los siguientes supuestos...*".

Dicho cambio de criterio inicial hizo innecesaria lógicamente, la apertura de expediente de investigación o de cualquier otra actuación en la que se apoya la Administración en defensa de la legalidad de su actuación, pues ninguna razón tendría ya de ser.

Este proceder, el dictado de una Instrucción que no permite la devolución de oficio de ingresos indebidos conforme se hacía hasta ese momento, y su rectificación posterior sin un motivo aparente para ello, que quizás únicamente pudiera justificarse por la pública oposición de la actora (aunque no puedan descartarse otras circunstancias que no se han puesto de relieve en este proceso), contraviniendo además de forma flagrante y palmaria el señalado artículo 222-1 de la Ley General Tributaria, lleva a este Tribunal a la convicción de la ilegalidad de la Instrucción, si bien se desconocen las razones que la motivaron, es decir, si obedeció a un impulso individual del Jefe de Recaudación como así pudiera en principio presuponerse, o este a su vez, obedeció órdenes superiores.

Y despejar esta cuestión no resulta ni mucho menos baladí en el objeto del presente procedimiento, pues es la que en su caso justificaría la actuación de la Administración para con la demandante, incurriendo como se ha expuesto, en una clara desviación de poder persiguiendo en consecuencia con el acto administrativo impugnado, una finalidad diferente a la que formalmente ha invocado, pues si bien es cierto que goza de discrecionalidad en el ejercicio de sus potestades de autoorganización, no puede servir la misma de excusa para amparar la modificación de las funciones y atribuciones otorgadas en su día a la recurrente por el simple hecho de haber mostrado su disconformidad con una Instrucción que se mostraba a todas luces ilegal, y que había de producir unos determinados efectos sobre los ingresos excesivos, y en definitiva, sobre los contribuyentes que en contra de su derecho reconocido legalmente y por lo tanto amparado en la seguridad jurídica, no podían disponer de los mismos sino se cumplían los presupuestos de la Instrucción.

La convicción de este Tribunal alcanzada por la prueba practicada no se basa en meras sospechas o conjeturas, puesto que ha quedado debidamente probado que deliberadamente, se quiso perjudicar a la Sra Cueto por la actitud que adoptó al

Administració de justícia a Catalunya · Administración de justicia en Cataluña

cuestionar abiertamente la decisión administrativa de un superior jerárquico, lo que supone una actuación irregular y arbitraria que desde luego, va mucho mas allá de lo que cabe entender por una racional o adecuada ordenación del personal, objetivada en la potestad de autoorganización de la Administración al efecto de la prestación de un servicio mas eficiente, máxime cuando hasta el dictado de la Instrucción en Mayo de 2011, y pese a que la reestructuración se había iniciado a finales del 2010, ni siquiera el entonces Jefe de la Dependencia, había objetado duda alguna ni a la labor ni a la coordinación de las actividades correspondientes a las Areas de las que era responsable la Sra Cueto, respecto de las , ni siquiera se ha referido en todo el procedimiento una necesidad de reforma o cambio que en modo alguno era impedimento ni óbice para los que pudieran llevarse a cabo en otras Areas o Unidades.

También la proximidad en el tiempo de la medida, supuestamente organizativa, refuerza nuestra conclusión: unos pocos días después de la emisión de la Instrucción y de la toma de postura de la recurrente, se opta no sólo por anularle las propuestas de devolución sino por rebajarle sensiblemente sus atribuciones, asignándole una Unidad ejecutiva con invocación de una motivación, la reestructuración, que sin embargo no se había apreciado hasta entonces por lo que a su puesto de trabajo y funciones se refiere.

Tal y como se alega en la demanda, la desviación de poder es un vicio de la causa del acto administrativo consistente en que la Administración se aparta del fin concreto al que sirve, la norma que habilita el ejercicio de la potestad correspondiente.

Se trata, por tanto, de un vicio de estricta legalidad y la Ley 30/1992 sitúa, en efecto, la misma entre las infracciones del ordenamiento jurídico determinantes de la anulabilidad de los actos administrativos (artículo 63-1), precisando que el contenido de los actos, se ajustará a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico y será determinado y adecuado a los fines de aquéllos (artículo 53-2 de la citada norma).

Debe añadirse por último que la Ley 7/2007 del Estatuto Básico del Empleado Público regula los deberes de los empleados públicos, el código de conducta, y los principios éticos que deben presidir su actuación como tales y entre ellos señala el artículo 54-3 que:

"*Obedecerán las instrucciones y órdenes profesionales de los superiores, salvo que constituyan una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, en cuyo caso las pondrán inmediatamente en conocimiento de los órganos de inspección procedentes*".

La recurrente en atención a lo que creyó correcto y oportuno ante una orden que estimaba ilegal, en cumplimiento de sus deberes profesionales en relación a la devolución de ingresos excesivos de su competencia, no hizo sino actuar respecto de estos como había venido siendo la norma general hasta el momento de conformidad con el ordenamiento jurídico, poniendo de manifiesto sus dudas de legalidad a sus superiores por lo que su conducta fue diligente, imparcial, rigurosa y leal, tal y como señala el artículo 53-3 del EBEP, dado que al poner de manifiesto aquella ausencia de legalidad, acreditó así que su intención no fue otra que la de respetar los intereses generales de los contribuyentes y por supuesto también los fines que la propia Administración ha de cumplir con objetividad como así dispone el artículo 103-3 de la Constitución.

Sin embargo y pese a ello, fue objeto de una medida que afectó a su prestigio profesional y a buen seguro a sus expectativas y posibilidades de ascenso y de

Administració de Justícia a Catalunya · Administración de Justicia en Cataluña

carrera profesional, que con esta situación se habrán visto seriamente perjudicadas y ello con independencia de que, según alega la Administración, se le respetaran su categoría y sus retribuciones, siendo que ambas como debe ser sobradamente conocido de la demandada, no podían ser objeto de afectación por ser altamente previsible su impugnación.

OCTAVO Procede en definitiva por todos los argumentos referidos, estimar el recurso entablado y dejar sin efecto la resolución impugnada con los efectos que de ello se derivan, con expresa imposición de las costas causadas a la Administración demandada al considerar su actuación temeraria, al amparo del tenor del artículo 139 de la Ley Jurisdiccional, en la medida en que la Administración ha utilizado sus potestades apartándose de la finalidad para la que le han sido concedidas, en perjuicio no sólo de la recurrente, sino también de los contribuyentes afectados por aquel instrumento ilegal y de la Administración propiamente dicha como mas arriba hemos argumentado.

FALLAMOS

1.- Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Dª Elisabeth Cueto Faus contra la Resolución del Jefe de la Dependencia Regional de Recaudación de la Agencia Tributaria de Cataluña de 7 de Junio de 2011 que anulamos.

2.- Ordenar el restablecimiento de inmediato a la actora, en las mismas funciones que venía desempeñando como Jefe de Equipo en la Delegación Especial de Cataluña de la Agencia Tributaria con anterioridad a la adopción de la resolución impugnada.

3.- Imponer las costas causadas a la Administración.

Notifíquese la presente Sentencia a las partes en la forma prevenida por la Ley; haciéndoles saber que contra la misma no cabe interponer recurso ordinario de Casación.

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, e indicar el órgano responsable del cumplimiento del fallo conforme previene la Ley, dejando constancia de lo resuelto en el procedimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio de la misma a los autos principales, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Administració de justícia a Catalunya · Administración de justicia en Cataluña