

Xurisprudencia contencioso-administrativa

Jurisprudencia contencioso-administrativa

Contentious-administrative jurisprudence



FRANCISCO DE COMINGES CÁCERES

Magistrado (Galicia, España)
f.cominges@poderjudicial.es

Recibido: 14/01/2020 | Aceptado: 19/01/2019

DOI: <https://doi.org/10.36402/10.36402/regap.v1i58.121>

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

SUMARIO: 1 Administración local. 1.1 Convenios de colaboración entre la Xunta de Galicia y los ayuntamientos para la coordinación de los servicios de transporte público. Requisitos procedimentales. 1.2 Personal del cuerpo de extinción de incendios. Legalidad de la prohibición de realización de "horas extra" retribuidas a quien supere una determinada edad. 1.3 Personal de la Administración local. Desempeño de funciones de superior categoría. Equiparación retributiva. Consolidación del grado personal. 1.4 Responsabilidad patrimonial de la Administración municipal por accidente de peatón en la vía pública. El Ayuntamiento no puede achacarle en el proceso judicial la responsabilidad a su contratista si no lo ha declarado previamente en la vía administrativa. 1.5 Reclamación de pago de facturas. Prescripción, determinación y cálculo de los intereses de demora. 2 Contratos públicos. 2.1 Procedimiento administrativo para la imposición de penalidades a las contratistas de servicios públicos que cumplan incorrectamente sus obligaciones. No le resulta de aplicación el instituto de la caducidad. 2.2 Contratación por una universidad del servicio de red inalámbrica. Compatibilidad de las restricciones tecnológicas establecidas en las bases de la licitación con los principios de libre concurrencia y competencia. 3 Medio ambiente y urbanismo. 3.1 Disciplina urbanística. Admisibilidad de recurso extraordinario de revisión frente a orden de demolición firme, por la aparición sobrevenida de fotografías sobre la antigüedad de la obra. 3.2 Obras y actividades permisibles en edificios en situación de fuera de ordenación. 4 Patrimonio cultural. 4.1 Delimitación del Camino de Santiago. Concepción dinámica del trazado. 4.2 Determinación del color de la pintura de la fachada de una edificación protegida estructuralmente. 5 Personal. 5.1 Límites de acceso de los órganos de representación sindical a los datos de los empleados públicos de su Administración. 6 Proceso contencioso-administrativo. 6.1 Medidas cautelares contra órdenes de demolición y multas por infracciones urbanísticas. 6.2 Requisitos de procedibilidad de las administraciones locales para interponer recursos contencioso-administrativos: deben aportar informe jurídico del secretario de la Corporación. 6.3 Legitimación activa en materia de medio ambiente. Límites de la acción popular. 6.4 No cabe instar la ejecución forzosa de una sentencia desestimatoria dictada en proceso promovido frente a una orden de

demolición. 6.5 Procesos contra resoluciones de la Tesorería General de la Seguridad Social de derivación de deuda. Determinación de la cuantía. 7 Tributos. 7.1 Impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos (plusvalía): Responsabilidad patrimonial del Estado legislador. Acreditación de la “minusvalía”. 7.2 Inaplicación a los parques eólicos de la tasa municipal por ocupaciones de la vía pública. 7.3 Las ventas de oro de particulares a comerciantes están sujetas al impuesto de transmisiones. 8 Universidades. 8.1 Ayudas posdoctorales de la Xunta de Galicia. Incompatibilidad con ayudas o contratos previos.

1 Administración local

1.1 Convenios de colaboración entre la Xunta de Galicia y los ayuntamientos para la coordinación de los servicios de transporte público. Requisitos procedimentales

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (TSJG), en su Sentencia de 13 de septiembre de 2019 (rec. 4013/2017, ponente: Martínez Quintanar), desestima el recurso interpuesto por una empresa de transporte de viajeros frente al convenio suscrito entre la Xunta de Galicia y los Concellos de Santiago de Compostela y Teo para la coordinación del transporte público. Se afirma en ella lo siguiente, sobre cuestiones procedimentales que afectan a los ayuntamientos suscriptores del convenio:

«(...) Se sostiene en la demanda que el convenio de colaboración es nulo por delegarse competencias de la Xunta de Galicia y del Concello de Teo en el Concello de Santiago al margen del procedimiento legalmente establecido. En este sentido se asevera que el Concello de Santiago de Compostela asume la prestación, mediante su transporte urbano, del servicio interurbano Santiago-Os Tilos, competencia de la Xunta de Galicia, servicio que excede el ámbito territorial de ese municipio o, cuando menos, asume la competencia de regular sus condiciones (tarifas, frecuencias, bonos ordinarios, etc.). En la medida en que hay delegación de competencias de la Administración autonómica, la aprobación de este convenio requeriría la aceptación expresa por acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Santiago en los términos del artículo 8.1 Ley 5/1997 de Galicia y su tramitación de conformidad con lo dispuesto en esta (8.1 y 3, 61.r, 64.2.i, 64.4, 175, 178, 182 y 191.g) y concordantes LRBRL, aprobación que no se ha producido (...).

No cabe acoger la alegación procedimental de la actora, porque propiamente no nos encontramos ante un acto de delegación intersubjetiva, entendido como la manifestación unilateral de voluntad de una Administración por la cual se transfiere el ejercicio de una competencia propia a otra Administración, para que pase a desempeñarla con sus medios personales y materiales. Se trata de un convenio de colaboración en el que las administraciones firmantes asumen las obligaciones en él consignadas, respondiendo a una fórmula colaborativa en la que se concreta la forma de prestación del servicio mediante la asunción recíproca de obligaciones por todas las administraciones firmantes del convenio. No se trata de una manifestación unilateral de voluntad de transferencia de ejercicio de una competencia autonómica que haya sido aceptada por una Administración local delegada.

La Disposición Adicional 12ª de la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico, presta amparo a esta fórmula convenida en aras de la colaboración interadministrativa, y el propio convenio se remite a esa disposición expresamente, cuyo tenor literal ampara expresamente el convenio firmado, bastando una lectura del mismo para apreciar que dicha disposición no se limita a remitirse a las formas de cooperación previstas en la Ley 6/1996, sino que establece, “además de las mismas”, y a fin de mejorar las condiciones de accesibilidad de las personas usuarias a la red de transporte público, la posibilidad de que la Xunta de Galicia, a través de la consellería competente en materia de movilidad y transporte, formalice convenios de colaboración con otras administraciones públicas gallegas mediante los que se establecerán actuaciones de coordinación de servicios de transporte público de sus respectivas competencias, incluyendo la habilitación de la extensión de los servicios interurbanos al transporte urbano o viceversa.

Teniendo en cuenta que lo que hace el convenio de colaboración impugnado es habilitar al transporte urbano de la ciudad de Santiago de Compostela a extender sus servicios a la urbanización de Os Tilos, situada fuera de su término municipal, para que pueda realizar tráficos interurbanos con dicha urbanización, tanto de entrada como de salida a la ciudad, es claro el amparo jurídico de la disposición adicional 12.ª de la Ley 14/2013, que habilita a la Xunta de Galicia a firmar convenios de colaboración como el presente que incluyen no la habilitación de la extensión de los servicios interurbanos al transporte urbano sino a la inversa, esto es, la extensión del transporte urbano a los servicios interurbanos, lo que es el caso.

(...) Por ello, y por no tratarse ni de una transferencia de funciones o actividades, ni la aceptación de una delegación o encomienda de gestión, no cabe sostener la nulidad del convenio por ausencia de informes municipales de los servicios de asesoría jurídica e intervención, aducida por la actora en el punto cuarto de la fundamentación jurídica de la demanda. Precisamente el objeto del convenio es coordinar el ejercicio de las respectivas competencias, y no se aprecia que del mismo pudieran derivarse gastos adicionales que hicieran precisos los informes de fiscalización económica, máxime cuando se prevé expresamente que el régimen de prestación de estos servicios convenidos no supondrá incremento de costes para el Concello de Santiago de Compostela (cláusula 4.ª), y sí se prevé el sometimiento del convenio en su cláusula 5.ª a la función interventora y de control financiero ejercidas por la Intervención Xeral de la Comunidad Autónoma. (...)

La parte actora alega que el Convenio de colaboración debía haber sido aprobado por el Pleno del Concello de Santiago de Compostela y en cambio fue aprobado por la Comisión de Gobierno del Concello de Santiago. También debería haber sido aprobado por acuerdo del Consello de la Xunta de Galicia, por ser un convenio de duración indefinida y comportar la asunción de obligaciones económicas plurianuales de importe superior a 200.000 euros al año, y este acuerdo no consta adoptado. También por este motivo aduce que el convenio de colaboración es nulo de pleno derecho al amparo del artículo 62.1.b) de la Ley 30/1992.

El alegato debe ser desestimado, porque la aprobación por los plenos municipales sería requisito de validez para la aceptación de una delegación de competencias, que es lo que contempla el artículo 8 de la Ley 5/1997 de Administración local de Galicia. Conforme al artículo 123.1.j) de la Ley de bases de régimen local la competencia del Pleno en los

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

ayuntamientos sujetos al régimen de municipios de gran población se refiere a la transferencia de funciones o actividades a otras administraciones públicas, así como la aceptación de las delegaciones o encomiendas de gestión realizadas por otras administraciones, salvo que por ley se impongan obligatoriamente, y ya se ha expuesto en el fundamento de derecho anterior que no nos encontramos ante ninguno de estos supuestos, atendiendo a la naturaleza convenida de las actuaciones de coordinación, en el marco de una fórmula de colaboración competencial que no supone en puridad ni transferencia de funciones o actividades a otras administraciones públicas, ni la aceptación de las delegaciones ni encomiendas de gestión. (...)

En la demanda se alega que, como se desprende del expediente y del complemento del expediente del Ayuntamiento de Teo, además de no constar los referidos informes de Secretario e Interventor, no se sometió dicho expediente a información pública (art. 123 y 136.1 LRBRL y 8.3 y 64.d) de la Ley local de Galicia); tampoco consta su publicación en el BOP una vez aprobado, siendo pues este nulo en atención a lo previsto en el 62.1 de la Ley 30/1992. Por lo que respeta al acuerdo del Ayuntamiento de Santiago, además de no ser adoptado por el Pleno, de no haberse emitido los preceptivos informes del Secretario asesor jurídico y del Interventor en relación con el texto del convenio suscrito, no ha sido sometido a información pública el texto definitivo del convenio, y, una vez aprobado, no se publicó en el BOP (art. 123 y 136.1 LRBRL y 8.3 y 64.d) de la Ley local de Galicia), siendo pues este nulo en atención a lo previsto en el 62 de la Ley 30/1992. Por último, señala que la Xunta de Galicia, tampoco sometió el expediente y el texto definitivo del convenio a información pública ni publicó el acuerdo por el que se aprobó en el DOG.

Ninguna de las circunstancias alegadas determina la nulidad del convenio de colaboración aprobado, por tratarse de un instrumento de coordinación interadministrativa con un amparo legal específico en la disposición adicional 12.^a de la Ley 14/2013, en cuyo procedimiento de aprobación no está previsto como trámite preceptivo el sometimiento a información pública. Ni lo exige esa disposición ni el artículo 57 de la Ley de bases de régimen local y en la demanda no se cita ningún precepto legal aplicable al caso que determine el carácter preceptivo de ese trámite de información pública, de lo que se colige que se trata de un trámite potestativo, de conformidad con lo previsto en el artículo 86.1 de la LRJPAC 30/1992.

Debe precisarse que no se trata de ninguna ordenanza ni de una disposición de carácter general, ni de una delegación de competencias, por lo que los preceptos citados por la actora no son aplicables. Además, sí hubo un trámite de información pública por uno de los ayuntamientos parte del convenio en relación con un borrador y la actora pudo realizar alegaciones, lo que descarta, como ya se ha expuesto, la existencia de indefensión. Tampoco se aprecia la omisión de ningún informe preceptivo, al tratarse de un procedimiento de colaboración interadministrativa con un amparo legal específico que no determina la preceptividad de ningún informe que se haya omitido.

Las mismas consideraciones cabe realizar en relación a la ausencia de publicación del convenio de colaboración, ya que en la demanda no se cita ninguna disposición legal o reglamentaria que lo establezca como requisito de validez, que sería lo exigible para que su omisión determinase su anulación, que es lo que se solicita en la demanda. Se trata de

un instrumento de colaboración administrativa, y para el caso de que alguna disposición estableciese la exigencia de su publicación en diario oficial, sería condicionante de su eficacia, no de su validez, por lo que no podría fundamentarse en esa omisión la pretensión anulatoria. (...)».

1.2 Personal del cuerpo de extinción de incendios. Legalidad de la prohibición de realización de “horas extra” retribuidas a quien supere una determinada edad

El TSJG, en su Sentencia de 18 de diciembre de 2019 (rec. 152/2019, ponente: Seoane Pesqueira), desestima el recurso interpuesto por personal del cuerpo de extinción de incendios del Concello de Vigo contra una resolución en la que se le prohíbe realizar “horas extras” retribuidas a quien alcance la edad mínima de prejubilación:

«(...) Consideran los recurrentes que con dicho decreto se les discrimina por razón de su edad, vulnerando su derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia. (...)»

A fin de salir al paso de cada uno de los argumentos que se exponen en el recurso de apelación para fundar la alegación de discriminación, hemos de decir:

A) Son datos reales y hechos objetivamente constatados los que revelan la mayor peligrosidad y penosidad del desempeño de la actividad de bombero cuando se alcanza la edad de jubilación anticipada y se lleva mayor tiempo de prestación de servicios, pues, al margen de los estudios llevados a cabo a nivel estatal, dentro del Concello de Vigo son reveladores los que ofrece el informe de 18 de octubre de 2017 de la técnica de prevención de riesgos laborales, a los que anteriormente hemos hecho referencia, por lo que no debe extrañar que el Comité de Seguridad y Salud Laboral, en su reunión de 14/12/2017, hubiese adoptado el acuerdo unánime de que los bomberos menos indicados para realizar trabajos fuera de jornada eran los que quedaban afectados por el RD 383/2008, y que, si se veían abocados a hacerlas, debían ser compensados con descansos. Desde luego, el establecimiento de una normativa local sobre la jornada laboral de los empleados públicos que han alcanzado la edad de jubilación anticipada, en aplicación de lo dispuesto en el RD 383/08, no puede quedar condicionada por la declaración de aptitud de condiciones físicas y psíquicas de quienes en el Concello se encuentran en esa situación, porque esa declaración no hace desaparecer el carácter peligroso y penoso de la actividad que desempeñan, y tampoco puede hacer olvidar que a partir de aquella edad se incrementa el riesgo de mayor siniestralidad porque correlativamente las aptitudes psicofísicas se ven reducidas.

B) En el informe de la técnica de prevención de riesgos laborales se pone de manifiesto que el hecho de que la plantilla del cuerpo de bomberos de Vigo presenta una media de edad elevada incide en el índice de siniestralidad, pero es que, al margen de ello, ya hemos visto que de todos los estudios previos se ha deducido indiscutiblemente la influencia de la edad en una actividad penosa y peligrosa como la de bombero, y por ello se aprueba la normativa relativa a la posibilidad de su jubilación anticipada, lo cual, por lo demás, se adecúa a la lógica y racionalidad.

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

C) *Ha de reiterarse que para la aprobación del decreto impugnado no puede atenderse al estado psicofísico de los recurrentes, porque se trata de una normativa que regula la cuestión con carácter permanente y estable, debiendo aclararse que 33 miembros del servicio no realizaron el reconocimiento voluntario en 2017, lo cual es muy diferente a la afirmación de que no hayan resultado aptos para el servicio.*

D) *También se aclaró anteriormente que el hecho de que existan bomberos que con 59 años se les permite seguir realizando refuerzos y excesos de jornada es debido a que no se hallan dentro del ámbito de aplicación del RD 383/2008 porque no llevan prestando servicios el número suficiente de años, de modo que en ellos no concurre el segundo factor que, junto con la edad, hace especialmente penosa y peligrosa la actividad. Además, con ello se demuestra que no existe una intención de perjudicar a quienes tienen mayor edad.*

E) *El hecho de que se vengán realizando más refuerzos de categoría superior que los debidos o aconsejados no contradice su carácter excepcional, siendo así que ello se produce por lo reducido de la plantilla, y en cualquier caso ello no podría servir de fundamento para considerar contrario al principio de igualdad el decreto impugnado, porque aquello nada tiene que ver con la alegada discriminación por razón de edad.*

(...) conviene advertir que la naturaleza de las funciones exige una aptitud psicofísica específica, en la medida en que los fallos que pueden producirse en el ejercicio de dichas funciones pueden tener consecuencias importantes, no sólo para los propios funcionarios, sino también para sus compañeros y para terceros, además de para la seguridad pública».

1.3 Personal de la Administración local. Desempeño de funciones de superior categoría. Equiparación retributiva. Consolidación del grado personal

El TSJG, en su Sentencia de 17 de julio de 2019 (rec. 195/2019, ponente: Rivera Frade), resuelve la reclamación de un funcionario de carrera municipal motivada en el desempeño efectivo de funciones de una categoría superior a la suya. Reconoce su derecho a percibir las mismas retribuciones del puesto que está desempeñando *de facto*. Pero deniega su pretensión de consolidación del grado personal de ese puesto superior al suyo:

«(...) hemos de dar la razón al apelante pues la realidad constatada a través del expediente administrativo se traduce en que la cobertura del puesto de trabajo que viene ocupando desde hace más de dos años no lo ha sido para sustituir una ausencia temporal, como puede ser una ausencia por enfermedad, por disfrute de permiso, o por otros motivos, sino para cubrir una vacante por jubilación de su titular, aunque esta cobertura sea provisional mientras no se provea el puesto por los cauces y a través de los procedimientos legalmente establecidos. Y también hemos de compartir con el apelante en que, al margen de cuál sea la verdadera naturaleza jurídica de su nombramiento, debe de reconocérsele el derecho al abono de las retribuciones complementarias que lleva aparejado el puesto de oficial efectivamente desempeñado durante todo este tiempo.

El criterio que exigía una adscripción formal al puesto de trabajo de categoría superior ha de entenderse superado desde que la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero

de 2018 (recurso: 874/2017) no lo impone, bastando con el ejercicio material de ese otro puesto en su totalidad o en sus contenidos esenciales o sustantivos.

Y por tanto con mayor razón ha de reconocerse aquel derecho cuando se desempeña un puesto de trabajo de categoría superior al amparo de una sustitución por vacante, como sucede en este caso, que además implica el desempeño de sus funciones de forma completa y continuada. Ya lo había anticipado esta Sala y Sección en la Sentencia de 14 de junio de 2017 (recurso de apelación 409/2016), con cita de la anterior de 18 de mayo de 2016, recaída en el recurso de apelación 329/2015, cuando argumentamos: “en el plano práctico y en las concretas circunstancias, el derecho debe remediar las situaciones abusivas o discriminatorias si concurre un escenario en que alguien prueba que realiza funciones de otra categoría o puesto y las acomete bien por investidura expresa de la Administración o bien por complacencia y tolerancia tácita e inequívoca, en condiciones de frecuencia, intensidad y modos que se impone evitar el enriquecimiento injusto de aquélla o el desequilibrio en el binomio prestación-contraprestación que inspira toda relación de servicios, laboral o funcionarial. En consecuencia, sería suficiente con que la situación de la realización de funciones de categoría superior de modo pleno, continuo y estable, se realizase por complacencia o tolerancia tácita de la Administración, pues de ese modo puede prevenirse el enriquecimiento injusto, ya que resultaría paradójico que quien incumple el deber de velar porque la distribución del trabajo en las diversas dependencias se lleve a cabo con arreglo a los distintos niveles recogidos en la relación de puestos de trabajo, se pudiera beneficiar de aquel desempeño de tareas de un puesto de categoría superior por parte de un empleado público”.

La doctrina que se recoge en la sentencia de Tribunal Supremo de 18 de enero de 2018 (recurso: 874/2017) ha sido reiterada en sentencias posteriores, citando entre las más recientes la de 7 de mayo de 2019 (recurso: 1780/2018), que sale al paso de la cita de las sucesivas leyes generales de presupuestos del Estado que limitaban el abono de los complementos de destino y específico, reconociendo únicamente los que se correspondían con el puesto ocupado en virtud de los procedimientos de provisión previstos en la ley.

El Tribunal Supremo sostiene que las previsiones que se recogen en las leyes presupuestarias parten del principio de que los funcionarios desarrollan las tareas correspondientes a su puesto de trabajo. Y añade: “Ahora bien, la jurisprudencia ha constatado que hay supuestos en que la Administración consiente situaciones en que los funcionarios tienen que realizar todas o la parte esencial de las tareas de un puesto distinto, reservado a funcionarios de grupos de titulación superior y de superior nivel de complemento de destino. Este último es un supuesto que no contempla la ley, pues esta se refiere solamente al desempeño de tareas concretas de otro puesto de trabajo, no de todas o de las esenciales del mismo” (...).

Sin embargo, el apelante no podrá verse favorecido en la pretensión encaminada al reconocimiento de la consolidación de grado personal en dos niveles superiores al que tiene consolidado en su puesto de trabajo de suboficial, pues este derecho solo se puede reconocer cuando un funcionario de carrera, como es en este caso el recurrente, ocupa un puesto de trabajo con carácter definitivo, pero no cuando lo ocupa de forma temporal. Durante el tiempo de desempeño de este puesto solo podrá percibir el nivel consolidado

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

del puesto que le pertenece con carácter definitivo, tal como establece la normativa objeto de cita en la sentencia de instancia (disposición transitoria octava de la Ley de empleo público de Galicia, y el artículo 70 del Real decreto 364/1995, de 10 de marzo).

La situación en la que se encuentra el apelante no es la de personal interino, que es el personal al que el Tribunal Supremo le ha reconocido, en la sentencia que cita aquel en su recurso (sentencia de 7 de noviembre de 2018) el derecho de adquisición de grado personal a la luz de la jurisprudencia del TJUE sobre la aplicación de la Directiva 1999/70/CE, relativa al acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada».

1.4 Responsabilidad patrimonial de la Administración municipal por accidente de peatón en la vía pública. El Ayuntamiento no puede achacarle en el proceso judicial la responsabilidad a su contratista si no lo ha declarado previamente en la vía administrativa

Así lo concluye el TSJG en su Sentencia de 30 de octubre de 2019 (rec. 112/2019, ponente: Seoane Pesqueira), en la que se afirma lo siguiente:

«(...) En el suplico de la demanda y del escrito de formalización de la apelación se solicita exclusivamente la condena del Ayuntamiento de Santiago de Compostela, sin alusión alguna a la empresa Ferrovial Servicios S.A., que tiene la concesión de los servicios de mantenimiento, conservación y mejora de los espacios verdes y del arbolado urbano (informe del Departamento Municipal de Parques y Jardines).

En el caso presente no puede prosperar la alegación de falta de legitimación pasiva del Ayuntamiento de Santiago de Compostela, porque si este estimaba que la responsabilidad correspondía a la concesionaria, debió declararlo así expresamente en el expediente, notificándolo a la reclamante para que adoptase, en su caso, las medidas oportunas.

Pero lo que no cabe es permanecer inactivo en vía administrativa y posteriormente alegar falta de legitimación pasiva en vía jurisdiccional en base a la invocación del artículo 214.1 del Texto refundido de la Ley de contratos del sector público.

En efecto, en los casos de silencio, de dirigirse la reclamación en vía judicial únicamente frente a la Administración, ésta no podrá alegar su falta de responsabilidad, atribuyéndola al contratista, pues como han declarado las sentencias de la Audiencia Nacional de 17 de septiembre de 2003 y la de 25 de octubre de 2016 de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, “cuando la Administración demandada incumple lo dispuesto y no da a conocer al perjudicado si de los daños por él sufridos debe responder la propia Administración, o bien la contratista de las obras, a tenor del art. 98 citado, la Administración no puede exonerarse de responsabilidad, imputándola a ella el resarcimiento de los daños causados”. Esta doctrina ya fue aceptada por esta misma Sala en la sentencia de 4 abril de 2003 (recurso contencioso-administrativo n. 4561/1999). En este sentido no se puede olvidar que la Administración ostenta la titularidad del servicio y un deber de supervisión del cumplimiento del contrato.

Esta misma doctrina se ha mantenido en las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2009, recurso 10680/2004, 30 de noviembre de 2011, recurso 5978/2009, y 11 de febrero de 2013, recurso 5518/2010.

El/la ciudadano/a que ha sufrido el daño puede acudir directamente a la Administración que crea responsable (titular del servicio público en cuyo ámbito se ha producido el daño), o también podrá dirigirse frente al contratista, o prestador del servicio público.

El artículo 214 del Real decreto legislativo 3/2011 (era el que estaba vigente cuando ocurrieron los hechos, pero hoy ha sido sustituido por la Ley 9/2017), establecía que:

“3. Los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que este, oído el contratista, se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción. 4. La reclamación de aquellos se formulará, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto”.

Pero si el reclamante ha decidido acudir directamente frente a la Administración, puede hacerlo, sin perjuicio del derecho de repetición que, en su caso, se ejercite frente al concesionario (así se deduce de la Sentencia de 20 de noviembre de 2018 de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo, recurso de casación 1685/2017).

Por tanto, no cabe acoger la alegación de falta de legitimación pasiva de la Administración local en este caso».

1.5 Reclamación de pago de facturas. Prescripción, determinación y cálculo de los intereses de demora

El TSJG, en su Sentencia de 25 de octubre de 2019 (rec. 4124/2018, ponente: Díaz Casales), clarifica lo relativo a la prescripción, determinación y cálculo de los intereses de demora en las reclamaciones de contratistas frente a ayuntamientos por retrasos en el pago de facturas, en los siguientes términos:

«(...) De la prescripción de los intereses en los contratos de servicios.

En relación con la falta de cómputo de la prescripción en tanto el contrato no sea liquidado en los contratos de gestión de servicios públicos, alegada por la apelante, ha de advertirse que en estos contratos las prestaciones tienen carácter autónomo y se facturan, en función del contrato, los servicios prestados cada mes, por lo que no están sujetos a una liquidación final, como ocurre en los contratos de obra, en los que los pagos parciales se entienden efectuados “a buena cuenta” de lo que resulte de la liquidación final. Por lo que no puede acogerse al argumento contenido en el recurso de apelación, lo que determina la desestimación del primero de los motivos de impugnación de la sentencia. (...) esta Sala en relación con esta cuestión dejó sentado que hay que estar a la fecha de presentación de la factura y, en su caso, la reclamación, así lo dijimos en la St. de 1 de febrero de 2019 (dictada en el recurso 4204/2017) (...). En el caso enjuiciado nos encontramos ante un contrato administrativo de servicios, de forma que es indiscutible que el derecho al cobro del contratista prescribe en todo caso a los cuatro años, siendo el día inicial del cómputo del plazo de prescripción anterior, en la hipótesis más favorable para dicho contratista, el

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

correspondiente a la fecha de la presentación de su reclamación a la Administración, estando de acuerdo en este punto tanto la parte recurrente como la Administración demandada, que en el único punto en el que discrepan es el de la fecha de aquella reclamación, que la primera defiende que es el día 8 de octubre del año 2008, mientras que la Administración considera que es el día 5 de febrero del año 2010, de forma que lo que hay que resolver es una cuestión de prueba de un punto de hecho controvertido. En relación a esta cuestión lo primero que hay que dejar sentado es que es exacta la afirmación de la demandante de que “la inexistencia de la prescripción queda acreditada por el reconocimiento que la Administración hace de la deuda y de los servicios prestados por la contratista que origina dicha deuda”, pues, como fácilmente se advierte, el hecho de que el deudor de una obligación reconozca ante la reclamación judicial de la deuda realizada por el acreedor que la deuda es cierta, ese reconocimiento no tiene eficacia interruptiva de la prescripción si esta ya se ha consumado antes (...). Así pues lo que hay que resolver es la fecha en la que el contratista reclama de manera fehaciente ante la Administración, reclamación fehaciente que como acto propio del contratista, es este el que se halla en condiciones de acreditar cumplidamente, no correspondiendo por el contrario a la Administración acreditar la fecha de la reclamación, al no ser ella la reclamante, y todo ello conforme a lo dispuesto en el artículo 217.2 y 6 de la Ley 1/2000, de enjuiciamiento civil. Aplicando el anterior criterio al presente caso es evidente que se produjo la prescripción de la deuda que documenta la factura presentada en septiembre de 2008 por los servicios correspondientes a limpieza viaria prestados en el mes de agosto, porque desde su presentación la única reclamación que tiene virtualidad interruptiva se produjo en el mes de noviembre de 2012, cuando ya habían transcurrido los 4 años para que operara la prescripción, sin que podamos considerar la solicitud de certificación de deudas presentada en febrero de 2009 (...).

TERCERO. De la renuncia a los intereses cuando se acude al mecanismo del RDL 2/2004. Una pretensión idéntica a la presente ya la resolvimos en la St. 49/2019, de 25 de enero, recaída en el recurso 4414/2017 (...).

La entidad recurrente pretende fundamentar su falta de voluntariedad en el acogimiento al plan de pagos en la necesidad de mejorar su situación financiera, ya que, por un lado, no tenía medios efectivos para cobrar íntegra la deuda y, por otro, había solicitado un procedimiento concursal. Ciertamente entendemos lo delicado de la situación pero, por una parte, no podemos asumir que su situación viniera exclusivamente provocada por la falta de abono de las facturas por el Ayuntamiento de (---) cuando, según mantiene en el recurso de apelación, mantiene la condición de concesionaria del servicio en 45 ayuntamientos y, por otra, es evidente que su decisión de acogimiento al plan de pagos venía condicionada por la situación en la que se encontraba e incluso que a viabilidad de la alternativa de la reclamación judicial de la deuda con los intereses se tornara dudosa, pero en cualquier caso lo que no puede es tratar de evitar la consecuencia que el acogimiento al plan de pagos prevé en el art. 9, que supone la total extinción de la deuda por principal, intereses y costas, máxime cuando, como reiteramos, la situación que describe resulta coincidente con la tenida en cuenta por el legislador para habilitar este procedimiento extraordinario de abono de las deudas de las entidades locales (...).

CUARTO. De la inclusión de los gastos de asesoramiento.

Respecto a los costes de cobro, el art. 8 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, en el momento en que URBASER formuló la reclamación el precepto dispone: 1. Cuando el deudor incurra en mora, el acreedor tendrá derecho a cobrar del deudor una cantidad fija de 40 euros, que se añadirá en todo caso y sin necesidad de petición expresa a la deuda principal. Además, el acreedor tendrá derecho a reclamar al deudor una indemnización por todos los costes de cobro debidamente acreditados que haya sufrido a causa de la mora de este y que superen la cantidad indicada en el párrafo anterior. 2. El deudor no estará obligado a pagar la indemnización establecida en el apartado anterior cuando no sea responsable del retraso en el pago. En el presente caso la sentencia de instancia, que no fue recurrida por el Ayuntamiento demandado, condena a este a abonar la cantidad fija de 40 € por factura, lo que, multiplicado por las 85 facturas, hacen un total de 3.400 € (85 facturas x 40 €) por lo que no cabe incrementar esta cantidad con otros 3.600 € por los honorarios de abogado cuando, por una parte, la reclamación en vía administrativa no aparece formulada por un letrado y, por otra parte, su procedencia parece limitada a aquellos casos en los que los costes excedan de la prima fija por lo que solo cabría en relación con la diferencia y no de forma acumulativa, como pretende la concesionaria.

QUINTO. Del anatocismo.

En relación con esta cuestión resulta oportuno reiterar el claro criterio sentado por el TS recordado en la St. de 13 de junio de 2019 (dictada en el recurso 328/2016) del TSJ de Valencia, conforme al cual solo cabe el anatocismo cuando la deuda es líquida, no siéndolo cuando se discuten los parámetros sobre los que han de realizar los cálculos. (...)».

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

2 Contratos públicos

2.1 Procedimiento administrativo para la imposición de penalidades a las contratistas de servicios públicos que cumplan incorrectamente sus obligaciones. No le resulta de aplicación el instituto de la caducidad

Así lo declara la Sentencia del TSJG de 30 de octubre de 2019 (rec. 7087/2019) en la que se confirman las multas impuestas por un Ayuntamiento a la mercantil concesionaria del servicio de abastecimiento de agua potable por su deficiente prestación, realizando las siguientes consideraciones:

«Con fecha de 21 de mayo de 2019 el TS dictó sentencia (...) en la que, entre otras cosas, manifiesta lo siguiente:

La Sala (del Alto Tribunal) entiende que la imposición de penalidades conforme a la normativa antes expuesta por incumplimiento contractual, no está sujeta a un plazo de caducidad y esto por las siguientes razones:

1.º Es punto común y pacífico que en lo sustantivo tales penalidades no responden al ejercicio de una potestad sancionadora, luego para su imposición no se sigue un procedimiento específico de naturaleza sancionadora ni este es aplicable supletoriamente.

Al respecto es jurisprudencia de esa Sala que responden al ejercicio de una facultad de coerción sobre el contratista para la correcta ejecución del contrato, facultad que implica poderes de dirección, inspección y control que, en garantía del interés público, se atribuye a la Administración (cf. Sentencia de esta Sala, Sección Quinta, de 6 de marzo de 1997, recurso de apelación 4318/1991).

2.º Su naturaleza ciertamente se acerca a la lógica de la multa coercitiva como instrumento cuyo fin es forzar, mediante su reiteración y hasta lograr el cumplimiento de determinada obligación contractual. Tal similitud se acentúa cuando con la penalidad se reacciona ante retrasos del contratista u otro cumplimiento defectuoso mantenido en el tiempo; ahora bien, cuando se impone como consecuencia de un incumplimiento puntual o ejecutado del contrato, ya no implica coerción alguna y su naturaleza se asemeja ciertamente a la sancionadora o cumple un fin resarcitorio.

3.º Aun así, como tal penalidad tiene una sola regulación y no puede ostentar diversa naturaleza dependiendo de su finalidad, hay que estar al criterio jurisprudencial según el cual carece de una vocación sancionadora en sentido estricto, y se configura como una suerte de cláusula penal contractual (cf. artículo 1152 del Código civil, legislación citada CC art. 1152) cuya razón radica en el interés público que se satisface con el contrato y que es necesario tutelar.

4.º En lo procedimental la imposición de penalidades se ubica sistemáticamente en la LCSP 2007 en sede de ejecución contractual, sin que se prevea para su ejercicio un procedimiento específico y diferenciado, lo que no es el caso de esos otros supuestos del artículo 194 de la LCSP de 2007 en los que se prevé que la Administración contratante ejerza ciertas potestades mediante concretos procedimientos: es el caso de los supuestos de interpretación, modificación, resolución, reclamación de deudas, cesión o subcontratación (cf. artículo 195.1 de la LCSP 2007).

5.º Cobra así sentido la cita de la Sentencia del Pleno de esa Sala, de 28 de febrero de 2007, recurso de casación 302/2004, que constituye la ratio decidendi de la sentencia impugnada. Pese a dictarse para un supuesto distinto, de ella cabría deducir que la imposición de penalidades no implica un procedimiento autónomo o diferenciado dentro del procedimiento contractual iniciado con la adjudicación, sino una decisión o trámite en particular de la fase de ejecución.

6.º Esto no quita que para su adopción haya una regulación mínima en el artículo 196.8 de la LCSP 2007, lo que evita la idea de imposición de plano: se prevé así que haya propuesta y decisión, y que haya trámite de audiencia o alegaciones es una exigencia no expresamente prevista, sino que responde a un cabal entendimiento del principio de proscripción de la indefensión, exigencia común a todo acto mediante el cual el poder público imponga un gravamen.

7.º Las previsiones del citado artículo 196.8 de las LCSP lleva a la idea cierta de que hay un expediente, pero no un procedimiento. En efecto, la idea de expediente supone la documentación de la sucesión de actuaciones que integran un procedimiento, pero puede implicar sólo la constancia documental de decisiones, lo que asemeja las penalidades con las multas coercitivas adoptadas para la ejecución de acto incumplido que sí pone fin a un procedimiento.

8.º De esta manera, como ya la denominó la Sentencia de esa Sala, Sección Quinta, de 30 de octubre de 1995 (recurso de apelación 5203/1991) con la imposición de penalidades se está ante una “decisión ejecutiva”, si bien acordada en el curso del procedimiento de ejecución de un contrato, prevista en los contratos a modo de estipulación accesoria cuya regulación mínima se agota, en este caso, en el artículo 196.8 de la LCSP 2007. No precisa, por tanto, la aplicación supletoria de la Ley 30/1992 – hoy Ley 39/2015 – para su regulación.

9.º Quiebra de esta manera el presupuesto normativo del artículo 44.2 de la Ley 30/1992, pues la fase de ejecución contractual, dentro del procedimiento administrativo, no tiene por objeto ejercitar una potestad de “intervención” susceptible de producir efectos desfavorables o de gravamen: se está ante la regulación de dicha fase dentro del procedimiento contractual, cuya finalidad es la correcta ejecución de un contrato mediante el que se satisfacen intereses públicos (...).

La Sala concluye que en la imposición de penalidades contractuales al amparo del artículo 196.8 de la LCSP de 2007 aplicable al caso – actualmente, artículo 194.2 de la vigente Ley 9/2017 –, no son aplicables los artículos 42.3.a) y 44.2 de la Ley 30/1992 – actualmente, artículos 21.3.a) y 25.1.b) de la Ley 30/2015... – porque constituyen trámites, decisiones o incidencias dentro del procedimiento de ejecución».

2.2 Contratación por una universidad del servicio de red inalámbrica. Compatibilidad de las restricciones tecnológicas establecidas en las bases de la licitación con los principios de libre concurrencia y competencia

Afirma al respecto el TSJG en su Sentencia de 11 de octubre de 2019 (rec. 4193/2017, ponente: Martínez Quintanar) lo siguiente:

«(...) El núcleo de la argumentación de la demandante se basa en la alegación de incompatibilidad del sistema de gestión Airwawe (del fabricante Aruba) con terceros fabricantes no nativos y la inexistencia de una API que permita la integración de terceros. (...) solo cuatro de los quince principales fabricantes (dieciséis, si se incluye Aruba) presentarían algún tipo de compatibilidad, pero aún en esos casos, los modelos soportados son antiguos o ya no están en venta y/o no cumplen con los requisitos técnicos de la licitación. (...) Por todo ello la demandante considera que se han traspasado los límites de la discrecionalidad, por establecerse una restricción injustificada de la competencia, impidiendo el acceso a los licitadores en condiciones de igualdad, por imponer una restricción a la tecnología Aruba y Airwawe, no pudiendo ser sustituida por otra.

En respuesta a las alegaciones de la demandante, debemos valorar la prueba practicada a su instancia, y concluir que de la misma lo que se deriva es que el PPT no impone un único fabricante, marca o modelo, sino que establece unos requisitos técnicos y la obligatoriedad de utilizar una determinada herramienta de gestión y unos determinados puntos de acceso, que son la herramienta y puntos de acceso con los que ya cuenta la Universidad, dejando libertad para la elección del fabricante para los puntos de acceso adicionales que se deben ofertar por los licitadores y para las controladoras (salvo una, que ha de ser de Aruba). Por tanto, para la implantación del servicio contratado, no determina que sea

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

necesariamente uno el fabricante que se deba ofertar, sino que se ha elegido una herramienta que es compatible con una variedad de fabricantes. (...)

La prueba pericial aportada versa sobre el resultado restrictivo a que conduce el pliego de prescripciones técnicas a la hora de elegir los fabricantes con los que poder concurrir a la licitación, pero no desvirtúa que esa restricción está sobradamente justificada, en función de la finalidad de conservar y no desaprovechar la infraestructura y equipamiento ya existente, la cual, de aceptar el planteamiento de la recurrente, la Universidad se vería abocada a sustituir íntegramente, y ello para satisfacer los intereses particulares de la demandante.

(...) La ausencia de prueba sobre una alternativa tecnológica más abierta a la compatibilidad de más fabricantes y que permitiera integrar el equipamiento ya existente, hay que ponerla en relación con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en particular la plasmada en la Sentencia del Tribunal General de 8 de octubre de 2015, Asunto T-90/14, conforme a la cual: “el principio de igualdad de trato de los licitadores no requiere que se obligue al órgano de contratación a neutralizar absolutamente todas las ventajas de las que goza un licitador cuyo contratista actual es el subcontratista (sentencia *Evropaiki Dynamiki*). Comisión, apartado 75 supra, EU:T:2008:67, apartado 73). Para preservar en la mayor medida posible el principio de igualdad de trato de los licitadores, la neutralización de las posibles ventajas del contratista titular aún debe llevarse a cabo, solo en la medida en que esta neutralización sea técnicamente fácil de realizar, cuando sea económicamente aceptable y cuando no infringe los derechos del contratista titular o de ese licitador (*Evropaiki Dynamiki/Comisión*, apartado 75 supra, EU:T:2008:67, apartado 76).”

Por tanto, hay causa justificada para la definición en el PPT de una herramienta de gestión, de la que ya dispone la Universidad, que conceptualmente es compatible con varios fabricantes y no solo con Aruba, con independencia de los problemas que puedan surgir en el análisis técnico de esa compatibilidad a la hora de cumplir el estándar tecnológico impuesto en el PPT con algunos de ellos. Y esa causa justificada radica en la necesidad de aprovechar la infraestructura y equipamiento preexistente.

Téngase en cuenta que el artículo 117.2 del TRLCSP citado en la demanda obliga a permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin crear obstáculos injustificados a la apertura de los contratos, y aquí las dificultades de compatibilidad con otros fabricantes distintos de Aruba no se derivan de una elección caprichosa o arbitraria, sino de la necesidad de aprovechar y amortizar un equipamiento, con una determinada tecnología, ya existente. Aunque la regla general establecida en el apartado tercero del artículo 117 del TRLCSP es la de prohibición de mencionar en las especificaciones técnicas una fabricación o una procedencia o un procedimiento concreto, o una concreta marca, patente, origen o producción determinados, ello se hace con la finalidad de evitar que se favorezca o descarte a ciertas empresas y productos y expresamente se establece una salvedad a esa regla general: salvo que lo justifique el objeto de contrato».

3 Medio ambiente y urbanismo

3.1 Disciplina urbanística. Admisibilidad de recurso extraordinario de revisión frente a orden de demolición firme, por la aparición sobrevinida de fotografías sobre la antigüedad de la obra

Se analiza esta cuestión en la Sentencia del TSJG de 23 de julio de 2019 (rec. 4324/2018, ponente: Díaz Casales), en sentido favorable a la admisión a trámite del recurso extraordinario de revisión, con las siguientes consideraciones:

«(...) Ciertamente coincidimos con el Juzgador de Instancia en que determinados documentos no merecen la consideración de “aparecidos” sino que más bien se trata de documentos “provocados” a instancia de los recurrentes, por lo que no ostentan la virtualidad para motivar la revisión de un acuerdo firme y confirmado judicialmente (este es el caso del informe pericial aportado, la copia del acta de la sesión plenaria e incluso de la inscripción registral –por la carencia de efectos probatorios respecto a los datos de hecho–).

Pero hay un documento gráfico que podría resultar extremadamente relevante para acreditar la fecha de terminación de las obras y la caducidad o no de la acción de reposición al tiempo de la incoación del expediente, cual es la fotografía del vuelo de 2005 que se omitió por la APLU en su informe en el expediente de reposición donde se recogen las fotos aéreas de la construcción. Resulta evidente que se trata de un documento “aparecido” en tanto que desconocido para los recurrentes y ha de ser valorado para resolver con criterios de estricta legalidad la cuestión capital para este asunto, cual es sí la acción de reposición estaba o no caducada por el transcurso de más de 6 años desde la total terminación de las obras cuando se inició el expediente.

La relevancia es evidente si tenemos en cuenta que, mientras el Juzgador de Instancia consideró que la fecha límite de terminación era octubre de 2006 en la sentencia de apelación se indica que algunas de las obras se habrían llevado a cabo en 2007, por lo que la fotografía del vuelo de 2005 podría resultar determinante para decidir la cuestión.

Lo anterior, unido a que la resolución de inadmisión del recurso extraordinario de revisión se fundamenta en una causa distinta de las que permiten acordarla, determinan que el recurso haya de ser estimado, la sentencia revocada y la resolución recurrida anulada, ordenando la tramitación por parte de la APLU del recurso extraordinario de revisión dictando la resolución que proceda respecto de la cuestión de fondo».

3.2 Obras y actividades permisibles en edificios en situación de fuera de ordenación

El TSJG, en su Sentencia de 18 de junio de 2019 (rec. 4523/2016, ponente: Martínez Quintanar), anula la licencia de obras concedida por un Ayuntamiento para la instalación de un tanatorio en un edificio en situación de fuera de ordenación, con estos argumentos:

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

«(...) se practicó prueba que acredita notorias divergencias y excesos constructivos en las construcciones (nave-almacén y bajo de edificio de viviendas) en las que se proyecta la obra de reforma para implantar el tanatorio.

Habida cuenta de la notoria antigüedad de las construcciones, es obvio que los excesos respecto a lo autorizado por las licencias no pueden ser objeto de un expediente de reposición de la legalidad urbanística y que las mismas quedan sujetas al régimen de fuera de ordenación previsto en el artículo 103 de la LOUGA. Pero no se pueden beneficiar del régimen más flexible del régimen de fuera de ordenación parcial, porque son edificaciones que, en su consideración unitaria, no puede decirse que tengan la cobertura de una licencia, por los notorios excesos constructivos en que han incurrido respecto a lo autorizado y porque ninguna licencia ampara la totalidad de la superficie objeto del proyecto de reforma como integrante de un mismo inmueble autorizado por la misma.

Téngase en cuenta que el régimen de fuera de ordenación parcial está previsto en el artículo 103.3 de la LOUGA para construcciones solo parcialmente incompatibles con un nuevo planeamiento. Está pensada dicha previsión para los casos de desajuste sobrevenido con el planeamiento por un cambio de este que determina una parcial incompatibilidad con el mismo. Pero aquí el desajuste no se produce por un cambio en el planeamiento, sino en relación con lo autorizado en la licencia de obra originaria.

Esta falta de cobertura total de la licencia solo puede determinar la aplicación del régimen de fuera de ordenación total. Así se deriva de la aplicación conjunta de los artículos 210.2, 103 de la LOUGA y disposición transitoria tercera de la Ley 2/2010. (...) Una construcción sin licencia, al igual que una construcción ejecutada prescindiendo de las condiciones autorizadas en una licencia otorgada, es merecedora, en ambos casos, de medidas de reposición de la legalidad urbanística, y si transcurre el plazo establecido para el ejercicio de esa acción, el propietario podrá eludir el sometimiento al expediente en el que se ordene su demolición, pero en cualquiera de los dos casos verá limitado el tipo de obras de reforma que se podrá realizar a las permisibles en el régimen de fuera de ordenación total.

No basta con invocar el otorgamiento de una licencia para eludir la aplicación de la disposición transitoria tercera de la Ley 2/2010 si no hay concordancia entre lo autorizado y lo construido, divergencia que se ha acreditado en este caso, en el que no consta que las construcciones en las que se autoriza la reforma estén amparadas, en su configuración física de superficie, volumen y número de plantas actual, por ninguna licencia. (...).

Por tanto, las obras de reforma proyectadas, cuya envergadura se justifica precisamente por la necesidad de dotar a espacios sin uso previo de los servicios necesarios para desarrollar una actividad nueva nunca antes desarrollada –la de tanatorio– exceden claramente de las permisibles en régimen de fuera de ordenación total, que es el aplicable, al tratarse de una realidad constructiva que como tal no está amparada en ninguna licencia, sino solo partes determinadas de las construcciones independientes que la integran. En ese régimen de fuera de ordenación total solo son permisibles las obras de mera conservación y las necesarias para el mantenimiento del uso preexistente, y siendo construcciones previas al año 2003, cuando se acredite la preexistencia de un uso continuado, por aplicación de la disposición transitoria tercera de la Ley 2/2010 de modificación de la LOUGA.

Ni se acredita ese uso continuado preexistente (sino lo contrario), ni tampoco las obras autorizadas son de mera conservación –extremo incontrovertido–, ya que comprenden aspectos tan variados para dotar de nuevos servicios y funcionalidades inexistentes a esas construcciones (...). El propio informe pericial judicial del Sr. Leopoldo valora que las obras proyectadas y autorizadas originan nuevas instalaciones, techos, pavimentos, carpinterías, apertura de huecos en forjado para colocar ascensor, nuevas escaleras, desmontaje de las existentes, etc. Y concluye que no se trata de mera conservación, higiene y ornato, aunque las considera autorizables dentro del régimen de fuera de ordenación parcial, régimen no aplicable por lo que hemos expuesto.

(...) La sentencia apelada solo valoró que, con arreglo al artículo 103 de la LOUGA, serían permisibles en régimen de fuera de ordenación parcial obras de ampliación, pero una cosa es que una obra de ampliación se pueda realizar dentro de ese régimen y otra cosa distinta es que toda obra, en cualquier régimen jurídico –también en edificios no incursos en régimen de fuera de ordenación– debe cumplir el planeamiento, y este aspecto se encuentra huérfano de motivación, ya que se limita a valorar el carácter desmontable, obviando que si se desmonta la obra de reforma no puede ser autorizada porque el tanatorio incumpliría la normativa de accesibilidad y contra incendios, por lo que debe ser valorada como elemento permanente, elemento que como tal impide cerrar la banda edificatoria y es incompatible con la ordenanza de aplicación. (...).

No hay ningún precepto en el planeamiento aplicable al caso que contemple la posibilidad de obras de ampliación de superficie en el régimen de fuera de ordenación parcial. Pero ello no implica condenar a la edificación a la imposibilidad de realizar ninguna obra y de privarla de cualquier posibilidad de uso, porque sí contiene una regulación de las obras permisibles, en el artículo 50 del Plan general de ordenación municipal de O Carballiño, que para los edificios que como el caso no está prevista su expropiación o demolición en un plazo de 15 años, permite conceder licencias para obras parciales de consolidación, modernización y reparaciones que exigiesen la higiene, ornato y conservación del inmueble. (...). Pero las de ampliación debe considerarse que requieren una previsión expresa en el planeamiento, que las delimite y acote en su alcance objetivo y en la determinación de los casos que se considere justificada su admisibilidad, ya que las mismas solo son permisibles según la LOUGA “en casos justificados que se determinen por el plan general respectivo”».

4 Patrimonio cultural

4.1 Delimitación del Camino de Santiago. Concepción dinámica del trazado

La Sentencia del TSJG de 25 de noviembre de 2019 (rec. 4717/2012, ponente: Recio González) desestima el recurso interpuesto contra el Decreto de la Xunta de Galicia 144/2012, de 29 de junio, aprobatorio de la delimitación de un tramo de la ruta principal del Camino de Santiago, Camiño Francés, en el término municipal de O Pino,

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

incluyendo los límites del territorio histórico que conforma el bien de interés cultural y ámbito de amortiguamiento. Incide el tribunal en que:

«(...) siempre hay varios caminos posibles y a la hora de escoger entre ellos, todos históricos, acudiendo al carácter inmaterial del Camino, mutable y dinámico, será el identificado por las comunidades portadoras del contexto cultural por el que discurre, y en este caso es el Camino Real. Y según los documentos más recientes de la Unesco, el foco ha de estar centrado sobre los aspectos inmateriales de la cultura, subordinando lo histórico, dado que por ser más antiguo no tiene más valor, sino que el valor está en lo vivo y dinámico, en la conservación dinámica de los aspectos culturales como señal de autenticidad. En el ámbito objeto de autos hay varios caminos que se denominan, ambos, Camiño Real o Camino Francés: el Camiño Central que es un trecho del camino tradicional; y la antigua carretera de Lugo, diseñada en 1851 y construida en 1853. (...).

De la prueba practicada resulta que la identificación del Camino es conforme a Derecho, combinando dicha delimitación con la adecuada protección de los elementos vinculados al camino en desuso.

(...) En la LPCS no se establece de forma precisa la metodología de delimitación a emplear, lo cual ocurre en todas las comunidades autónomas, ni se refiere a la necesidad de llevarla a cabo, exclusivamente, en base a momentos históricos concretos ni trazas originarias, configurando el legislador el Camino de forma viva y dinámica. De hecho, las variaciones en las rutas del camino han sido constantes a lo largo de la historia y han estado motivadas en la concurrencia de distintas circunstancias: dar continuidad funcional al trazado, seguridad, infraestructuras públicas, etc. Pero si la historicidad fuese el único criterio, habría de acreditarse por qué no lo es el trazado contenido en el decreto, puesto que nos hallamos ante conceptos jurídicos indeterminados y de la pericial en la forma en que ha quedado expuesto, resulta la dificultad de recuperar de forma exacta el trazado de los caminos medievales, salvo en puntos esenciales y muy concretos, habiendo de partir, como ocurre en este caso, de la motivación de las decisiones de la Administración y la composición del equipo técnico encargado de dicha tarea.

Y lo que resulta es que no se acredita suficientemente la falta de rigor histórico de la delimitación por el decreto.

En este sentido y tal y como se indicaba en la Sentencia de esta misma Sala y Sección de 30 de octubre de 2014, en autos de PO n. 4680/2012, la parte demandante sigue un concepto puramente historicista y estático del Camino de Santiago, conforme al cual todo lugar por el que se produjo durante un tiempo el paso de quienes peregrinaban a Santiago de Compostela tiene que ser considerado traza del camino y recuperada y protegida como tal, aunque actualmente no pueda, en razón de su estado, utilizarse como lugar de tránsito. Pero el Camino, más que pertenecer al patrimonio de bienes materiales, forma parte del patrimonio inmaterial, que es vivo, dinámico y sujeto a los cambios de la cultura que lo sostiene (concepción dinámica). (...) “La concepción dinámica del trazado del Camino de Santiago se considera más funcional y razonable, pues es evidente que desde su origen y a lo largo de varios siglos sufrió variaciones; y además lo que la parte actora considera traza histórica está incluida en la zona de protección del Camino y calificada como trazado con vestigios históricos, por lo que no hay ni el desconocimiento ni la desprotección que la

parte actora denuncia (...)». De forma que el Camino, más que pertenecer al patrimonio de bienes materiales, forma parte del patrimonio inmaterial, que es vivo, dinámico y sujeto a los cambios de la cultura que lo sostiene. De vivo y cambiante lo califica la Comisión Territorial de Patrimonio Histórico, y la Facultad de Geografía e Historia de la Universidad de Santiago de Compostela entiende que un camino intransitable pierde su funcionalidad y, en consecuencia, los valores asociados al bien, concepción más funcional y razonable, pues es evidente que desde su origen y a lo largo de varios siglos sufrió variaciones».

4.2 Determinación del color de la pintura de la fachada de una edificación protegida estructuralmente

El TSJG, en su Sentencia de 13 de septiembre de 2019 (rec. 4201/2018, ponente: Recio González), estima el recurso interpuesto por una comunidad de propietarios contra una resolución de la Consellería de Cultura denegatoria de la autorización para pintar la fachada de su edificio con un color determinado, con las siguientes consideraciones:

«(...) La Ley 5/2016, de 4 de mayo, del patrimonio cultural de Galicia, dispone en su artículo 41 los niveles de protección al establecer que “1. En los bienes integrantes del patrimonio arquitectónico o industrial, el diferente alcance de la protección, derivada de la relevancia de su valor cultural y su estado de conservación, puede clasificarse en los siguientes niveles: (...) b) Protección estructural: conservación de los elementos más significativos y relevantes de los bienes, así como de aquellos que resulten más característicos tipológicamente o que sean objeto de una concreta apreciación cultural (...)”. Y lo que resulta de la prueba practicada es que el edificio tiene un nivel de protección estructural que ha sido respetado.

De la prueba pericial practicada –y del examen de la resolución recurrida–, resulta que lo que se exigía es que el color de la pintura fuera igual al existente y lo que se pretendía era que se mantuviera la unidad con el resto de la fachada correspondiente a otros portales y que ahora no se van a pintar. El perito considera que son órdenes de imposible ejecución y que lo que se pretendía por la Dirección General de Patrimonio solo podría haberse conseguido en el caso de que se exigiese el tratamiento de todo el conjunto inmobiliario y que dada la variabilidad cromática que presentaban las fachadas existentes, el resultado es válido, y que el tiempo ha venido demostrando que la homogeneización se está produciendo. También considera el arquitecto autor del informe que se aporta con la demanda que sería de imposible cumplimiento la condición impuesta y que podría haberse impuesto una tonalidad concreta para evitar la indefinición y arbitrariedad –si bien por la Administración se considera que se podían haber realizado muestras de color–. De la pericial de la demandante también resulta que las diferencias se deben al mal estado de los edificios colindantes y que hay hasta 10 tonalidades distintas. (...) Es imposible conocer la tonalidad originaria. Y la parte baja es de diferente color que la parte alta. Lo que imponía la Administración demandada era que fuera el mismo color que antes y que fuera el mismo color que los otros dos edificios, pero los otros no fueron pintados al mismo tiempo ni consta que fuera con el mismo tono, además de que el paso del tiempo afecta al color y de que hay elementos del edificio como son las cornisas, etc., con distinta tonalidad, y todo ello afecta

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

al color. Con el paso del tiempo habrá menos diferencias. No puede asegurarse cuál era el tono inicial de los edificios con el n. xx por lo que nunca se van a poder igualar. Pero con el paso del tiempo habrá menos diferencias. En todo caso, el tono usado es similar. Aunque fuera el mismo tono, se iba a notar al pintarlo nuevo. De la fachada salen 20 ó 22 tonos (diferenciando entre las cornisas, la parte baja, etc.). Y lo normal es hacer muestras en la pared para probar tonos, pero para conjuntos enteros y si se hubiera pintado el conjunto no habría habido problema. (...) De forma que no se trata de discutir los criterios estéticos impuestos, pero sí que ha de insistirse en que la protección del edificio se ha conseguido y que no se evidencia ningún deterioro, cuando no aparenta ser sustancialmente diferente al que se mantiene en los tramos de la fachada de los portales sobre los que no se ha actuado, por lo que el nivel de protección estructural ha sido respetado.»

5 Personal

5.1 Límites de acceso de los órganos de representación sindical a los datos de los empleados públicos de su Administración

El TSJG, en su Sentencia de 23 de octubre de 2019 (rec. 158/2019, ponente: López González), resuelve, en sentido desfavorable, la solicitud de varios sindicatos de personal facultativo al Servicio Galego de Saúde de información relativa a los nombramientos estatutarios de todos los facultativos por servicio, especificando el tipo y fecha de inicio de prestación del servicio, incluyendo en ese registro tanto los nombramientos por “acúmulo de tareas” como las “sustituciones” y otras plazas “no estructurales”, con la siguiente motivación:

«(...) resulta necesario recordar que, según lo informado por la Agencia Española de Protección de Datos, la función de vigilancia y protección de las condiciones de trabajo atribuida a las Juntas de Personal por la Ley 7/2007 (y, antes, por el artículo 9 de la Ley 9/1987) puede llevarse a adecuado desarrollo sin necesidad de proceder a una cesión masiva de los datos referentes al personal que presta sus servicios en el órgano o dependencia correspondiente. Sólo en el supuesto en que la vigilancia o control se refieran a un sujeto concreto, que haya planteado la correspondiente queja ante la Junta de Personal, será posible la cesión del dato específico de dicha persona. En los demás supuestos, la función de control quedará plenamente satisfecha mediante la cesión a la Junta de Personal de información debidamente dissociada, según el procedimiento definido en el artículo 3.f) de la Ley orgánica 15/1999, que permita a aquella conocer las circunstancias cuya vigilancia le ha sido encomendada sin referenciar la información en un sujeto concreto, esto es, sobre personas identificadas o identificables.

En efecto, y a juicio de esta sala, el derecho a recabar información a través de listados de los nombramientos estatutarios de todos los facultativos por servicio, con especificación del tipo y fecha de inicio de prestación del servicio, incluyendo en ese registro tanto los nombramientos por acúmulo de tareas como las sustituciones y otras plazas no estructurales, no puede entenderse comprendido bajo la genérica facultad que se atribuye a las Juntas

de personal (y menos aún a los Sindicatos recurrentes) en el artículo 9 de la Ley 9/1987, de recibir información sobre “la política del personal” del departamento, organismo o entidad local, o la de “Vigilar el cumplimiento de las normas vigentes en materia de condiciones de trabajo, Seguridad Social y empleo, y ejercer, en su caso, las acciones legales oportunas ante los organismos competentes”, de modo que una información en los términos en los que ha sido solicitada por las actoras entraría en colisión con la protección que dispensa la Ley orgánica 15/1999, constituyendo una cesión o comunicación de datos de carácter personal, para la cual es necesario el previo consentimiento de los interesados.

La pretendida finalidad de comprobación a través del conocimiento de los datos recabados puede alcanzarse prescindiendo de la identificación de las personas que ocupan los concretos puestos de trabajo. Y si lo que se persigue es valorar la aplicación de los criterios de adscripción del personal a esos puestos, la información debe venir referida respecto a la persona en concreto que ocupa un puesto determinado, si hay una queja denunciada ante la Junta de Personal».

6 Proceso contencioso-administrativo

6.1 Medidas cautelares contra órdenes de demolición y multas por infracciones urbanísticas

En su Sentencia de 19 de septiembre de 2019 (rec. 4109/2019, ponente: Bolaño Piñeiro), el TSJG sintetiza su último criterio sobre el particular, favorable a la suspensión de las multas (con la constitución de una caución) y desfavorable a la de las órdenes de demolición:

«(...) respecto a la solicitud de suspensión de la multa impuesta por importe de 41.001 euros, debe concluirse que los efectos económicos para la parte recurrente del acto recurrido son de una importancia cuantitativa que permite acceder a la medida cautelar solicitada mientras se tramita el recurso contencioso-administrativo, por lo que procede acordar la suspensión de su ejecución, por la incidencia en la liquidez de la parte recurrente de un pago inmediato. En definitiva, cabe concluir que concurren todos los requisitos legalmente establecidos para la concesión de la medida en cuanto a la multa. Dicho lo cual, toda vez que la suspensión acordada podría causar perjuicios directamente cuantificables para la Administración y el interés público en la ejecución inmediata de las resoluciones administrativas, debe exigirse a la parte solicitante de la medida cautelar la prestación de una fianza o caución en cantidad suficiente para garantizar la indemnización de los daños y perjuicios que pudieran ocasionarse con la inejecutabilidad del acto impugnado, caución que, conforme a lo que dispone el artículo 133.2 de la LJCA podrá constituirse en cualquiera de las formas admitidas en derecho. (...) Con la prestación de la caución queda suficientemente salvaguardado el interés público, referido al aseguramiento de la posibilidad de cobro de la multa para el caso de desestimación del recurso, y se evitan riesgos de perjuicios de difícil reparación en la situación financiera de la parte apelante, presumibles por la cuantía de la multa. En cuanto al importe de la garantía, debe indicarse que la LJCA

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

29/1998 no concreta reglas para fijar el importe de la caución más que por referencia en su artículo 133 a la necesidad de responder de los “daños y perjuicios que se puedan derivar de la medida cautelar”. Por ello en el presente caso se concluye que el importe de la misma debe ascender al importe de las multas impuestas, esto es, 41.001 euros.

En tercer lugar, en lo que se refiere la solicitud de suspensión respecto a la obligación de reposición de la legalidad, de retirada de las plantaciones y demás elementos colocados en el lugar por la parte recurrente, ha de recordarse que la jurisprudencia ha señalado en reiteradas ocasiones que no procede la concesión de medidas cautelares respecto a resoluciones administrativas firmes que ordenen la demolición de edificaciones, construcciones, y/o plantaciones, como ocurre en el presente caso, toda vez que los perjuicios que se podrían ocasionar a la parte recurrente serían de naturaleza económica y por ello perfectamente resarcibles.

Igualmente ha señalado la jurisprudencia que ese criterio general cede en aquellos casos en que la edificación sea la vivienda habitual de quien la solicite o se desarrolle en la edificación una actividad profesional, circunstancias ambas que deben acreditarse al menos indiciariamente por quien solicita la medida cautelar.

La razón de ser de esas excepciones tiene su fundamento legal en que, en esos casos, efectivamente, al margen de los perjuicios económicos que ocasionaría la no concesión de la medida en caso de que se dictase sentencia estimatoria del recurso presentado, se causarían además otro tipo de perjuicios, difícilmente resarcibles, en caso de sentencia estimatoria, con lo que el supuesto planteado cumpliría el requisito legalmente establecido respecto a las medidas cautelares, acerca de que si no se concediesen, el recurso podría perder su legítima finalidad (artículo 130 Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa)».

6.2 Requisitos de procedibilidad de las administraciones locales para interponer recursos contencioso-administrativos: Deben aportar informe jurídico del secretario de la Corporación

La Sentencia del TS de 1 de octubre de 2019 (rec. 2273/2016, ponente: Borrego Borrego) confirma la del TSJG que inadmitió el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Ayuntamiento de As Neves contra el Decreto de la Xunta de Galicia 219/2012, de 31 de octubre, aprobatorio del expediente de deslinde entre los términos municipales de Arbo, As Neves y A Cañiza, por no haber aportado con el escrito inicial de interposición del recurso el informe del secretario municipal exigido por el artículo 54.3 del Real decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril, aprobatorio del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local.

Considera el Alto Tribunal, en primer lugar, que, una vez que la parte demandada invoca este defecto procesal al contestar a la demanda, la Administración recurrente debe proceder a subsanar el defecto procesal sin necesidad de que el órgano judicial se lo requiera expresamente. En segundo lugar, incide en la relevancia de este requisito procesal, obligando su omisión a la inadmisión del recurso contencioso. Afirma en tal sentido que:

«(...) esta sala ha venido matizando el requisito formal de acreditar la previa emisión del dictamen del letrado para el acuerdo del ejercicio de acciones por las corporaciones locales, estableciendo que la sola falta de presentación inicial no es causa de inadmisión del recurso contencioso administrativo, pudiendo subsanarse en cualquier momento, incluso de forma convalidante; que no es imprescindible cuando se trata de procesos a los que es traída la Corporación en concepto de demandada o recurrida; que solo ha de producirse en el ejercicio inicial de las acciones y no para los sucesivos recursos o instancias; que el informe o dictamen puede incluso formularse “in voce”, etc., pero lo que no ha dicho la jurisprudencia ni podía hacerlo –como finalmente no tiene más remedio que reconocer la recurrente– es que dicho requisito formal no sea ya exigible.

En efecto, la necesidad de una previa opinión experta en derecho para la adopción de acuerdos de las corporaciones locales, sobre el ejercicio de acciones, para la que se dan amplias facilidades (puede prestarla el secretario del Ayuntamiento, los servicios jurídicos de asesoramiento municipal, cuando existen, y en defecto de ambos, cualquier letrado), tiene por finalidad –aunque no sea vinculante– hacer más difícil que un órgano administrativo inicie un pleito irreflexivamente o sin conocimiento de lo que son sus derechos, el modo de ejercitarlos y las razonables posibilidades de obtener una respuesta favorable.

Esa finalidad, que es diferente a la que persigue la acreditación del acuerdo de la Corporación, no se cumple si el dictamen, aunque sea verbal, no consta realmente pronunciado.

Ciertamente no es indiferente al interés general, tanto desde el punto de vista de las propias corporaciones, como desde el común de los ciudadanos a los que sirven, que las instituciones administrativas referidas puedan sumergirse sin el adecuado conocimiento previo en una conflictividad jurídica estéril y por ello la exigencia de ese mínimo requisito de la procedibilidad, en la forma flexible que se viene interpretando, no puede considerarse contrario al principio de tutela judicial efectiva, del art. 24 de la Constitución».

6.3 Legitimación activa en materia de medio ambiente. Límites de la acción popular

La Sentencia del TSJG de 8 de julio de 2019 (rec. 4507/2017, ponente: Díaz Casales) realiza un prolijo análisis sobre los requisitos de la legitimación activa en materia de medio ambiente, exigibles para poder promover un proceso contencioso-administrativo frente a la inactividad de la Administración en el ejercicio de sus potestades obligatorias de protección de la naturaleza, con especial atención a lo dispuesto en los artículos 22 y 23 de la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE).

Finalmente, le deniega la legitimación al recurrente, porque:

«(...) no ha acreditado la titularidad de un interés personal –recuérdese que es una persona física– que le atribuya una posición de ventaja por el hecho de que la sanción hubiese sido otra, no resultado suficiente su condición de propietario de varios bienes inmuebles en las inmediaciones del establecimiento en el que se produjo el vertido, aunque acredite

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

su arraigo por el hecho de haberlos adquirido en herencia o alegue la imposibilidad de disfrutar del entorno de conformidad con los recuerdos de su infancia, por lo que se impone la íntegra desestimación del recurso al resultar conforme a derecho la denegación de su legitimación pese a su condición de denunciante».

6.4 No cabe instar la ejecución forzosa de una sentencia desestimatoria dictada en proceso promovido frente a una orden de demolición

Así lo concluyó el TSJG en su Sentencia de 25 de octubre de 2019 (rec. 4133/2018, ponente: Martínez Quintanar), con las siguientes consideraciones:

«La Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n. 1 de Pontevedra de 7 de mayo de 2010, recaída en los autos del procedimiento ordinario 271/2009, no ordenó la demolición de ninguna edificación, sino que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución de 15/07/2008 del director de la APLU, que declaró ilegalizables las obras de construcción de dos naves contiguas de 1.000 m², por resultar incompatibles con el ordenamiento urbanístico vigente, y ordenó su demolición por cuenta de la interesada, prohibiendo los usos a que diesen lugar.

Visto el contenido desestimatorio de la sentencia, confirmatoria del acto impugnado, la ejecución que procede es la del acto administrativo, no de la sentencia, la cual, en cuanto a su contenido dispositivo, deja intacto el acto administrativo que ordena la demolición, sin quitar ni añadir nada a su fuerza ejecutiva. Por ello, como no ha alterado en nada la situación del acto administrativo impugnado, su ejecución le corresponde al órgano autor del acto y no al juzgado. Así lo apreció ya en un supuesto similar la Sentencia de esta Sala y Sección de 20 de diciembre de 2012, n. 1147/2012, recurso 4536/2012, invocada en la oposición a la apelación. Por este motivo es correcta la remisión que hace la sentencia recurrida en apelación a los artículos 94, 95 y 99 de la LRJPAC 30/1992 y 99, 100, 103 de la LPAC 39/2015, ya que la sentencia desestimatoria no tiene en este caso ningún contenido susceptible de ejecución, al dejar intacto el mandato del acto administrativo, que ha de ejecutar la Administración autora del mismo, por imperativo de los preceptos transcritos en la sentencia».

6.5 Procesos contra resoluciones de la Tesorería General de la Seguridad Social de derivación de deuda. Determinación de la cuantía

El TS, en su Sentencia de 18 de diciembre de 2019 (rec. 1098/2017), confirma el criterio de la Sección 3.^a del TSJG, conforme al cual, en los procesos promovidos frente a resoluciones de la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), de derivación de deuda a un tercero (por responsabilidad solidaria o subsidiaria), la cuantía del litigio no se corresponde con el importe principal reclamado por la Administración al demandante. Entiende el alto tribunal que habrá que considerar, desglosadamente y por separado, el importe de cada una de las cuotas de cotización adeudadas

originariamente por el obligado principal, como acumulación de acciones. Si ninguna de ellas supera los 30.000 euros, no cabrá interponer recurso de apelación contra la sentencia de instancia.

7 Tributos

7.1 Impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos (plusvalía): Responsabilidad patrimonial del Estado legislador. Acreditación de la “minusvalía”

La Sentencia del TS de 21 de noviembre de 2019 (rec. 6097/2017, ponente: Tolosa Tribiño) estimó la reclamación indemnizatoria formulada por un particular contra el “Estado legislador”, por los perjuicios padecidos como consecuencia de la aplicación de los preceptos del Texto refundido de la Ley de haciendas locales reguladores del impuesto municipal sobre el incremento de valor de los terrenos (plusvalía) que fueron declarados nulos por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 59/2017, de 11 de mayo. Afirma el Alto Tribunal en esta sentencia que:

«(...) la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, introduce en nuestro ordenamiento jurídico la primera regulación legislativa específica de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas por leyes contrarias a derecho. En efecto, como hemos visto, el precepto distingue entre los casos en que la lesión deriva de una norma con rango de ley declarada inconstitucional y aquellos en los que los daños fueron ocasionados por la aplicación de una norma contraria al derecho de la Unión Europea. (...)»

Sólo procederá la indemnización “cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la inconstitucionalidad [o la infracción del derecho de la Unión Europea] posteriormente declarada”. Es decir, los perjudicados por la aplicación de la ley posteriormente declarada inválida, que no agotaron todas las instancias judiciales contra dicha aplicación o no adujeron en ellas la correspondiente inconstitucionalidad o infracción del ordenamiento jurídico comunitario, no podrán luego exigir el resarcimiento de los daños sufridos.

CUARTO. En cuanto a la antijuricidad del daño, en los casos en que el título de imputación de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador lo es la posterior declaración de inconstitucionalidad de la ley o norma con fuerza de ley cuya aplicación irrogó el perjuicio, debe imponerse como regla general o de principio la afirmación o reconocimiento de la antijuricidad de éste (...).

En cuanto la existencia y acreditación de un daño indemnizable, debemos tener en cuenta que la reclamación de responsabilidad patrimonial, la formula la parte a partir de la declaración de inconstitucionalidad contenida en la STC 59/2017. La Sentencia 1163/2018, de 9 de julio, de este Tribunal interpreta el alcance de la declaración de inconstitucionalidad contenida en la STC 59/2017, considerando, de una parte, que los artículos 107.1 y 107.2.a) del TRLHL, a tenor de la interpretación que debe darse al fallo y fundamento jurídico 5

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

de la STC 59/2017, “adolecen solo de una inconstitucionalidad y nulidad parcial”. Es, precisamente, esta nulidad total del artículo 110.4 del TRLHL la que, de acuerdo con la sentencia de esta Sala, “posibilita que los obligados tributarios puedan probar, desde la STC 59/2017, la inexistencia de un aumento del valor del terreno ante la Administración municipal o, en su caso, ante el órgano judicial, y, en caso contrario, es la que habilita la plena aplicación de los artículos 107.1 y 107.2.a) del TRLHL”. (...)

Partiendo de la anterior doctrina, nos corresponde ahora examinar si la parte ha logrado acreditar la inexistencia de un incremento de valor por alguno de los medios previstos en derecho.

La parte recurrente ha procedido en este procedimiento a la aportación de distintos medios probatorios para tratar de acreditar la inexistencia del incremento del valor. En efecto, en defensa de su tesis ha aportado (1) las escrituras de contraste (de adquisición y venta del inmueble del caso), (2) la prueba pericial, (3) las declaraciones de IRPF del actor y (4) las propias tablas de la Administración demandada (nos referimos a su Ministerio de Fomento). (...). Para resolver esta discrepancia, debemos señalar cómo, tras la Sentencia de 9/7/2018 del Tribunal Supremo, las escrituras de adquisición y transmisión del terreno constituyen un sólido principio de prueba de la inexistencia de incremento de valor del terreno. Este Tribunal Supremo, en Sentencia de 18/7/2018 (rec. 4777/2017), les atribuye la misma presunción de certeza que a las autoliquidaciones presentadas por un contribuyente. Se presumen ciertas para los contribuyentes (artículo 108.4 de la LGT). Y la Administración puede darlas por buenas, o comprobarlas (artículo 101.1 LGT). Por otra parte, frente a la exigencia, en todo caso, de una prueba pericial completa, como única forma de acreditar que el valor del terreno no se ha incrementado. Los costes que dicha prueba conlleva han disuadido a muchos contribuyentes de su derecho a recurrir, el Tribunal Supremo ha reaccionado y en Sentencia de 5/3/2019 (rec. 2672/2017) ha estimado un recurso de casación contra una resolución del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que había desestimado el recurso del contribuyente “con fundamento en que, para que el obligado tributario acredite la inexistencia de plusvalía no es suficiente, como ha sucedido en este caso, aportar como indicio las escrituras de compra y venta, sino que es precisa una tasación pericial contradictoria”.

Es cierto, sin embargo, que los valores resultantes de las escrituras no son válidos en todos los casos (...). Hemos de tener en cuenta, igualmente, el contenido de la Sentencia del Tribunal Constitucional n. 107/2019 (...) estima el recurso, declarando vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del contribuyente, por no haberse valorado las pruebas (escrituras de adquisición y transmisión del terreno) conforme a las reglas de la sana crítica. (...)

Siendo esta la teoría general, en el caso enjuiciado el obligado tributario presentó la escritura pública, donde se reflejaba una disminución de valor del terreno, mientras que la Administración presentó la evolución positiva de las referencias al valor catastral del suelo.

Pues bien, el Tribunal no estima que esa prueba aportada sea eficaz para desvirtuar el decremento de valor, y no solo por cuanto no se justifica la correspondencia de dichos valores catastrales con el valor de mercado del suelo en las fechas de compra y venta –dichos valores se apartan claramente de los precios declarados de compra y venta, siendo en no pocas ocasiones la discrepancia entre valor catastral y de mercado manifiesta–, sino

porque parece sorprendente que pueda sostenerse que entre 2006 y 2014, con la crisis inmobiliaria padecida entre dichas anualidades, y sin que se aporte ninguna circunstancias justificativa de ello, el valor del suelo haya subido la cantidad que se alega.

En atención a lo expuesto, ha de concluirse que se estima producido el decremento patrimonial entre adquisición y transmisión del inmueble, tal y como se hace constar en la correspondiente escritura y, en consecuencia, procede estimar el recurso interpuesto».

7.2 Inaplicación a los parques eólicos de la tasa municipal por ocupaciones de la vía pública

El TSJG, en su Sentencia de 28 de junio de 2019 (rec. 15008/2019, ponente: Núñez Fiaño), confirma en apelación la sentencia de instancia en la que se declaró que la entidad mercantil explotadora de un parque eólico situado en terrenos de titularidad privada carece de la condición de sujeto pasivo de la tasa municipal por ocupaciones del suelo, subsuelo y vuelo de la vía pública, atendiendo a las siguientes consideraciones:

«(...) La apelada es una sociedad generadora de electricidad a partir de energía eólica, no es titular de redes ni tiene licencia alguna de aprovechamiento especial del suelo, subsuelo o vuelo de la vía pública en Avión (al menos no consta).

El artículo 3 de la mentada ordenanza establece que: “Son sujetos pasivos de la tasa regulada en esta ordenanza, en concepto de contribuyentes, las personas físicas y jurídicas (...), a cuyo favor se otorguen las licencias para disfrutar del aprovechamiento especial, o quienes se beneficien del mismo sin haber solicitado la oportuna autorización. En cualquier caso, habrá de tratarse de empresas explotadoras de servicios de suministros que afecten a la generalidad o a una parte importante de la población del Municipio, tanto cuando sean propietarias de la red que materialmente ocupa el subsuelo, suelo o vuelo de las vías públicas municipales como en el supuesto de que utilicen redes que pertenecen a un tercero”.

Del tenor literal de este precepto que no puede ser interpretado extensivamente, resulta que la consideración de sujeto pasivo depende de la condición de empresa explotadora de servicios de suministros que afecten a la generalidad o a una parte importante de la población del Municipio, tanto si son titulares o no de la red que discurre por el dominio público municipal.

Para delimitar el concepto de empresas explotadoras en los efectos analizados resulta fundamental la acotación del concepto que hace el artículo 24.1.c) del Real decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales, que incluye entre las empresas explotadoras de dichos servicios de suministros a las distribuidoras y comercializadoras de estos.

En efecto, como reseña el juzgador de instancia no abarca ni la Ordenanza ni el artículo 24.1.c) LRHL a las empresas generadoras de energía eléctrica y tal inclusión entendemos que no cabe hacerla en relación al hecho imponible pues, obviamente, puede limitarse el ámbito subjetivo de la tasa al regular el sujeto pasivo. Y por ello, precisamente, tampoco cabe invocar la jurisprudencia del Tribunal Supremo o la normativa reguladora del sector eléctrico. Por cierto, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 10 de mayo de 2005 (FD Quinto), cuya doctrina reiteran las de 18 de mayo de 2005 (FD Tercero), de 21 de

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

noviembre de 2005, de 18 de junio de 2007 (FD Cuarto) o 22 de enero de 2009 (FD Cuarto) inciden en la consideración del aprovechamiento especial en el sentido de que supone un uso cualificado en beneficio propio que no implica necesariamente la ocupación efectiva ni la exclusión del uso de los demás, y en que la utilidad del uso o aprovechamiento del dominio público local afecta a todo el sector eléctrico con independencia de la titularidad de las redes, para concluir la procedencia de comprender en el concepto de empresas explotadoras a las comercializadoras por su evidente relación con el suministro, pero esto no afecta a las empresas generadoras como lo es la recurrente».

7.3 Las ventas de oro de particulares a comerciantes están sujetas al impuesto de transmisiones

El TS, entre otras, en su Sentencia de 16 de diciembre de 2019 (rec. 4744/2017, ponente: Maurandi Guillén), modifica su jurisprudencia sobre el particular, atendiendo al criterio establecido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Confirma en casación la sentencia del TSJG recurrida, que había considerado sujeta al impuesto de transmisiones la venta de metales preciosos de particulares a empresarios, pese a que las siguientes transmisiones tributarían por IVA. Incide el alto tribunal en esta sentencia en que:

«(...) siendo conscientes de que las operaciones que aquí analizamos están encuadradas en el proceso de producción y comercialización del oro de inversión, planteamos al TJUE una cuestión prejudicial de interpretación sobre la medida en que la sujeción a TPO de estas compraventas podría afectar al principio de neutralidad del IVA. Tuvimos en cuenta, en efecto (y así lo expusimos en el auto planteando la cuestión prejudicial de interpretación), que cuando un particular revende sus joyas a un comerciante, el bien se reintroduce en el circuito empresarial para su procesamiento y posterior transmisión a otro empresario dedicado a la elaboración del oro de inversión, dando inicio nuevamente al ciclo de producción de ese oro de inversión; y cuando este empresario vende el oro (adquirido a un particular) a otro empresario, la base imponible del IVA es el importe de la venta que vuelve al circuito del IVA por su valor total, siendo así que al sujetar la venta del particular al empresario (como aquí sucede con TPO), podría producirse un doble gravamen sobre el valor del oro en el momento de su adquisición y en el de su reventa, pues no habría posibilidad de deducir el impuesto pagado en la primera fase (adquisición) en la fase ulterior (venta). (...)

La Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de junio de 2019 ha resuelto la duda en el sentido de que no está afectado el principio de neutralidad, de forma que –según su parte dispositiva–: “La Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido, y el principio de neutralidad fiscal deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que somete a un impuesto indirecto que grava las transmisiones patrimoniales, distinto del impuesto sobre el valor añadido, la adquisición por una empresa a los particulares de objetos con alto contenido en oro o en otros metales preciosos, cuando tales bienes se destinan a la actividad económica de dicha empresa, la

cual, para su transformación y posterior reintroducción en el circuito comercial, revende los bienes a empresas especializadas en la fabricación de lingotes o piezas diversas de metales preciosos”.

Esta sentencia despeja cualquier duda que pudiera plantearse sobre la posibilidad de que nuestra decisión (declarar sujetas a TPO estas operaciones) pueda afectar, distorsionándolo, al principio de neutralidad del IVA. (...)

La respuesta ha de ser afirmativa, declarando –por tanto– la sujeción de estas operaciones al tributo indicado en la medida en que lo esencial –como se ha dicho– es analizarlas desde la perspectiva del particular que enajena el bien por cuanto (i) es dicho particular el que realiza la transmisión y, por tanto, el hecho imponible del impuesto y (ii) no hay ningún precepto legal que exonere del gravamen por la circunstancia de que el adquirente sea un comerciante que actúa en el seno del giro o tráfico empresarial de su actividad».

8 Universidades

8.1 Ayudas posdoctorales de la Xunta de Galicia. Incompatibilidad con ayudas o contratos previos

El TSJG, en su Sentencia de 9 de octubre de 2019 (rec. 47/2019, ponente: Seoane Pesqueira), interpreta restrictivamente la condición establecida por la Xunta de Galicia para el otorgamiento de sus ayudas posdoctorales, sobre incompatibilidades con otros contratos o becas previas:

«(...) En el artículo 6.1.a de la orden de convocatoria se establece que con cada solicitud deberá aportarse documento firmado por la persona candidata a ser destinataria de la ayuda en el que se hagan constar, entre otros aspectos:

– Que la persona candidata no fue seleccionada en los programas posdoctorales de la Xunta de Galicia, en una convocatoria estatal de las actuaciones Juan de la Cierva, Formación posdoctoral, Juan de la Cierva-Formación o Juan de la Cierva-Incorporación.

– Que no disfrutó con anterioridad de ninguna ayuda y/o contrato postdoctoral que recoja estancias en centros de investigación en el extranjero de dos o más años de duración. (...)

El recurrente se atiene a que (...) el disfrute durante dos años se tiene que haber cumplido con anterioridad a la convocatoria. Y considera que tal causa no concurre en el demandante, porque en el momento de la convocatoria (publicada en mayo de 2018, siendo el 24 de junio de 2018 la fecha límite para presentación de las solicitudes) no había concluido el disfrute de la estadía en el extranjero (enero de 2019).

Dado que las bases de la convocatoria vinculan a todos los intervinientes, Administración, órganos calificadoros y aspirantes, la clave para decidir en este litigio se halla en el último inciso del artículo 2.d de la orden de convocatoria que anteriormente se ha transcrito, en concreto en la interpretación de la expresión “no haber disfrutado con anterioridad de ninguna ayuda y/o contrato posdoctoral que recoja estancias en centros de investigación en el extranjero de dos o más años de duración”.

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

Con arreglo al artículo 3.1 del Código civil, para una correcta interpretación no ha de atenderse sólo al sentido propio de las palabras, sino también al contexto, espíritu y finalidad de la norma.

No existe base para entender que el término “no haber disfrutado” sólo pueda comprender a quien ya ha agotado los dos o más años de duración de la estancia en centro de investigación en el extranjero, y, por el contrario, la expresión disfrute se refiere a obtención (“no haber obtenido”), de modo que quedaría excluido quien hubiera sido seleccionado con anterioridad para una ayuda y/o contrato de ese tenor, tanto en el caso de que en el momento de la convocatoria de la nueva ayuda ya se haya agotado aquel período de dos o más años, como en el de que todavía se esté disfrutando de esa anterior ayuda y estancia. Bastaría con haber logrado con anterioridad una ayuda y/o contrato postdoctoral que recoja una estancia en centro investigador extranjero de dos o más años de duración, para que el beneficiario haya de quedar excluido de la nueva ayuda.

En efecto, carecería de sentido excluir de la ayuda que se anuncia a quienes en el momento de la convocatoria de la nueva ayuda ya hayan agotado el período de dos o más años, y sin embargo incluir a quienes no lo hayan concluido, porque esta última inclusión podría conducir a la consecuencia de que se pudieran disfrutar al mismo tiempo las dos ayudas y/o contratos postdoctorales (la ya obtenida y la convocada), que incluso podrían disfrutarse en países extranjeros diferentes, lo que no resulta lógico.

El contexto abona la misma conclusión porque en su primer inciso el artículo 2.d de la orden de convocatoria, en relación a los programas posdoctorales de la Xunta de Galicia, la ayuda en una convocatoria estatal de las actuaciones Juan de la Cierva, Formación posdoctoral, Juan de la Cierva-Formación o Juan de la Cierva-Incorporación, se refiere a no haber sido seleccionado, y no tendría lógica que para la ayuda y/o contrato posdoctoral que recoja estancias en centros de investigación en el extranjero de dos o más años de duración no exigiese la misma condición.

La finalidad que parece perseguirse con aquel precepto de la orden de convocatoria es que quien ya ha obtenido una ayuda y/o contrato postdoctoral con estancia en el extranjero de dos años o más de duración no pueda ser seleccionado para conseguir esta ayuda, quizás para evitar la concentración de ayudas postdoctorales en un sólo candidato, y con ello tratar de distribuir las ayudas de ese tipo entre el mayor número de candidatos. Debido a que el señor ----- había obtenido un contrato de trabajo en el Centre National de la Recherche Scientifique (CNRS) de la Universidad de Montpellier de Francia con un período de duración de dos años, del 1 de enero de 2017 al 31 de enero de 2019, aunque en el momento de la convocatoria no hubiera concluido, concurre la causa de exclusión, y es conforme a derecho la actuación de la Administración».