

Xurisprudencia contencioso-
administrativa

**Jurisprudencia contencioso-
administrativa**

Contentious-administrative
jurisprudence



FRANCISCO DE COMINGES CÁCERES

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

Recibido: 26/07/2019 | Aceptado: 18/07/2019

DOI: <https://doi.org/10.36402/regap.v1i57.40>

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

SUMARIO: 1 Administración local. 1.1 Elecciones municipales 2019. 1.2 Relación de puestos de trabajo de los ayuntamientos. Valoración de los puestos. Criterios para la determinación de los complementos específico y de destino de los policías locales. Principios de coherencia legítima y actos propios. Inexistencia de derechos adquiridos. 1.3 Contratación local. Servicios de asesoría jurídica y defensa letrada en juicio. Requisitos de solvencia técnica. 1.4 Deslinde de bienes de dominio público municipal. Posibilidad de interponer recurso de reposición. 2 Educación. 2.1 Adscripción administrativa obligatoria de los centros de enseñanza privada a los públicos. 3 Medio ambiente y urbanismo. 3.1 Ejecución de sentencia anulatoria de licencia de edificio de viviendas por transacción judicial alcanzada mediante técnicas de mediación. 3.2 Exención de evaluación de impacto ambiental de planta industrial regasificadora, acordada por el Gobierno del Estado en funciones. 3.3 Licencias urbanísticas en trámite en la fecha de anulación judicial del plan general de ordenación municipal. Sentido del silencio administrativo. 3.4 Disciplina urbanística. Caducidad de la potestad para restaurar la legalidad sobre una obra de uso industrial. 3.5 Ejecución de sentencia anulatoria de licencia de nave industrial. Plazo para promover incidente de inejecución. La disposición transitoria 7.ª de la Ley 2/2016 del suelo de Galicia no conlleva la legalización de construcciones afectadas por sentencia. 4 Personal. 4.1 Personal temporal del Servicio Galego de Saúde (SERGAS). Plan de estabilidad en el empleo. Derecho a indemnización por el cese. 4.2 El período de baja por maternidad en las vinculaciones de temporales debe computarse como tiempo efectivo de trabajo. 5 Proceso contencioso-administrativo. 5.1 Revisión de sentencias firmes por vulneración del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Omisión de emplazamiento de los propietarios afectados por la impugnación de una licencia urbanística. 5.2 Suspensión del proceso por concurrencia de cuestión prejudicial penal. Reclamación de honorarios por servicios prestados sin contrato. 6 Responsabilidad patrimonial. 6.1 Responsabilidad sanitaria. Teoría del daño desproporcionado. Consentimiento informado. 6.2 Reclamación indemnizatoria por los perjuicios derivados de la inclusión de determinadas fincas en la Red Natura. 7 Tributos. 7.1 Ordenanza municipal

reguladora de la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local de las instalaciones de transporte de energía eléctrica, gas, agua e hidrocarburos. 7.2 Nulidad del Real decreto 529/2017, de modificación del Reglamento del impuesto sobre el valor añadido, por omisión del informe preceptivo del Consejo de Estado. 8 Universidades. 8.1 Control jurisdiccional de la evaluación negativa de períodos de investigación por la ANECA.

1 Administración local

1.1 Elecciones municipales 2019

Sobre las elecciones municipales celebradas el 26 de mayo de 2019, resulta de interés la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (TSJG), de 26 de junio de 2019 (rec. 213/2019, ponente: Rivera Frade). Ordena repetir dichas elecciones en el término municipal de Burela al no haberse conservado varias papeletas de votos que fueron declarados nulos en una mesa electoral. Incide la sentencia en que:

«Se desconoce si alguno de los votos declarados nulos en la Mesa 1.5.U del municipio de Burela podía favorecer a la formación política recurrente, es decir, si alguno de esos votos iba destinado a ella, pues las papeletas han desaparecido. Lo único que se sabe es que las papeletas han desaparecido, y que, de favorecerle tan solo una de ellas, la formación política actora hubiese obtenido representación en el municipio de Burela con un concejal. Entiende esta Sala que la incertidumbre sobre el sentido y la validez de los votos nulos cuyas papeletas han desaparecido no puede perjudicar a la actora, y deben de conducir a la invalidez del escrutinio efectuado, por las siguientes razones: 1) En primer lugar, porque BURELA SEMPRE no estaba obligada a estar presente en la Mesa electoral a través de sus representantes (“no existía ni interventor ni apoderado de la Agrupación en la citada Mesa, sin que, por lo demás, exista obligación legal alguna de su presencia” –dice la STC 57/1991, 15 de julio–). 2) En segundo lugar, porque la no constancia en el acta de escrutinio de alguna incidencia por parte de los interventores presentes lo único que significa es que no tenían nada que objetar al respecto, como tampoco lo hicieron posteriormente en el acto de escrutinio general ante la JEZ, probablemente porque la nulidad de los 6 votos, cuyas circunstancias conocían, no les perjudicaba. Pero no impedía que la recurrente presentase reclamación contra ella. 3) Y, en tercer lugar, porque el incumplimiento detectado tiene especial importancia en cuanto, de haberse podido verificar tan solo un voto nulo, que pudiera ser validado, dirigido a la formación política actora, esta hubiese obtenido un concejal y, con él, representación en el municipio, siempre y cuando ninguno de los votos restantes fuese favorable al BNG, con quien inicialmente había empatado la recurrente. No se ha podido comprobar el contenido real de los votos nulos, y, por tanto, no se ha podido conocer la verdadera voluntad de los seis electores que los emitieron. Pero sí sabemos, que, si uno de ellos fuese declarado válido y estuviese dirigido a la formación política actora, se alteraría la composición de la Corporación municipal, pues obtendría un concejal en detrimento de otra formación política (BNG), que lo perdería.

Esta Sala en la sentencia de 19 julio de 1999 (Recurso 1059/1999), con cita en el acuerdo de la Junta Electoral Central de 7 de junio de 1991, se ha pronunciado en el sentido de que

la simple omisión de las papeletas a las que se hubiera negado validez no se deduce la declaración de nulidad del acto de votación, en virtud de los principios de conservación de los actos electorales y efectividad de los derechos de votantes y candidatos, “salvo que tal omisión pueda, de resultar cierta la reclamación del recurrente, determinar o resultar determinante para el resultado de la elección”. Y esto es lo que sucede en el presente caso en el que la irregularidad cometida en la Mesa electoral 1.5.U del municipio de Burela, sometida a los cánones de constitucionalidad, que imponen la interpretación finalista y pro efectividad de los derechos fundamentales de los electores recogido en el artículo 23.1 CE, no supera el principio de veracidad material, esto es, impide averiguar la verdad material manifestada por los electores de aquel distrito electoral, por lo que una ponderación de la intensidad y gravedad de la irregularidad cometida determina la desactivación del principio de conservación de los actos electorales, haciendo imposible conservar el resultado de la votación realizada en la citada Mesa.

En consecuencia y como quiera que el vicio detectado en el curso del procedimiento electoral desarrollado el día 26 de mayo de 2019 en la Mesa electoral 1.5.U del municipio de Burela, puede ser determinante del resultado final de la elección, en cuanto a la formación política recurrente pudiera corresponderle un concejal en ese municipio, y por tanto representación política en él, procede acordar la nulidad de la elección celebrada en dicha Mesa en los términos solicitados por la recurrente y, de conformidad con el artículo 113.1, letra d) LOREG, la necesidad de efectuar nueva convocatoria en la misma para que se repita la votación en dicha Mesa Electoral, en todo caso en el plazo de tres meses a partir de esta sentencia, lo cual conduce a la estimación del recurso presentado».

El TSJG, en su Sentencia de 25 de junio de 2019 (rec. 214/2019, ponente: Seoane Pesqueira), confirma la nulidad del voto de una lista municipal introducido en la urna de las elecciones municipales, pero dentro de un sobre de las europeas, con estos razonamientos:

«(...) es tajante el artículo 96.1 LOREG a la hora de imponer la invalidez del voto introducido en un sobre diferente al oficial. Dicho artículo 96.1 de la LOREG establece que será nulo el voto emitido en papeleta no oficial, lo que lógicamente ha de interpretarse como que ha de introducirse la papeleta de las elecciones locales en el sobre de las propias elecciones municipales para depositarlo en la urna de dichos comicios, tal como anteriormente se argumentó, de modo que no es válido el voto si la papeleta se incluye en sobre oficial correspondiente a otro proceso electoral, en este caso de las europeas, aunque se celebre el mismo día, por dos razones: 1ª cada proceso electoral es autónomo, y de hecho en el caso que nos ocupa es normativa diferente la que regula la exigencia respecto de las elecciones municipales y europeas, de modo que, en concreto, se aprueba como oficial un sobre diferente para cada proceso, en congruencia con lo cual en los comicios celebrados el 26 de mayo de 2019 era de distinto color el sobre en el que se introducía la papeleta en cada una de las citadas elecciones; y 2ª si se diese validez a la papeleta introducida en sobre de proceso electoral distinto se estaría propiciando la conculcación de la exigencia del secreto del voto, porque llamaría la atención que en la urna en que todos los sobres fuesen de un determinado color existiese uno de color distinto, como sucede en el caso presente, en el que todos los sobres de las elecciones municipales serían de color blanco,

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

y sin embargo era de color azul uno de ellos, resultando perfectamente identificable el votante a quien en la mesa se le permitió tal anomalía.

Por tanto, no puede acogerse la alegación del recurrente de que no se vulneró el artículo 96.1 LOREG, lo que basó en que la papeleta se introdujo en sobre oficial, no pudiendo prosperar lo alegado porque el sobre en el que se introdujo la papeleta no era el oficial para las elecciones municipales, que era lo exigido.

Tampoco se puede compartir el argumento de que la interpretación del actor es la más garantista para el ejercicio del derecho fundamental contenido en el artículo 23.2 de la Constitución, porque, además de todos los argumentos hasta aquí razonados, hay que añadir que aquel derecho fundamental ha de cohonestarse con el derecho al secreto del voto en las elecciones locales, recogido en el artículo 140 de la Constitución, para cuya preservación se contiene la normativa antes examinada».

1.2 Relación de puestos de trabajo de los ayuntamientos. Valoración de los puestos. Criterios para la determinación de los complementos específico y de destino de los policías locales. Principios de coherencia legítima y actos propios. Inexistencia de derechos adquiridos

El TSJG, en su Sentencia de 18 de junio de 2019 (rec. 2/2019, ponente: Seoane Pesqueira), desestima el recurso interpuesto contra la aprobación definitiva de la relación de puestos de trabajo (RPT) del Concello de Vimianzo. Dicha RPT se elaboró a partir de la valoración de los puestos realizada en un pormenorizado estudio por un profesor de la Universidad de A Coruña. El tribunal analiza los criterios conforme a los cuales se deben determinar los complementos específico y de destino de los puestos de los policías locales, con las siguientes consideraciones:

«(...) lo que se ha realizado con la aprobación de la relación de puestos de trabajo ahora impugnada es acatar cuanto se regula en dicha normativa, valorando cada uno de los puestos de trabajo existentes a fin de establecer el complemento específico que corresponde a cada uno, evitando las disparidades y contradicciones previamente existentes, pero conformando un régimen retributivo lógico y coordinado del personal funcionario, que impida la equiparación de niveles entre puestos con un nivel de exigencia de titulación muy diferentes, y unas cuantías de complementos específicos que no se correspondan con los factores recogidos en aquel artículo 4 del RD 861/1986.

Para ello, y a fin de fijar asimismo los niveles de complemento de destino a que se refiere el artículo 3 de aquel RD 861/1986, se ha acudido a un docente de la Universidad de A Coruña, examinándose por éste la normativa reguladora en la materia que, aparte de aquella norma reglamentaria, se recoge en el artículo 93 de la Ley 7/1985, de bases de régimen local, 48 de la Ley 4/2007, de coordinación de policías locales de Galicia, y 211 de la Ley 2/2015, de empleo público de Galicia.

Para la asignación de los niveles de complemento de destino y los importes de los complementos específicos se examinaron las funciones de cada puesto de trabajo, teniendo en cuenta para estos últimos los factores recogidos en el apartado 1 del artículo 4 del RD

861/1986, es decir, especial dificultad técnica, dedicación, incompatibilidad, responsabilidad, peligrosidad o penosidad, así como la turnicidad. También conviene tener presente que para la determinación del complemento específico se tuvieron en cuenta asimismo los criterios de contención y homogeneización del gasto del conjunto de la función pública española, tomando como referencia la Orden de 10 de febrero de 2017, por la que se dictan instrucciones sobre la confección de nóminas del personal al servicio de la Administración autonómica para el año 2017, cuyo anexo IV detalla para el personal de la Comunidad Autónoma las cuantías mensuales de los complementos específicos en función del complemento de destino. (...).

En esta segunda instancia postula el demandante que en la valoración del complemento específico se incluyan los factores de atención al público, incompatibilidad, fin de semana y disponibilidad.

(...) En primer lugar, alega el apelante que el factor de atención al público no se incluye para los puestos de trabajo de policía local, pese a que estos funcionarios tienen el deber de atender al público tanto en su centro de trabajo como en la calle. (...) La atención al público se define en la RPT como el factor destinado a retribuir aquellos puestos que tengan atención al público con carácter permanente durante la jornada laboral, por las singulares condiciones de trabajo que conlleva esta atención. Se fundamenta la exclusión debido a que, pese a ser cierto que por su naturaleza los puestos de trabajo de policía local deben interactuar puntualmente con los ciudadanos, esta atención no es permanente durante su jornada laboral, lo cual se ofrece como lógico y racionalmente motivado, porque evidentemente los de policía local no son puestos que se incluyan entre aquellos en los que permanentemente se haya de atender al público durante su jornada laboral, de modo que no concurre este parámetro ni siquiera en un nivel inferior, porque la desaparición del carácter permanente hace cualitativamente inviable este factor.

En segundo lugar, se refiere el apelante al factor de incompatibilidad. Este factor se define como la posibilidad/imposibilidad de simultanear la ocupación del puesto con otro/s puesto/s o actividades de carácter público o privado en los términos señalados en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidad. El propio apelante reconoce que este factor ya ha sido incluido en el complemento específico, pero se muestra discrepancia con que su cuantía sea distinta en función del grupo de titulación, cuando se trata de una limitación que afecta a todos los funcionarios por igual, sin que se pueda justificar un mayor daño o grado de afectación en función del grupo de pertenencia. (...) dicha diferenciación no se considera contraria a derecho, porque: 1º la justifica el artículo 48.3.a de la Ley gallega 4/2007, que establece el nivel de formación como uno de los criterios para la fijación de las retribuciones complementarias de los funcionarios de los cuerpos de Policía Local, 2º no se reputa vulneradora del principio de igualdad, reconocido en el artículo 14 de la Constitución española, porque no se ha aportado ningún supuesto de hecho homogéneo de contraste que revele que al actor se le discrimina en relación con otro oficial de policía local a quien se le dispense un trato más beneficioso, y 3º este modo de concretar el parámetro de incompatibilidad constituye una opción discrecional que el ordenamiento jurídico otorga al Concello en función de su potestad de autoorganización, cumpliendo la finalidad homogeneizadora y racionalizadora de las retribuciones públicas

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

que se deriva del marco integrado por la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, y de las leyes anuales de presupuestos.

En tercer lugar, alude el apelante al factor de fin de semana, que en la relación de puestos de trabajo sólo se incluye para el personal laboral y retribuye la jornada habitual en fin de semana como consecuencia de las características del puesto.

La Administración justifica la exclusión de este factor porque la función de policía local constituye un servicio público local obligatorio y continuo, de modo que su prestación es regulada mediante trabajo a turnos, lo cual se retribuye mediante el plus de turnicidad.

Esa justificación se ofrece como racional, lógica y conforme con lo establecido en el ordenamiento jurídico, ya que, al margen de que el trabajo por turnos entrañe que el oficial de policía local haya de prestar servicio en muchas ocasiones en fin de semana, no se aprecia un plus que haya de determinar necesariamente la contrariedad a derecho de la exclusión de aquel factor, tratándose de una opción perfectamente legítima que no incide en ilegalidad alguna, además de que podría conducir a una improcedente duplicidad la percepción al mismo tiempo de los factores de turnicidad y fin de semana.

En cuarto lugar, se queja el recurrente de que no se incluya, como factor en la valoración del complemento específico, la disponibilidad horaria, porque las características de los puestos de trabajo de la policía obligan a los funcionarios que los ocupan a atender situaciones no previstas, como emergencias derivadas de accidentes, incendios, altercados, etc. Este factor está definido en la RPT por el cumplimiento de parte de la jornada establecida para aquellos puestos cuyas funciones así lo requieren por las actividades programadas en horario de tarde y/o fin de semana, por lo que dentro del personal funcionario sólo se le reconoce a las técnicas de empleo y cultura.

La justificación que se ofrece por la Administración para la exclusión en este caso es que en el caso de las policías locales, al igual que cuando se trata de los miembros de fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, su peculiaridad es la imputación de un deber legal de intervenir, en cualquier tiempo y lugar, estén o no de servicio, en defensa de la ley y la seguridad ciudadana, tal como se desprende de lo dispuesto en el artículo 7.d de la Ley 4/2007, que, en lo relativo a la dedicación profesional, establece que es principio básico de actuación para los miembros de los cuerpos de Policía local, de acuerdo con el artículo 5 de la Ley orgánica 2/1986, que han de intervenir siempre, en cualquier tiempo y lugar, estén o no de servicio, en defensa de la ley y la seguridad ciudadana.

También ha de considerarse conforme a derecho esta exclusión porque: 1º la petición no se ajusta a la definición de la disponibilidad antes mencionada, ya que en el caso de un oficial de policía local no ha de cumplir necesariamente parte de la jornada establecida en horario de tarde y/o fin de semana, 2º al formar parte de la función ínsita en la propia de un policía local la intervención en todo tiempo y lugar, esté o no de servicio, ello no entraña un plus que haya de retribuirse a través del complemento específico.

No ha de olvidarse que en la RPT impugnada en el puesto de oficial de la policía local se valoran los factores de turnicidad y peligrosidad, el primero en función del régimen de trabajo a turnos, y el segundo en base al manejo de armas que requiere el desempeño del servicio; asimismo se reconocen los factores de penosidad e incompatibilidad, el primero por el desarrollo de la realización de una parte de su jornada laboral en el exterior, y el

segundo en los términos que antes han quedado analizados. Con estas inclusiones se tienen en cuenta las peculiaridades propias del puesto de oficial de policía local de que ahora se trata, y se lleva a cabo la valoración individualizada del puesto en los términos exigidos por el artículo 4 del RD 861/1986, por lo que no cabe acoger los reproches que el apelante le dirige.

En segundo lugar, alega el apelante que en el suplico de la demanda solicitaba la anulación de la RPT impugnada respecto a la minoración del nivel del complemento de destino del puesto y subsidiariamente que se anulase por la reducción del complemento específico asignado a dicho puesto de trabajo, y critica que en la sentencia de primera instancia se desestiman ambas pretensiones al no tomar en consideración la alegación de vulneración del principio de confianza legítima, también denominado de actos propios. (...). El principio de confianza legítima, recogido en el artículo 3.1.e de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, ha de encontrar un límite en el ejercicio legítimo de la potestad de autoorganización de la Administración, porque si aquél se aplicase en el modo que pretende el apelante entrañaría la petrificación de la posibilidad de la Administración de organizar los servicios a su cargo del modo que tuviese más conveniente, de manera que, en concreto, no podría llevar a cabo una planificación de los recursos humanos que considerase más acorde para servir con objetividad los intereses generales. Lógicamente, esa potestad, a su vez, tiene el límite del acatamiento a la legalidad, porque el artículo 103.1 de la Constitución española impone en todo caso “el sometimiento pleno a la ley y al Derecho”. Es decir, la actuación de la Administración no puede ser alterada arbitrariamente sino con observancia de la legalidad, pero si se comprueba que se ha acomodado a lo que el ordenamiento jurídico establece, la mera invocación del principio de confianza legítima no puede bastar para anular lo hecho por la Administración. (...).

El tercer motivo de apelación se apoya en la sentencia de esta Sala y Sección de 18 de enero de 2012, en la que se declaraba que el grupo de titulación no puede incidir en la fijación del complemento específico, al no tener conexión con las características del puesto. En el caso que se enjuiciaba en aquella anterior sentencia se criticaba la fijación del complemento específico atendiendo exclusivamente a la titulación de los empleados públicos, lo cual ya hemos visto que no sucede en el caso presente, en el que se toman en consideración los parámetros previstos en el artículo 4 del RD 861/1986 y se atiende a la finalidad homogeneizadora y racionalizadora de las retribuciones públicas a que antes se aludió, que deriva del marco integrado por la LO 2/2012. En congruencia con ello, también es conforme a derecho la comparación de los complementos específicos locales con los estatales y los propios de la Comunidad Autónoma de Galicia, y no cabe acoger la crítica del apelante relativa a que todos los puestos de trabajo que tienen el mismo complemento de destino ostentan igual complemento específico, pues el oficial de policía local y el técnico de cultura, pese a coincidir en el nivel 18 de complemento de destino, tienen distinto específico (8.500 euros y 7.500 euros respectivamente), por lo que uno de los ejemplos a citar afecta precisamente al puesto a que se refiere la impugnación en este litigio.

El cuarto motivo de apelación se centra en reiterar la alegación de vulneración del punto 14.13 del Acuerdo Regulador de las Condiciones de Trabajo de Personal Funcionario al servicio del Concello de Vimianzo. Tampoco puede acogerse dicha alegación porque: 1º

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

Del acta de la mesa negociadora de 2 de junio de 2017, en la que estuvieron presentes los sindicatos, formó parte la relación de puestos de trabajo de que ahora se trata, por lo que tácitamente se admitió la superación de lo que en aquel Acuerdo se consignó, porque en otro caso se haría alusión a éste, 2º No se ha demostrado la vigencia del Acuerdo regulador mencionado, y 3º En todo caso, la fijación del nivel de complemento de destino y de la cuantía del específico del puesto de oficial de policía local se ha adecuado a la legalidad conformada por el RD 861/1986, Ley 4/2007, Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, y Ley gallega 2/2015, que tienen un rango superior a aquel Acuerdo.

El quinto y último motivo de apelación se centra en reiterar la pretensión de que se reconozca al actor un complemento personal transitorio de una cuantía igual a la diferencia entre el complemento específico percibido en el año 2017 y el aprobado en la relación de puestos de trabajo. No merece mejor suerte esta última pretensión, porque ya hemos argumentado anteriormente que en la RPT impugnada es la primera ocasión en la que se lleva a cabo una valoración singularizada de los puestos de trabajo con arreglo a lo que la legalidad exige, por lo que no cabe confrontar el importe del complemento específico percibido en 2017 con el aprobado en dicha RPT, a lo que cabe añadir que el complemento personal transitorio recogido en la mencionada RPT está previsto para el caso de dos empleados públicos que están en casos totalmente diferentes a los del actor, pues uno y otro estaban muy próximos a la jubilación y el propósito perseguido era que no vieran reducida su base de cotización con la consiguiente reducción de la pensión a percibir, de modo que no existe discriminación alguna, al tratarse de casos totalmente diferentes.

En todo caso, ha de recordarse que el artículo 156 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, establece que “El disfrute de las retribuciones complementarias no creará derechos adquiridos en favor de los funcionarios, salvo lo establecido legalmente respecto del grado consolidado en relación con el nivel de complemento de destino”».

1.3 Contratación local. Servicios de asesoría jurídica y defensa letrada en juicio. Requisitos de solvencia técnica

El TSJG, en su Sentencia de 10 de abril de 2019 (rec. 7009/2019, ponente: Cibeira Yebra-Pimentel), confirma en apelación la anulación de un acuerdo municipal aprobatorio de la contratación del “Servicio de asesoría jurídica, asistencia letrada y defensa en juicio”. Y ello por haber incluido en el pliego de cláusulas administrativas particulares la siguiente condición: «*Establécese como requisito mínimo de solvencia técnica e profesional, ter executado servizos de asesoría xurídica, asistencia letrada e defensa en xuízo para Administracións Locais nos últimos 3 anos por valor igual ou superior ao orzamento deste contrato, e deberán ser acreditados mediante certificados expedidos ou visados polo órgano competente (...)*». Incide el TSJG en esta sentencia en que:

«(...) aun reconociendo en principio que, a tenor de la ley aplicable que se citaba, la Administración contratante disponía de un cierto grado de discrecionalidad para

determinar los requisitos de solvencia técnica y profesional exigible a este tipo de contratos en lo que se refiere a la experiencia, lo cierto es que tal potestad discrecional se hallaba condicionada por una serie de elementos reglados y por los principios generales del derecho administrativo, entre los que figuraba la salvaguarda de la libre competencia, la no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y, sobre todo, el principio de proporcionalidad (Art. 4 de la Ley 40/2015) conforme al cual, en las exigencias para la mejor decisión conforme a las pautas ya dichas, la Administración deberá elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público, así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persigan, sin que en ningún caso deban producirse diferencias de trato discriminatorio, de manera que la necesidad de motivación del acto discrecional resulta esencial para su posterior control, significándose que entre los elementos reglados que limitan la potestad discrecional figuran los contemplados en el art. 45 de la Ley 14/2013 y en el art. 32. D) del TRLCSP actual, según los cuales no se podrá otorgar ninguna ventaja directa o indirecta a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración. A continuación, la sentencia aplica de manera adecuada esos principios a las circunstancias del caso, y, con indudable acierto, concluye que esa condición de exigencia técnica y profesional era excesivamente restrictiva e incompatible con tales reglas esenciales, en especial con la salvaguarda de la libre competencia, aclarando que, aunque sea lógico y razonable que se le exija a los candidatos para un servicio principal de asesoría jurídica y defensa letrada en juicio una especialización previa y un conocimiento profundo del derecho administrativo, lo que hay que considerar inadmisibles es que se exija, como requisito inexcusable para poder participar en la licitación, el haber sido contratado por un Ayuntamiento en los últimos tres años en una materia determinada, porque hay medios alternativos perfectamente válidos para poder acreditar los conocimientos jurídicos de que se trata necesarios para el desarrollo correcto de esa función de asesoría, sin tener que acudir de manera obligada a esa exigencia objetiva tan extrema de haber desarrollado precisamente esa misma función durante ese número tan prolongado de años en un trabajo de asesoría jurídica de las mismas características precisamente habiendo prestado servicios para un Ayuntamiento. Para el juez de instancia parece claro –y lo consideramos razonable– que se trata de una exigencia exorbitante que limitaría de manera prácticamente insalvable las posibilidades de otros muchos despachos profesionales que podrían prestar perfectamente esa función de asesoría en unas condiciones óptimas de preparación, pero que se verían injustamente apartadas por ese requisito tan desproporcionado de haber tenido que haber prestado previa y precisamente esa función para un organismo municipal, lo que concedería una ventaja prácticamente definitiva a los despachos que ya hubieren prestado esas funciones, a lo que se opone legalmente –como se dijo– el precepto 32.d) de la Ley ya dicha, a tenor del cual no puede reconocerse ninguna ventaja a las empresas que ya hubieren contratado previamente con cualquier Administración, lo que, en definitiva y por todas esas razones justificaba adecuadamente la declaración de nulidad de tal cláusula, sobre la base también de la posibilidad de poder acudir a otras fórmulas alternativas que pudiesen justificar la preparación exigible para poder competir en la adjudicación del contrato de que se trataba (Certificaciones académicas de conocimiento de la materia, publicaciones, impartición de

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

cursos, experiencia profesional especializada anterior fuera del propio ejercicio de asesoría en la Administración Local pero perfectamente equiparable a ésta, etc.)».

1.4 Deslinde de bienes de dominio público municipal. Posibilidad de interponer recurso de reposición

El TSJG, en su Sentencia de 1 de febrero de 2019 (rec. 4144/2017, ponente: Díaz Casales), interpreta lo dispuesto en el artículo 65 del Reglamento de bienes de las corporaciones locales (RD 1372/1986), alcanzando la conclusión de que el acuerdo resolutorio del procedimiento de deslinde puede ser impugnado, en cualquier caso, en la vía administrativa mediante un recurso de reposición, toda vez que:

«(...) el principio de jerarquía normativa y el que dispone que la ley posterior deroga la anterior, entendemos que la reforma introducida en la LPAC por la Ley 4/1999 que estableció la posibilidad de que todas las resoluciones que pongan fin a la vía administrativa fueran susceptibles de recurso de reposición, hacen que el recurso resulte admisible, sin que pueda oponerse una interpretación que priorice el principio de especialidad haciendo la disposición reglamentaria tributaria de la misma jerarquía que aquélla disposición legal, por ser desarrollo de la Ley de bases de régimen local, que supone una interpretación que contraviene, en el presente caso, el de una interpretación favorable a la remoción de los obstáculos que impidan el acceso a la jurisdicción, por lo que se impone la estimación del recurso y la revocación de la sentencia de instancia.

La admisibilidad del recurso de reposición entraña la irregularidad del apeo o amojonamiento practicado, porque, aunque su práctica resulte condicionado a la firmeza de la resolución de deslinde (Art. 67 del RBEL –ha de entenderse que se está refiriendo a la firmeza administrativa dada la ejecutividad de la que gozan los actos administrativos–) es evidente que decretada la admisibilidad del recurso de reposición el acuerdo no era firme en vía administrativa».

2 Educación

2.1 Adscripción administrativa obligatoria de los centros de enseñanza privada a los públicos

La Sentencia del TSJG de 29 de mayo de 2019 (rec. 237/2018, ponente: Seoane Pesqueira) desestima el recurso promovido por la Federación de Centros de Educación e Xestión da Comunidade Autónoma de Galicia y la Federación Autonómica de Centros de Ensino Privado contra la resolución de 11 de mayo de 2018 de la Dirección Xeral de Educación, por la que se dictan instrucciones para el desarrollo, en el curso académico 2018/19, del currículo establecido en el Decreto 86/2015, de 25 de junio, de la educación secundaria obligatoria y del bachillerato en los centros docentes de la Comunidad Autónoma de Galicia (DOG 22/05/2018).

El alto tribunal gallego analiza en esta sentencia el poder de control sobre los centros de educación privada por los públicos a los que se hallen adscritos, alcanzando las siguientes conclusiones:

«(...) conviene significar que la enseñanza, además de actividad libre (artículo 27.1 de la Constitución española), es asimismo una tarea de los poderes públicos (Estado y de la Administración Pública en sus diferentes sectores), pues estos no pueden permanecer indiferentes ante la educación que se presta en todos sus niveles, a fin de comprobar cómo son instruidas y socializadas las nuevas generaciones y cuáles son los mecanismos básicos de transmisión del conocimiento y de los valores, con objeto de verificar que la educación que se presta cumple la finalidad del pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales (artículo 27.2 de la Constitución española). Es por ello que en base a la configuración constitucional, si bien los poderes públicos no pueden arrogarse un monopolio sobre la enseñanza, tampoco los particulares pueden privar a los poderes públicos de su cometido, tanto regulador como prestacional, en la materia.

Una vez aclarado lo anterior, ha de examinarse si, dentro de los poderes públicos, la Comunidad Autónoma de Galicia ostenta competencia para establecer la adscripción administrativa de los centros privados a los públicos en lo relativo a la autorización para el cambio de modalidad en bachillerato y a la anulación de la matrícula asimismo en bachillerato, para lo que hemos de estudiar la doctrina constitucional relativa a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en la materia educativa.

Tal como ha recordado la reciente sentencia del Tribunal Constitucional 51/2019, de 11 de abril, es en el fundamento jurídico tercero de la STC 184/2012, de 17 de octubre, donde se sintetiza la doctrina de dicho Tribunal sobre el art. 149.1.30 CE, en su doble contenido, y en la que se aclara el alcance general sobre las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia educativa. (...). la Comunidad Autónoma de Galicia ostenta competencia para decidir sobre la adscripción administrativa de los centros privados a los públicos en lo relativo a la autorización para el cambio de modalidad en bachillerato y a la anulación de la matrícula asimismo en bachillerato, así como sobre la supresión que se hubiera establecido anteriormente, porque no forma parte de la normativa básica ni de la que tiene que ser competencia exclusiva el Estado por la vía del artículo 149.1.30º de la Constitución española. (...). Corresponde a la Administración Pública de Galicia tal fijación de la adscripción como instrumento de organización y mejora de la gestión académica, complementaria de la propia de la Inspección Educativa (artículo 151 de la Ley Orgánica 2/2006, en la redacción que le ha dado la Ley Orgánica 8/2013), que entra dentro de su potestad de autoorganización. Por tanto, el mantenimiento o supresión de la adscripción de centros privados a públicos constituye una opción legítima para la organización de la gestión académica, que entra dentro del terreno de la conveniencia u oportunidad más que de la legalidad, y que no entraña una incursión en la parcela de las facultades académicas que corresponde a los centros privados. La finalidad del mejor servicio a los intereses generales que se desprende del artículo 103 de la Constitución presupone la atribución a la Administración de la capacidad de organización y coordinación de sus servicios, siendo indiscutible tal facultad de la Administración de organizar los servicios a su cargo en la

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

forma que estime más conveniente a los intereses públicos, teniendo tal potestad para organizarse únicamente el límite representado por las normas de superior rango a aquellas mediante las cuales se ejercita tal potestad. (...). De hecho, la adscripción de los centros privados a los públicos resulta un instrumento lógico de comprobación que por los centros privados se cumplan los designios marcados en el Decreto gallego 86/2015, de 25 de junio (que, no lo olvidemos, es el que está destinado a desarrollar la resolución impugnada), en lo relativo a la modalidad o itinerario. En dicho Decreto se establece el currículo de la educación secundaria obligatoria y del bachillerato para el sistema educativo gallego como desarrollo de la Ley orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, de la mejora de la calidad educativa, ya que en el mencionado Decreto autonómico se determinan las diferentes modalidades del bachillerato y se establece el agrupamiento de las asignaturas en tres bloques: troncales, específicas y de libre configuración autonómica, y asimismo se establecen las asignaturas que el alumnado debe cursar en cada una de las modalidades: las generales del bloque de asignaturas troncales, el grupo de asignaturas de opción del bloque de asignaturas troncales de las que el alumnado cursará dos, Educación Física en el primer curso y las asignaturas de libre configuración autonómica, entre las que está Lengua Gallega y Literatura. Y específicamente se establece en el artículo 35.2 de este Decreto 86/2015 que “La consellería con competencias en materia de educación establecerá las condiciones en las que un alumno o una alumna que hayan cursado el primer curso de bachillerato en una determinada modalidad puedan pasar al segundo en una modalidad distinta”, mientras que el artículo 36.1 dispone que “La superación de las materias de segundo curso que se indican en el anexo VI estará condicionada a la superación de las correspondientes materias de primer curso indicadas en el dicho anexo, por implicar continuidad”, por lo que es lógico que la dirección del centro público al que está adscrito el privado haya de autorizar el cambio de modalidad o de itinerario de alumnado, porque si es la Consellería de Educación la que establece las condiciones para el cambio de modalidad, es lógico que sea el propio poder público quien haya de autorizar tal mutación. También se controla de ese modo la observancia de la Orden de 19 de abril de 2018 por la que se regulan aspectos relativos a la organización de las asignaturas del bachillerato establecido en el Decreto 86/2015, de 25 de junio, para los centros docentes de la Comunidad Autónoma de Galicia.

En cuanto a la anulación de la matrícula en bachillerato, la decisión por la dirección del centro público será para verificar las causas y justificaciones invocadas, coadyuvando a las funciones que corresponden en ese aspecto a la Inspección Educativa.

(...) La recurrente argumenta que los preceptos impugnados dejan en manos de las direcciones de centros públicos decisiones sobre las que carecen del más mínimo control, ya que nada pueden conocer, comprobar o verificar respecto del alumnado de otro centro escolar, pero frente a ello cabe oponer: 1º que previamente a la decisión sobre la autorización del cambio de modalidad o de itinerario ha de emitir un informe la dirección del centro privado, el cual ha de ser tenido en cuenta, por cuya vía la dirección del centro público tomará el debido conocimiento, y 2º a la solicitud de anulación de la matrícula han de adjuntarse las justificaciones pertinentes, de modo que por ese cauce tiene conocimiento la dirección del centro público sobre las razones que se ofrecen para tal petición a los efectos de ser valoradas.

(...) Los preceptos ahora impugnados no impiden el ejercicio de las facultades de dirección del centro privado, sino que solamente introducen aquella autorización del cambio de modalidad o itinerario y de decisión sobre la anulación de la matrícula, por parte de la dirección el centro público al que el privado se halla adscrito, que han de reputarse justificadas, proporcionadas y adecuadas en los términos que han quedado especificados en el anterior fundamento jurídico, y no se puede afirmar que conduzcan a una situación de imposibilidad o grave dificultad objetiva para actuar su facultad discrecional por parte del director del centro privado, porque no derivan sino de la potestad de organización que en materia educativa cabe reconocer a la Administración.

(...) el apartado p) del artículo 132 de la Ley Orgánica 2/2006, tanto en su redacción inicial como tras la modificación llevada a cabo por la LO 8/2013, atribuye como última competencia de los directores/as de centros públicos “Cualesquiera otras que le sean encomendadas por la Administración educativa”, de modo que deja abierta la posibilidad de encomienda de otras funciones por parte de la respectiva Administración educativa, que es lo que se hace en los preceptos impugnados de la resolución de 11/5/2018. Por otra parte, el artículo 25 de la LO 8/1985 viene a desarrollar el contenido de lo que ha de entenderse como plenas facultades académicas de los centros privados, a que se refiere el artículo 23, y puede comprobarse que dicho contenido no es incompatible con la autorización, realizada por la dirección del centro público al cual está adscrito el privado, de cambio de modalidad o de itinerario para el alumnado de bachillerato matriculado en dicho centro, y tampoco con la decisión sobre la anulación de la matrícula llevada a cabo por el/la director/a del centro público al que está adscrito el privado».

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

3 Medio ambiente y urbanismo

3.1 Ejecución de sentencia anulatoria de licencia de edificio de viviendas por transacción judicial alcanzada mediante técnicas de mediación

El TSJG, en Sentencia de 20 de diciembre de 2001, anuló una licencia concedida en 1997 por el Ayuntamiento de A Coruña para transformar un edificio de oficinas en viviendas y locales comerciales (rec. 6937/1997). Tras diversos incidentes de ejecución forzosa, mediante Auto del TSJG de 2 de abril de 2013 se declaró la inexecución de la sentencia por “imposibilidad material”. El TS, en su Sentencia de 8 de julio de 2014 (RC 2465/2013), revocó dicho auto, obligando a continuar la ejecutoria. En su posterior Sentencia de 16 de marzo de 2016 (RC 1797/2015) el TS insistió en la necesidad de proceder a la demolición de la obra. Dadas las dificultades técnicas y jurídicas que conllevaba dicha ejecución, las partes del proceso aceptaron someterla a “mediación”, designando para tal fin el TSJG un mediador externo independiente de reconocido prestigio profesional. Finalmente, la Sala de lo Cont.-Ad. del TSJG en Pleno, en su Auto firme de 8 de febrero de 2019 (ponente: Recio González) aprobó la transacción judicial que puso fin a dicha ejecución.

En el auto se realiza un profuso análisis de la figura de la mediación en la jurisdicción contencioso-administrativa y se realizan además las siguientes consideraciones:

«Se interesa la homologación judicial de los Acuerdos de Mediación adoptados por las partes (...), en los siguientes términos:

Reconocimiento público por parte del Ayuntamiento de A Coruña de la responsabilidad de dicha corporación municipal respecto de la anulación de la licencia correspondiente a la rehabilitación del Antiguo Edificio de Fenosa.

Adopción de un Protocolo de Buenas Prácticas urbanísticas por parte del Ayuntamiento de A Coruña, cuya finalidad consiste en evitar que un caso como el Antiguo Edificio de Fenosa se vuelva a producir.

Construcción de un edificio de viviendas de Protección Oficial por parte del Ayuntamiento de A Coruña.

Indemnización de los daños personales de índole moral causados a la parte recurrente.

Renuncia de acciones por la parte recurrente.

Sustitución de la ejecución in natura de la Sentencia, evitándose el derribo del edificio del Antiguo Edificio de Fenosa.

Modificación del planeamiento urbanístico de A Coruña para incluir el Antiguo Edificio de Fenosa como “edificio singular”.

Bases para la compensación a los propietarios del Antiguo Edificio de Fenosa. (...)

En el contexto anterior, el instituto de la mediación surge en el seno de una ejecución de sentencia en la cual ya hemos de partir, naturalmente, de que si han transcurrido 18 años desde que la sentencia se dicta, sin que medie su ejecución, se debe a las propias dificultades e incidencias de la ejecución, que ya comienzan por los términos del fallo de la sentencia en la medida en que al anular una licencia de rehabilitación y ordenar la demolición o derribo de lo construido a su amparo exigiría, in natura, la reposición de lo edificado a su estado anterior lo que, tras diversos incidentes resueltos por la Sala y el Tribunal Supremo, parece llevarnos a que tal ejecución in natura llevaría a demoler el edificio litigioso parcialmente, hasta alcanzar la estructura anterior que aún permanece y, sobre ella, reconstruir nuevamente el edificio anterior (antiguo edificio de Fenosa), hasta alcanzar una réplica del mismo cuya legalidad conforme al PGOM actual, hasta donde permite conocer lo actuado, no está acreditada sin necesitar ulteriores legalizaciones, incluso modificaciones del Plan, cuando no la propia demolición de lo nuevamente construido. (...)

Lo que no es susceptible de transacción es la exigibilidad de la observancia de la legalidad urbanística. La forma en que, en el caso concreto, se haya de restablecer esa legalidad, dando cumplimiento a la sentencia que anuló la licencia de rehabilitación, sí es una cuestión abierta a la discusión entre las partes y susceptible de que sobre la misma se puedan alcanzar acuerdos, sin perjuicio de su ulterior control por el órgano judicial, con el contenido y límites que enuncia el artículo 77.3 de la LRJCA. (...)

En el presente supuesto nos hallamos con un difícil incidente de ejecución de sentencia en atención a todos los intereses implicados, y en que lo que se pretende como base del acuerdo es fundamentalmente minimizar el impacto para todos los vecinos al ser inminente la demolición del edificio, con los consiguientes perjuicios no solo para los ocupantes del mismo –pérdida de vivienda de ochenta y siete familias y pérdida de empleo de más

de cien personas que trabajan en los locales comerciales y oficinas del inmueble–, sino de toda la ciudadanía tal y como se observa del examen de la documentación aportada con los acuerdos de mediación, en orden a los enormes costes derivados de una demolición y posterior reconstrucción a fin de dejar el edificio en el estado en que se hallaba antes del otorgamiento de la licencia, con la consiguiente pérdida de servicios sociales durante muchos años, una insostenible situación económico-financiera para el ayuntamiento con el consiguiente coste social, aportándose una valoración económica de aproximadamente 59.500.000 euros, en atención a los costes de demolición, reconstrucción, construcción de edificio de viviendas para reubicar a los desalojados, costes de realojo de los vecinos durante la ejecución de las obras e indemnizaciones por pérdida de vivienda, así como incremento de los tributos municipales en cantidades aproximadas al doble de la cuota actual. Por consecuencia, se plantea como la única alternativa en el presente momento ante la incidencia de una demolición que plantea serios problemas en orden a su ejecución.

En todo caso, no se trata de un supuesto de inexecución de sentencia sino de todo lo contrario: una forma alternativa de llevar a cabo su ejecución y cumplimiento “in natura” o por equivalente que tiene amparo legal en el artículo 18.2 de la LOPJ, y tal y como se pone de manifiesto en los convenios, consiguiendo un equilibrio entre la indemnización moral que corresponde a la parte demandante en atención a los años transcurridos desde la firmeza de la sentencia de cuya ejecución se trata, junto con un reconocimiento de su labor y de diversas medidas tendentes a evitar que una situación semejante se pueda volver a producir en el futuro, junto con la evitación del excesivo coste para los recursos públicos, con los intereses de los vecinos del inmueble y finalmente se consigue un equilibrio y el mantenimiento de la paz social dentro de la ciudadanía ante la eminencia de la pérdida de prestaciones públicas por el excesivo coste. (...)

Este concreto medio de ejecución, entendido como forma de restablecer la legalidad urbanística, con las actuaciones descritas en los acuerdos, no fue contemplado ni valorado en los incidentes anteriormente tramitados y resueltos en la ejecutoria, que no versaron sobre medios de ejecución de sentencia por sustitución o equivalente sino sobre solicitudes de declaración de imposibilidad material o legal que no satisfacían los intereses de todas las partes, pronunciándose sobre tales incidentes y limitando su virtualidad al ámbito de la resolución de las pretensiones deducidas en los mismos, de distinta naturaleza a las actuaciones ahora convenidas entre las partes.

Y, finalmente, hay que destacar que, en esta ejecución de sentencia, tal como resulta de la sentencia de 20 de diciembre de 2001, no existen otros intereses en juego que la legalidad urbanística municipal; no existen compromisos de medio ambiente, estándares urbanísticos, patrimonio histórico, costas, Red Natura u otros que pudieran complementar el planeamiento y hacer inviable cualquier solución que no fuera la demolición. Es por ello que el caso al que nos enfrentamos no puede extrapolarse a otros supuestos y plantear, también de modo simplista, que cualquier ejecución urbanística puede sortearse mediante institutos que suplan la ejecución in natura mediante el único requisito de pactar una indemnización: nada más lejos de la realidad y, por tanto, y puede afirmarse desde este momento que cualquier solución que la presente resolución respalde es válida únicamente en los presentes autos, sin que sea en absoluto susceptible de una suerte de

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

extensión de efectos o precedente que pueda esgrimirse en cualquier procedimiento de ejecución urbanística. (...)

Desde el año 1997, en que el procedimiento se sustancia, no se ha tenido conocimiento ni han formado parte del asunto otros intervinientes que los que suscriben la petición de homologación, por lo que cualquier invocación de intereses o perjuicio para terceros a partir de este acto habría de entenderse, en principio, realizada en abuso del derecho.

Cabe también concretar, con relación a los intervinientes en el incidente de mediación, que son exclusivamente aquellos que son parte en el pleito principal, interesados en el recurso y afectados por la ejecución de la sentencia y que como ya se adelantó en el auto por el que se resolvía desestimándolo el recurso de reposición contra la providencia por la que se acordaba la derivación a mediación, que no nos hallamos ante ninguno de los supuestos legales de necesaria intervención del Ministerio Fiscal. (...)».

3.2 Exención de evaluación de impacto ambiental de planta industrial regasificadora, acordada por el Gobierno del Estado en funciones

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (TS), en su Sentencia de 16 de julio de 2019 (RC 4825/2016, ponente: Trillo Alonso), resuelve el recurso promovido por una asociación vecinal contra el acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de mayo de 2016, que declaró excluidos del trámite de evaluación de impacto ambiental los proyectos de la planta de recepción, almacenamiento y regasificación de gas natural licuado en Mugarodos. La sentencia consideró, en primer lugar, que el Gobierno podía dictar el referido acuerdo pese a hallarse en funciones, toda vez que:

«(...) la exención adoptada en el Acuerdo del Consejo de Ministros impugnado se produce en el ámbito de un largo periodo de Gobierno en funciones, que se inició con el Real Decreto 977/2015, de 26 de octubre (BOE del día 27), por el que se disolvieron el Congreso de los Diputados y el Senado y se convocaron elecciones generales, y terminó con la publicación del Real Decreto 419/2016, de 3 de noviembre por el que serían nombrados los Ministros del nuevo Gobierno, tras haber sido precisa una segunda convocatoria electoral mediante Real Decreto 184/2016, de 3 de mayo. Aunque a diferencia de los supuestos contemplados en las sentencias relativas a los Planes Hidrológicos no concurre la circunstancia de finalización de los plazos establecidos para la aprobación de la disposición en ellos impugnada, la coincidencia está en que la decisión de exención no constituye un acto de orientación política, ni condiciona, ni compromete, ni impide las decisiones que en el ejercicio de sus funciones deba adoptar el nuevo Gobierno surgido de las elecciones generales, por cierto, de igual signo político que el anterior. (...). Se equivoca la recurrente cuando parece limitar las competencias de un Gobierno en funciones “al normal desarrollo del proceso de un nuevo Gobierno”, apelando a una falta de mayoría parlamentaria o a que no goza de confianza en el Congreso, así como a una vulneración del principio de lealtad constitucional o a una falta de control de la Cámara, invocaciones todas ellas reveladoras de un desenfoque de la cuestión si hemos de atenernos a la doctrina jurisprudencial».

No obstante, lo anula, al concluir que resultaba preceptiva la evaluación de impacto ambiental del proyecto:

«(...) El Acuerdo recurrido parece pretender encontrar amparo en el artículo 8.3 y 4 de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental (...). Pues bien, ateniéndonos, como es obligado, a la propia fundamentación del Acuerdo impugnado, la conclusión no puede ser otra que si bien cumple con el requisito de la motivación legalmente exigida no se adapta al supuesto habilitante de la norma, a saber, un supuesto de excepcionalidad. (...). Si bien la propia dicción del artículo 8 revela, al incluir como supuestos excepcionales y a título de ejemplo, tal como se reconoce en sentencia de esta Sala de 17 de mayo de 2017 –recurso 732/2015–, que la idea del legislador sobre lo que constituye un supuesto excepcional es sumamente abierta desde el punto de vista material, ha de concluirse que en el supuesto enjuiciado no nos encontramos con un remedio de urgencia con el que atender a una situación extraordinaria y de imposible previsión.

Son precisamente las sentencias de este Tribunal de 28 de marzo de 2016 y 25 de abril de 2016, por las que se anulan, respectivamente, las resoluciones de la Dirección General de Política Energética y Minas de 3 de junio de 2003, por las que se otorga a Reganosa autorización administrativa previa para la instalación de la planta litigiosa, y la resolución de la Dirección General de Política Energética y Minas, de 13 de febrero de 2004, por la que se aprueba el proyecto de ejecución de dicha planta, las que aunque próximas en el tiempo al Acuerdo ahora impugnado (27 de mayo de 2016), impiden observar que dicho Acuerdo obedece a la necesidad de acudir a un remedio de urgencia con el que atender a una situación extraordinaria y de imposible previsión.

No obedece en efecto la exclusión del trámite de evaluación de impacto ambiental a la necesidad de atender a una situación extraordinaria de imposible previsión, pues la paralización de la actividad en la planta que trata de evitar el Acuerdo impugnado por la vía de excluir las futuras autorizaciones del trámite de evaluación ambiental, ni responde a una situación de imposible previsión, en cuanto la situación creada tiene su origen en una actuación de la administración disconforme a derecho, como así lo consideran las sentencias referenciadas de 28 de marzo de 2016 y 25 de abril de 2016, ni una situación excepcional y de inmediata urgencia originada por un muy próximo cierre de la planta, cuando no consta que se hubiera iniciado el procedimiento de ejecución de aquéllas, en cuyo curso podrían intentarse y adoptarse otros remedios procesales distintos a la exención, sin duda más respetuosos con la normativa de aplicación, en la que la regla general es la evaluación y la excepción la dispensa o exención, y sin duda más acordes con el principio de proporcionalidad o, dicho de otro modo, con la importancia de la planta desde la perspectiva ambiental, máxime cuando por sentencia de esta Sala de 26 de julio de 2016 (recurso de casación 2070/2014), se anula el Decreto 144/2007, de 9 de julio, de la Junta de Galicia, por el que se aprobó el Plan de Emergencia Exterior de la planta litigiosa.

Al hilo de lo expuesto es de resaltar la cautela con la que el Tribunal de Justicia contempla la exención de la correspondiente evaluación ambiental cuando los proyectos, como sucede en el caso de autos, puedan tener repercusiones importantes en el medio ambiente (sentencia de 16 de septiembre de 1999, asunto C-435/1997). Por lo expuesto, con la estimación parcial del recurso, procede declarar la nulidad de Acuerdo impugnado».

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

3.3 Licencias urbanísticas en trámite en la fecha de anulación judicial del plan general de ordenación municipal. Sentido del silencio administrativo

La Sentencia de 22 de marzo de 2019 del TSJG (rec. 4435/2017, ponente: Martínez Quintanar) concluye que, tras la anulación judicial de un plan general, las solicitudes de licencia en trámite han de regirse por la ordenación anterior a dicho plan anulado. De resultar incompatible con ella, el silencio administrativo ha de tener un efecto negativo, desestimatorio de la licencia, aunque se haya producido antes de la fecha de declaración de la nulidad del plan general:

«(...) Es cierto que de conformidad con el artículo 73 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, la sentencia firme anulatoria del PXOM de 2003 no afecta por sí misma a la eficacia del acto administrativo firme que lo hubiera aplicado antes de que la anulación alcanzase efectos generales, pero no es menos cierto que para considerar que existe un acto administrativo firme de otorgamiento de licencia por silencio administrativo no basta el mero transcurso del tiempo desde la presentación de la solicitud. De conformidad con el artículo 195.1 de la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural de Galicia, aplicable por razones temporales, en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o planeamiento urbanístico.

Tratándose de una solicitud de licencia presentada al amparo del PXOM de Ourense 2003, para considerar que la misma ha sido estimada por silencio administrativo habría que examinar el ajuste de dicha licencia a dicho planeamiento, que es lo que alega la parte apelante. Lo que sucede es que dicha disposición ha sido anulada judicialmente y el vicio de nulidad radical tiene una eficacia ex tunc. Esta proyección temporal del vicio de nulidad se modula, en el sentido de no impedir que subsistan los actos firmes anteriores que se hubieran dictado al amparo de la norma anulada con posterioridad, pero en este caso no puede apreciarse la existencia de ese acto firme, porque falta el primer presupuesto necesario para considerar obtenida la licencia por silencio administrativo positivo: tal y como se razona en la sentencia apelada sería una licencia “contra legem”, porque su amparo era un plan general nulo, lo que determina que esa solicitud de licencia fuera contraria a la legislación urbanística, por derivación de la nulidad del propio plan a cuyo amparo se formuló la solicitud y se presentó el proyecto.

Dicho en otros términos, se puede decir que para que exista licencia obtenida por silencio debe probarse el ajuste a un planeamiento válido y aplicable al momento de la solicitud, presupuesto que no puede concurrir cuando se dicta sentencia anulatoria, que determina la declaración de una nulidad radical de una disposición, que en cuanto tal determina una falta de validez desde el mismo momento de la aprobación.

No es de aplicación en este caso la doctrina que, en los casos de resolución tardía del expediente, postula la aplicación del planeamiento vigente en el momento de la solicitud en lugar del nuevo plan aprobado con posterioridad cuando se trata de una sucesión de normas, porque en este caso no hay sucesión de normas, sino nulidad de la disposición general al amparo de la cual se presentó la solicitud de licencia, nulidad que determina

que el planeamiento aplicable a la fecha de la solicitud sea el plan anterior al aprobado en el año 2003 y anulado judicialmente. El Concello deniega por acto expreso la licencia porque el proyecto no cumple ese plan anterior de 1986 que resulta ser el aplicable y el apelante reconoce que no hay prueba de esa conformidad a ese plan anterior. (...) hay que tener en cuenta que si la licencia se hubiera otorgado por acto expreso antes de la anulación judicial del planeamiento adolecería de igual nulidad derivada de la nulidad del plan a cuyo amparo se solicitó, y esa nulidad se debería declarar en el caso de impugnación en plazo. Por ese motivo no puede considerarse existente el silencio administrativo positivo en este caso, que se condiciona en materia urbanística no solo al transcurso del plazo desde la presentación de la solicitud, sino que solo se producirá ese silencio positivo si se prueba la conformidad de lo solicitado con la legislación y el planeamiento urbanístico, y no puede afirmarse esa conformidad cuando el amparo del proyecto constructivo es un planeamiento nulo».

3.4 Disciplina urbanística. Caducidad de la potestad para restaurar la legalidad sobre una obra de uso industrial

El TSJG (Secc. 2.^a) está considerando, en recientes sentencias, que el mero transcurso del plazo de seis años desde la total terminación de una obra ilegal de uso industrial no basta para poderla considerar legalizada, en situación análoga a la de “fuera de ordenación”. Es necesario acreditar la compatibilidad de dicho uso específico con los generales admisibles para esa zona en el plan urbanístico, así como el cumplimiento de las condiciones mínimas exigibles de funcionalidad, seguridad y salubridad.

Puede así citarse su Sentencia de 4 de abril de 2019 (rec. 4324/2017, ponente: Díaz Casales) en la que concluye que el transcurso del plazo de los seis años no enerva la obligación del propietario, para poder mantener un uso no residencial, de solicitar y obtener las autorizaciones sectoriales preceptivas según la clase de suelo de que se trate. También la sentencia de 14 de marzo de 2019 (rec. 4362/2017, ponente: Martínez Quintanar), en la que se afirma lo siguiente:

«(...) El acto recurrido en la instancia [anulado] acordó declarar en situación legal de fuera de ordenación total a la edificación tipo nave destinada a almacén de bebidas y conservas sita en la parte trasera de la planta baja de edificio (...) de Xinzo de Limia. (...) Es incontrovertible que dicha nave careció desde su origen de licencia, tanto de obra como de apertura y actividad. La declaración de fuera de ordenación puede legitimar, y legitima –sin que ello sea objeto de controversia por las partes– la pervivencia de la obra de construcción originaria, en la medida en que desde su terminación transcurrió el plazo para el ejercicio de la acción de reposición de la legalidad urbanística. Pero lo que no puede admitirse es que se utilice esa declaración de fuera de ordenación de la obra para legitimar una actividad de almacén de bebidas y conservas que nunca se desarrolló al amparo de licencia en dicho inmueble. Lo que se puede preservar es la obra originaria ilegal respecto de la que transcurrió el plazo para ejercitar la acción de reposición de la legalidad urbanística, pero esa declaración de fuera de ordenación por dicho motivo se limita a la obra de construcción, y no puede extenderse a la actividad desarrollada sin licencia, que como

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

uso clandestino y además –por lo que se dirá– contrario al planeamiento, se pudo haber desarrollado a lo largo de los años. Una cosa es que antes de la declaración de fuera de ordenación los propietarios del inmueble ilegal lo empleasen para hacer acopio de determinados productos, de forma puntual o esporádica o incluso con cierta continuidad, y otra cosa distinta es que se pueda decir que en esa nave se estuviese desarrollando de forma lícita una actividad de almacén, que en todo caso estaba precisada de una licencia que no había obtenido. (...).

La clandestinidad del uso original no puede beneficiarse de la declaración de fuera de ordenación, obteniendo a partir de la misma el estatus de actividad legalizada, especialmente en este caso, en el que la actividad pretendida de almacén, y a la que hacía referencia el acto recurrido, es incompatible con el planeamiento, debiendo ser calificada, tal y como alega la parte apelada y como apreció la sentencia, como actividad ilegalizable, al ser un uso propiamente industrial, al no estar vinculado a una venta al menor, sino al por mayor. (...)

Por tanto, nunca se desarrolló una actividad con licencia ni el uso alegado al que se refirió la prueba era una actividad legalizable.

(...) Esta interpretación realizada por la sentencia impugnada es asimismo congruente con el alcance del régimen de fuera de ordenación derivado de situaciones de obras ejecutadas ilegalmente y contrarias desde su origen al planeamiento, pero respecto de las cuales ha vencido el plazo de ejercicio de la acción de reposición de la legalidad. Debe diferenciarse la situación de la nave litigiosa, construida sin licencia e ilegal desde el origen, que deviene en fuera de ordenación por el transcurso del plazo de ejercicio de la acción de reposición de la legalidad, de la situación de otros inmuebles construidos al amparo de licencia que pueden devenir en fuera de ordenación por un cambio sobrevenido de planeamiento que resulte incompatible con los mismos. En este segundo caso –que no es el supuesto que nos ocupa– puede existir un derecho adquirido a utilizar el inmueble conforme a la normativa urbanística bajo cuya vigencia se autorizó la ejecución de la obra, derecho que no puede aplicarse al presente supuesto, en el que la nave se construyó de forma ilegal, sin licencia y en contravención de la normativa ya vigente en el propio momento de la construcción, y cuya pervivencia en cuanto obra de construcción se deriva exclusivamente de que ha transcurrido el periodo de caducidad de ejercicio de la acción de reposición de la legalidad urbanística. Siendo este el caso que nos ocupa no existe la posibilidad de invocar derechos adquiridos a realizar determinada actividad en cuanto aparejados a la licencia urbanística, puesto que dicha licencia nunca ha existido».

3.5 Ejecución de sentencia anulatoria de licencia de nave industrial. Plazo para promover incidente de inejecución. La disposición transitoria 7.ª de la Ley 2/2016 del suelo de Galicia no conlleva la legalización de construcciones afectadas por sentencia

El TSJG (Secc. 2.ª), en su Sentencia de 20 de junio de 2019 (rec. 4343/2017, ponente: Díaz Casales), analiza una solicitud de inejecución de una sentencia firme de 2007 que anuló la licencia de obras y actividad de una nave industrial. Afirma el tribunal,

en primer lugar, que el plazo de dos meses establecido en el artículo 105.2 LJCA para poder promover el incidente de inejecución ha de interpretarse de manera flexible, comenzando su cómputo cuando se legaliza la construcción o actividad afectada por la sentencia. En segundo lugar concluye que la regulación sobre los “asentamientos surgidos al margen del planeamiento” establecida en la disposición transitoria séptima de la Ley 2/2016, de 10 de febrero, del suelo de Galicia, no permite enervar los efectos de una sentencia de estas características, que conlleva la demolición de la construcción ilegal. De manera que:

«la posibilidad de continuar con la actividad por parte de las instalaciones industriales surgidas al margen del planeamiento, no puede afectar a aquellas sobre las que pesa una orden de demolición judicial firme, solo con esta interpretación cabe salvar la constitucionalidad del precepto, en atención a los precedentes del T.C. que se dejan señalados. En todo caso, hemos de advertir que la modificación parcial de las Normas Subsidiarias, aprobadas en 2016, al amparo de la D.T. 13ª de la LOUGA (que se produjo 14 años más tarde de la entrada en vigor de la Ley) no puede determinar un supuesto de inejecución legal que solo puede venir determinado por las licencias de legalización de las que la interesada carece, por lo que el incidente ha de ser desestimado».

4 Personal

4.1 Personal temporal del Servicio Galego de Saúde (SERGAS). Plan de estabilidad en el empleo. Derecho a indemnización por el cese

El TSJG, en su Sentencia de 3 de abril de 2019 (rec. 393/2018, ponente: López González), avanza en el análisis de la contradictoria y polémica jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre los efectos de la prolongación de las contrataciones temporales de funcionarios en la Administración pública, en los siguientes términos:

«(...) La Dirección General de Recursos Humanos, en resolución de 25 de abril de 2017, dispuso la publicación del Plan de Estabilidad en el Empleo y Provisión de Plazas de Personal Estatutario (DOG de 4 de mayo de 2017). Uno de los objetivos que persigue el Sergas con este Plan, es “continuar en la apuesta por la estabilidad en el empleo con medidas de estabilización de personal temporal y la convocatoria periódica de procedimientos selectivos para la adquisición de la condición de personal fijo, en los que se garanticen los principios que rigen el acceso al empleo público y que incorporarán las nuevas tecnologías a su tramitación –fase de oposición y concurso– para una gestión más ágil, transparente y simplificada de los mismos”. Entre las Medidas de estabilización de personal temporal (apartado III) se incluye la “Conversión de nombramientos para la cobertura de servicios determinados en nombramientos de interinidad”, para lo cual el Plan de Estabilidad recoge el compromiso del Sergas de dotación de plazas, estableciendo que:

“Para su cobertura mediante nombramientos de interinidad, se procederá a la dotación de vacantes en un número equivalente a aquellos nombramientos para la cobertura de servicios determinados que carezcan de sustantividad propia; es decir, aquellos en los que el personal nombrado no atiende programas o actividades temporales, coyunturales o

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

extraordinarias, sino actividad ordinaria y habitual (necesidades estables y permanentes) durante un período igual o superior a un año. Esta medida supondrá la extinción de los nombramientos para la cobertura de servicios determinados que reúnan dichas características, la dotación de 438 vacantes en las plantillas de las instituciones sanitarias del Servicio Gallego de Salud y la expedición de otros tantos nombramientos de interinidad, con la consiguiente reducción del porcentaje de eventualidad”.

Las demandantes, que pertenecen a la categoría de Enfermera especialista en Obstetricia-Ginecología (Matrona) forman parte del colectivo de personal que el Sergas ha venido nombrando durante los últimos años al amparo de sucesivos y concatenados nombramientos como personal eventual temporal que no respondían a necesidades puntuales o de carácter estructural, sino a la realización de servicios cuya prestación obedecía a necesidades permanentes de la Administración sanitaria. Los servicios que vinieron prestando al amparo de estos nombramientos lo fueron en el Área Sanitaria de Pontevedra-O Salnés, en el Hospital de O Salnés.

Parte del personal que se encontraba en la misma situación que las recurrentes presentó reclamación ante el Sergas solicitando un reconocimiento de su condición de personal indefinido no fijo, asimilado al personal interino. Y si estas reclamaciones fueron rechazadas por aquel organismo público, sin embargo, fueron estimadas judicialmente. Esto es lo que pretenden las actoras en el presente procedimiento.

Con posterioridad a la presentación del recurso de alzada contra la desestimación presunta de la reclamación presentada ante el Sergas, fueron incluidas en el Plan de Estabilidad en el Empleo, publicado en el DOGA de 4 de mayo de 2017, de modo que sus nombramientos se convirtieron en nombramientos de interinidad por vacante, pasando a ocupar una de las plazas vacantes dotadas en su ejecución, y en concreto plazas vacantes de enfermería en el referido Hospital. Pero niegan que con esta actuación administrativa se esté dando satisfacción a sus intereses, pues en lo relativo a la modificación de la antigüedad, tan solo se ha reconocido desde el 1 de abril de 2017 en su actual vínculo, y respecto de la relación que les une con el Sergas, resulta ajustado a derecho que el personal estatutario, nombrado fraudulentamente, transforme su vinculación en indefinida, con derecho a ser indemnizado en el momento de su cese. (...)

El Plan de estabilidad en el empleo ha tenido por objeto, tal como se admite en el acto que estimó parcialmente el recurso de alzada, buscar una solución a la problemática surgida respecto del personal temporal del Sergas, sobre todo con base en la sentencia de esta Sala de 14 septiembre 2016 (asunto C-16/15), y los pronunciamientos del TJUE sobre la sucesión de vínculos de duración determinada en el sector de la sanidad pública.

Y la pretensión de las actoras está encaminada a que se declare su condición de personal indefinido no fijo, con las consecuencias inherentes a esta declaración, y entre ellas el reconocimiento de la antigüedad en el Sergas desde la fecha de sus nombramientos y el derecho indemnizatorio que puedan hacer valer en el momento de su cese derivado del hecho de haber sido objeto de sucesivos y encadenados nombramientos como personal eventual temporal realizados en fraude de ley, y por tanto de forma irregular, lo cual debe acarrear un reconocimiento como personal indefinido no fijo, y su antigüedad, a todos los efectos, desde la fecha del primer nombramiento, tal como se ha pronunciado esta Sala

en diversas sentencias, como las de 20 de abril de 2016 (recurso 528/2015), 21 de marzo de 2017 (recurso 395/2016), 27 de septiembre de 2017 (recurso 105/2017), 8 de noviembre de 2017 (recurso 250/2017), o la de 5 de diciembre 2017 (recurso 149/2017).

La cuestión sometida a debate en esta litis se centra en comprobar si las actoras merecen el reconocimiento de su condición de personal indefinido no fijo del Sergas, y la repuesta ha de ser negativa, a diferencia de la adoptada por la Juez de instancia, por las razones que se pasan a exponer:

En primer lugar, porque la doctrina sentada por el TJUE en la sentencia de 14 de septiembre de 2016, asunto C-16/15, ha sido matizada por el Tribunal Supremo en la sentencia 3250/2018, de 26 de septiembre de 2018 (recurso de casación número 785/2017), y sobre todo porque lo relevante en este procedimiento, que lo hace diferente tanto del resuelto por el TJUE como del resuelto por el Tribunal Supremo, es que las actoras han adquirido la condición de personal interino del Sergas vinculado a una plaza concreta, que ocupan por estar vacantes, y lo serán mientras no sean cubiertas por los procedimientos legalmente establecidos, en virtud de nombramientos que tuvieron lugar el 1 de abril de 2017.

De tal manera, no es aplicable la doctrina que se recoge en la sentencia del TJUE de 5 de junio de 2018 (Asunto C-677/2016), en la que se dice que incumbe al juzgado examinar si, habida cuenta de la imprevisibilidad de la finalización del contrato y de su duración, inusualmente larga, ha lugar a recalificarlo con un contrato fijo, pues lo que solicitan en este caso las recurrentes no es la recalificación de sus nombramientos como de personal fijo, sino el reconocimiento de la condición de indefinido no fijo.

El régimen de mayor estabilidad de su relación estatutaria rige desde que tuvieron lugar sus nombramientos de interinidad en plaza vacante, pues solo podrán ser cesados en los supuestos de amortización o cuando se provean a través de los procedimientos legalmente establecidos.

Tampoco es de aplicación el criterio que se recoge la sentencia de esta Sala de 11 de julio de 2018, pues en ella se entendió que a pesar de que las recurrentes en aquel procedimiento se habían visto favorecidas por un nombramiento de interinidad (como sucede ahora con las demandantes) no se había producido una pérdida sobrevinida del objeto. Pero este pronunciamiento se hizo valorando las consecuencias indemnizatorias a las que podría dar lugar el cese de las recurrentes al amparo de los pronunciamientos del TJUE (Sentencia de 14 de septiembre de 2016 asunto de Diego Porras C-596/2014, matizada en la más reciente de 5 de junio de 2018 asunto C-574/16, Grupo Norte Facility, y C-677/16, Lucía Montero Mateos).

Y resulta que este pronunciamiento ha de ser matizado a la luz de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en la sentencia de 26 de septiembre de 2018 (recurso de casación 785/2017), según la cual no procede reconocer derecho indemnizatorio alguno distinto del que lleva consigo la subsistencia y continuidad de la relación de empleo, descartando la posibilidad de reconocer un derecho indemnizatorio de futuro».

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

4.2 El período de baja por maternidad en las vinculaciones de temporales debe computarse como tiempo efectivo de trabajo

Así lo consideró el TSJG en su Sentencia de 8 de mayo de 2019 (rec. 50/2019, ponente: Rivera Frade).

«(...) la Sra. ----- se ha visto privada del reconocimiento del periodo en que ha permanecido de baja por maternidad, o periodo de descanso por maternidad, como periodo de servicios prestados. Y ello constituye, en los términos que se dirá, una discriminación por razón de sexo derivada de la maternidad, al concurrir en este caso las siguientes circunstancias: durante el periodo de suspensión de llamamientos fue llamada para la cobertura de una sustitución de comisión de servicios con duración previsible superior a un año.

Recordemos que el artículo 2.7 de la Directiva 76/207/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, de conformidad con la redacción de la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002, establece que: “un trato menos favorable dispensado a una mujer en relación con su embarazo o su permiso de maternidad en el sentido de la Directiva 92/85/CE constituirá una discriminación en el sentido de la presente Directiva”.

Estos principios también inspiran nuestra normativa nacional y autonómica. Y ello tiene su reflejo en artículos como el 5 (Igualdad de trato y de oportunidades en el acceso al empleo, en la formación y en la promoción profesionales, y en las condiciones de trabajo) de la Ley Orgánica 3/2007 (...). La garantía del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, y la protección de la maternidad, debe constituir un criterio de actuación de los Poderes Públicos. Así aparece recogido en el artículo 14.7 de la Ley Orgánica 3/2007 (...). Los mismos principios y criterios inspiran la normativa autonómica (...). Esta comprensión de la maternidad pierde sentido si no se reconoce a la trabajadora durante el periodo de descanso por maternidad, y como servicios prestados, aquellos que sí desempeñaría por existir un llamamiento de las listas, pero que no ha podido desempeñar por razón de la maternidad.

Tal como consta en el expediente administrativo, la baja por maternidad se produjo en un momento en que la apelante se encontraba prestando servicios en virtud de un llamamiento de las listas de interinos, pero este contrato finalizaba el día 25 de diciembre de 2016, y por tanto la finalización en esa fecha de la prestación de servicios, no habría traído causa en el embarazo.

Ahora bien, también consta, como ya se ha adelantado, que, durante el periodo de suspensión de llamamientos, que comenzó al día siguiente (26 de diciembre de 2016), fue llamada para la cobertura de una sustitución de comisión de servicios con duración previsible superior a un año. Este llamamiento tuvo lugar el día 27 de enero de 2017, cuyo nombramiento no se formalizó hasta que terminó la situación de suspensión de los llamamientos por maternidad, el día 2 de abril siguiente. Y como dice la apelante en su recurso, se debe permitir la formalización de cualquier contrato laboral durante el periodo de baja maternal, si bien el desempeño efectivo del trabajo tendrá que posponerse a la finalización

de la baja, preservando la trabajadora todos los derechos inherentes a ese contrato, entre ellos, el reconocimiento de ese periodo como de servicios prestados.

Lo contrario implicaría la discriminación alegada por razón de sexo, pues la protección en estos casos debe dispensarse no solo a las trabajadoras interinas que se encuentren prestando servicios de forma real y efectiva, sino también a las que por razón de su embarazo no pueden hacerlo, pero han generado un derecho a ser contratadas una vez llamadas de las listas para la cobertura de un puesto de trabajo. (...) la situación de maternidad no puede asimilarse a la falta de capacidad funcional necesaria para desempeñar las funciones propias de un puesto de trabajo, sino que ha de serlo a un período de descanso que se disfruta por tal situación, tal como señala literalmente el artículo 177 de la LGSS.

La discriminación apreciada no deja de ser tal por el hecho de que el Pacto reserve a la mujer el vínculo ofertado durante el periodo de maternidad, ni por el hecho de que la misma suspensión de los llamamientos se prevea respecto de los hombres que disfruten de un permiso de paternidad. La discriminación existe, pues eliminada la situación de maternidad los servicios se hubiesen prestado, y por tanto deben de reconocerse como tales, aunque no se puedan prestar por encontrarse la trabajadora en una situación que está protegida por la ley.

Pero por esta misma razón el reconocimiento debe quedar limitado al periodo de tiempo para el que la trabajadora es llamada de las listas, como son en este caso aquellos a los que ya se refiere la apelante en el tercer apartado del Fundamento de derecho tercero de su recurso, esto es, el comprendido desde la fecha de llamamiento el día 27 de enero de 2017, hasta el día 3 de abril de 2017, en que se formalizó el contrato después de la baja de maternidad. El periodo anterior (desde el 26 de diciembre de 2016, día siguiente a la finalización del contrato, hasta el 27 de enero de 2017, fecha en la que se produjo el llamamiento de referencia) no se puede reconocer a los efectos pretendidos, pues implicaría privilegiar a la apelante en relación con los demás integrantes de las listas de vinculaciones temporales».

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

5 Proceso contencioso-administrativo

5.1 Revisión de sentencias firmes por vulneración del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Omisión de emplazamiento de los propietarios afectados por la impugnación de una licencia urbanística

El TS, en su Sentencia de 19 de febrero de 2019 (recurso de revisión 12/2018, ponente: Cudero Blas), revoca la del TSJG y de un Juzgado Contencioso-Administrativo que habían anulado una licencia concedida por el Concello de Sanxenxo para la construcción de 16 viviendas, por no haber emplazado a los propietarios para que se pudiesen personar y defender en el proceso como parte codemandada. Afirma el alto tribunal, en primer lugar, que los afectados disponen del plazo de un año desde la notificación de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para poder

instar la revisión de las sentencias firmes. Y sobre el fondo del asunto realiza las siguientes consideraciones:

«(...) El matrimonio (...) adquirió en agosto de 2001 una vivienda en Sanxenxo, incluida en una urbanización de dieciséis, que contaba con los permisos necesarios otorgados por la Corporación y cuyo dominio inscribieron en el Registro de la Propiedad. En diciembre de 2002 un vecino de la localidad interpone recurso contencioso-administrativo frente a la licencia municipal que autorizó aquella construcción (...) y obtiene sentencia estimatoria (...) que anula la licencia, aunque declara inadmisibile la petición de demolición que el interesado formuló. Interpuesto recurso de apelación ante la Sala de A Coruña por el recurrente en dicho procedimiento (porque la resolución del Juzgado no incluía la obligación de demoler las viviendas), la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 29 de marzo de 2007 lo estima y ordena el derribo de la obra amparada en la licencia ilegal. (...) Los propietarios de una de las viviendas afectadas por esa orden de demolición no fueron emplazados en aquellos procedimientos, ni ante el Juzgado en primera instancia, ni ante la Sala en apelación. Cuando conocieron la citada decisión judicial (por notificación efectuada por el ayuntamiento con fecha 5 de febrero de 2009), se dirigen al Juzgado solicitando la nulidad de las sentencias y éste tiene por personados a dichos interesados, pero eleva el incidente a la Sala por ser ésta la que había dictado la sentencia en segunda instancia. La Sala deniega mediante auto el incidente de nulidad por entender que “no consta documento alguno revelador de que fuera conocida por el Juzgado su existencia cuando se inició el proceso y ni siquiera durante la tramitación del mismo en primera o segunda instancia”. Frente a tal decisión, acuden los propietarios al Tribunal Constitucional, que inadmite el recurso de amparo deducido por resolución de 21 de diciembre de 2010 “por no apreciar en el mismo especial trascendencia constitucional”. Presentan entonces –el 2 de agosto de 2011– demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que es estimada por dicho tribunal mediante sentencia de 10 de enero de 2017, en cuya parte dispositiva se declara que –al tramitar y resolver en ausencia de participación de los demandantes en el procedimiento contencioso-administrativo que concluyó con la sentencia que ordenaba la demolición de su vivienda– “los tribunales españoles vulneraron el derecho a un proceso equitativo proclamado en el artículo 6.1 del Convenio de Roma para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales”. (...)

La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de enero de 2017 declara expresamente que los tribunales españoles vulneraron el derecho a un proceso equitativo proclamado en el artículo 6.1 del Convenio de Roma para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, al haberse pronunciado sin intervención de un interesado con derecho a ser oído y participar en un proceso que afecta a sus derechos e intereses, pues era propietario de una vivienda cuya demolición se ordena por aquellos tribunales. (...) “No hay en el expediente ningún elemento –pese a la alegación del Gobierno– que permita establecer que los demandantes hayan tenido conocimiento extrajudicial del procedimiento referente a la legalidad de la licencia de obras aun cuando el resultado de dicho procedimiento podía tener consecuencias negativas para ellos”. Por lo demás, los interesados han utilizado –diligentemente– todas las posibilidades que el ordenamiento les ofrecía (...). En cuanto al resto de las exigencias contenidas en el artículo 102.2 de la Ley

Jurisdiccional, es claro que el procedimiento que nos ocupa no solo es idóneo para corregir la vulneración de los derechos fundamentales que han padecido los hoy demandantes, sino que es difícil descubrir en nuestro sistema procesal otro cauce que permita conseguir aquella reparación (...) Por último, no entendemos que concurren “derechos adquiridos por terceros de buena fe”, circunstancia que –en aplicación de la ley– podría impedir el acogimiento de la demanda. Desde luego, no puede afirmarse que el demandante original –cuya impugnación dio lugar a las sentencias que anularon la licencia y ordenaron la demolición– haya incorporado a su patrimonio una suerte de derecho a la restauración de la legalidad urbanística en los términos que en su día postuló, máxime si se tiene en cuenta el alcance de esta sentencia, en la que no se declara improcedente la demolición, ni se afirma que es conforme a derecho la licencia que amparaba la construcción de la vivienda de los hoy demandantes sino que, simplemente, se permite a éstos ejercitar un derecho que se les vulneró al no ser emplazados como interesados en un procedimiento que terminó con una sentencia –firme– que afectaba claramente a sus derechos e intereses legítimos y que fue dictada sin darles la oportunidad de ser oídos y actuar en defensa de esos mismos derechos».

5.2 Suspensión del proceso por concurrencia de cuestión prejudicial penal. Reclamación de honorarios por servicios prestados sin contrato

El TSXG, en su Sentencia de 15 de mayo de 2019 (rec. 7023/2019, ponente: Quintas Rodríguez), ratifica en apelación la decisión de un juzgado contencioso-administrativo de suspender un proceso en el que el demandante le reclamaba a un ayuntamiento el pago de determinados servicios prestados sin contrato, porque la principal prueba del actor consistía precisamente en la declaración testifical de un concejal que figura imputado en una causa penal por los mismos hechos (contratación “a dedo”).

6 Responsabilidad patrimonial

6.1 Responsabilidad sanitaria. Teoría del daño desproporcionado. Consentimiento informado

El TSJG, en su Sentencia de 12 de junio de 2019 (rec. 472/2018, ponente: Seoane Pesqueira), ahonda en el análisis de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria por “daño desproporcionado” y defectos en el “consentimiento informado”, en los siguientes términos:

«(...) El error que achaca a la sentencia apelada el defensor de la Administración autonómica radica en considerar responsable a la Administración del daño al no aportarse explicación científica a la evolución de la herida quirúrgica, pues entiende que la doctrina del daño desproporcionado no exige que pruebe la causa u origen del daño. La Sala no puede compartir dicha argumentación (...). si el resultado dañoso es anormal o inusualmente grave, en relación con los riesgos que comporta la intervención, como ahora sucede,

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

se presume que la Administración sanitaria no se ha acomodado a los estándares de actuación exigibles o no ha puesto a disposición del paciente los medios y conocimientos de la ciencia y de la técnica atemperados a los tiempos presentes, es decir, ha tenido lugar la infracción de la “lex artis ad hoc”, con lo cual ha de considerarse concurrente el requisito de la antijuridicidad del daño, ya que el perjudicado no tiene el deber jurídico de soportarlo (artículos 32.1 y 34.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público). La sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2018 (recurso de casación 347/2017), recoge un resumen de la teoría del daño desproporcionado, y contradice asimismo lo alegado por el Letrado del Sergas (...). Una didáctica síntesis de lo que significa esa doctrina se recoge en la sentencia de 19 de mayo de 2016 (recurso 2822/2014), con precedente en la de 6 de octubre de 2015 (Recurso 3808/2013), en los siguientes términos: “la doctrina del daño desproporcionado o “resultado clamoroso” significa lo siguiente: 1º Que el resultado dañoso excede de lo previsible y normal, es decir, no guarda relación o proporción atendiendo a la entidad de la intervención médica pues no hay daño desproporcionado, por ejemplo, si el resultado lesivo es un riesgo inherente a la intervención, pero ha habido una errónea ejecución. 2º El daño desproporcionado implica un efecto dañoso inasumible –por su desproporción– ante lo que cabe esperar de la intervención médica; es, por tanto, un resultado inesperado e inexplicado por la demandada. 3º Ante esa quiebra de lo normal, de lo esperable y lo desproporcionado del efecto dañoso, se presume que el daño es causado por una quiebra de la lex artis por parte de la Administración sanitaria, presunción que puede destruir si prueba que la causa está fuera de su ámbito de actuación, es decir, responde a una causa de fuerza mayor. 4º Por tanto, para que no se le atribuya responsabilidad por daño desproporcionado, desde el principio de facilidad y proximidad probatoria la Administración debe asumir esa carga de probar las circunstancias en que se produjo el daño. 5º De no asumir esa carga, la imprevisibilidad o la anormalidad del daño causado atendiendo a la entidad de la intervención médica es lo que hace que sea antijurídico, sin que pueda pretextarse un caso fortuito, excluyente de la responsabilidad por el daño causa”.

En el caso presente resulta incuestionable que se ha producido un resultado desproporcionado en el tratamiento de una cirugía “tan simple” (en palabras del cirujano plástico señor Ovidio) como es el destechamiento (apertura longitudinal del tenso y engrosado ligamento bajo el cual el nervio mediano sufre compresión en el interior del túnel del carpo) de un túnel carpiano, pues, tras precisar un número exagerado de intervenciones y presentar un cuadro importante de dolor del miembro superior derecho, ha quedado inutilizada la mano derecha de la paciente para cualquier tipo de actividad, aparte del perjuicio estético, moral, laboral, familiar y de ocio que le ocasiona, además de una patología psiquiátrica asociada. Frente a ello, la Administración no ha sido capaz de ofrecer una explicación científica razonable (...). No basta con afirmar que el tratamiento fue correcto y que la paciente fue tratada de forma totalmente correcta, pues la presencia de aquel resultado desproporcionado obligaba a la Administración a demostrar la causa u origen del daño producido, en virtud de la inversión de la carga de la prueba que en estos casos tiene lugar (...). En definitiva, tal como informa el perito doctor Ovidio, el origen más lógico del resultado producido es la infección nosocomial de la herida quirúrgica por ruptura de la

cadena de asepsia durante el proceso asistencial, ya que antes de la operación lo único que presentaba la paciente era la compresión del túnel carpiano, diagnosticada por la clínica y por el estudio electromiográfico, y después de la cirugía y tras nueve intervenciones quirúrgicas le quedó una mano en garra inutilizada irreversible, comenzando a supurar la herida pocos días después de la primera operación de destechamiento del túnel carpiano.

En todo caso, en virtud de aquella aplicación de la doctrina del daño desproporcionado, basta con que la Administración no haya conseguido demostrar la causa de aquel daño y que el origen ha estado fuera del ámbito de actuación de los servicios sanitarios que atendieron a la paciente para que haya de desestimarse este primer recurso de apelación. (...)

Es cierto que en el expediente administrativo figura un documento de consentimiento informado de 31 de enero de 2013, en el que se describe como uno de los riesgos típicos de la cirugía del túnel del carpo la “infección de la herida”, pero ni la constancia en dicho documento de tal riesgo puede servir de patente de corso para eludir la responsabilidad y llevar a cabo todas las medidas de esterilización y asepsia precisas para evitar cualquier contaminación, ni el resultado producido en este caso se ha limitado a la infección de la herida quirúrgica, sino que, tras demostrarse, en análisis realizado con ocasión del ingreso hospitalario producido el 23 de marzo de 2013, que crecían abundantes colonias de Estafilococo Aureus y parvimonas micra, permaneció resistente la infección hasta el punto de motivar ocho intervenciones quirúrgicas más, terminando por provocar que quedase la mano derecha en garra de la paciente, con inutilización de la misma, que es la dominante, además de que la paciente presenta calambres por todo el miembro superior, con anestesia del cuarto y quinto dedos e hipoestesia del primero, segundo y tercer dedos. (...) la firma del consentimiento informado no puede servir de patente de corso para eximir a la Administración de su responsabilidad patrimonial y mucho menos para permitir descuidar el deber de diligencia que incumbe al facultativo y a la propia Administración sanitaria, a los que corresponde desarrollar una correcta praxis médica, añadiendo que mantener lo contrario equivaldría a consagrar en derecho la irresponsabilidad de la Administración sanitaria por daños derivados de cualquier acto médico por la sencilla razón de haber informado genéricamente al paciente».

6.2 Reclamación indemnizatoria por los perjuicios derivados de la inclusión de determinadas fincas en la Red Natura

La Sentencia del TSJG de 3 de abril de 2019 (rec. 118/2016, ponente: López González) examina el recurso interpuesto por una entidad mercantil contra una resolución de la Xunta de Galicia desestimatoria de la reclamación de una indemnización de quince millones de euros formulada por los daños y perjuicios derivados de la inclusión de determinadas fincas en la Red Natura 2000, como consecuencia de la aprobación del Decreto 37/2014, de 27 de marzo, por el que se declaran zonas especiales de conservación los lugares de importancia comunitaria de Galicia, y se aprueba el Plan Director de la Red Natura 2000 de Galicia. El tribunal descarta finalmente la concurrencia de responsabilidad, con las siguientes consideraciones:

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

«(...) las limitaciones al uso de las fincas de la recurrente no derivan del Decreto 37/2014, porque ya se imponían en la normativa anterior, dado que previamente ya tenían una regulación singular, fundamentalmente contenida en el artículo 16.2 de la Ley 9/2001 y 2 del Decreto 72/2004, así como en las Leyes 42/2007 y 7/2012, en las que, si bien se permitía que se pudieran seguir realizando, de modo tradicional, los usos y actividades anteriores que no vulnerasen sus valores naturales, se imponía la exigencia de autorización previa para la realización de actividades, distintas de las anteriores, que pudieran poner en peligro los valores que justifican la protección de dichos espacios.

Aun es más, la Ley gallega 9/2002, de 30 de diciembre, de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural de Galicia, somete, en el artículo 32.2.f (“constituido por los terrenos sometidos a algún régimen de protección por aplicación de la Ley 9/2001, de conservación de la naturaleza, o de la legislación reguladora de los espacios naturales, la flora y la fauna”), a los predios que se hallen en suelo rústico de especial protección de espacios naturales a un régimen de protección especial, catalogación que merecen los de la actora incluidos en el Plan Director de la Red Natura 2000 de Galicia, mientras que en el artículo 39 se especifican para dicho suelo los usos permitidos, los autorizables y los prohibidos, de modo que desde su entrada en vigor existían unas limitaciones legalmente previstas que habían de tenerse en cuenta necesariamente.

De lo hasta aquí expuesto se deriva que no concurre la necesaria relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público (que la actora deriva de la aprobación del Decreto 37/2014) y el daño que se afirma como causado, sin que el informe pericial aportado desacredite tal deducción derivada de la fundamentación jurídica que queda expuesta, pues los aspectos técnicos sobre los que ha de informar el perito no pueden ni deben extenderse a las deducciones jurídicas derivadas del examen de la legislación hasta aquí examinada.

Tampoco se demuestra por la recurrente la concurrencia del requisito de daño efectivo.

En este sentido, los daños reclamados se centran en las pérdidas por afección a la explotación de ganado de monte (calculadas por la diferencia entre la explotación de las fincas con pasto mejorado y con pastizal arbustivo), así como en las relativas a la merma del valor de los terrenos (merma que también se calcula capitalizando las rentas obtenidas con pasto mejorado y con pasto no mejorado).

Sin embargo, no se ha acreditado la realización, con anterioridad a la entrada en vigor del Decreto, de una efectiva explotación de ganado en los terrenos en los términos que se alegan previstos en el informe pericial que se aporta con la reclamación. Es de destacar que en el informe pericial se parte de datos relativos, no a la concreta explotación ganadera del reclamante, sino a la “carga ganadera de pastizales, mejorados o arbustivos, en zonas medio altas y altas como las de las fincas de la recurrente, y con ganado autóctono de raza rubia gallega o cruzada” y a la “producción de carne para los pastizales (mejorados o arbustivos) en estas zonas”, sin que consten labores de mejora de pasto en ellos, ni siquiera que la demandante tuviera previsión de acometer tales labores con anterioridad a la mencionada entrada en vigor, que se viese posteriormente frustrada. En definitiva, no consta acreditado que los daños reclamados respondan a la efectiva pérdida de usos

con los que la reclamante contaba y que ejercitaba con anterioridad a la aprobación del Decreto, y de los que se vio privado como consecuencia directa de dicha aprobación.

Asimismo, en el informe pericial practicado en sede judicial se parte de hipótesis o expectativas alejadas de daños reales y concretos, que no se pueden dar por acreditados.

Con ello se pone de manifiesto asimismo que no se cumplen los requisitos b), c) y d) del artículo 29.2 de la Ley 9/2001, porque no consta que las limitaciones de usos establecidas afecten a usos o aprovechamientos legal y efectivamente ejercidos en el momento de imposición de la restricción, ni que se produzca una lesión patrimonial efectiva y actual. Y tampoco se cumple el requisito del apartado d), porque las limitaciones establecidas no son singulares, ni se trata de privación de derechos específicamente prevista para la actora, sino que afectan a más propietarios con titularidades que resulten afectadas».

7 Tributos

7.1 Ordenanza municipal reguladora de la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local de las instalaciones de transporte de energía eléctrica, gas, agua e hidrocarburos

La Sentencia del TSJG de 27 de febrero de 2019 (rec. 15358/2018, ponente: Núñez Fiaño) desestima el recurso interpuesto por Red Eléctrica de España contra la Ordenanza Fiscal del Ayuntamiento de A Pobra de Trives reguladora de la “Tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local de las instalaciones de Transporte de Energía Eléctrica, Gas, Agua e Hidrocarburos” (BOP de Ourense de 21/02/2018) y su “Anexo de Tarifas”.

Concluye el tribunal que la tasa no genera un supuesto de “doble imposición” tributaria y que el sistema de gestión/liquidación prevista en la ordenanza es correcto. Sobre la determinación del importe a pagar realiza las siguientes consideraciones:

«(...) 1ª) La Ordenanza fiscal discutida establece la tasa por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local por las empresas dedicadas al transporte y suministro de energía eléctrica, gas, agua e hidrocarburos. Aquella utilización y ese aprovechamiento del dominio público local responden a las mismas pautas cualquiera que sea el municipio: los terrenos afectados tienen la misma naturaleza y las instalaciones cuyo establecimiento son su causa presentan iguales características (líneas aéreas de alta tensión, canalizaciones de gas, de agua, etc.). Por ello nada de extraño hay en que las ordenanzas de distintos ayuntamientos respondan a las mismas pautas y cuenten con igual justificación técnico-económica, siendo razonable que en el informe que justifica y explica el importe de la tasa y sus tarifas no se contengan más menciones a la concreta corporación local que las que resulten imprescindibles.

2ª) Cualquiera que sea la calificación que a cada cual le merezcan las consideraciones jurídicas y económicas que contiene el informe técnico-económico, lo cierto es que, como la propia RED ELÉCTRICA reconoce, dedica más de diez páginas a explicar los parámetros que sirven para determinar la base imponible de la tasa, dando cuenta de dónde procede

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

cada elemento y el método seguido, por lo que mal puede sostenerse que dicho informe, que acompaña a la Ordenanza discutida, no cumple con el objetivo señalado por el legislador: poner de manifiesto el valor de mercado de la utilidad que se grava con la tasa y justificar las tarifas que se aplican. Más adelante, el fundamento de esta afirmación se hará patente cuando, al resolver el primer motivo de casación, expongamos el contenido de la Ordenanza y de su informe técnico-económico.

3ª) No responde a la realidad la afirmación de que la Ordenanza fiscal recurrida y su informe técnico-económico persiguen gravar únicamente la ocupación que del dominio público local hace RED ELÉCTRICA con las instalaciones de su titularidad. Es una afirmación voluntarista que se diluye cuando se constatan los dos siguientes hechos: (i) la tasa se refiere no sólo a la utilización de dicho dominio público por la instalación de líneas aéreas de alta tensión, sino también por canalizaciones de gas y de agua, así como por otro tipo de instalaciones (léanse su título, el anexo y el contenido del informe técnico-económico), realidad que no se desdice por la circunstancia de que la justificación económica y técnica que aparece en dicho documento se detenga más en las instalaciones de transporte de energía eléctrica; y (ii) éste es el tercer recurso que resuelve esta Sala en relación con la Ordenanza del Ayuntamiento de Arteixo, en los otros dos las recurrentes, y por lo tanto sujetos pasivos, eran sociedades distintas e independientes de la ahora demandante, una dedicada al transporte y la distribución de gas y la otra al de energía eléctrica.

4ª) El hecho, sin más, de que el informe técnico-económico se sustente en un “informe tipo” realizado para la Federación Española de Municipios y Provincias por el gabinete que la asesora no niega su capacidad para justificar y sustentar la decisión impositiva que la Ordenanza incorpora. Ha sido elaborado por un asesor “jurídico” y otro “técnico”, contando con los elementos precisos de una y otra naturaleza. Una vez incorporados a la decisión municipal conforman la voluntad del consistorio, siendo válido el susodicho informe si explícita, justifica y motiva los elementos técnicos y jurídicos que cimientan la tasa y su cuantía.

B) La Ordenanza es la norma jurídica que contiene los elementos configuradores del tributo: el hecho imponible, la determinación de la base, la fijación del tipo de gravamen, así como los demás elementos determinantes de la cuantía de la deuda tributaria [véase en este sentido el artículo 8 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre (RCL 2003, 2945), General Tributaria (BOE de 18 de diciembre)]. Entre ellos no se cuenta el número de metros lineales de tendidos de red eléctrica que discurren por el dominio público municipal. Este no es un concepto normativo, no es un elemento configurador del tributo, sino un dato que ha de constar en la liquidación tributaria para determinar la deuda de cada sujeto pasivo. La reserva de ley (en sentido amplio, comprensiva cuando se trata de tributos locales de las ordenanzas fiscales) no exige expresar numéricamente en la norma las instalaciones cuyo establecimiento determina el uso o el aprovechamiento que constituye el hecho imponible, sino concretar ese hecho imponible, los elementos que han de servir para cuantificar la base y la cuota mediante cuya aplicación quedará determinada la deuda tributaria de cada sujeto pasivo, atendiendo, al tiempo de la liquidación (entonces sí), a la cantidad o intensidad de la utilización o el aprovechamiento, determinado por el número de metros

lineales de suelo de dominio público afectado. En definitiva, los dos argumentos de la demanda a los que la Sala de instancia no dio respuesta deben ser desestimados.

En aplicación de esta doctrina jurisprudencial cuya aplicación no pueden excepcionar los votos particulares que se citan en la demanda, procede declarar la conformidad a Derecho del artículo 4 de la Ordenanza Fiscal que nos incumbe, reseñando para concluir este bloque de motivos impugnatorios que en el informe técnico económico tras citar la normativa catastral y Órdenes de referencia se concreta en la página 20 la fórmula del valor del suelo rústico ocupado con construcción con cita expresa de la OM EHA/3188/2006 y OM EHA/2816/2008, además de las fuentes (entre las que obviamente se encuentran los datos que puede obtener a través del Concello o de la Gerencia de Catastro, derivados de la ponencia de valores). (...). Dada la jurisprudencia del Tribunal Supremo citada, que resulta del parecer mayoritario de los magistrados de la Sala, no se advierte la necesidad de suscitar la cuestión de inconstitucionalidad del art. 24.1.a) del TR de la Ley reguladora de las Haciendas Locales o prejudicial de Derecho comunitario del inciso final del apartado 7 del artículo 15, en relación con la letra a) del apartado 6 del artículo 37 y concordantes, ambos de la Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009, pues debemos resolver la controversia conforme a aquella doctrina jurisprudencial que defiende la legalidad de Ordenanzas similares a la presente. A mayor abundamiento cabe destacar que el artículo 7 inciso final de la Directiva citada, simplemente señala que la condición aplicable por los gestores de red de transporte de estos servicios deberá fijarse según una metodología compatible con el artículo 37 apartado 6 de forma no discriminatoria y que refleje los costes y serán publicadas, lo que sucede con estas tasas fijadas legalmente; y el artículo 37.6.a) de la citada Directiva, que las autoridades reguladoras se encargarán de fijar o aprobar, con la suficiente antelación de su entrada en vigor, como mínimo, las metodologías utilizadas para calcular o establecer las condiciones para la conexión y acceso a las redes nacionales, incluyendo las tarifas de transporte y distribución y sus metodologías que permitirán realizar las inversiones necesarias en las redes de forma que quede garantizada la viabilidad de la red, extremo al que también creemos que se da satisfacción a través de la aprobación, merced a lo dispuesto en la Ley de Haciendas Locales, que prevé la posibilidad de establecer esta tasa».

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

7.2 Nulidad del Real decreto 529/2017, de modificación del Reglamento del impuesto sobre el valor añadido, por omisión del informe preceptivo del Consejo de Estado

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (TS), en su Sentencia de 5 de julio de 2019 (RC 535/2017, ponente: Merino Jara), estima el recurso interpuesto por el Colegio de Economistas de Pontevedra contra el Real decreto 529/2017, de 26 de mayo, que modificó el Reglamento del impuesto sobre el valor añadido (RD 1624/1992, de 29 de diciembre), introduciendo dos nuevas disposiciones transitorias: la cuarta (“baja extraordinaria en el registro de devolución mensual y renuncia extraordinaria a la aplicación del régimen especial del grupo de entidades durante el año 2017”) y la quinta (“opción por llevar los libros registros a través de la Sede

electrónica de la Agencia Estatal de Administración Tributaria por los sujetos pasivos acogidos al régimen simplificado para el año 2017”). Dicha modificación completaba otra anterior del mismo reglamento, aprobada por el Real decreto 596/2016, de 2 de diciembre, para la modernización, mejora e impulso del uso de medios electrónicos en la gestión del impuesto sobre el valor añadido, a fin de establecer un nuevo sistema de llevanza de los libros de registro del Impuesto a través de la Sede Electrónica de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

El alto tribunal declara la nulidad de esta modificación reglamentaria por haberse omitido en su tramitación el preceptivo Dictamen del Consejo de Estado. Se afirma lo siguiente en la sentencia:

«(...) Nos hallamos ante un “reglamento ejecutivo”, entendiendo por tales “los que la doctrina tradicional denominaba “reglamentos de ley” y se caracterizan, en primer lugar, por dictarse como ejecución o consecuencia de una norma de rango legal que, sin abandonar el terreno a una norma inferior, mediante la técnica deslegalizadora, los acota al sentar los criterios, principios o elementos esenciales de la regulación pormenorizada que posteriormente ha de establecer el Reglamento en colaboración con la Ley y, en segundo lugar, en que el Reglamento que se expida en ejecución de una norma legal innove, en su desarrollo, el ordenamiento jurídico” (Cfr. por todas, SSTS de 19 de marzo de 2007, recurso de casación 1738/2002 y 25 de junio de 2009, recurso de casación 992/2007). Nos hallamos, pues, ante un reglamento ejecutivo, como también lo es el Real Decreto 596/2016, de 2 de diciembre. Sin embargo, uno ha sido dictaminado y el otro no. Siendo, sin duda un reglamento ejecutivo el que nos ocupa, como tal debe ser dictaminado por el Consejo de Estado, aunque sea una modificación de otro anterior que sí ha sido informado, en tanto en cuanto este también innova el ordenamiento jurídico al introducir dos disposiciones transitorias totalmente necesarias para poner en práctica, en los términos pretendidos, el nuevo sistema de llevanza de los libros registro de IVA el 1 de julio de 2017.

(...) consideramos que las modificaciones sí resultan trascendentes y revisten carácter esencial. Se señala en la contestación a la demanda que ambas modificaciones dan respuesta a la demanda de buena parte del colectivo afectado por la obligación de llevar los libros registro del Impuesto sobre el Valor Añadido a través de la Sede electrónica de la Agencia Estatal de Administración Tributaria. No negamos que sea así, pero ello, confirma que ninguna de las dos previsiones encuentra acomodo en el Real Decreto 596/2016, que fue el único sometido al Dictamen del Consejo de Estado, encontrándonos, por consiguiente, ante una modificación relevante. (...)

Por consiguiente, la ausencia del dictamen preceptivo del Consejo de Estado en el procedimiento de elaboración de una disposición general debe reputarse un vicio sustancial que determina la nulidad de pleno derecho de la disposición general que lo padezca, tal y como ha reiterado nuestra jurisprudencia (SSTS de 17 de julio de 2009, Rec. 1031/2007, de 24 de noviembre de 2009, Rec. 11/2006, y de 1 de junio de 2010, Rec. 3701/2008, entre otras)”. La nulidad del Real Decreto 529/2017, de 26 de mayo, se origina en la inobservancia de lo dispuesto en el 3 del artículo 22 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado, en el procedimiento de su elaboración (...).».

8 Universidades

8.1 Control jurisdiccional de la evaluación negativa de períodos de investigación por la ANECA

El TSJG, en su Sentencia de 20 de febrero de 2019 (rec. 87/2018, ponente: Seoane Pesqueira), desestima el recurso promovido por un profesor de la Universidad de Vigo contra una resolución de la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (ANECA) que evaluó negativamente el tramo de investigación solicitado. Afirma el tribunal gallego en esta sentencia que:

«(...) en congruencia con la moderna doctrina jurisprudencial sobre el control de la discrecionalidad técnica, se ha dictado en esta materia por la Sección 4ª de la propia Sala 3ª del Tribunal Supremo la sentencia de 3 de julio de 2015 (recurso de casación 2941/2013), en la que se matiza la aplicación de aquella STS de 5/7/1996, en el sentido de que la misma no excluye el deber de expresar las razones por las que se establece una determinada puntuación, de modo que no podrá entenderse motivada la decisión cuando el “informe técnico” únicamente contiene una cifra numérica, sin añadir ninguna explicación relevante, que haga comprensible el contenido del acto posterior (el de la CNEAI). En la propia STS se argumenta que “Es cierto que el juicio técnico del Comité “se expresará en términos numéricos de cero a 10”, según dispone el artículo 8.2 de la Orden de 1994, pero ello no significa que se haya creado una suerte de actos exentos o ajenos a la exigencia de la motivación de los actos administrativos. El juicio técnico efectivamente se resume o termina en una calificación, pero ese resultado final ha de ir precedido de la correspondiente motivación, explicando las razones por las que la Comisión, o por remisión el Comité, ha cifrado su calificación en una determinada puntuación”. Seguidamente, dicha STS de 3/7/2015 especifica en qué consiste el control judicial en este caso de discrecionalidad técnica: “el control judicial de este tipo de actos se encuentra acotado, es limitado, y no puede alcanzar la plenitud de nuestro control jurisdiccional sobre los actos administrativos ajenos a la discrecionalidad técnica. La evaluación de la actividad investigadora, en tanto, al ser una decisión fruto de la discrecionalidad técnica, pues el Comité, que proporciona la motivación, valora los méritos según los criterios científicos o técnicos, al concurrir en los miembros del órgano la capacitación y especialización exigida por la norma para estos casos, no puede ser corregida respecto de ese juicio técnico. Que el acto de evaluación deba ser motivado no significa, insistimos, que, luego, los órganos judiciales puedan revisar la valoración técnica que contiene el acto administrativo. Dicho de otro modo, la motivación del acto no nos permite examinar la entraña de la decisión técnica, producto de la indicada discrecionalidad técnica, y sustituir ese juicio técnico por el que expresa el recurrente o el del propio tribunal. Lo que nos permite la motivación, en definitiva, es controlar que efectivamente se han puesto de manifiesto, de forma comprensible, las razones de la puntuación expresada, y además, que esa decisión no es arbitraria, no incurre en desviación de poder, no se opone a los principios generales del derecho, o incurre en defectos de índole formal”. En su fundamento de derecho octavo la citada STS de 3/7/2015 continúa razonando: “Acorde con lo expuesto, la discrecionalidad técnica no permite al órgano jurisdiccional, por tanto, revisar la calidad y aptitud de

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

los trabajos o aportaciones del recurrente. Los órganos jurisdiccionales no pueden corregir o alterar la apreciación realizada por la Comisión Nacional Evaluadora en lo relativo a su estimación técnico-científica. Y no pueden hacerlo, aunque se trate de áreas de conocimiento en las que los tribunales tengan la preparación técnica o científica exigida, en este caso en el ámbito del Derecho, porque el control de los órganos jurisdiccionales es de carácter jurídico respecto del acomodo de la actuación administrativa al ordenamiento jurídico, y no técnico-científico. Decimos esto porque en el suplico del escrito de interposición, se solicita, como pretensión principal, que “se reconozca la suficiencia de méritos del solicitante para una valoración positiva del tramo de investigación solicitado”. Y en modo alguno esta Sala va a realizar una valoración de los méritos del recurrente, para enmendar la puntuación realizada por el Comité Asesor. Será la Comisión Nacional, autora del acto administrativo, quién habrá de motivar por sí misma, o por remisión al correspondiente informe del Comité Técnico, las razones de la puntuación que establece, según el tipo de motivación que prevé el artículo 8.3 de la citada Orden de 1994. Para ello se retrotraerán las actuaciones, que es la pretensión que se solicita en segundo lugar, a la vía administrativa, concretamente al momento anterior al informe del Comité Asesor, para la emisión de un informe motivado”.

La lectura reposada de la demanda pone de manifiesto que el demandante pretende, en primer lugar, que este Tribunal reevalúe cada una de las aportaciones presentadas hasta el punto de que se reconozca la evaluación positiva del tramo de investigación solicitado, penetrando en la evaluación técnica efectuada por el comité asesor, porque, como se deduce de las alegaciones del recurrente que, en síntesis, han sido resumidas en el anterior fundamento jurídico, aborda todos y cada uno de los aspectos que han de ser valorados para alcanzar la calificación final. Es decir, el actor está penetrando en el enjuiciamiento técnico de la Administración, pues expresamente alude a que no le parece correcto el criterio técnico empleado, lo cual excede el control que la moderna jurisprudencia ha admitido en esta materia.

De todo lo anteriormente argumentado se desprende que no cabe acoger la petición principal contenida en el suplico de la demanda, porque ello entrañaría revisar la calidad y aptitud de los trabajos o aportaciones del recurrente, y, por consiguiente, abrir la posibilidad de corregir o alterar la apreciación realizada por el comité asesor y por la CNEAI y ANECA en lo relativo a su estimación técnico-científica, extralimitando el control jurídico que a este Tribunal corresponde.

Si, con arreglo a dicha moderna jurisprudencia, el control de los órganos jurisdiccionales es de carácter jurídico respecto del acomodo de la actuación administrativa al ordenamiento jurídico, y no técnico-científico, no es posible la sustitución de la valoración técnica verificada por el órgano administrativo. Además, tal reemplazo evaluativo no es fiscalización, sino que va más allá, incidiendo en la prohibición contenida en el artículo 71.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en cuanto proscribía que los órganos jurisdiccionales determinen el contenido discrecional de los actos anulados. (...)

Consecuencia de lo anteriormente expuesto es que el examen ha de centrarse en el análisis de si puede considerarse que la resolución administrativa impugnada, a la que se ha incorporado el informe del comité asesor emitido antes de la decisión sobre el recurso de

alzada, está correcta y suficientemente motivada. En congruencia con tal exigencia de motivación, esta Sala y Sección ha incidido en la necesidad de que por la Administración se ofrezca la debida respuesta a los argumentos esgrimidos en el recurso de alzada interpuesto contra la decisión inicial de la CNEAI, adecuándose estos argumentos a los criterios específicos de la correspondiente resolución de la CNEAI, pues la propia jurisprudencia ha exigido esa respuesta explícita para cumplir adecuadamente el requisito de la motivación (artículo 35 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), a fin de que quien postula el reconocimiento del sexenio pueda conocer las razones por las que se puntúan negativamente determinadas aportaciones.

Es decir, el hecho de que sea bastante que el comité asesor correspondiente exprese su juicio técnico en términos numéricos de cero a diez, siendo preciso un mínimo de seis puntos para obtener una evaluación positiva, tal como impone el artículo 8.2 de la Orden de 2 de diciembre de 1994, no excusa de exponer los motivos por los que se otorga una determinada puntuación inferior a 6 puntos (o incluso superior) si se plantea un recurso de alzada frente al acuerdo inicial de la CNEAI, que se apoya en el informe del comité asesor, en cuyo recurso se esgriman argumentos concretos por los que una determinada aportación pudiera ser evaluada positivamente, sobre todo si esos argumentos están basados en los criterios específicos que se han hecho públicos a través de la resolución de la propia CNEAI. Entenderlo de otro modo sería tanto como reconocer una zona inmune de poder, y propiciar que la discrecionalidad, por muy técnica que sea, pueda incidir en la arbitrariedad derivada de la falta de explicación de lo realizado, lo cual se compadece mal con las exigencias de un Estado de Derecho y con el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, proclamado en el artículo 9.3 de la Constitución.

Nada impide que aquellos criterios específicos sean interpretados por el comité asesor y por la CNEAI de una manera distinta a la expuesta por el actor en su solicitud, pero es preciso que se exteriorice ese diferente modo de entendimiento para que, a la vez que se aporta aquella contestación a los argumentos del recurrente, pueda llevarse a cabo la fiscalización judicial a que obliga el recurso contencioso-administrativo planteado. (...)

Las afirmaciones del actor se quedan en alegaciones sin respaldo probatorio, mientras que las razones ofrecidas por el comité asesor integran una motivación adecuada, en cuanto íntegramente conectada con los criterios genéricos y específicos que han de servir de pauta para enjuiciar la conveniencia de aquélla. (...) la Administración expone razonadamente los motivos de la puntuación otorgada a cada una de las aportaciones presentadas, y además se centra en los criterios generales de la Orden de 2 de diciembre de 1994 y específicos recogidos en la resolución de 26/11/2015, con lo que, aparte de cumplir el deber exigido en el artículo 35 de la Ley 39/2015 y dar a conocer la fundamentación de la decisión adoptada, otorga la posibilidad al recurrente de rebatir dichas argumentaciones.

Es decir, en el caso presente resulta incuestionable que existe motivación, y esta es suficiente y adecuada, porque se adecúa a los criterios genéricos y específicos que constituyen las pautas a que debe ajustarse la valoración. Cosa diferente es que la actora muestre su disconformidad con la aplicación de aquellos criterios en el caso de las distintas aportaciones. Por todo cuando queda expuesto, procede la desestimación del recurso interpuesto».

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

