

Xurisprudencia contencioso-administrativa

Jurisprudencia contencioso-administrativa

Contentious-administrative jurisprudence



FRANCISCO DE COMINGES CÁCERES

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

Recibido: 02/07/2020 | Aceptado: 03/07/2020
DOI: <https://doi.org/10.36402/regap.v0i59.4566>

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

SUMARIO: 1 Administración local. 1.1 Participación das administracións municipais no financiamento dos centros de día e escolas infantís xestionados pola comunidade autónoma. Vixencia dos convenios anteriores á Lei 27/2013. 1.2 Adquisición de bens polas corporacións locais. Taxación inxustificada. Irrelevancia de informes emitidos por persoal eventual. Execución plurianual. 2 Crise sanitaria do coronavirus (COVID-19). 2.1 Limitacións ao dereito de manifestación. Natureza xurídica do real decreto que declarou o estado de alarma. 2.2 Medidas sanitarias restritivas de dereitos fundamentais. Illamento forzoso de enfermo de coronavirus. 2.3 Denuncia de ausencia de equipos de protección individual (EPI) en centro sanitario público. Competencia da xurisdición social. Inexistencia de vía de feito e de lexitimación activa. Inadecuación de procedemento. 3 Medio ambiente e urbanismo. 3.1 Nulidade de plan xeral por omisión de informe sectorial de telecomunicacións. 3.2 Omisión de informe de impacto de xénero na tramitación dun plan xeral. 3.3 Caducidade de licenzas urbanísticas. 4 Persoal. 4.1 Cesamento de funcionario interino. Inaplicabilidade analóxica do Estatuto dos traballadores. Improcedencia de indemnización de 20 días de salario por ano de servizo. 4.2 Compatibilidade da oferta de emprego público da Xunta de Galicia coa obriga de redución do emprego temporal. Transformación de prazas de laborais en funcionarios. 5 Proceso contencioso-administrativo. 5.1 A presentación do escrito inicial de interposición do recurso contencioso interrompe o prazo establecido para recorrer, aínda que presente defectos formais. 5.2 Lexitimación de asociación ecoloxista para exixir a declaración de caducidade de concesións en dominio público marítimo-terrestre. 6 Responsabilidade patrimonial. 6.1 Pola anulación xudicial de licenza urbanística. Determinación do dano moral. 7 Tributos. 7.1 Imposto de bens inmobles. Procedemento de modificación de ordenanza fiscal municipal. Exencións. Centros sanitarios explotados por concesionarios de obra pública. 7.2 Taxas imputables aos concellos por ocupación do dominio público portuario con vías de uso xeral. 8 Turismo. 8.1 Ordenación de apartamentos turísticos. Límites temporais. Prohibición de cesión por cuartos. 8.2 Declaración de zona de grande afluencia turística. Compatibilidade de limitacións

horarias e comerciais coa Directiva de servizos. 9 Universidades. 9.1 Prelación para a elección de docencia do profesorado contratado doutor sobre o funcionario non doutor. 9.2 Estatuto do persoal investigador predoutoral en formación.

1 Administración local

1.1 Participación das administracións municipais no financiamento dos centros de día e escolas infantís xestionados pola comunidade autónoma. Vixencia dos convenios anteriores á Lei 27/2013

A Sentenza da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (TSXG) do 6 de febreiro de 2020 (rec. 4050/2019, relator: Díaz Casales) desestima o recurso interposto por un concello contra as liquidacións que lle xirou o Consorcio Galego de Servizos de Igualdade e Benestar da Xunta de Galicia para o cofinanciamento da actividade dos centros de día de titularidade autonómica radicados no seu termo municipal. O concello, que se vinculara ao Consorcio mediante un convenio suscrito no ano 2007, sostiña a súa perda de vixencia tras a reforma do réxime local operada pola Lei 27/2013, do 27 de decembro. O tribunal galego conclúe non obstante o contrario, coas seguintes consideracións:

«(...) No fondo da cuestión suscitada latexa un argumento moi básico por parte do concello recorrente, como é que en atención á aparente redución da competencia municipal en materia de servizos sociais, operada pola Lei 27/2013 de racionalización e sustentabilidade da Administración local, o concello non estaría obrigado a atender as liquidacións xiradas, como facía con anterioridade baseándose nos referidos convenios, porque a competencia municipal se tería visto reducida de xeito drástico respecto dos servizos sociais e os propios convenios suscritos con anterioridade terían quedado sen efecto por disposición legal a partir de 31 de decembro de 2014.

Unha conclusión tan radical merece que transcribamos os preceptos en que se ampara, porque certamente a conclusión que alcanza o letrado consistorial resulta, en principio, axustada aos termos das disposicións legais, son os seguintes:

Art. 1 da Lei 27/2013, do 27 de decembro, de racionalización e sustentabilidade da Administración local.

Art. 25 LBRL

2. O municipio exercerá en todo caso como competencias propias, nos termos da lexislación do Estado e das comunidades autónomas, nas seguintes materias:

e) Avaliación e información de situacións de necesidade social e a atención inmediata a persoas en situación ou risco de exclusión social.

Disposición adicional novena. Convenios sobre exercicio de competencias e servizos municipais.

1. Os convenios, acordos e demais instrumentos de cooperación xa suscritos, no momento da entrada en vigor desta lei, polo Estado e as comunidades autónomas con toda clase de entidades locais, que leven consigo calquera tipo de financiamento destinado a

sufragar o exercicio por parte destas últimas de competencias delegadas ou competencias distintas ás enumeradas nos artigos 25 e 27 da Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das bases do réxime local, deberán adaptarse ao previsto nesta lei en 31 de decembro de 2014. Transcorrido este prazo sen se teren adaptado, quedarán sen efecto.

Pero, se estas disposicións estatais non resultaban de seu suficientes, o lexislador autonómico ratificou o mandato ao promulgar a Lei 5/2014, do 27 de maio, de medidas urxentes derivadas da entrada en vigor da Lei 27/2013, do 27 de decembro, de racionalización e sustentabilidade da Administración local, na cal se prevé:

Disposición adicional terceira: Adaptación ao réxime da Lei 27/2013, do 27 de decembro, de racionalización e sustentabilidade da Administración local, dos convenios, acordos e demais instrumentos de cooperación xa subscritos.

1. A adaptación ao réxime da Lei 27/2013, do 27 de decembro, de racionalización e sustentabilidade da Administración local, dos convenios, acordos e demais instrumentos de cooperación xa subscritos no momento da entrada en vigor desa lei pola Comunidade Autónoma de Galicia con toda clase de entidades locais que leven consigo calquera tipo de financiamento destinado a sufragar o exercicio por parte destas últimas de competencias delegadas ou competencias distintas das atribuídas como propias pola lexislación do Estado ou da comunidade autónoma, deberá producirse a 31 de decembro de 2014. Transcorrido este prazo sen se teren adaptado, quedarán sen efecto.

Malia o aparente axuste da formulación da demanda á letra destas disposicións, a conclusión defendida polo letrado consistorial non pode ser compartila en atención aos reiterados pronunciamentos do T.C. acerca do alcance da Lei 27/2013, que sosteñen que o art. 25 da LBRL –na súa nova redacción– establece un marco mínimo da autonomía local constitucionalmente garantida pero que corresponde á normativa sectorial ditada polo Estado ou da comunidade autónoma correspondente, segundo quen resulte competente, a determinación das competencias municipais sempre, claro está, respectando ese mínimo establecido na Lei de bases de réxime local. O T.C., cuxa doutrina resulta vinculante a todos os órganos xurisdiccionais conforme o art. 5 da LOPX, pronúnciase nos seguintes termos: St. T.C. (Pleno) 101/2017 do 20 de xullo (...) St. T.C. (Pleno) 93/2017 do 6 de xullo (...). St. T.C. 41/2016 do 3 de marzo (...).

Pois ben, de tan longas citas xurisprudenciais, debemos concluír que a competencia municipal en materia de servizos sociais non vén determinada pola literalidade do art. 25.2 na redacción dada pola Lei 27/2013, como defendeu o letrado consistorial, senón polo que estableza a normativa sectorial da Administración territorial competente e, neste caso, está claro que a competencia en materia de servizos sociais foi asumida en exclusiva pola comunidade autónoma conforme o número 23 do art. 27 do Estatuto de autonomía, e a Lei 13/2008 de servizos sociais claramente atribúe aos entes locais os servizos sociais comunitarios, tanto básicos como específicos (...).

Do anterior debemos concluír que as liquidacións xiradas pola Xunta de Galicia non incorren nas causas de nulidade denunciadas polo Concello de Vigo, dado que se trata de asumir o financiamento duns servizos atribuídos pola lexislación autonómica aos entes locais e para a prestación da cal se optou por fórmulas de cooperación, por iso quedaban excluídos da previsión contida tanto na disposición adicional 9 da Lei 27/2013, como

expresivamente se advertía na disposición adicional 3 da Lei 5/2014 ao conter a mención “... destinada a sufragar o exercicio por parte destas últimas de competencias delegadas ou competencias distintas das atribuídas como propias pola lexislación do Estado ou da comunidade autónoma...”.

Neste caso trátase de competencias atribuídas como propias aos entes locais pola lexislación autonómica, recórdese o que sinalou o T.C. no último parágrafo da última sentenza transcrita:

“As comunidades autónomas, sendo competentes para regular aqueles servizos sociais e sanitarios, son competentes para decidir –con suxeición ao indicado marco de límites– sobre a súa descentralización ou centralización e, neste segundo caso, para ordenar o correspondente proceso de asunción competencial e traspaso de recursos”.

Por iso se impón a desestimación do primeiro dos motivos de impugnación.

SEXTO. – Sobre o establecemento de achegas por parte do concello a unha competencia autonómica.

Do anteriormente resolto en relación coa necesidade de que sexan as leis sectoriais as que determinen as competencias das entidades locais, xa determina o decaemento do segundo dos motivos de impugnación porque, debemos reiterar, contrariamente ao que mantén na demanda, non se trata dunha competencia a prestar pola Xunta de Galicia e de que o art. 68 da Lei 2/2017 estableza unha fórmula de financiamento polas entidades locais a servizos que ha de prestar a Xunta, senón que esta, posuíndo a súa titularidade, ten a facultade de llela atribuír aos entes locais, sen prexuízo de articular fórmulas de colaboración que garantan a sustentabilidade financeira dos entes locais e, a prol da eficiencia e eficacia, evitar a duplicidade en ámbitos coincidentes.

Polo anterior, debemos concluír que o art. 69 da Lei 2/2017 de medidas fiscais, administrativas e de ordenación non estable[ce] unha delegación ou atribución de competencias aos entes locais, senón que en relación coas competencias en materia de prestacións sociais determina a posibilidade de que os concellos opten por manter o réxime de financiamento que viñan observando conforme os convenios subscritos ou ben acollerse ao novo que establece, permitindo que o fagan con carácter retroactivo, coa posibilidade dunha redución do 50% das cotas e un aprazamento de 5 anos (...).

Polo que en definitiva decae o defendido polo concello de que esta norma impoña unha atribución competencial á marxe da voluntariedade dos entes locais ou obrigue estas a axudar a prestacións que deba asumir a comunidade autónoma creando unha fórmula para a obtención dun ingreso non previsto, senón que se trata de articular unha fórmula que permita determinar a contribución de cada Administración na prestación de servizos realizados mediante fórmulas de cooperación interadministrativa».

1.2 Adquisición de bens polas corporacións locais. Taxación inustificada. Irrelevancia de informes emitidos por persoal eventual. Execución plurianual

A Sentenza do TSXG do 3 de febreiro de 2020 (rec. 7115/2019, relator: Fernández López) confirma a anulación da compra por unha deputación provincial dos arquivos dun

xornal local por 2.700.000 euros, mediante pagamento aprazado por tres anualidades, por non se ter xustificado suficientemente a súa taxación:

«(...) como ben indicou a sentenza apelada, as únicas intervencións útiles que se produciron nas actuacións preparatorias e determinantes para adquirir o arquivo histórico do diario partiron dun empregado público que tiña a condición de persoal eventual, polo que as súas atribucións non podían ser de xestión ordinaria de asuntos públicos, reservadas aos funcionarios provinciais, senón de mero asesoramento da autoridade que o nomeou, de acordo cos preceptos que, con acerto, reproduciu a xulgadora de instancia; nese mesmo sentido pronúnciase a STS de 25.11.19, que lembra que, a teor do establecido no artigo 12 do Texto refundido da Lei do Estatuto básico do empregado público, aprobado polo Real decreto lexislativo 5/2015, do 30 de outubro, o persoal eventual “só realiza funcións expresamente cualificadas” como de confianza ou asesoramento especial”. Por outra banda, non se pode esquecer que, tras solicitar ese asesor dos servizos internos un informe acerca de se existía no cadro de persoal provincial persoal técnico cualificado para taxar os bens a adquirir, e serlle respondido que non os había, propuxo contratar uns servizos externos para valoralos para, ao final, discrepar do seu resultado, para fixar como orzamento de adxudicación un inferior sen sustento en proba pericial ningunha. Por iso, ten que compartir esta sala o reproche de ilegalidade que, ao respecto, fixo a xulgadora de instancia, aínda que ao final non chegase a valorar a proba practicada en xuízo que, como se anticipou, era inútil e impertinente.

E iso era así porque non se fiscalizaba nesa vía xurisdiccional nin a adxudicación do contrato de servizos para taxar o arquivo histórico do diario ourensán nin tampouco o seu resultado, senón a resolución presidencial que adxudicou o contrato para adquirir tales fondos, para o que un dato de relevo foi a fixación dun valor estimado do contrato que non se ativo á regra de atender ao valor de mercado que impón o artigo 88 do TRLCSP (aínda que resulta discutible se neste caso se tiña que aplicar o imposto sobre o valor engadido previsto en tal precepto, ou o máis correcto de transmisións patrimoniais –consulta vinculante da Dirección Xeral de Tributos V2170-17, do 22.08.17–), pois ao final fixouse no importe que cifrou o asesor de Política Cultural, totalmente carente de xustificación, e máis aínda cando se separou notablemente e sen motivación do cifrado pola empresa contratada para o efecto.

Así é, porque aínda que, como se acaba de indicar, o artigo 25.1 do TRLCSP permite a liberdade de pactos, iso só é posible cando o que se pacte non sexa contrario ao ordenamento xurídico, o que supón respectar as normas substantivas e procedementais establecidas. Ao respecto non se pon en dúbida que o presidente provincial era o órgano competente tanto para decidir contratar o servizo de taxación previo como para adquirir despois os fondos do arquivo histórico, a teor do establecido no punto 1 da disposición adicional segunda do TRLCSP, pero iso non o facultaba para prescindir dos trámites impostos nese texto legal, que si foron observados no que alcanzaba aos trámites formais establecidos nos seus artigos 109 e 110, pero non no que alcanzaba ao valor estimado do contrato establecido de forma inmotivada e inxustificada. Por outro lado, xa que o obxecto do contrato era un dos previstos no artigo 170.d) do TRLCSP (como citou con acerto a base 1ª dos pregos reitores), non procedía promover concorrencia competitiva ningunha (artigos 169.2 e 177), de xeito

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

que era correcto utilizar o procedemento negociado sen publicidade; non obstante, unha cousa é que se exclúe a publicidade e outra distinta é que non se negociase nada, posto que o característico de tal procedemento é, precisamente, a negociación (artigo 180.4), que neste caso está ausente, pois nada consta en tal sentido no expediente administrativo, ben que neste punto nada se reprochou na vía xurisdiccional.

CUARTO. – O que si se formulou é se a forma de pagamento en tres anualidades era correcta, ao tratarse de pagamentos parciais por realizar entregas parciais, ou, pola contra, se non o era, ao tratarse dun sistema de pagamento aprazado, prohibido tanto no artigo 87.7 do TRLCSP como no punto 13 da súa disposición adicional segunda (salvo que se estivese en presenza dun arrendamento financeiro, de arrendamento con opción de compra ou da adquisición de bens inmobles).

Pois ben, neste caso comparte esta sala a conclusión a que chegou a xulgadora de instancia, no punto relativo a que non se xustificou nin motivou que concorrese ningún dos supostos que permiten acudir ao gasto plurianual a que se refire o artigo 174 do Texto refundido da Lei reguladora das facendas locais, aprobado polo Real decreto lexislativo 2/2004, do 5 de marzo, en especial o previsto no seu punto 2.b), que o permite no caso de contratos de subministración, pero sempre “que non poidan ser estipulados ou resulten antieconómicos por un ano”, xa que non se xustificou. Pero o que non se comparte é que a división do pagamento en tres anualidades non estaba xustificada, en razón a que as entregas parciais non estaban previstas nin nos pregos nin no contrato, pois esquecese que a base 4ª de tales pregos, relativa á duración do contrato, non establecía que era de tracto único, senón que se executaríase en tres anos, de modo que as entregas serían producidas por terceiras partes nos anos 2017, 2018 e 2019, como así se fixo no primeiro deses exercicios, segundo fixo constar na acta de recepción parcial subscriba o 26.05.17, que foi o mesmo día en que se adxudicou e subscribiu o contrato.

Con todo, o sentido estimatorio da sentenza obxecto de apelación ten que ser confirmado».

2 Crise sanitaria do coronavirus (COVID-19)

2.1 Limitacións ao dereito de manifestación. Natureza xurídica do real decreto que declarou o estado de alarma

O TSXG, na súa Sentenza do 28 de abril de 2020 (rec. 152/2020, relator: Seoane Pesqueira), desestima o recurso interposto pola Central Unitaria de Traballadores (CUT) contra a resolución dunha subdelegación do goberno que prohibiu a manifestación convocada para o 1 de maio (Día da Clase Traballadora) na cidade con maior poboación de Galicia, por causa do estado de alarma establecido mediante o Real decreto 463/2020, do 14 de marzo, no contexto da crise sanitaria da pandemia de coronavirus (COVID-19). A CUT interpuxo un recurso de amparo contra esta sentenza ante o Tribunal Constitucional, que resultou rexeitado mediante un extenso Auto con

data do 30 de abril de 2020 (rec. 2056/2020). A sentenza do TSXG efectúa as seguintes consideracións de interese:

«(...) a confusa e defectuosa redacción da resolución da subdelegación do Goberno pode xerar certa incerteza, pois, antes do contido propiamente decisorio, no seu primeiro parágrafo fai constar que, ante a situación de emerxencia sanitaria, non pode trasladar un criterio sobre a celebración da manifestación, co que parece deixar á marxe que, conforme o artigo 43.2 da Constitución española, os poderes públicos están obrigados a tutelar a saúde pública a través de medidas preventivas, máxime nunha situación de emerxencia sanitaria derivada dunha pandemia que chegou a ser cualificada nos medios de comunicación como a máis grave no último século (...). [Non obstante] sen que sexa un modelo a seguir, si se desprende do seu contido unha básica fundamentación e unha motivación, pois, en definitiva, nela expóñense as razóns nucleares para considerar que non pode levarse a cabo a manifestación (...). Vén pór de manifesto, pois, que os desprazamentos en vehículos co obxectivo de manifestarse, como os pretendidos polos recorrentes, son incompatibles coa norma en que se declarou o estado de alarma, de xeito que, ante a emerxencia sanitaria que o provocou, aquela manifestación podería dar lugar a unha desproporcionada perturbación doutros bens ou dereitos protexidos pola nosa Constitución, neste caso a saúde pública, o que, como vimos, está recoñecido na doutrina do Tribunal Constitucional (...).

Achácaselle así mesmo que se ditou sen procedemento, pero acudindo aos artigos 9 e 10 da Lei orgánica 9/1983, do 15 de xullo, compróbase que, tras a comunicación da manifestación polos organizadores ou promotores desta, sen necesidade doutro trámite debía pronunciarse a Subdelegación do Goberno (...), aínda que neste caso non tería estado de máis que a Subdelegación do Goberno lle solicitase un informe á Delegación de Sanidade para atopar apoio sanitario á decisión adoptada (...).

O teor literal do artigo 7.2 do RD 463/2020 é claro, e evidentemente a celebración dunha manifestación, formando caravana a bordo de vehículos, conmemorativa do día 1 de maio como día da clase traballadora, non se atopa entre as ditas actividades, polo que a aplicación daquel precepto outorga título xurídico para a resolución ditada.

A alegación do actor implica unha petición de que para a celebración da manifestación do 1 de maio deixe de aplicarse aquela norma de carácter xeral (o RD 463/2020), a pesar de que non cabería o control dela por esta xurisdición contencioso-administrativa debido a que debe atribuírselle o rango normativo dunha lei, tal como declarou a Sentenza do Tribunal Constitucional 83/2016, do 28 de abril [recollendo doutrina do Auto previo do mesmo Tribunal Constitucional 7/2012, do 13 de xaneiro], ao decidir o recurso de amparo, formulado fronte ao Auto da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo do 30 de maio de 2011, que declarou a inadmisión do recurso contencioso-administrativo promovido por 327 controladores de tráfico aéreo con ocasión do estado de alarma declarado en decembro de 2010. Na dita sentenza argumentouse que, malia que formalmente se trata dun real decreto, ou que declara o estado de alarma materialmente ten valor ou rango de lei, e por iso non é fiscalizable por esta xurisdición (...). Polo tanto, só cabería a impugnación do RD 463/2020 ante o Tribunal Constitucional, non sería posible nin sequera a impugnación indirecta (...).

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

Tampouco esta sala ve méritos para presentar unha cuestión de inconstitucionalidade, nin observa ningunha irregularidade nesa aplicación do RD 463/2020, porque, malia que incuestionablemente o estado de alarma é o de menor intensidade dos recollidos no artigo 116 da Constitución española e na Lei orgánica 4/1981, do 1 de xuño, dos estados de alarma, excepción e sitio, o caso presente, estando previsto no artigo 4.b desta última norma (“Crisis sanitarias, tales como epidemias e situacións de contaminación graves” que supoñan alteracións graves da normalidade), é o máis grave dos imaxinables, pois tivo lugar por mor dunha situación de emerxencia de saúde pública provocada por unha pandemia internacional, así declarada pola Organización Mundial da Saúde o pasado 11 de marzo de 2020, cuxa evolución provocou un gran número de falecidos, que se contan por miles, hospitalizados con patoloxías graves e afectados (feitos de notoriedade absoluta e xeral que non precisan proba: artigo 281.4 da Lei de axuízamento civil), o cal obrigou a adoptar medidas preventivas, debido a que a expansión da pandemia xera un extraordinario risco para os dereitos dos cidadáns, comezando polo máis prezado, que é o dereito á vida.

Na ponderación de bens xurídicos en presenza, a sala non pode permanecer allea á enorme magnitude dos efectos que provocou a dita pandemia, ao ser de notoriedade pública e xeral a gran cantidade de falecidos, hospitalizados e afectados a que deu lugar, polo que non pode subtraerse ás traxedias que mostran cada día os medios de comunicación, percibindo dese xeito o monumental golpe que o COVID-19 lle asestou á saúde pública española, á marxe dos efectos de todo tipo que derivarán no futuro.

Ese risco para a saúde pública, concretado na constante perda da vida de miles de cidadáns e a necesaria hospitalización de moitos máis ao longo de máis dun mes, e que no presente aínda non foi contida, deu lugar á declaración do estado de alarma e xustifica a restrición na circulación de persoas, mesmo a bordo de vehículos, que se contén no artigo 7.2. do RD 463/2020, para así evitar a propagación do virus. (...) A decisión administrativa adoptada é acorde á devandita previsión, porque non suspende o dereito fundamental de reunión e manifestación, senón que, en congruencia co contido do 7.2 do RD 463/2020 e 11.b da LO 4/1981, limita a circulación de vehículos a determinadas finalidades, entre as que non se atopa a celebración da manifestación pretendida, como medio idóneo e imprescindible para tutelar a saúde pública. Por iso, resulta incompatible a aplicación, en todos os seus termos, do estado de alarma e a necesaria protección da saúde pública que aos poderes públicos compete (artigo 43.2 da Constitución española) coa celebración da manifestación pretendida. (...) No caso presente, a tutela da saúde pública coa aplicación de medidas preventivas por parte dos poderes públicos (art. 43.2 da Constitución española), necesarias para evitar a propagación do virus, e o dereito á vida e integridade física dos demais cidadáns (artigo 15 da Constitución española), deben ter preferencia sobre o dereito de reunión e manifestación (art. 21 Constitución española), de modo que a ponderación dun e outro obriga a limitar o segundo a fin de que poida desenvolverse unha ordenada convivencia cidadá, na que non corran perigo nin a saúde dos propios manifestantes nin a dos demais cidadáns, sen que as precaucións que ofrece o demandante entrañen garantía suficiente que permita acceder á celebración da manifestación.

A regulación do dereito de manifestación tamén dá pé a unha restrición na circulación como a que se contén no RD 463/2020, que a resolución impugnada aplica.

En efecto, o artigo 21.2 da Constitución española permite a prohibición das manifestacións en lugares de tránsito público cando existan razóns fundadas de alteración da orde pública, con perigo para persoas ou bens, mentres que o artigo 10 da LO 9/1983 reproduce tal posibilidade.

Neste caso, aínda que se descifrou a secuencia completa do xenoma do virus, non obstante, non é posible impedir a súa propagación, polo que existe un evidente perigo para a saúde pública e, con iso, para a vida e saúde das persoas, que xustifica aquela prohibición.

Polo demais, se a manifestación se celebra, loxicamente iso levará consigo unha saída masiva de cidadáns a lugares de tránsito público antes ou despois de subir a bordo dos vehículos (á marxe da posible relación e contacto cos membros de Protección Civil e das Forzas de Seguridade que terían que controlala), polo que, no estado actual de descoñecemento científico da orixe e incidencia do COVID-19, o feito de que o desprazamento se realice neles non entraña unha garantía de que aquel perigo para as persoas desapareza».

2.2 Medidas sanitarias restritivas de dereitos fundamentais. Illamento forzoso de enfermo de coronavirus

O Auto do Xulgado do Contencioso-Administrativo núm. 2 de Santiago de Compostela do 23 de xuño de 2020 (rec. 195/2020, relator: Alvareño Alejandro), ditado pola vía especial do artigo 8.6 da Lei xurisdiccional 29/1998, do 13 de xullo (LXCA), ratifica a orde adoptada o día anterior pola Consellería de Sanidade da Xunta de Galicia de busca e illamento obrigatorio no seu domicilio dun enfermo de coronavirus, coa seguinte motivación:

«(...) Cómpre ter en conta o informe do Servizo de Medicina Preventiva do CHUS, así como o exposto na resolución do 22 de xuño de 2020 do director xeral da Saúde Pública. A fiscal no seu informe non se opón á adopción da medida cautelar interesada e o forense ratifícase na solicitude da medida cautelar adoptada. O forense no seu informe conclúe que a enfermidade que padece D.----- é grave, e que debe considerarse como un risco sanitario grave para a saúde, debendo ser ingresado nun centro sanitario onde está illado axeitadamente (...).

Neste caso a autoridade sanitaria acordou unha medida que ten suficiente amparo legal, e que está dirixida a un fin constitucionalmente lexítimo, a defensa da saúde pública, a integridade física e a saúde da poboación en xeral. A medida baséase nun informe médico do Servizo de Medicina Preventiva do CHUS, do 22 de xuño de 2020. Trátase dunha resolución adoptada pola autoridade competente e no ámbito das súas competencias, e dotada de aparencia de legalidade, tendo o carácter de urxente e está debidamente xustificada, respectando o principio de proporcionalidade, que resulta da doutrina do Tribunal Constitucional, sendo adecuada ao obxectivo pretendido, e non constando a posibilidade dunha medida menos gravosa ou lesiva para a consecución do obxectivo proposto. Así, a medida ordenada cuxa ratificación se pide persegue un fin constitucionalmente lexítimo, a súa adopción atópase amparada pola normativa, de rango legal, e é proporcionada

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

dado que é idónea e necesaria aos fins constitucionalmente lexítimos que se pretenden, sen implicar un sacrificio desmedido destes».

2.3 Denuncia de ausencia de equipos de protección individual (EPI) en centro sanitario público. Competencia da xurisdición social. Inexistencia de vía de feito e de lexitimación activa. Inadecuación de procedemento

O Xulgado do Contencioso-Administrativo núm. 1 de Pontevedra, no seu Auto do 15 de abril de 2020 (rec. 86/2020, relator: Cominges Cáceres), rexeita a solicitude de medidas preventivas urxentes cautelares ao proceso contencioso-administrativo solicitadas polo cónxuxe dunha enfermeira dun hospital público. O auto rexeita a solicitude por varias causas autónomas:

«I.- Con carácter xeral non é posible solicitar no proceso contencioso-administrativo a adopción de medidas cautelares autónomas, sen preito principal; isto é, sen que previa ou simultaneamente se interpuxese o recurso contencioso-administrativo propiamente dito (artigo 129.1 da Lei 29/1998, do 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa -LXCA-).

Só, como excepción, se permite tal posibilidade mediante a vía especial e restrinxida regulada no artigo 136 (LXCA). Precepto que se circunscribe aos “supostos dos arts. 29 e 30”. É dicir, á “inexecución de actos administrativos firmes” (art. 29 LXCA), ou ás “vías de feito” (art. 30 LXCA).

O actor manifesta no seu escrito de solicitude de medidas cautelares que o SERGAS incorreu en “vía de feito”, no contexto actual da epidemia de coronavirus -COVID-19-, ao habilitar a planta ----- do hospital ----- (Complexo Hospitalario de Pontevedra) para o internamento de infectados polo virus, a razón de dous enfermos por cuarto e sen os equipos de protección necesarios para o persoal sanitario. Considera que con iso se pon en grave risco de contaxio a D^a -----, auxiliar de enfermaría destinada nesa planta. Como conviven con ela no mesmo domicilio (é cónxuxe do actor e nai do neno -----), entende que con ese risco se está afectando ao seu dereito fundamental á integridade física (artigo 15 da Constitución). Tamén ao dereito fundamental á defensa letrada nos procesos xudiciais (artigo 24 da Constitución) porque se a súa esposa lle contaxia o COVID-19 verase imposibilitado para cumprir o seu labor de asesoramento e defensa xurídica aos seus clientes, nun momento singular en que é moi necesaria. (...).

[A solicitude debe rexeitarse:]

II.1.- En primeiro lugar, pola causa de inadmisión regulada nos artigos 69.c e 51.1.c) LXCA. O artigo 30 da mesma lei dispón moi claramente, para os supostos de “vía de feito”, que se o actor formula un requirimento previo na vía administrativa (potestativo), a Administración dispón do prazo de dez días para respondelo. Mentres tanto non pode interporse o recurso contencioso-administrativo (nin, consecuentemente, solicitarse medidas cautelares en vía xudicial) (...) o actor interpuxo a súa solicitude de medidas cautelares cando aínda non transcorrera o referido prazo de dez días desde a data de entrada

do requirimento previo no rexistro do SERGAS. Nin sequera a día de hoxe transcorreu o referido prazo.

II.2.– En segundo lugar, con toda evidencia a actuación denunciada polo actor non constitúe unha “vía de feito” propiamente dita.

Tal como acredita o SERGAS coa documentación unida ao seu escrito de alegacións, as decisións adoptadas sobre o destino e organización da PLANTA000 do HOSPITAL000 ante a crise do COVID-19 están motivadas e ditáronse no marco duns protocolos aprobados para o efecto pola Administración sanitaria. O actor poderá discrepar destes, pero non tachar esa decisión organizativa de “vía de feito”. A mesma conclusión se alcanza respecto da denuncia sobre a ausencia de medios materiais necesarios para a evitación do contaxio. Non se corresponde cunha “vía de feito” propiamente dita.

De maneira que, ao non se dirixir realmente esta acción xudicial fronte a unha “vía de feito” real, debe rexeitarse de plano por non se ter interposto previa ou simultaneamente o recurso contencioso-administrativo (preito principal).

II.3.– En terceiro lugar, conséntase tamén un defecto de falta de xurisdición. En puridade a denuncia do actor correspóndese coa materia de “prevención de riscos laborais”, cuxo coñecemento se lle atribúe á xurisdición social, con carácter exclusivo e excluínte, conforme dispón o artigo 2.e) da Lei tributaria 36/2011, do 10 de outubro (LRXS), mesmo cando os afectados son funcionarios.

Poden citarse neste sentido o Auto e a Sentenza da Sala do Social do Tribunal Supremo de datas respectivas 6 de abril de 2020 (rec. 2/2020) e 24 de xuño de 2019 (rec. 123/2018); o Auto da Sala do Social do Tribunal Superior de Xustiza de Cataluña do 5 de abril de 2020 (rec. 9/2020), ou a Sentenza da Sala do Social da Audiencia Nacional do 11 de setembro de 2019 (rec. 251/2017).

II.4.– En cuarto e último lugar, porque a pretensión do Sr. ----- pon tamén en evidencia a súa falta de lexitimación activa (artigo 19.1.a).

Realmente a súa acción diríxese a defender intereses alleos: a seguridade e saúde no traballo de terceiros que non son parte no proceso xudicial. É moi significativo que a principal afectada pola situación de risco laboral que denuncia, a súa propia esposa, non asinase a reclamación previa nin comparecese neste proceso como parte actora. Tampouco o fixo ningunha organización sindical dos empregados do hospital.

O seu interese no asunto é indirecto. Afecta directamente a un terceiro, o seu cónxuxe. Ela é a que tería que ter presentado esta acción xudicial.

É consolidada a xurisprudencia da Sala Terceira do Tribunal Supremo que rexeita a lexitimación en supostos similares a este, nos cales se promoven litixios para defender a terceiros que non impugnaron a resolución en cuestión (SS TS 28/06/2012 –casación 1917/2010–; 25/04/2012 –casación 6649/2009–; e 06/07/2009 –casación 3341/2008–, entre outras moitas)».

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

3 Medio ambiente e urbanismo

3.1 Nulidade de plan xeral por omisión de informe sectorial de telecomunicacións

A Sentenza da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo (TS) do 25 de maio de 2020 (rec. 3750/2018, relator: Herrero Pina) declara a nulidade total do Plan xeral de ordenación municipal de Boqueixón, aprobado definitivamente no ano 2015, por terse omitido durante a súa tramitación o informe preceptivo e vinculante da Administración do Estado en materia de telecomunicacións exixido no artigo 35.2 da Lei 9/2014, do 9 de maio, xeral de comunicacións.

O Alto Tribunal conclúe, en primeiro lugar, a obrigatoriedade do requisito formal a todos os instrumentos de planeamento xeral en trámite, aínda que fosen aprobados provisionalmente antes da entrada en vigor da norma. E, en segundo lugar, que a omisión do informe provoca a nulidade de todo o plan porque:

«(...) carece de todo sentido que poida entenderse aprobado definitivamente un plan xeral a excepción, como propugna a Administración recorrente, das determinacións en materia de telecomunicacións, e é que a incuestionable incidencia que a rede de telecomunicacións ten noutras esferas do planeamento, ata o punto de que algunhas destas poden verse condicionadas por aquela, impide considerar que os plans xerais se aproben definitivamente sen atoparse determinado o despregamento da dita rede.

Iso non significa que non se valore a alegación da parte no sentido de que a declaración de nulidade do PXOM debe ser proporcionada á incidencia negativa sobre este da infracción apreciada, senón que neste caso eses efectos negativos non poden acoutarse e reducirse a determinado contido do plan, ao que poida limitarse a declaración de nulidade, pois, contrariamente ás alegacións da parte e como se deduce do anteriormente exposto, as determinacións sobre redes públicas de comunicacións electrónicas constitúen un equipamento de carácter básico e a súa previsión nos instrumentos de planificación urbanística ten natureza estrutural, polo que inciden na configuración xeral do planeamento, que resulta afectada pola omisión do informe en cuestión, polo que a súa omisión determina a nulidade de plan».

3.2 Omisión de informe de impacto de xénero na tramitación dun plan xeral

O TSXG, na súa Sentenza do 11 de novembro de 2019 (rec. 4354/2017, relator: Díaz Casales, impugnada en casación: RC 1070/2020), desestima o recurso interposto contra a resolución da Xunta de Galicia de 2016 de aprobación definitiva do Plan xeral de ordenación municipal de Caldas de Reis. Sobre o argumento impugnatorio consistente na omisión durante a súa tramitación do “informe de impacto de xénero” conclúe o seguinte:

«(...) Neste caso tanto a Xunta de Galicia como o Concello de Caldas admiten que a aprobación do plan non veu precedida do informe previo sobre o impacto de xénero defendendo que non resulta exixible ao ser a norma neutra desde o punto de vista de impacto de xénero, polo que non resultaba exixible conforme o que dispón o art. 8 do Decreto legislativo 2/2015.

A resposta que debemos dar a esta cuestión vén enteiramente condicionada polo que resolveu o T.S. na St. do 10 de decembro de 2018 (ditada no recurso de casación 3781/2017) pola que casou a St. do TSX de Madrid na cal anulara o PXOM de Boadilla por carecer dese informe considerándoo a sala preceptivo por aplicación supletoria da Lei do Goberno que o exige en todos os casos de aprobación de disposicións xerais. Aínda que resulta sobradamente coñecido para as partes debemos transcribir parcialmente a St. do T.S.:

“DÉCIMO QUINTO: Consecuentemente e con independencia dos procedementos específicos de elaboración dos plans de urbanismo en cada unha das leis autonómicas, as cales poden ou non incorporar trámites específicos en materia de xénero, o certo é que o principio de igualdade de trato é un principio inspirador da nova concepción do desenvolvemento urbano, que exige unha ordenación axeitada e dirixida, entre outros fins, a lograr a igualdade efectiva entre homes e mulleres, isto é, non é necesario o sometemento do plan a un trámite específico para que esa perspectiva sexa tida en conta e para que, noutro caso, o citado plan poida ser impugnado e o control xudicial alcanzar os ditos extremos.

En definitiva, malia non ser exixible ao plan impugnado a incorporación do Informe de impacto de xénero, tal como sostén a sala de instancia, iso non é óbice para que poidan discutirse a través da impugnación do plan os aspectos concretos e específicos que poden incidir nunha ordenación de natureza discriminatoria. O que sucede é que, neste caso, ao ter quedado a análise na existencia ou non do citado informe, a cuestión de fondo non foi abordada, isto é, descoñecemos, porque non se puxeron de relevo, que aspectos concretos do plan poden resultar, a xuízo dos recorrentes, contrarios ao principio de igualdade de xénero, polo que o plan non pode ser obxecto dunha declaración xenérica de nulidade, con base na infracción dun trámite formal que, como razoamos, non lle era exixible.

DÉCIMO SEXTO: De acordo con todo o exposto consideramos que procede declarar como doutrina xurisprudencial que, aínda que a cláusula de aplicación supletoria do dereito estatal non permite soste a exixencia ás comunidades autónomas dun requisito, como é o informe de impacto de xénero, en materia de ordenación urbanística, que non figura previsto na súa propia lexislación, o principio de igualdade de trato é un principio inspirador da nova concepción do desenvolvemento urbano, que exige unha ordenación adecuada e dirixida, entre outros fins, a lograr a igualdade efectiva entre homes e mulleres, isto é, non é necesario o sometemento do plan a un trámite específico para que esa perspectiva sexa tida en conta e para que, noutro caso, o citado plan poida ser impugnado e o control xudicial alcanzar aos ditos extremos”.

Pois ben, con tan claro e razoado precedente, debemos concluír que neste caso ese informe non resultaba preceptivo ao non impor a lexislación autonómica en materia urbanística (que viña dada fundamentalmente polo art. 85 da LOUGA) solicitar o dito informe con carácter previo e preceptivo.

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

Neste caso o recorrente fundamentaba a demanda na exixibilidade do informe que, como vimos, por aplicación da lexislación autonómica neste caso non resulta de aplicación, o que determina a desestimación deste motivo de impugnación.

Non obstante, no escrito de conclusións, como fixo co anterior motivo, pretendeu concretar aspectos concretos que deberían determinar a nulidade do plan por falta de previsión nas súas determinacións do impacto de xénero, tales como a) a falta de consideración de que a atención á maternidade se sitúe fóra do Centro de Saúde, en concreto sinala que a matrona atende as mulleres na Escola Taller; b) falta de gardarías e centros de día; c) non se contempla a insuficiencia do centro de saúde para acoller a atención odontolóxica ou de fisioterapia; e d) non se prevén equipamentos específicos para as mulleres.

É evidente que o recorrente pretende aproveitar a doutrina sentada polo T.S. na referida sentenza para aducir consecuencias concretas da falta de previsión do impacto de xénero no plan que se aproba, o que, por un lado, supón un recoñecemento implícito de que o motivo formal aducido na demanda non pode ser acollido e, por outro, trata unha vez máis –xa o sinalamos no anterior fundamento– de perverter a finalidade do escrito de conclusións ao introducir motivos de impugnación que non esgrimiu na demanda, o que impide o art. 65 da LRXCA, polo que tamén este motivo de impugnación debe decaer».

3.3 Caducidade de licenzas urbanísticas

A Sentenza do TSXG do 28 de febreiro de 2020 (rec. 4130/2019, relator: Martínez Quintanar) analiza a institución da caducidade das licenzas urbanísticas, alcanzando unha conclusión contraria á súa aplicación automática cando se acreditan determinadas causas xustificativas do atraso na execución das obras ou actividades. Afirma así o tribunal que:

«(...) A demora no inicio e remate da obra, co conseguinte atraso respecto aos prazos establecidos na licenza, é unha realidade obxectiva que non se pon en cuestión. A controversia céntrase en se as causas alegadas pola mercantil e ponderadas pola sentenza como xustificativas do atraso, en canto alleas á vontade da mercantil titular da licenza, permiten excluír a aplicación do instituto da caducidade.

Neste contexto resulta oportuno lembrar a doutrina xurisprudencial sobre o instituto da caducidade, con transcripción parcial da Sentenza desta sala e sección do 15/05/2019, n. recurso 4367/2017, n. resolución 254/2019, na cal, con cita da TSX de Madrid n. recurso 1031/2017, se resume a dita doutrina. (...)

O fundamento da caducidade está no carácter temporal do dereito subxectivo de que se trate, temporalidade que vén determinada pola necesidade de non prexudicar os intereses doutras persoas. En consecuencia, o fundamento pola súa vez da posibilidade xurídica da caducidade das licenzas urbanísticas non está na presunción de abandono do dereito por parte do seu titular, no caso de non exercelo durante algún tempo, senón no interese xeral. A riqueza que supón o aproveitamento urbanístico determinado polo planeamento ten unha función social que cumprir: a materialización canto antes na edificación prevista polo plan, o cal dificultará a especulación, tal como se establece no art. 47 da Constitución española. Así mesmo, impedirase que a licenza outorgada se converta nun obstáculo (polo

menos económico, dada a posibilidade xurídica da súa revisión) para a futura modificación ou revisión do planeamento urbanístico. A licenza urbanística é un acto administrativo declarativo de dereitos e dise que ten carácter temporal porque, dada a súa función servizal do planeamento urbanístico, se as operacións autorizadas por aquela non se inician en determinado prazo ou se suspenden durante certo tempo, prodúcese a súa caducidade. Cesa a eficacia da licenza. Dado que o outorgamento da licenza urbanística determina a adquisición do dereito a edificar, a súa caducidade extingue tal dereito e o interesado non poderá iniciar ou continuar actividade ningunha ao abeiro da licenza caducada, agás autorización expresa para garantir a seguridade das persoas e bens, así como o valor da edificación xa realizada.

Foi o Tribunal Supremo quen a partir do estudo dos diversos casos foi extraendo principios xerais e perfilando unhas características que son substancialmente as que se plasmaron na nova lexislación, tanto estatal como territorial. De aí a importancia das sentenzas dos tribunais nesta materia. Partindo do exposto en relación coa función social da propiedade urbana, debe precisarse aínda que a licenza urbanística –como sinala a STS do 26.12.1990, RX 19900255– opera como un instrumento destinado a asegurar a eficacia do planeamento. Por iso a caducidade das licenzas tende a fortalecer a dita función: de nada serviría comprobar que a actuación proxectada se axusta á ordenación actual se a edificación se puidese realizar moitos anos máis tarde cando xa o planeamento que serviu de base para o outorgamento da licenza tivese sido reformado. A licenza é un acto declarativo de dereitos, pero non pode converterse nunha reserva para a aplicación futura dun vello plan; o transcurso do tempo, en relación co principio xeral da boa fe, debe operar deslindando o que son as consecuencias por un lado do carácter declarativo de dereitos da licenza e por outro da pretensión de obter unha reserva pro futuro da aplicabilidade dun plan antigo. En consecuencia, debe entenderse que pertence á esencia da licenza, como institución ao servizo da eficacia do planeamento e iso aínda que non exista normativa que preveña a viabilidade da caducidade: o ordenamento xurídico é algo máis –moito máis– que un conxunto de disposicións escritas, dado que se integra tamén e sobre todo polos principios e a normatividade inmanente na natureza das institucións –exposición de motivos da Lei xurisdiccional– e a caducidade é, como se viu, unha exixencia da normatividade propia da licenza. Non necesita así expresa previsión legal. A xurisprudencia que dá complemento ao ordenamento xurídico –art. 1.º do título preliminar do Código civil– admite plenamente esta figura: sentenzas do 18 de xullo e 3 de outubro 1986 (RX 1986518, RX 1986411) do 22 de marzo e 9 de xullo de 1988 (RX 1988244, RX 1988954), 30 de maio de 1990 (RX 1990292), etc.

Os criterios para a aplicación da caducidade. Segundo a xurisprudencia do Tribunal Supremo –STS do 28.5.1991 (RX 1991303)–: a) “Nunca opera de xeito automático” –Sentenza do 20 de maio de 1985 (RX 1985116)–, é dicir, “os seus efectos non se producen automaticamente polo simple transcurso do tempo, por requirir un acto formal declarativo (véxase o art. 35.2 do TR de 1992 e 158.2 da Lei 9/2001), adoptado tras os trámites previos necesarios” –Sentenza do 22 de xaneiro de 1986 (RX 198687)–; b) Para a súa declaración, pois, non basta a simple inactividade de titular –Sentenza do 4 de novembro de 1985 (RX 1985302)–, senón que será precisa unha ponderada valoración dos feitos, xa que non pode

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

producirse “ás costas das circunstancias concorrentes e da forma en que os acontecementos sucedan” –Sentenza do 10 de maio de 1985 (RX 1985754)–; c) Por consecuencia, “o instituto da caducidade de licenzas municipais debe acollerse con cautela” –Sentenza do 20 de maio de 1985– aplicándoo “cunha moderación acorde coa súa natureza e os seus fins” –Sentenza do 10 de maio de 1985– e cun “sentido estrito” –Sentenza do 2 de xaneiro de 1985 (RX 198598)–, e mesmo con “rigoroso criterio restritivo” –Sentenza do 10 de abril de 1985 (RX 1985859)–. En definitiva, ha de operar con criterios de “flexibilidade, moderación e restrición” –Sentenza do 10 de maio de 1985–. En igual sentido: sentenzas do 18 de xullo e 3 de outubro de 1986 (RX 1986518 e RX 1986411), 22 de marzo e 9 de xullo de 1988 (RX 1988244 e RX 1988954), 30 de maio e 2 de novembro de 1990 (RX 1990292 e RX 1990736), etc.; d) E, ademais, cómpre ter en conta que –STS de 30-5-1990– a presunción de legalidade do acto administrativo –art. 45.1 da Lei de procedemento administrativo– e hoxe art. 4º.1.e) da Lei reguladora das bases do réxime local 7/1985, do 2 de abril –despraza sobre o administrado a carga de accionar para evitar que se produza a figura do acto consentido– art. 40.a) da Lei xurisdiccional, pero non afecta á carga da proba que debe rexerse polas regras xerais –sentenzas do 22 de setembro de 1986 (RX 1986971), 27 de xuño de 1988 (RX 1988768), 13 de marzo de 1989 (RX 1989976), 19 de febreiro de 1990 (RX 1990322), etc.–. Tales regras, elaboradas por indución sobre a base do art. 1214 do Código civil, sinalan que cada parte debe probar os feitos que integran o suposto da norma cuxas consecuencias xurídicas invoca ao seu favor. Iso implica que é o concello o que debe probar o suposto de feito que desencadea como consecuencia xurídica a caducidade”. (...)

Neste caso debemos concordar coa sentenza de instancia en que non hai un abandono inxustificado da obra por parte do promotor, senón a concorrencia de circunstancias obxectivas, alleas á súa vontade, que se erixiron en obstáculos tanto para o inicio da obra como para a presentación do proxecto de execución. (...)

Resulta do expediente administrativo que o 26-6-2013 se presenta escrito polo que se solicita a suspensión dos prazos, alegando a imposibilidade material de poder executar a edificación, dado que un dos ocupantes do ámbito se nega a abandonalo, imposibilitando así a execución do colector que pasa por debaixo da propiedade (...) resulta desvirtuada a presunción de abandono da obra ou a alegación de total inactividade da promotora, máxime se se atende ao seu contido, no que se fai un relato de distintos feitos, actuacións e reunións mantidas co concello, expresivas tanto da vontade da promotora de executar o proxecto construtivo que obtivo licenza como das dificultades que se presentaron para a dita execución, relacionadas tanto coa necesidade de desprazamento do colector xeral como a de recuamento das liñas de media tensión (...)».

4 Persoal

4.1 Cesamento de funcionario interino. Inaplicabilidade analóxica do Estatuto dos traballadores. Improcedencia de indemnización de 20 días de salario por ano de servizo

O TS (Secc. 4ª), na súa Sentenza do 28 de maio de 2020 (rec. 5801/2017, relator: Fonseca-Herrero, Raimundo), estima a casación e revoga a sentenza dun xulgado contencioso-administrativo de Galicia que lle recoñecera a un funcionario interino correctamente destituído (sen concorrencia de fraude de lei) o dereito a percibir unha indemnización equivalente a 20 días de salario por ano de servizo na Administración, coas seguintes consideracións:

«(...) dada a identidade da situación da funcionaria interina afectada, debemos reparar na recente Sentenza do Pleno do TXUE do 22 de xaneiro de 2020, no recurso: C-177/18, que ten por obxecto unha petición de decisión prexudicial formulada, conforme o artigo 267 TFUE, polo Xulgado do Contencioso-Administrativo n. 14 de Madrid, mediante auto do 16 de febreiro de 2018.

Nesa sentenza, unha vez expostas e marcadas as diferenzas de réxime xurídico na lexislación española entre (i) o persoal laboral fixo e o de duración determinada, e (ii) o particular réxime xurídico do persoal funcionario, declara o seguinte:

1) A cláusula 4, apartado 1, do Acordo marco sobre o traballo de duración determinada, celebrado o 18 de marzo de 1999, que figura no anexo da Directiva 1999/70/CE do Consello, do 28 de xuño de 1999, relativa ao Acordo marco da CES, a UNICE e o CEEP sobre o traballo de duración determinada, debe interpretarse no sentido de que non se opón a unha normativa nacional que non prevé o aboamento de indemnización ningunha aos funcionarios interinos nin aos funcionarios de carreira cando se extingue a relación de servizo, mentres que prevé o aboamento dunha indemnización ao persoal laboral fixo cando finaliza o contrato de traballo por concorrer unha causa obxectiva.

2) Os artigos 151 e 153 TFUE e a cláusula 4, apartado 1, do Acordo marco sobre o traballo de duración determinada, que figura no anexo da Directiva 1999/70, deben interpretarse no sentido de que non se opoñen a unha normativa nacional que non prevé o aboamento de indemnización ningunha por cesamento aos funcionarios interinos, mentres que ao persoal laboral temporal se lle concede unha indemnización cando remata o contrato de traballo.

(...) Por todo iso a resposta que daremos á cuestión de interese casacional obxectivo admitida é que o cesamento dun funcionario interino, cunha única relación de servizos, non determina dereito a indemnización de 20 días de ano de traballo desempeñado previsto na lexislación laboral e non na lexislación funcional».

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

4.2 Compatibilidade da oferta de emprego público da Xunta de Galicia coa obriga de redución do emprego temporal. Transformación de prazas de laborais en funcionarios

A Sentenza do TSXG do 15 de maio de 2020 (rec. 72/2019, relator: Seoane Pesqueira) desestima o recurso interposto por un sindicato contra o Decreto 160/2018, do 13 de decembro, que aprobou a oferta de emprego público (OEP) do persoal funcionario e laboral da Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia para o ano 2018.

A sentenza rexeita en primeiro lugar a crítica da demanda fronte á falta de convocatoria de todas as prazas ocupadas por persoal interino, coas seguintes consideracións:

«(...) na OEP de 2018 inclúense medidas dirixidas a solucionar a temporalidade do persoal da Administración da Comunidade Autónoma de Galicia, e con iso dar cumprimento á Directiva 99/70/CE e xurisprudencia comunitaria que a interpreta, pois no anexo II do decreto impugnado recóllense as prazas que se ofertan relativas á estabilización do emprego temporal, e no anexo III deste inclúense as prazas que se ofertan de persoal laboral indefinido non fixo derivado de sentenzas xudiciais. A iso engádesse que a OEP de 2018 se enmarca, xunto coas que se aproben nos anos 2019 e 2020, nos acordos para alcanzar unha redución da temporalidade de ata un máximo do 8%, dentro dunha planificación de carácter plurianual, nos cales se inscriben a Resolución do 22 de marzo de 2018 da Secretaría Xeral de Función Pública pola que se publica o II Acordo Goberno-Sindicatos para a mellora do emprego público e as condicións de traballo, o Acordo do 18 de outubro de 2017 para o desenvolvemento dun plan de estabilidade no emprego dos servizos públicos, e a Orde do 15 de xaneiro de 2019 pola que se publica o Acordo de concertación do emprego público de Galicia. Ese é o horizonte temporal a tres anos en que se insire a OEP impugnada, polo que o seu axuizamento non pode realizarse de xeito autónomo.

Aínda é máis, na OEP de 2018 impugnada dáse cumprimento ao establecido no artigo 19.un.9 da Lei 6/2018, así como aos acordos sobre desenvolvemento da estabilidade no emprego dos servizos públicos, incluíndo unha taxa adicional para a estabilización do emprego temporal, incorporando prazas dos servizos de Administración e xerais que respondan a necesidades estruturais, estean dotadas orzamentariamente e ocupadas de forma temporal e ininterrompida nos tres anos anteriores ao 31 de decembro de 2017, debendo ser aprobadas e publicadas nos exercicios 2018 a 2020 as ofertas que articulen os ditos procesos de estabilización.

Así mesmo, para saír ao paso das queixas da recorrente acerca das OEP anteriores que non foron obxecto de convocatoria total ou parcial, hai que ter en conta que a disposición adicional do Decreto 160/2018 recolle a acumulación de prazas correspondentes á OEP dos anos anteriores ao establecer (...). Neste punto convén salientar que as restricións orzamentarias que fixeron inexecutables as anteriores OEP tiveron lugar no contexto da crise económica deses anos, e era precisamente a Unión Europea quen marcaba os obxectivos para a redución do déficit público, polo que non pode acollerse a alegación de vulneración do dereito comunitario para combater a OEP galega de 2018, coa que xa vimos que se afronta e trata de reducirse a temporalidade no emprego público.

O preámbulo da Lei orgánica 2/2012, do 27 de abril, de estabilidade orzamentaria e sustentabilidade financeira, explica perfectamente esa incidencia da política comunitaria, nos seguintes termos (...).

3. O sindicato demandante tamén alega a vulneración do artigo 10.4 do Real decreto legislativo 5/2015, do 30 de outubro, polo que se aproba o Texto refundido da Lei do Estatuto básico do empregado público, e a contradición entre as limitacións á reposición de efectivos e ese precepto.

O artigo 10.4 do RDL 5/2015 dispón:

“No suposto previsto na letra a) do apartado 1 deste artigo, as prazas vacantes desempañadas por funcionarios interinos deberán incluírse na oferta de emprego correspondente ao exercicio en que se produce o seu nomeamento e, se non fose posible, na seguinte, salvo que se decida a súa amortización”.

Neste punto convén recordar a moderna xurisprudencia interpretativa do dito precepto que relega a aplicación do artigo 10.4 do EBEP cando unha norma orzamentaria impide que se leve a cabo nos seus estritos termos.

En efecto, a moderna xurisprudencia, plasmada nas sentenzas da Sala 3ª do Tribunal Supremo do 20 de novembro de 2013 (recurso de casación 44/2013) e 2 de decembro de 2015 (RC 401/2014), declarou que, se o poder legislativo decidiu establecer unha determinada taxa de reposición de emprego público, para o período de vixencia dunha norma legal, iso debemos observar, de modo que se a Lei de orzamentos xerais do Estado prohibe que ao longo da anualidade a que se refire se proceda á incorporación no sector público de novo persoal, excepto nos sectores que indica e ata unha determinada porcentaxe da taxa de reposición, durante ese exercicio non opera o mandato contido no artigo 10.4 do Real decreto legislativo 5/2015, do 30 de outubro, polo que se aproba o Texto refundido da Lei do Estatuto básico do empregado público, polo que non pode entenderse infrinxido este último precepto.

En definitiva, tal como lembra a Sentenza da Sala 3ª do Tribunal Supremo do 2/12/2015, a Lei de orzamentos do Estado para cada exercicio vén considerándose por parte do Tribunal Constitucional como un instrumento idóneo para limitar a oferta de emprego público como medida de política económica, e nese sentido cita a Sentenza 178/2006, do 6 de xuño (...). No mesmo sentido pronunciouse, máis modernamente, a STS do 25 de setembro de 2017 (recurso de casación 363/2016) (...).

4. Polo tanto, hai que acudir á normativa estatal para comprobar o axuste da normativa autonómica impugnada á citada estatal orzamentaria.

O relativo ao cálculo de reposición de efectivos para o ano 2018 contense no artigo 19.un.7 da Lei 6/2018, que ten carácter básico, dítase ao abeiro dos artigos 149.1.13ª e 156.1 da Constitución (...). O preámbulo do Decreto impugnado 160/1918 explica o modo en que se calculou a taxa de reposición en Galicia na OEP de 2018 ao dicir que “Para determinar a taxa de reposición das prazas de acceso libre se tivo en conta o número de xubilacións, falecementos, renuncias, excedencias, baixas definitivas, altas e baixas producidas polos concursos de traslados a outras administracións e reingresos producidos durante o ano 2017”.

Para especificar cada unha das ditas situacións consta no folio 102 do expediente administrativo o cadro que as detalla, do que se deduce que non se teñen en conta as prazas de persoal laboral indefinido non fixo derivado de sentenzas xudiciais, que se conteñen no anexo III da propia OEP de 2018, dedicado ao proceso de consolidación de persoal indefinido non fixo.

O contraste entre un e outro cálculo da taxa de reposición pon de relevo a adecuación da OEP de 2018 á normativa orzamentaria estatal á cal debe axustarse. (...)

A sentenza desestima tamén os motivos do recurso presentado contra a conversión de prazas de traballadores laborais en funcionariais, con estas consideracións:

«(...) a potestade de autoorganización da Administración permite a transformación de prazas laborais en funcionariais a través do correspondente proceso de funcionarización regulado na disposición transitoria 2ª do RDL 5/2015. (...) Expón a demandante que na OEP impugnada a maioría, en concreto 1.448, das prazas de estabilización e consolidación (salvo 270 de persoal laboral no anexo II) se ofertan como funcionariais nos anexos II e III, o cal significa que o persoal laboral que as ocupe, aproximadamente 1.778 prazas, debe ser destituído (...)

A argumentación do demandante choca frontalmente co disposto no artigo 28.2 da Lei 2/2015, do 29 de abril, do emprego público de Galicia, que prevé expresamente a posibilidade de que se creen, nas relacións de postos de traballo, postos derivados de sentenzas xudiciais firmes que recoñezan situacións laborais de carácter indefinido, cando a persoa afectada non poida ser adscrita a un posto vacante, incluíndose nas RPT como postos de persoal funcionario ou, excepcionalmente, de persoal laboral cando a natureza das súas funcións así o requira (...). No mesmo sentido, a Sentenza do 6 de xullo de 2018 (recurso de duplicación 1299/2018) da Sala do Social do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, invocando precedentes nas sentenzas do 24 de marzo e 18 de decembro de 2014, e 24 de febreiro e 11 de marzo de 2015 da mesma sala, declarou expresamente que é perfectamente posible adscribir a persoal laboral indefinido non fixo a praza de funcionario (...). Ao anterior cabe engadir que é excepcional a configuración das prazas de persoal laboral, pois a regra xeral é que os postos na Administración pública estean desempeñados por persoal funcionario, establecéndose no artigo 26.3 da Lei galega 2/2015 que postos poden ser desempeñados por persoal laboral (...). Nese sentido non é libre a Administración para configurar os postos na RPT como de persoal funcionario ou laboral, e tampouco as prazas na OEP. (...)

Ao proceso de funcionarización dedícase o artigo 4 do Decreto 160/2018, baixo a epígrafe de “Promoción interna para o persoal laboral fixo: proceso de funcionarización”, co seguinte contido:

“O persoal laboral fixo da Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia cuxa praza vai ser obxecto dun proceso de funcionarización poderá participar nun proceso selectivo de promoción interna para as prazas que figuran no anexo V deste decreto, polo sistema de concurso-oposición, de forma independente dos de libre concorrencia, sempre que, no momento da entrada en vigor da Lei 7/2007, do 12 de abril, do Estatuto básico do empregado público, estivese a realizar funcións ou desempeñase postos de traballo de persoal funcionario, ou pasase a realizar esas funcións ou a desempeñar os ditos postos en

virtude de probas de selección ou promoción interna convocadas antes da data sinalada, sempre que posúa a titulación necesaria e reúna os restantes requisitos exixidos, nos termos sinalados na disposición transitoria primeira da Lei 2/2015, do 29 de abril, do emprego público de Galicia, e na disposición transitoria segunda do Real decreto lexislativo 5/2015, do 30 de outubro.

Ao persoal laboral fixo que, a consecuencia deste proceso, adquira a condición de funcionario de carreira adxudicáraselle destino definitivo, de carácter funcional, no mesmo posto que viña desempeñando con carácter definitivo”.

Polo tanto, no dito precepto contéplase unha oferta de prazas de promoción interna para persoal que xa superou un proceso selectivo, e por iso xa é laboral fixo, no cal, ademais, concorran os requisitos que se explicitan na OEP e na normativa que desenvolve, que é a disposición transitoria 1ª da Lei 2/2015 e na transitoria 2ª do RDL 5/2015. Os devanditos requisitos son que no momento da entrada en vigor da Lei 7/2007, do 12 de abril, estivese a realizar funcións ou desempeñase postos de traballo de persoal funcionario, ou pasase a realizar esas funcións ou a desempeñar os ditos postos en virtude de probas de selección ou promoción interna convocadas antes da data sinalada, sempre que reúna a titulación necesaria e os requisitos exixidos. De feito, no apartado terceiro da dita disposición transitoria 1ª da Lei galega 2/2015 prevese que para estes efectos se valorarán como mérito os servizos efectivos prestados como persoal laboral fixo e as probas selectivas superadas para acceder a esta condición.

É evidente que existe unha xustificación obxectiva e razoable para a exclusión dese proceso de funcionarización do persoal laboral indefinido non fixo, pois o contrario suporía que se lle permitise o acceso á función pública a quen non superou un proceso selectivo, significando a infracción dos principios de mérito e capacidade, recollidos nos artigos 23.2 e 103.3 da Constitución española. Polo tanto, nunca cabería unha interpretación máis favorable á efectividade do dereito fundamental, xa que a que se propugna é manifestamente contraria ao dereito previsto no artigo 23.2 da Constitución española. En consecuencia, non existe base para formular cuestión de inconstitucionalidade, e, pola contra, se se seguise a tese que sostén o actor vulneraríase a Carta Magna».

5 Proceso contencioso-administrativo

5.1 A presentación do escrito inicial de interposición do recurso contencioso interrompe o prazo establecido para recorrer, aínda que presente defectos formais

O TS, Secc. 5ª, nas súas sentenzas do 13 e 27 de maio e 2 de xuño de 2020 (recs. 4715/2017, 4743/2017, 687/2019 e 3927/2019, relatores: Menéndez Pérez e Borrego Borrego), revoga as do TSXG (Secc. 3ª) que rexeitaran varios recursos contencioso-administrativos porque os defectos formais do seu escrito inicial de interposición (ausencia de poder de representación do procurador) se emendaron cando xa transcorrera

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

o prazo de dous meses desde a notificación do acto impugnado. Nelas o Alto Tribunal establece a seguinte doutrina xurisprudencial:

«Non cabe declarar a inadmisión dun recurso contencioso-administrativo en que o/a procurador/a non acompañe co escrito que o inicie o poder para preitos ou a designación apud acta que acreditarían a súa representación, mesmo aínda que estes non se tivesen outorgado aínda, se o fai dentro do prazo de dez días desde que foi requirido/a para iso e aínda que ao achegar un ou outra tivese finalizado o prazo hábil para a interposición daquel recurso».

5.2 Lexitimación de asociación ecoloxista para exixir a declaración de caducidade de concesións en dominio público marítimo-terrestre

A Sentenza da Sala do Contencioso-Administrativo da Audiencia Nacional do 16 de xaneiro de 2020 (rec. 373/2016, relator: Buisán García) recoñécelle á Asociación pola Defensa da Ría de Pontevedra lexitimación activa para reclamar a declaración de caducidade da concesión sobre o dominio público marítimo-terrestre dunha industria papeleira, con estes argumentos:

«(...) o artigo 109 da Lei de costas, que reproduce o artigo 202 do seu regulamento, aprobado polo Real decreto 1471/1989, do 1 de decembro, recoñece acción pública para exixir ante os órganos administrativos e os tribunais a observancia do establecido nesa lei e nas disposicións que se diten para o seu desenvolvemento e aplicación. Esta acción que ten por obxecto a salvagarda dos preceptos da lei e as súas disposicións de desenvolvemento, pode exercerse calquera que sexan os efectos producidos sobre o dominio público e constitúe un instrumento idóneo para evitar a infracción do ordenamento xurídico en materia de dominio público, razón pola que o apartado segundo do precepto distingue a infracción sancionable do dito ordenamento daqueles supostos en que o feito denunciado non sexa materia de expediente sancionador. De xeito que contempla tanto as infraccións normativas sancionables como as non sancionables, tal como recoñece expresamente a STS do 9 de xuño de 2004, rec. 875/2002, e corrobórase pola Sentenza do 26 de novembro de 2008, rec. 5875/2004, que cita outros precedentes.

Neste suposto, ademais, a dita lexitimación activa da Asociación Salvemos Pontevedra foi xa formulada e resolta, en sentido favorable, no recurso contencioso que esta interpuxo fronte á desestimación presunta da ministra de Medio Ambiente, recurso que foi estimado en parte pola Sentenza desta sala e sección do 19 de maio de 2011 (rec. 823/2010), tal como se indica no antecedente 8) do fundamento de dereito primeiro da presente resolución.

Lexitimación activa que, en calquera caso, foi xa admitida por esta sala e sección noutros supostos en que determinadas asociacións ecoloxistas impugnaron resolucións sobre concesións administrativas sobre dominio público marítimo terrestre concedidas a terceiros, así nas SSAN do 27/06/2006, rec. 1134/2002 e do 22/05/2013, rec. 830/2009».

6 Responsabilidade patrimonial

6.1 Pola anulación xudicial de licenza urbanística. Determinación do dano moral

A Sentenza do TSXG do 21 de abril de 2020 (rec. 4362/2018, relator: Martínez Quintanar) resolve varias das interrogantes que máis habitualmente se formulan nas reclamacións indemnizatorias fronte a administracións locais pola anulación xudicial de licenzas urbanísticas.

O dito tribunal, en Sentenza do 19 de outubro de 2006 (rec. 4093/2004), anulara a licenza de obras outorgada por un concello para a construción dunha vivenda unifamiliar en solo que se considerou rústico de especial protección. No posterior incidente de execución forzosa ordenouse a demolición total da edificación. O seu titular solicitou o pagamento dunha indemnización de 580.000 euros pola vía da responsabilidade patrimonial. O Concello recoñeceu só 4.000 euros en vía administrativa, co argumento, entre outros, de que o dano non era efectivo ao non se ter demolido aínda a vivenda. A sentenza de instancia só incrementou esa indemnización nunha pequena cantidade, polos gastos correspondentes aos honorarios de arquitecto e aparellador, máis os do letrado que interveu no proceso xudicial. Nesta Sentenza do 21 de abril de 2020 o TSXG estima en parte o recurso de apelación do actor e incrementa a indemnización, coas seguintes conclusións de interese:

- Respecto da “efectividade do dano”, resulta que: «(...) *tras a sentenza de instancia executouse a demolición da construción a que se refería a licenza anulada (...), [polo que] é procedente tomar en consideración esta nova situación de feito e, en función desta, debemos considerar que o dano reclamado en canto ao custo da construción e de demolición deixou de ser meramente potencial, futuro ou hipotético e pasou a ser efectivo, polo que estamos en posición de vulgar sobre a indemnización deste*».

- Non obstante, a Sala desestima a indemnización reclamada polo “*valor da construción*” (325.000 euros), ao non ter demostrado o recorrente a súa correspondencia co custo efectivo de execución por el desembolsado (o orzamento do proxecto técnico autorizado pola licenza era de só 35.000 euros). Trátase dun concepto «*de sinxela acreditación mediante facturas correspondentes ás certificacións da obra realmente executada conforme a licenza anulada, que non son o soporte probatorio da reclamación. A mera referencia polo perito da actora a que a súa valoración se baseou na tipoloxía e características construtivas por el apreciadas non permite concluír de modo certo que esa valoración económica estimada do metro cadrado construído responda a bases obxectivas e verificables*». Considera por outra parte improcedente indemnizar elementos construtivos executados á marxe do proxecto autorizado pola licenza anulada (plantas de soto e baixo cuberta, piscina, etc.). Si lle recoñece, pola contra, o dereito a resarcirse polo custo efectivo das obras de «*demolición correspondente ás partes da edificación reflectidas no proxecto que obtivo licenza, e non doutros elementos aos licenciados*».

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

- No referente ao “demérito no valor da parcela pola perda da condición de edificable de uso residencial”, afirma o tribunal que: «Non procede indemnización ningunha por este concepto, xa que non hai privación a posteriori do carácter edificable a partir da sentenza anulatoria da licenza: non hai cambio na clasificación urbanística, senón a mera constatación de que por aplicación do planeamento non concurría esa condición de edificable para uso residencial xa desde a orixe, non a consecuencia da anulación da licenza, sendo precisamente esa condición previa a que determinaba a procedencia desa anulación».

- O TSXG si lle reconece ao demandante o dereito a percibir a suma de 10.000 euros por “dano moral”, con este razoamento:

«Trátase de efectuar unha valoración dos prexuízos de índole non estritamente patrimonial, que non pode restrinxirse en todo caso á acreditación médica dunha patoloxía psíquica ou psiquiátrica concreta, podéndose tomar en consideración afeccións como a incerteza e a angustia xerados por todo o proceso de anulación da licenza de obras que se outorgou no ano 2001, que non concluíu ata que a sentenza desta sala no ano 2006 revogou a sentenza de instancia decretando a dita anulación como consecuencia da estimación do recurso interposto pola Xunta de Galicia. Este proceso levou consigo a privación dun ben material empregado como residencia da recorrente para o desenvolvemento da súa vida persoal, e a pena emocional que comportou, e que non pon en dúbida a sentenza, é susceptible de ser incardinada no concepto de dano moral indemnizable a cargo da Administración que outorgou de forma indebida a licenza. Iso é así sobre todo en casos como o presente en que, pola inadecuada formulación da petición en materia de danos patrimoniais, e a insuficiencia probatoria, non se pode conceder cantidade ningunha polo dano estritamente patrimonial derivado da perda da construción realizada, por non considerar que as cantidades e conceptos reclamados se correspondan cun dano efectivo relativo ao custo de execución efectivamente soportado (que non se probou).

Tendo en conta que tan só se lle compensan á recorrente algúns gastos relativos a taxas por licenza, ICIO, acta de liña e rasante, honorarios de redacción de proxecto e dirección de obra, gastos procesuais de defensa xurídica, e nesta sentenza o custo de demolición, debe considerarse procedente reconecer unha cantidade determinada polo dano moral inherente á frustración das expectativas –indebidamente xeradas– de uso residencial da parcela. (...).

Neste caso non se proba que se produza a privación do lugar que constituía principal domicilio ou a vivenda habitual, e ademais a construción executada tampouco se acomodou á licenza concedida e despois anulada, existindo importantes partes da obra non amparadas en ningunha licenza.

Neste contexto, e á falta de probas específicas que acheguen información concreta sobre o xeito en que a demandante resultou afectada pola anulación da licenza desde un punto de vista psiquiátrico, psíquico, moral ou emocional, e por non existiren indicios de patoloxías nese sentido, nin tampouco dun estado emocional do que puidesen dar conta testemuñas, atopámonos ante a mera pena emocional inherente ao proceso de anulación da licenza, ao tempo transcorrido e á concreción ulterior da súa obriga de demoler o construído, en

parte con amparo nunha licenza que lle xerou a expectativa de uso residencial da parcela da que despois se viu privada a demandante.

Por todo iso si podemos considerar procedente a indemnización do dano moral, pero non na cifra reclamada, senón no importe que prudencialmente, e atendendo ás particulares circunstancias concorrentes que deixamos expostas, valoramos nunha cifra de 10.000 euros, como compensatoria do dano moral xerado pola actuación administrativa e imputable a esta, sen que poida alcanzar un importe superior por non se lle ter privado do domicilio habitual, por non probar unha intensidade determinada na afección moral, e por ter coaduvado a recorrente ao dano cunha conduta ilícita ao construír unidades de obra á marxe da licenza».

7 Tributos

7.1 Imposto de bens inmobles. Procedemento de modificación de ordenanza fiscal municipal. Exencións. Centros sanitarios explotados por concesionarios de obra pública

O TSXG (Secc. 4ª), nas súas sentenzas do 14 de febreiro e 20 de maio de 2020 (recs. 15113/2019 e 15114/2019, relatores: Núñez Fiaño e Selles Ferreiro), desestima os recursos interpostos pola Xunta de Galicia e pola concesionaria que explota o hospital de titularidade pública Álvaro Cunqueiro contra unha modificación da ordenanza fiscal do Concello de Vigo reguladora do imposto de bens inmobles (IBI), modificación que lle deu nova redacción á exención do imposto (logo de solicitude) respecto dos centros sanitarios públicos, nestes termos:

«En aplicación do artigo 62.3 do TRLRFL, os centros de saúde en que a condición legal do obrigado ao pagamento do imposto, segundo a prelación establecida no artigo 61 do citado TRLRFL, recaía sobre o SERGAS e se cumpran as restantes circunstancias descritas neste apartado.

... Considéranse, para os efectos desta ordenanza, centros de saúde aqueles bens inmobles en que, conforme o disposto no RD 1277/2003, do 10 de outubro, o SERGAS desenvolva “Atención Primaria de saúde a cargo do persoal funcionario ou estatutario da Administración pública...”».

Na práctica, a modificación leva consigo a inaplicación da exención do IBI ao referido hospital público vigués, explotado pola concesionaria que o construíu.

A sala rexeita en primeiro termo os motivos impugnatorios de carácter formal esgrimidos polos recorrentes. Considera que a modificación da ordenanza dispón da motivación mínima de impacto económico exixida no artigo 129.7 Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común (LPAC). Tamén que non debía someterse ao trámite de “consulta previa” establecida no artigo 133 da mesma lei, ao tratarse só da modificación puntual dunha ordenanza fiscal aprobada con anterioridade.

Sobre o fondo do asunto conclúe o seguinte:

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

«(...) O artigo 62.5 TRLFL establece que: “As ordenanzas fiscais poderán regular unha exención a favor dos bens de que sexan titulares os centros sanitarios de titularidade pública, sempre que estean directamente afectados ao cumprimento dos fins específicos dos referidos centros. A regulación dos restantes aspectos substantivos e formais desta exención establecerase na ordenanza fiscal”.

O Concello de Vigo entende que dentro destes aspectos substantivos e formais se encadra tanto o carácter rogado ou non da exención, como a limitación dos beneficiarios.

O primeiro que debemos salientar é que o citado art. 62.3 TRLFL non prevé para ese tipo de bens unha exención obrigatoria, senón facultativa, xa que a inclúe con referencia á súa previsión nas propias ordenanzas fiscais reguladoras do IBI. O lexislador utiliza a expresión “poderán regular”, polo que esta exención non vén imposta pola lei, senón que, simplemente, se contempla a súa existencia, conferíndolle a cada concello a potestade de establecela no marco da súa autonomía local. É certo, polo tanto, que a exención só existe porque o Concello de Vigo optou (calquera que fose a motivación concreta) por establecela na Ordenanza fiscal do IBI. Non obstante, tal potestade debe exercerse con respecto ás previsións legais do TRLFL, como lembra o TS na Sentenza do 19 de maio de 2014.

E, chegados a este punto, o que debemos resolver é o alcance de tales previsións, para o cal convén precisar que sobre o inmovible en cuestión concorren dúas titularidades con acceso ao catastro: a da sociedade actora que é titular dun dereito de concesión sobre o inmovible, como adxudicataria do contrato de concesión de obra pública para a construción e explotación de determinados servizos non clínicos, de carácter accesorio respecto ao servizo público sanitario ao que está adscrita a sociedade concesionaria Novo Hospital de Vigo, e a do SERGAS, propietario do 100% do inmovible.

Sucede que, conforme o artigo 61.2 do TRLFL, a realización do feito imponible pola titularidade da concesión que lle corresponde á demandante determina a non suxeición do inmovible ás restantes modalidades de realización do feito imponible, en concreto, a do apartado 1.e), dereito de propiedade que é a titularidade que posúe o SERGAS. Sacando a colación o manifestado na sentenza desta sala, ditada no recurso de apelación 15011/2018, recordaremos que o TRLFL habilita a corporación local para o establecemento da exención que se prevé para os bens de que sexan titulares os centros sanitarios de titularidade pública, sempre que estean directamente afectados ao cumprimento dos fins específicos dos referidos centros. Configúrase pois no texto legal como unha exención obxectiva, ben que suxeita a requisitos subxectivos (deben ser titulares de tales bens os centros sanitarios de titularidade pública) e finalistas (afección ao servizo), remitíndose á OF para a regulación dos restantes aspectos substantivos e formais, dentro dos que se atopa o carácter rogado ou automático de exención. No texto inicial da OF o Concello de Vigo no exercicio de tal potestade limitou a exención aos centros sanitarios de titularidade do SERGAS e, temporalmente, os construídos a partir do 1/1/2007.

Con esta redacción, a sala entendeu que a OF regulaba a exención sen exixir que o centro sanitario de titularidade pública, ademais de titular do inmovible, fose suxeito pasivo do imposto.

Este requisito si se establece na modificación impugnada, limitando ademais os centros sanitarios aos de atención primaria de saúde a cargo do persoal funcionario ou estatutario da Administración pública.

A controversia céntrase agora en determinar se tales limitacións atopan amparo na habilitación legal do concello para a regulación dos “restantes requisitos substantivos e formais”.

As sentenzas que se citan en apoio da tese da Administración local refírense a exencións subxectivas ou bonificacións, pero resultan perfectamente aplicables á exención controvertida en canto ao alcance da habilitación legal. E é que os requisitos que exige o TRLFL para establecer a exención (a favor de inmobles de que sexan titulares centros sanitarios de titularidade pública e afectos ao servizo sanitario) limitan a autonomía local que ha de asumir na regulación da exención tales requisitos, o cal non obsta ao establecemento doutros que acouten o ámbito de aplicación a inmobles que, ademais de cumpriren as exixencias legais, satisfagan as previstas na OF. É dicir, que a previsión polo TRLFL daqueles requisitos non supón que, de establecer na OF a exención, o concello deba facelo a favor de todos os inmobles que de que sexan titulares centros sanitarios de titularidade pública e afectos ao servizo sanitario, pois, de ser así, non tería sentido a habilitación legal para a regulación dos restantes requisitos substantivos e formais, entre os que se atopan, polo tanto, non só o carácter rogado ou automático da exención, senón tamén as limitacións introducidas na modificación impugnada: que o SERGAS ademais de ser titular do inmovible afecto ao servizo sanitario de atención primaria teña a condición de suxeito pasivo do IBI.

En consecuencia, procede desestimar o recurso sen prexuízo de que as consecuencias que, se é o caso, deriven do incumprimento do convenio marco sexan depuradas pola interesada acudindo á vía pertinente».

7.2 **Taxas imputables aos concellos por ocupación do dominio público portuario con vías de uso xeral**

As sentenzas do TS do 19 de maio de 2020 (recs. 2822/2017 e 2829/2017, relator: Maurandi Guillén) ratifican a procedencia da taxa liquidada por un porto de interese xeral a un concello polo uso do dominio público estatal consistente na circulación do tráfico xeral de vehículos por vías en solo pertencente á Administración portuaria, coas seguintes conclusións:

«(...) O concello non xustificou que se producise ningunha modalidade de desafectación ou mutación demanial, seguindo as vías legalmente establecidas para iso, pola cal o terreo de que se vén falando deixase de ser dominio público portuario estatal para pasar a converterse en ben de dominio público municipal. (...)

1. – As taxas, segundo a definición que delas efectúan os artigos 2.2.a) da Lei 58/2003, do 17 de decembro, xeral tributaria, art. 2 (06/03/2011) e art. 6 (01/07/2004) da Lei 8/1989, do 13 de abril, de taxas e prezos públicos son, en primeiro lugar, unha clase de tributo; e, en segundo lugar, teñen como elemento diferenciador, en relación con outros tributos, o feito imponible, que está constituído pola utilización privativa ou o aproveitamento especial do dominio público, ou pola prestación de servizos ou a realización de actividades

en réxime de dereito público que se refiran, afecten ou beneficien de modo particular o obrigado tributario.

Estas dúas notas que acaban de expresarse xa permiten estas dúas primeiras declaracións sobre as taxas: (i) a operatividade nelas do principio de capacidade económica, ao estar proclamado polo artigo 31.1 CE para a totalidade do sistema tributario; e (ii) exixen necesariamente para a súa devindicación ese elemento fáctico que as singulariza fronte a outras figuras tributarias, constituído ben por un uso privativo ou especial de bens demaniais, ben por unha actividade administrativa, referidos un ou outro feito ao obrigado tributario.

E esta segunda declaración debe completarse sinalando que para a devindicación da taxa non basta con ponderar unha situación de capacidade económica no obrigado, pois se, por parte deste, non concorre o feito dun uso demanial, ou o da súa afectación por unha actividade administrativa, tampouco hai taxa; sendo isto último o que levou a que lle fose atribuído un carácter bilateral á relación tributaria que xera a taxa e tamén se destacase que o presuposto de feito desta figura, a diferenza do correspondente ao imposto, non presenta unha estrutura contributiva.

2. – O beneficiario da utilización privativa do dominio público que ha de resultar gravado coa taxa pode ser unha persoa particular ou un ente público diferente daqueloutro que posúa a titularidade sobre o ben demanial cuxa utilización privativa resulta gravada; isto é, ese beneficiario pode ser un ente público que careza de toda competencia ou dispoñibilidade sobre o uso do dito ben demanial.

3. – O que se acaba de afirmar supón que, nos casos en que se está ante un ben do dominio público portuario estatal, e o concello onde tal ben se atopa quere adquirir a dispoñibilidade da súa utilización para destinar ese ben a calquera uso que conveña aos intereses públicos cuxa atención é competencia do municipio, o dito ente local terá que obter esa dispoñibilidade da Autoridade Portuaria a través do correspondente título concesional; e terá que facer efectiva a esa Autoridade Portuaria a contraprestación normativamente prevista para a utilización así obtida do ben do demanio portuario estatal.

4. – O anterior, visto desde a perspectiva da utilización privativa que constitúe o feito imponible dunha taxa portuaria, significa o seguinte: que haberá utilización privativa, gravable mediante esa específica clase de taxa, sempre que o ente público titular do ben demanial portuario quede privado de toda posibilidade de uso do dito ben por ter sido outorgado a unha persoa ou ente distinto; e sendo indiferente a aplicación ou destino a que dedique o ben demanial portuario esoutro ente público, distinto da autoridade portuaria, que obtivese desta a dispoñibilidade do uso a través da correspondente concesión.

5. – A obriga do pagamento da taxa deberá manterse mentres os terreos cuxa utilización é obxecto dese gravame conserven o seu carácter de dominio público portuario estatal, e ata que se convertan en bens do dominio público local a través das vías legalmente previstas para esta mutación.

6. – Na situación que acaba de describirse si hai unha manifestación de riqueza cuxo gravame resulta compatible co principio constitucional de capacidade económica do artigo 31 CE; pois a posibilidade de uso do ben do demanio portuario estatal, que ao concello lle outorga a autoridade portuaria, é unha magnitude economicamente avaliabile que significa para o devandito ente local unha vantaxe desa natureza».

8 Turismo

8.1 Ordenación de apartamentos turísticos. Límites temporais. Prohibición de cesión por cuartos

O TS (Secc. 3ª), na súa Sentenza do 1 de xuño de 2020 (rec. 4124/2018, relator: Espín Templado), confirma en casación a Sentenza do TSXG desestimatoria dos recursos interpostos pola Comisión Nacional dos Mercados e a Competencia e a Administración xeral do Estado contra determinadas restricións establecidas no Decreto da Xunta de Galicia 12/2017, do 26 de xaneiro, polo que se establece a ordenación de apartamentos turísticos, vivendas turísticas e vivendas de uso turístico na Comunidade Autónoma de Galicia.

O Alto Tribunal ratifica a procedencia da limitación temporal do aloxamento turístico a un máximo de tres meses exixida no artigo 9.1 do decreto impugnado, considerando que:

«(...) debe ser interpretada non como unha prohibición propiamente tal, senón como un límite para os arrendamentos turísticos regulados no decreto. A consecuencia, polo tanto, é que un arrendamento por tempo superior de apartamentos ou vivendas turísticas quedaría fóra da regulación que examinamos, sen que resulte pertinente neste punto pronunciarse sobre o réxime xurídico preciso que lle sería aplicable a semellante arrendamento. A similar conclusión chegamos tamén na nosa Sentenza do 20 de setembro de 2019 (RC 2861/2018, deliberado conxuntamente con este) relativa ao réxime das vivendas turísticas en Castela e León (...) a prestación do servizo de hospedaxe debe ter carácter temporal, de modo que a fixación do límite de duración (...), pola súa propia natureza, non pode considerarse como unha restrición ilexítima ao exercicio da actividade, e, por iso, non require unha xustificación específica de obedecer a razóns imperiosas de interese xeral».

Desestima así mesmo o argumento impugnatorio dirixido fronte á prohibición de cesión por cuartos (artigos 4.2 e 5.1) –nó gordiano do litixio– co seguinte razoamento:

«(...) a protección dos usuarios turísticos e a garantía e a sustentabilidade dunha actividade turística de calidade poden considerarse unha xustificación de interese xeral que ampare determinadas restricións contidas na ordenación do turismo efectuada pola lei. Entre elas, a de que a oferta de vivendas turísticas e de uso turístico teñan que alugarse na súa totalidade, tendo en conta que a posibilidade de alugar cuartos sós existe na ordenación de Galicia tanto nas modalidades tradicionais de aloxamento (hoteis, pensións e similares) como –o que é máis relevante na perspectiva desde a que se realiza este exame– en alugueiros particulares fóra da normativa turística. Así pois, nun ámbito circunscrito dese xeito a unha soa modalidade de alugueiro e coa finalidade de que esta poida manter unha maior calidade e protección dos usuarios, a exclusión do alugueiro por cuartos pode considerarse unha regulación admisible e proporcionada desde a perspectiva da Lei de garantía da unidade de mercado e da Directiva de servizos.

Queda só destacar que esta conclusión, aparentemente oposta á que chegamos no caso de Canarias, é consecuencia das diferentes circunstancias en que xurdiron os dous supostos.

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

Como xa dixemos, naquel suposto impugnábanse unhas sentenzas que anularan unha medida semellante imposta mediante decreto e sen un apoio explícito na lei reguladora do turismo nesa comunidade autónoma, sen que esta sala considerase aceptables as razóns dadas para xustificar tal restrición regulamentaria. (...) Pola contra, neste suposto entendemos que a finalidade da medida ofrecida polo lexislador autonómico, principalmente a mellor garantía dos dereitos dos usuarios e o fomento dunha oferta turística de calidade, no contexto das amplas posibilidades de alugueiro por cuartos que se admiten noutras modalidades de arrendamentos, tanto entre as tradicionais consideradas pola propia lei como fóra desta en contratos non sometidos á regulación turística, permiten entender que a exclusión do arrendamento separado por cuartos nas vivendas turísticas e de uso turístico se axusta a dereito».

E confirma, por último, a habilitación dos concellos para prohibir ou limitar o número de vivendas dedicadas ao aloxamento turístico (artigo 5.6), xa que:

«(...) non se impón a dita limitación de xeito efectivo, senón que, tal como se expresou, se autoriza os concellos a facelo. Será polo tanto a posible limitación establecida por un concello a que terá que ser sometida a un escrutinio estrito desde a perspectiva da garantía do mercado e a competencia. Ou, dito doutra forma, non é posible excluír a priori que nun determinado concello concorran circunstancias que poidan constituír unha razón imperiosa de interese xeral para limitar o número de vivendas de uso turístico. Non procede formular aquí hipóteses ou previsións sobre que circunstancias puidesen chegar a xustificar unha medida limitativa como a que se cuestiona, pois basta neste litixio con constatar que non se prevé unha limitación ou restrición concreta á actividade económica sobre as vivendas de uso turístico. Non é polo tanto unha medida que poida compararse, como fai a demandante, coa prohibición canaria de vivendas vacacionais en zona turística que esta sala declarou contraria a dereito na Sentenza do 12 de decembro de 2018 (RC 4959/2017)».

8.2 Declaración de zona de grande afluencia turística. Compatibilidade de limitacións horarias e comerciais coa Directiva de servizos

A Sentenza do TS do 18 de maio de 2020 (rec. 362/2019, relator: Del Riego Valledor) confirma a de instancia do TSXG, desestimando o recurso promovido pola Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED) fronte á resolución do 15 de xullo de 2016 da Consellería de Economía da Xunta de Galicia, pola que se aprobou a proposta motivada dun concello de declaración de determinadas áreas do seu municipio como zona de grande afluencia turística (DOG de 21/07/2016). Fíxanse nesta sentenza os seguintes criterios xurisprudenciais:

«i) As limitacións territoriais ou temporais na declaración de zona de grande afluencia turística, que restrinxan o principio xeral que proclama o artigo 5.1 da Lei 1/2004, do 21 de decembro, de horarios comerciais, de liberdade para determinar os días e horas da súa actividade comercial recoñecida aos establecementos instalados en zonas que teñan esa cualificación, han de considerarse restricións ou limitacións ao exercicio dunha actividade económica, para os efectos de aplicación do artigo 5 da Lei 20/2013, do 9 de decembro, de garantía de unidade de mercado.

ii) A suxeición dos poderes públicos autonómicos ás exixencias do artigo 5 da Lei 20/2013, do 9 de decembro, de garantía da unidade de mercado, supón que o establecemento por estes de límites ao exercicio dunha actividade económica deberá estar motivada na salvagarda dalgunha razón imperiosa de interese xeral de entre as comprendidas no artigo 3.11 da Lei 17/2009, do 23 de novembro, sobre o libre acceso ás actividades de servizos e o seu exercicio».

Conclúe tamén o tribunal que:

«(...) o acordo de declaración de zona de grande afluencia turística de Vigo deu cumprimento á exixencia do artigo 5.4 da LHC de xustificar as restricións territoriais e temporais de acordo cos intereses comerciais, turísticos e en beneficio do consumidor, e este beneficio do consumidor é coincidente coa protección dos dereitos dos consumidores e dos destinatarios dos servizos, que se inclúe na lista pechada de razóns imperiosas de interese xeral do artigo 3.11 da Lei de servizos (...) expresa a Lei galega 13/2006, de horarios comerciais, as razóns que xustifican a súa específica regulación en materia de horarios comerciais, consistentes, entre outras, na importancia da presenza do comercio polo miúdo na vertebración das vilas, cidades e barrios, a súa contribución á súa habitabilidade e seguridade, a protección das persoas que pola súa idade e outras circunstancias teñen dificultades de mobilidade, a axuda na loita contra a desertización e o desemprego e a conciliación da vida familiar e laboral (...).

A necesidade das limitacións territoriais e temporais incorporadas pola Administración galega na declaración de zona de grande afluencia turística a que se refire este recurso atopa a súa xustificación nas razóns imperiosas de interese xeral expostas.

En canto á proporcionalidade das limitacións, a sala considera que non pode discutirse no que se refire ás limitacións de orde temporal, xa que a declaración de zona de grande afluencia turística impugnada reconece a liberdade de horarios durante todos os domingos e festivos do ano, coa única restrición de que o horario comercial se estenderá ata as 22.00 horas, sendo tal restrición de moi reducida entidade en relación cos fins perseguidos, ademais da circunstancia apreciada pola sentenza impugnada, que (FX 5º) atopa xustificada a restrición temporal porque ese horario de ata as 22.00 horas razoablemente será coincidente coa franxa horaria en que hai máis afluencia de visitantes.

Tamén lle parece á sala que se cumpre o requisito de proporcionalidade das limitacións territoriais da declaración de zona de grande interese turístico, á vista da apreciación da sentenza impugnada, con valor de feito probado, que destaca (FX 4º), a partir dos informes existentes nas actuacións, que as áreas ás cales se limita a declaración, que son Vigo histórico e o barrio histórico de Bouzas, constitúen “o principal foco turístico da cidade, onde se concentran os recursos artísticos, culturais e monumentais que atraen os turistas”, de forma que, como acertadamente sinala a sentenza impugnada, “o valor específico destas zonas si pode xustificar unha delimitación xeográfica como a que se recolle no acordo impugnado”».

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

9 Universidades

9.1 Prelación para a elección de docencia do profesorado contratado doutor sobre o funcionario non doutor

O TSXG, na súa Sentenza do 26 de febreiro de 2020 (rec. 153/2019, relator: López González), anula o criterio de prelación para a elección de docencia establecido nas Normas de elaboración do Plan de Ordenación Docente (POD) da Universidade de Vigo para o curso 2019/2020, segundo o cal, en caso de conflito, se fai prevalecer o Profesorado Contratado Doutor sobre o Profesorado Titular de Escola Universitaria non Doutor, cos seguintes argumentos:

«(...) No sistema docente universitario conviven, tras a reforma operada na Lei orgánica 1/2006, de universidades, pola Lei 4/2007, persoal funcional e persoal contratado de forma indefinida. Non pode obviarse que a nosa organización de emprego público, tal como se diseña na Constitución e no Estatuto básico do empregado público, é un sistema de base funcional onde os funcionarios públicos, por razón das súas funcións e a necesidade de garantir a súa imparcialidade dentro e fóra da organización administrativa, gozan dun estatuto sometido a reserva legal, e así o declarou o Tribunal Constitucional en distintas ocasións, por todas a Sentenza 99/87, do 11 de xuño.

O noso sistema de función pública constitúe unha institución básica da organización xurídico-pública do Estado, asentada en principios básicos constitucionalmente recollidos.

O EBEP é boa mostra diso e así trata de asegurar a inmovilidade dos funcionarios xunto co mérito e a capacidade como principios que o artigo 23 da Constitución establece para seleccionar a quen lle vai ser encomendada a tutela do interese xeral no exercicio de funcións públicas. Certamente, non se pode discutir que a existencia de empregados públicos en réxime laboral está recollida no EBEP, previsión que, ao noso xuízo, establece un criterio residual en relación coa necesidade de que determinados postos en que se exercen funcións públicas se reserven a funcionarios públicos. É este o momento de sinalar que no acceso do persoal funcional se aprecian maiores exixencias de rigor na aplicación dos principios de igualdade, mérito e capacidade que cando a selección se realiza de persoal laboral. Non en van, deséñanse sistemas de accesos distintos nun e outro caso.

Desde esta perspectiva, non cabe dúbida de que a pertenza a un corpo docente supón unha vinculación cualificada en relación cos principios descritos e demostrativa dun criterio de selección rigoroso que ademais, no caso da pertenza aos corpos docentes, exige unha dobre fase, non só coa superación do proceso selectivo na propia universidade onde se exerce a función docente, senón tamén mediante un proceso previo de habilitación nacional.

O acordo impugnado fai pivotar a preferencia na elección de docencia na posesión ou non do grao de doutor. Como é sobradamente coñecido, trátase da titulación máxima no ámbito universitario e ligada sobre todo á investigación, pero que, a xuízo desta sala, non pode supor un criterio de preferencia absoluto en relación co desempeño de funcións docentes. Do acordo impugnado deriva esa preferencia do profesor doutor, sexa ou non funcionario. A postergación dos profesores titulares non doutores fronte aos profesores

contratados doutores, primando o grao de doutor como elemento de prevalencia, podía levar mesmo a xustificar non só que un profesor contratado non doutor tivese prevalencia sobre un titular de escola non doutor, senón tamén a prevalencia do contratado laboral fixo doutor sobre titular doutor, sendo ambos os dous doutores, mesmo tamén o contratado laboral temporal doutor sobre titular non doutor. É dicir, o criterio de atribución de prevalencia é a posesión do grao de doutor e non a vinculación permanente ou non do profesor, tal como pretende defender o escrito de contestación á demanda (...).

A pertenza a estes corpos, sexa como catedrático ou como profesor titular, engade un valor que é o propio dos funcionarios públicos de carreira, que non pode ser descoñecido pola norma litixiosa, que prescinde deste na forma máis arriba descrita.

Non cabe dúbida de que a impartición de ensinanzas en terceiro ciclo pode quedar excluída para os profesores pertencentes a corpos docentes que non teñan o grao de doutor, precisamente polas razóns expostas, pero sen que iso poida supor as limitacións que nos outros dous ciclos recolle o acordo impugnado, e que tampouco podería facer aos profesores titulares doutores ser postergados polos contratados doutores.

Certamente o art. 56.1 da Lei 6/2001, establecía que os profesores titulares das escolas universitarias terán con carácter xeral plena capacidade docente ao que se engade a investigadora cando tamén estivesen en posesión do título de doutor. A reforma operada neste precepto pola Lei orgánica 4/2007 non pode descoñecer que haxa funcionarios pertencentes a eses corpos que non sexan doutores e aos que precisamente a disposición adicional segunda desa lei reformadora garante que permanezan na súa situación actual, mantendo todos os seus dereitos e conservando a súa plena capacidade docente.

Estas circunstancias descritas fan irracional, nos termos do propio escrito de contestación á demanda, a orde de prevalencia contida no acordo litixioso que pospón uns funcionarios docentes en relación a uns contratados indefinidos, sobre a base de que se posúa ou non a titulación ou o grao de doutor, motivo este que determina a nulidade do acordo impugnado, conforme o previsto no artigo 47.2 da Lei 39/2015, do 1 de outubro, en relación cos artigos 9.3 da Constitución e demais preceptos sinalados, así como coa doutrina xurisprudencial antes exposta».

9.2 Estatuto do persoal investigador predoutoral en formación

A Sentenza do TS do 16 de xuño de 2020 (rec. 195/2019, relator: Rodríguez-Zapata) desestima o recurso contencioso-administrativo interposto por unha universidade galega contra o Real decreto 103/1019, do 1 de marzo, aprobatorio do Estatuto do persoal investigador predoutoral (BOE do 15/03/2019).

Tal como se indica na sentenza: «O dito real decreto ditouse en desenvolvemento da Lei 14/2011, do 1 de xuño, da ciencia, a tecnoloxía e a innovación, que, no seu artigo 20, establece tres modalidades de contrato de traballo específicas do persoal investigador: o contrato predoutoral, o contrato de acceso ao sistema español de ciencia, tecnoloxía e innovación e o contrato de investigador distinguido.

A norma que se impugna desenvolve regulamentariamente o artigo 21 da lei e, de acordo co dito precepto, regula un contrato predoutoral que ten por obxecto a realización

de tarefas de investigación, no ámbito dun proxecto específico e novidoso, polos que estean en posesión do título de licenciado, enxeñeiro, arquitecto, graduado universitario con grao de polo menos 300 créditos ECTS (acrónimo de European Credit Transfer System) ou máster universitario, ou equivalente, e fosen admitidos a un programa de doutoramento. Este persoal terá a consideración de persoal investigador predoutoral en formación.

O real decreto desenvolve a relación laboral establecida mediante ese novo contrato predoutoral que se subscribe por escrito entre o persoal investigador predoutoral en formación e as entidades públicas (do artigo 20.2 da lei) ou privadas (da súa disposición adicional primeira) (...).

O artigo 7 do real decreto regula as retribucións dos contratos predoutorais e establece o seguinte:

“1. A retribución deste contrato non poderá ser inferior ao 56 por 100 do salario fixado para as categorías equivalentes nos convenios colectivos do seu ámbito de aplicación durante os dous primeiros anos, ao 60 por 100 durante o terceiro ano, e ao 75 por 100 durante o cuarto ano. Tampouco poderá ser inferior ao salario mínimo interprofesional que se estableza cada ano, segundo o artigo 27 do Texto refundido da Lei do Estatuto dos traballadores.

2. Para o establecemento das retribucións anteriores tomarase como referencia mínima a categoría correspondente ao Grupo 1 de persoal laboral da táboa salarial recollida no convenio único de persoal laboral da Administración xeral do Estado.

3. A aplicación da cantidade anual resultante tamén se poderá computar ao período total do contrato predoutoral de catro anos».

A sentenza desestima o recurso considerando que:

«o proxecto ten un impacto económico positivo, porque establece unha redución do 30% da cota empresarial da Seguridade Social por continxencias comúns na cotización relativa ao persoal investigador predoutoral en formación contratado baixo a modalidade de contrato predoutoral establecida no artigo 21 da Lei 14/2011, do 1 de xuño. Esta quedará acollida ao Réxime Xeral da Seguridade Social en concordancia coa disposición adicional décimo oitava da dita lei (disposición adicional única).

A queixa afecta ao impacto orzamentario, pero resulta tamén que non o ten para o exercicio para o que se ditou, porque –como opón o avogado do Estado– séguense mantendo as retribucións económicas vixentes ata a data, que se seguen aboando nas nóminas dos diversos organismos. A universidade recorrente fai fincapé por iso nas observacións do Consello de Estado, que cre que amparan a súa posición, e apunta unha deficiencia dos informes existentes. É obvio que as reflexións do ditame do alto corpo consultivo son meras consideracións que non teñen carácter esencial para a decisión do consultante, como o demostra a fórmula “unha vez consideradas” coa que conclúe o ditame respecto do acollemento ou non das súas mesmas observacións. Así o entendeu, sen dúbida, o Goberno, que expediu o real decreto “de acordo co Consello de Estado, o que esta sala non entende obxectable”.

O esforzo de argumentación da recorrente enérvase de todo se se atende, en fin, ás alegacións do avogado do Estado que subliñan que o decreto entrou en vigor o 16 de marzo de 2019, que non é retroactivo e que cómpre lembrar a disposición transitoria cuarta da Lei

14/2011, do 1 de xuño, sen prexuízo do que resulte de cada particular contrato ou da súa modificación por convenio colectivo ou pacto singular. O certo é que, con esa interpretación, que é factible, se pode soste r validamente que o real decreto non supuña incremento de gasto público nin incremento orzamentario para os contratos xa asinados. E, mesmo, que, respecto dos futuros, haberá que observar a dotación que se estableza en orzamentos e o que dispoña cada entidade empregadora en exercicio da súa autonomía universitaria, o que non ten nada que ver co real decreto. A causa de nulidade non prospera.

Todo iso sen que este tribunal terce para resolver, nun sentido ou noutro, no que son simples dúbidas de interpretación da norma, que non debe esclarecer un órgano xurisdiccional, que non é un órgano consultivo, sendo suficiente, para os efectos que nos interesan, que non prosperan porque se formulan como unha causa de nulidade formal que non se pode acoller.

O real decreto expediuse cunha memoria económica, non son de aplicación as dúas sentenzas desta sala que se invocan e, como xa se dixo, o ditame emitido polo Consello de Estado tampouco apoia a interpretación da recorrente».

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

