

Xurisprudencia contencioso-  
administrativa

## Jurisprudencia contencioso- administrativa

Contentious-administrative  
jurisprudence



FRANCISCO DE COMINGES CÁCERES

Magistrado (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 Y CRÓNICAS

**SUMARIO:** 1 Administración local. 1.1 Participación de las administraciones municipales en la financiación de los centros de día y escuelas infantiles gestionados por la comunidad autónoma. Vigencia de los convenios anteriores a la Ley 27/2013. 1.2 Adquisición de bienes por las corporaciones locales. Tasación injustificada. Irrelevancia de informes emitidos por personal eventual. Ejecución plurianual. 2 Crisis sanitaria del coronavirus (COVID-19). 2.1 Limitaciones al derecho de manifestación. Naturaleza jurídica del real decreto que declaró el estado de alarma. 2.2 Medidas sanitarias restrictivas de derechos fundamentales. Aislamiento forzoso de enfermo de coronavirus. 2.3 Denuncia de ausencia de equipos de protección individual (EPI) en centro sanitario público. Competencia de la jurisdicción social. Inexistencia de vía de hecho y de legitimación activa. Inadecuación de procedimiento. 3 Medio ambiente y urbanismo. 3.1 Nulidad de plan general por omisión de informe sectorial de telecomunicaciones. 3.2 Omisión de informe de impacto de género en la tramitación de un plan general. 3.3 Caducidad de licencias urbanísticas. 4 Personal. 4.1 Cese de funcionario interino. Inaplicabilidad analógica del Estatuto de los trabajadores. Improcedencia de indemnización de 20 días de salario por año de servicio. 4.2 Compatibilidad de la oferta de empleo público de la Xunta de Galicia con la obligación de reducción del empleo temporal. Transformación de plazas de laborales en funcionarios. 5 Proceso contencioso-administrativo. 5.1 La presentación del escrito inicial de interposición del recurso contencioso interrumpe el plazo establecido para recurrir, aunque adolezca de defectos formales. 5.2 Legitimación de asociación ecologista para exigir la declaración de caducidad de concesiones en dominio público marítimo-terrestre. 6 Responsabilidad patrimonial. 6.1 Por la anulación judicial de licencia urbanística. Determinación del daño moral. 7 Tributos. 7.1 Impuesto de bienes inmuebles. Procedimiento de modificación de ordenanza fiscal municipal. Exenciones. Centros sanitarios explotados por concesionarios de obra pública. 7.2 Tasas imputables a los ayuntamientos por ocupación del dominio público portuario con viales de uso general. 8 Turismo. 8.1 Ordenación de apartamentos turísticos. Límites temporales. Prohibición de cesión por habitaciones. 8.2 Declaración de zona de

gran afluencia turística. Compatibilidad de limitaciones horarias y comerciales con la Directiva de servicios. 9 Universidades. 9.1 Prelación para la elección de docencia del profesorado contratado doctor sobre el funcionario no doctor. 9.2 Estatuto del personal investigador predoctoral en formación.

## 1 Administración local

### 1.1 Participación de las administraciones municipales en la financiación de los centros de día y escuelas infantiles gestionados por la comunidad autónoma. Vigencia de los convenios anteriores a la Ley 27/2013

La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (TSJG) de 6 de febrero de 2020 (rec. 4050/2019, ponente: Díaz Casales) desestima el recurso interpuesto por un ayuntamiento contra las liquidaciones que le giró el Consorcio Galego de Servizos de Igualdade e Benestar de la Xunta de Galicia para la cofinanciación de la actividad de los centros de día de titularidad autonómica radicados en su término municipal. El ayuntamiento, que se había vinculado al Consorcio mediante un convenio suscrito en el año 2007, sostenía su pérdida de vigencia tras la reforma del régimen local operada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre. El tribunal gallego concluye sin embargo lo contrario, con las siguientes consideraciones:

*«(...) En el fondo de la cuestión suscitada late un argumento muy básico por parte del ayuntamiento recurrente, cual es que en atención a la aparente reducción de la competencia municipal en materia de servicios sociales, operada por la Ley 27/2013 de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, el ayuntamiento no estaría obligado a atender las liquidaciones giradas, como hacía con anterioridad en base a los referidos convenios, porque la competencia municipal se habría visto reducida de manera drástica respecto de los servicios sociales y los propios convenios suscritos con anterioridad habrían quedado sin efecto por disposición legal a partir de 31 de diciembre de 2014.*

*Una conclusión tan radical merece que transcribamos los preceptos en los que se ampara, porque ciertamente la conclusión que alcanza el letrado consistorial resulta, en principio, ajustada a los términos de las disposiciones legales, son los siguientes:*

*Art. 1 de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local.*

*Art. 25 LBRL*

*2. El municipio ejercerá en todo caso como competencias propias, en los términos de la legislación del Estado y de las comunidades autónomas, en las siguientes materias:*

*e) Evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social.*

*Disposición adicional novena. Convenios sobre ejercicio de competencias y servicios municipales.*

1. Los convenios, acuerdos y demás instrumentos de cooperación ya suscritos, en el momento de la entrada en vigor de esta ley, por el Estado y las comunidades autónomas con toda clase de entidades locales, que lleven aparejada cualquier tipo de financiación destinada a sufragar el ejercicio por parte de éstas últimas de competencias delegadas o competencias distintas a las enumeradas en los artículos 25 y 27 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, deberán adaptarse a lo previsto en esta ley a 31 de diciembre de 2014. Transcurrido este plazo sin haberse adaptado, quedarán sin efecto.

Pero si estas disposiciones estatales no resultaban de por sí suficientes, el legislador autonómico ratificó el mandato al promulgar la Ley 5/2014, de 27 de mayo, de medidas urgentes derivadas de la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, en la que se prevé:

Disposición adicional tercera: Adaptación al régimen de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, de los convenios, acuerdos y demás instrumentos de cooperación ya suscritos.

1. La adaptación al régimen de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, de los convenios, acuerdos y demás instrumentos de cooperación ya suscritos en el momento de la entrada en vigor de esa ley por la Comunidad Autónoma de Galicia con toda clase de entidades locales, que lleven aparejada cualquier tipo de financiación destinada a sufragar el ejercicio por parte de estas últimas de competencias delegadas o competencias distintas de las atribuidas como propias por la legislación del Estado o de la comunidad autónoma, deberá producirse a 31 de diciembre de 2014. Transcurrido este plazo sin haberse adaptado, quedarán sin efecto.

Pese al aparente ajuste del planteamiento de la demanda a la letra de estas disposiciones, la conclusión defendida por el letrado consistorial no puede ser compartirla en atención a los reiterados pronunciamientos del T.C. acerca del alcance de la Ley 27/2013, que sostienen que el art. 25 de la LBRL –en su nueva redacción– establece un marco mínimo de la autonomía local constitucionalmente garantizada pero que corresponde a la normativa sectorial dictada por el Estado o de la comunidad autónoma correspondiente, según quien resulte competente, la determinación de las competencias municipales siempre, claro está, respetando ese mínimo establecido en la Ley de bases de régimen local. El T.C., cuya doctrina resulta vinculante a todos los órganos jurisdiccionales con arreglo al art. 5 de la LOPJ, se pronuncia en los siguientes términos: St. T.C. (Pleno) 101/2017 de 20 de julio (...) St. T.C. (Pleno) 93/2017 de 6 de julio (...). St. T.C. 41/2016 de 3 de marzo (...).

Pues bien, de tan largas citas jurisprudenciales, hemos de concluir que la competencia municipal en materia de servicios sociales no viene determinada por la literalidad del art. 25.2 en la redacción dada por la Ley 27/2013, como defendió el letrado consistorial, sino por lo que establezca la normativa sectorial de la Administración territorial competente y, en el presente caso, es claro que la competencia en materia de servicios sociales fue asumida en exclusiva por la comunidad autónoma con arreglo al número 23 del art. 27 del Estatuto de autonomía, y la Ley 13/2008 de servicios sociales claramente atribuye a los entes locales los servicios sociales comunitarios, tanto básicos como específicos (...).

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

De lo anterior hemos de concluir que las liquidaciones giradas por la Xunta de Galicia no incurrir en las causas de nulidad denunciadas por el Ayuntamiento de Vigo, toda vez que se trata de asumir la financiación de unos servicios atribuidos por la legislación autonómica a los entes locales y para cuya prestación se optó por fórmulas de cooperación, por ello quedaban excluidos de la previsión contenida tanto en la disposición adicional 9 de la Ley 27/2013, como expresivamente se advertía en la disposición adicional 3 de la Ley 5/2014 al contener la mención “... destinada a sufragar el ejercicio por parte de estas últimas de competencias delegadas o competencias distintas de las atribuidas como propias por la legislación del Estado o de la comunidad autónoma...”.

En el presente caso se trata de competencias atribuidas como propias a los entes locales por la legislación autonómica, recuérdese lo que señaló el T.C. en el último párrafo de la última sentencia transcrita:

“Las comunidades autónomas, siendo competentes para regular aquellos servicios sociales y sanitarios, son competentes para decidir –con sujeción al indicado marco de límites– sobre su descentralización o centralización y, en este segundo caso, para ordenar el correspondiente proceso de asunción competencial y traspaso de recursos”.

Por ello se impone la desestimación del primero de los motivos de impugnación.

SEXTO.– Sobre el establecimiento de aportaciones por parte del concello a una competencia autonómica.

De lo anteriormente resuelto en relación a la necesidad de que sean las leyes sectoriales las que determinen las competencias de las entidades locales, ya determina el decaimiento del segundo de los motivos de impugnación porque, hemos de reiterar, contrariamente a lo que mantiene en la demanda, no se trata de una competencia a prestar por la Xunta de Galicia y de que el art. 68 de la Ley 2/2017 establezca una fórmula de financiamiento por las entidades locales a servicios que ha de prestar la Xunta, sino que esta, ostentando su titularidad, tiene la facultad de atribuirla a los entes locales, sin perjuicio de articular fórmulas de colaboración que garanticen la sostenibilidad financiera de los entes locales y, en aras a la eficiencia y eficacia, evitar la duplicidad en ámbitos coincidentes.

Por lo anterior hemos de concluir que el art. 69 de la Ley 2/2017 de medidas fiscales, administrativas y de ordenación no estable[ce] una delegación o atribución de competencias a los entes locales, sino que en relación con las competencias en materia de prestaciones sociales determina la posibilidad de que los concellos opten por mantener el régimen de financiación que venían observando con arreglo a los convenios suscritos o bien acogerse al nuevo que establece, permitiendo que lo hagan con carácter retroactivo, con la posibilidad de una reducción del 50% de las cuotas y un aplazamiento de 5 años (...).

Por lo que en definitiva decae lo defendido por el ayuntamiento de que esta norma imponga una atribución competencial al margen de la voluntariedad de los entes locales u obligue a estas a subvenir a prestaciones que haya de asumir la comunidad autónoma creando una fórmula para la obtención de un ingreso no previsto, sino que se trata de articular una fórmula que permita determinar la contribución de cada Administración en la prestación de servicios realizados mediante fórmulas de cooperación interadministrativa».

## 1.2 Adquisición de bienes por las corporaciones locales. Tasación injustificada. Irrelevancia de informes emitidos por personal eventual. Ejecución plurianual

La Sentencia del TSJG de 3 de febrero de 2020 (rec. 7115/2019, ponente: Fernández López) confirma la anulación de la compra por una diputación provincial de los archivos de un periódico local por 2.700.000 euros, mediante pago aplazado por tres anualidades, por no haberse justificado suficientemente su tasación:

*«(...) como bien indicó la sentencia apelada, las únicas intervenciones útiles que se produjeron en las actuaciones preparatorias y determinantes para adquirir el archivo histórico del diario partieron de un empleado público que tenía la condición de personal eventual, por lo que sus atribuciones no podían ser de gestión ordinaria de asuntos públicos, reservadas a los funcionarios provinciales, sino de mero asesoramiento de la autoridad que lo nombró, de acuerdo con los preceptos que, con acierto, reprodujo la juzgadora de instancia; en ese mismo sentido se pronuncia la STS de 25.11.19, que recuerda que, a tenor de lo establecido en el artículo 12 del Texto refundido de la Ley del Estatuto básico del empleado público, aprobado por Real decreto legislativo 5/2015, de 30 de octubre, el personal eventual “solo realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial”. Por otro lado, no se puede olvidar que, tras interesar ese asesor de los servicios internos un informe acerca de si existía en la plantilla provincial personal técnico cualificado para tasar los bienes a adquirir, y serle respondido que no los había, propuso contratar unos servicios externos para valorarlos para, al final, discrepar de su resultado, para fijar como presupuesto de adjudicación uno inferior sin sustento en prueba pericial alguna. Por ello, tiene que compartir esta sala el reproche de ilegalidad que, al respecto, hizo la juzgadora de instancia, aunque al final no llegara a valorar la prueba practicada en juicio que, como se ha anticipado, era inútil e impertinente.*

*Y ello era así porque no se fiscalizaba en esa vía jurisdiccional ni la adjudicación del contrato de servicios para tasar el archivo histórico del diario ourensano, ni tampoco su resultado, sino la resolución presidencial que adjudicó el contrato para adquirir tales fondos, para lo que un dato de relieve fue la fijación de un valor estimado del contrato que no se atuvo a la regla de atender al valor de mercado que impone el artículo 88 del TRLCSP (aunque resulta discutible si en este caso se tenía que aplicar el impuesto sobre el valor añadido previsto en tal precepto, o el más correcto de transmisiones patrimoniales –consulta vinculante de la Dirección General de Tributos V2170-17, de 22.08.17–), pues al final se fijó en el importe que cifró el asesor de Política Cultural, totalmente carente de justificación, y más aún cuando se separó notablemente y sin motivación del cifrado por la empresa contratada al efecto.*

*Así es, porque si bien, como se acaba de indicar, el artículo 25.1 del TRLCSP permite la libertad de pactos, ello solo es posible cuando lo que se pacte no sea contrario al ordenamiento jurídico, lo que supone respetar las normas sustantivas y procedimentales establecidas. Al respecto no se pone en duda que el presidente provincial era el órgano competente tanto para decidir contratar el servicio de tasación previo como para adquirir después los fondos del archivo histórico, a tenor de lo establecido en el punto 1 de la*

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

*disposición adicional segunda del TRLCSP, pero ello no le facultaba para prescindir de los trámites impuestos en ese texto legal, que sí fueron observados en lo que alcanzaba a los trámites formales establecidos en sus artículos 109 y 110, pero no en lo que alcanzaba al valor estimado del contrato establecido de forma inmotivada e injustificada. Por otro lado, ya que el objeto del contrato era uno de los previstos en el artículo 170.d) del TRLCSP (como citó con acierto la base 1ª de los pliegos rectores), no procedía promover concurrencia competitiva alguna (artículos 169.2 y 177), de modo que era correcto utilizar el procedimiento negociado sin publicidad; no obstante, una cosa es que se excluyera la publicidad y otra distinta es que no se negociara nada, puesto que lo característico de tal procedimiento es, precisamente, la negociación (artículo 180.4), que en este caso está ausente, pues nada obra en tal sentido en el expediente administrativo, si bien en este punto nada se reprochó en la vía jurisdiccional.*

*CUARTO. – Lo que sí se planteó es si la forma de pago en tres anualidades era correcta, al tratarse de pagos parciales por realizar entregas parciales, o, por el contrario, si no lo era, al tratarse de un sistema de pago aplazado, prohibido tanto en el artículo 87.7 del TRLCSP, como en el punto 13 de su disposición adicional segunda (salvo que se estuviera en presencia de un arrendamiento financiero, de arrendamiento con opción de compra o de la adquisición de bienes inmuebles).*

*Pues bien, en este caso comparte esta sala la conclusión a que llegó la juzgadora de instancia, en el punto relativo a que no se justificó ni motivó que concurriera ninguno de los supuestos que permiten acudir al gasto plurianual a que se refiere el artículo 174 del Texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales, aprobado por Real decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo, en especial lo previsto en su punto 2.b), que lo permite en el caso de contratos de suministro, pero siempre “que no puedan ser estipulados o resulten antieconómicos por un año”, ya que no se justificó. Pero lo que no se comparte es que la división del pago en tres anualidades no estaba justificada, en razón a que las entregas parciales no estaban previstas ni en los pliegos, ni en el contrato, pues se olvida que la base 4ª de tales pliegos, relativa a la duración del contrato, no establecía que era de tracto único, sino que se ejecutaría en tres años, de modo que las entregas se producirían por terceras partes en los años 2017, 2018 y 2019, como así se hizo en el primero de esos ejercicios, según hizo constar en el acta de recepción parcial suscrita el 26.05.17, que fue el mismo día en que se adjudicó y suscribió el contrato.*

*Con todo, el sentido estimatorio de la sentencia apelada tiene que ser confirmado».*

## 2 Crisis sanitaria del coronavirus (COVID-19)

### 2.1 Limitaciones al derecho de manifestación. Naturaleza jurídica del real decreto que declaró el estado de alarma

El TSJG, en su Sentencia de 28 de abril de 2020 (rec. 152/2020, ponente: Seoane Pesqueira), desestima el recurso interpuesto por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT) contra la resolución de una subdelegación del gobierno que prohibió la

manifestación convocada para el 1 de mayo (Día de la Clase Trabajadora) en la ciudad con mayor población de Galicia, por causa del estado de alarma establecido mediante Real decreto 463/2020, de 14 de marzo, en el contexto de la crisis sanitaria de la pandemia de coronavirus (COVID-19). La CUT interpuso un recurso de amparo contra esta sentencia ante el Tribunal Constitucional, que resultó inadmitido mediante un extenso Auto de fecha 30 de abril de 2020 (rec. 2056/2020). La sentencia del TSJG efectúa las siguientes consideraciones de interés:

*«(...) la confusa y defectuosa redacción de la resolución de la Subdelegación del Gobierno puede generar cierta incertidumbre, pues, antes del contenido propiamente decisorio, en su primer párrafo hace constar que, ante la situación de emergencia sanitaria, no puede trasladar un criterio sobre la celebración de la manifestación, con lo que parece dejar al margen que, con arreglo al artículo 43.2 de la Constitución española, los poderes públicos están obligados a tutelar la salud pública a través de medidas preventivas, máxime en una situación de emergencia sanitaria derivada de una pandemia que ha llegado a ser calificada en los medios de comunicación como la más grave en el último siglo (...). [No obstante] sin que sea un modelo a seguir, sí se desprende de su contenido una básica fundamentación y una motivación, pues, en definitiva, en ella se exponen las razones nucleares para considerar que no puede llevarse a cabo la manifestación (...). Viene a poner de manifiesto, pues, que los desplazamientos en vehículos con el objetivo de manifestarse, como los pretendidos por los recurrentes, son incompatibles con la norma en que se ha declarado el estado de alarma, de modo que, ante la emergencia sanitaria que lo ha provocado, aquella manifestación podría dar lugar a una desproporcionada perturbación de otros bienes o derechos protegidos por nuestra Constitución, en este caso la salud pública, lo que, como hemos visto, está reconocido en la doctrina del Tribunal Constitucional (...).*

*Se le achaca asimismo que se ha dictado sin procedimiento, pero si se acude a los artículos 9 y 10 de la Ley orgánica 9/1983, de 15 de julio, se comprueba que, tras la comunicación de la manifestación por los organizadores o promotores de la misma, sin necesidad de otro trámite había de pronunciarse la Subdelegación del Gobierno (...), aunque en este caso no hubiera estado de más que la Subdelegación del Gobierno solicitase un informe a la Delegación de Sanidad para encontrar respaldo sanitario a la decisión adoptada (...).*

*El tenor literal del artículo 7.2 del RD 463/2020 es claro, y evidentemente la celebración de una manifestación, formando caravana a bordo de vehículos, conmemorativa del día 1 de mayo como día de la clase trabajadora, no se encuentra entre dichas actividades, por lo que la aplicación de aquel precepto otorga título jurídico para la resolución dictada.*

*La alegación del actor conlleva una petición de que para la celebración de la manifestación de 1 de mayo deje de aplicarse aquella norma de carácter general (el RD 463/2020), pese a que no cabría el control de la misma por esta jurisdicción contencioso-administrativa debido a que debe atribuírsele el rango normativo de una ley, tal como ha declarado la Sentencia del Tribunal Constitucional 83/2016, de 28 de abril [recogiendo doctrina del previo Auto del mismo Tribunal Constitucional 7/2012, de 13 de enero], al decidir el recurso de amparo, planteado frente al Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2011, que declaró la inadmisión del recurso contencioso-administrativo promovido por 327 controladores de tráfico aéreo*

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

con ocasión del estado de alarma declarado en diciembre de 2010. En dicha sentencia se argumentó que, pese a que formalmente se trata de un real decreto, el que declara el estado de alarma materialmente tiene valor o rango de ley, y por ello no es fiscalizable por esta jurisdicción (...). Por tanto, solo cabría la impugnación del RD 463/2020 ante el Tribunal Constitucional, no sería posible ni siquiera la impugnación indirecta (...).

Tampoco esta sala ve méritos para plantear una cuestión de inconstitucionalidad, ni observa ninguna irregularidad en dicha aplicación del RD 463/2020, porque, pese a que incuestionablemente el estado de alarma es el de menor intensidad de los recogidos en el artículo 116 de la Constitución española y en la Ley orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, el caso presente, estando previsto en el artículo 4.b de esta última norma (“Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves” que supongan alteraciones graves de la normalidad), es el más grave de los imaginables, pues ha tenido lugar a causa de una situación de emergencia de salud pública provocada por una pandemia internacional, así declarada por la Organización Mundial de la Salud el pasado 11 de marzo de 2020, cuya evolución ha provocado un gran número de fallecidos, que se cuentan por miles, hospitalizados con patologías graves y afectados (hechos de notoriedad absoluta y general que no precisan prueba: artículo 281.4 de la Ley de enjuiciamiento civil), lo cual ha obligado a adoptar medidas preventivas, debido a que la expansión de la pandemia genera un extraordinario riesgo para los derechos de los ciudadanos, comenzando por el más preciado, cual es el derecho a la vida.

En la ponderación de bienes jurídicos en presencia, la sala no puede permanecer ajena a la enorme magnitud de los efectos que ha provocado dicha pandemia, al ser de notoriedad pública y general la gran cantidad de fallecidos, hospitalizados y afectados a que ha dado lugar, por lo que no puede sustraerse a las tragedias que muestran cada día los medios de comunicación, percibiendo de ese modo el monumental golpe que el COVID-19 ha asestado a la salud pública española, al margen de los efectos de todo tipo que se derivarán en el futuro.

Ese riesgo para la salud pública, concretado en la constante pérdida de la vida de miles de ciudadanos y la necesaria hospitalización de muchos más a lo largo de más de un mes, y que en el presente todavía no ha sido contenida, ha dado lugar a la declaración del estado de alarma y justifica la restricción en la circulación de personas, incluso a bordo de vehículos, que se contiene en el artículo 7.2. del RD 463/2020, para así evitar la propagación del virus. (...) La decisión administrativa adoptada es acorde a dicha previsión, porque no suspende el derecho fundamental de reunión y manifestación, sino que, en congruencia con el contenido del 7.2 del RD 463/2020 y 11.b de la LO 4/1981, limita la circulación de vehículos a determinadas finalidades, entre las que no se halla la celebración de la manifestación pretendida, como medio idóneo e imprescindible para tutelar la salud pública. Por ello, resulta incompatible la aplicación, en todos sus términos, del estado de alarma y la necesaria protección de la salud pública que a los poderes públicos compete (artículo 43.2 de la Constitución española) con la celebración de la manifestación pretendida. (...)

En el caso presente, la tutela de la salud pública con la aplicación de medidas preventivas por parte de los poderes públicos (art. 43.2 de la Constitución española), necesarias para evitar la propagación del virus, y el derecho a la vida e integridad física de los demás



ciudadanos (artículo 15 de la Constitución española), han de tener preferencia sobre el derecho de reunión y manifestación (art. 21 Constitución española), de modo que la ponderación de uno y otro obliga a limitar el segundo a fin de que pueda desarrollarse una ordenada convivencia ciudadana, en la que no corran peligro ni la salud de los propios manifestantes ni la de los demás ciudadanos, sin que las precauciones que se ofrecen por el demandante entrañen garantía suficiente que permita acceder a la celebración de la manifestación (...).

La regulación del derecho de manifestación también da pie a una restricción en la circulación como la que se contiene en el RD 463/2020, que la resolución impugnada aplica.

En efecto, el artículo 21.2 de la Constitución española permite la prohibición de las manifestaciones en lugares de tránsito público cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes, mientras que el artículo 10 de la LO 9/1983 reproduce tal posibilidad.

En el caso presente, si bien se ha descifrado la secuencia completa del genoma del virus, sin embargo, no es posible impedir su propagación, por lo que existe un evidente peligro para la salud pública y, con ello, para la vida y salud de las personas, que justifica aquella prohibición.

Por lo demás, si la manifestación se celebra, lógicamente ello conllevará una salida masiva de ciudadanos a lugares de tránsito público antes o después de subir a bordo de los vehículos (al margen de la posible relación y contacto con los miembros de Protección Civil y de las Fuerzas de Seguridad que tendrían que controlarla), por lo que, en el estado actual de desconocimiento científico del origen e incidencia del COVID-19, el hecho de que el desplazamiento se realice en ellos no entraña una garantía de que aquel peligro para las personas desaparezca».

## 2.2 Medidas sanitarias restrictivas de derechos fundamentales. Aislamiento forzoso de enfermo de coronavirus

El Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Santiago de Compostela de 23 de junio de 2020 (rec. 195/2020, ponente: Alvareño Alejandro), dictado por el cauce especial del artículo 8.6 de la Ley jurisdiccional 29/1998, de 13 de julio (LJCA), ratifica la orden adoptada el día anterior por la Consellería de Sanidad de la Xunta de Galicia de busca y aislamiento obligatorio en su domicilio de un enfermo de coronavirus, con la siguiente motivación:

«(...) Se deben de tener en cuenta el informe del Servizo de Medicina Preventiva del CHUS, así como lo expuesto en la resolución de 22 de junio de 2020 del director xeral da Saúde Pública. La fiscal en su informe no se opone a la adopción de la medida cautelar interesada y el forense se ratifica en la solicitud de la medida cautelar adoptada. El forense en su informe concluye que la enfermedad que padece D.----- es grave, y que debe de considerarse como un riesgo sanitario grave para la salud, debiendo ser ingresado en un centro sanitario donde está aislado adecuadamente (...).

En este caso la autoridad sanitaria ha acordado una medida que tiene suficiente amparo legal, y que está dirigida a un fin constitucionalmente legítimo, la defensa de la salud

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

*pública, la integridad física y la salud de la población en general. La medida se basa en un informe médico del Servicio de Medicina Preventiva del CHUS, de fecha 22 de junio de 2020. Se trata de una resolución adoptada por la autoridad competente y en el ámbito de sus competencias, y dotada de apariencia de legalidad, teniendo el carácter de urgente y está debidamente justificada, respetando el principio de proporcionalidad, que resulta de la doctrina del Tribunal Constitucional, siendo adecuada al objetivo pretendido, y no constando la posibilidad de una medida menos gravosa o lesiva para la consecución del objetivo propuesto. Así, la medida ordenada cuya ratificación se pide persigue un fin constitucionalmente legítimo, su adopción se encuentra amparada por la normativa, de rango legal, y es proporcionada dado que es idónea y necesaria a los fines constitucionalmente legítimos que se pretenden, sin implicar un sacrificio desmedido de los mismos».*

2.3 Denuncia de ausencia de equipos de protección individual (EPI) en centro sanitario público. Competencia de la jurisdicción social. Inexistencia de vía de hecho y de legitimación activa. Inadecuación de procedimiento

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Pontevedra, en su Auto de 15 de abril de 2020 (rec. 86/2020, ponente: Cominges Cáceres), inadmite la solicitud de medidas cautelares urgentes previas al proceso contencioso-administrativo solicitadas por el cónyuge de una enfermera de un hospital público. El auto inadmite la solicitud por varias causas autónomas:

*«I.- Con carácter general no es posible solicitar en el proceso contencioso-administrativo la adopción de medidas cautelares autónomas, sin pleito principal; esto es, sin que previa o simultáneamente se haya interpuesto el recurso contencioso-administrativo propiamente dicho (artículo 129.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa -LJCA-).*

*Solo, como excepción, se permite tal posibilidad mediante el cauce especial y restringido regulado en el artículo 136 (LJCA). Precepto que se circunscribe a “los supuestos de los arts. 29 y 30”. Es decir, a la “inejecución de actos administrativos firmes” (art. 29 LJCA), o a las “vías de hecho” (art. 30 LJCA).*

*El actor manifiesta en su escrito de solicitud de medidas cautelares que el SERGAS ha incurrido en “vía de hecho”, en el contexto actual de la epidemia de coronavirus – COVID-19–, al habilitar la planta ----- del hospital ----- (Complejo Hospitalario de Pontevedra) para el internamiento de infectados por el virus, a razón de dos enfermos por habitación y sin los equipos de protección necesarios para el personal sanitario. Considera que con ello se pone en grave riesgo de contagio a Dª -----, auxiliar de enfermería destinada en dicha planta. Como conviven con ella en el mismo domicilio (es cónyuge del actor y madre del niño -----), entiende que con ese riesgo se está afectando a su derecho fundamental a la integridad física (artículo 15 de la Constitución). También al derecho fundamental a la defensa letrada en los procesos judiciales (artículo 24 de la Constitución) porque si su esposa le contagia el COVID-19 se verá imposibilitado para cumplir su labor de asesoramiento y defensa jurídica a sus clientes, en un momento singular en el que es muy necesaria. (...).*

*[La solicitud debe inadmitirse:]*

II.1.- En primer lugar, por la causa de inadmisión regulada en los artículos 69.c) y 51.1.c) LJCA. El artículo 30 de la misma ley dispone muy claramente, para los supuestos de “vía de hecho”, que si el actor formula un requerimiento previo en la vía administrativa (potestativo), la Administración dispone del plazo de diez días para responderlo. Mientras tanto no puede interponerse el recurso contencioso-administrativo (ni, consecuentemente, solicitarse medidas cautelares en vía judicial) (...) el actor interpuso su solicitud de medidas cautelares cuando todavía no había transcurrido el referido plazo de diez días desde la fecha de entrada del requerimiento previo en el registro del SERGAS. Ni siquiera a día de hoy ha transcurrido el referido plazo.

II.2.- En segundo lugar, con toda evidencia la actuación denunciada por el actor no constituye una “vía de hecho” propiamente dicha.

Tal y como acredita el SERGAS con la documentación unida a su escrito de alegaciones, las decisiones adoptadas sobre el destino y organización de la PLANTA000 del HOSPITAL000 ante la crisis del COVID-19 están motivadas y se han dictado en el marco de unos protocolos aprobados al efecto por la Administración sanitaria. El actor podrá discrepar de los mismos, pero no tachar dicha decisión organizativa de “vía de hecho”. La misma conclusión se alcanza respecto de la denuncia sobre la ausencia de medios materiales necesarios para la evitación del contagio. No se corresponde con una “vía de hecho” propiamente dicha.

De manera que, al no dirigirse realmente esta acción judicial frente a una “vía de hecho” real, debe inadmitirse de plano por no haberse interpuesto previa o simultáneamente el recurso contencioso-administrativo (pleito principal).

II.3.- En tercer lugar, se constata también un defecto de falta de jurisdicción. En puridad la denuncia del actor se corresponde con la materia de “prevención de riesgos laborales”, cuyo conocimiento se le atribuye a la jurisdicción social, con carácter exclusivo y excluyente, conforme dispone el artículo 2.e) de la Ley tributaria 36/2011, de 10 de octubre (LRJS), incluso cuando los afectados son funcionarios.

Pueden citarse en este sentido el Auto y la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fechas respectivas 6 de abril de 2020 (rec. 2/2020) y 24 de junio de 2019 (rec. 123/2018); el Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 5 de abril de 2020 (rec. 9/2020), o la Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 11 de septiembre de 2019 (rec. 251/2017).

II.4.- En cuarto y último lugar, porque la pretensión del Sr. ----- pone también en evidencia su falta de legitimación activa (artículo 19.1.a).

Realmente su acción se dirige a defender intereses ajenos: la seguridad y salud en el trabajo de terceros que no son parte en el proceso judicial. Es muy significativo que la principal afectada por la situación de riesgo laboral que denuncia, su propia esposa, no haya firmado la reclamación previa, ni se haya personado en este proceso como parte actora. Tampoco lo ha hecho ninguna organización sindical de los empleados del hospital.

Su interés en el asunto es indirecto. Afecta directamente a un tercero, su cónyuge. Ella es la que tendría que haber planteado esta acción judicial.

Es consolidada la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que rechaza la legitimación en supuestos similares a este, en los que se promueven litigios para defender

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

*a terceros que no han impugnado la resolución en cuestión (SS TS 28/06/2012 –casación 1917/2010–; 25/04/2012 –casación 6649/2009–; y 06/07/2009 –casación 3341/2008–, entre otras muchas)».*

## 3 Medio ambiente y urbanismo

### 3.1 Nulidad de plan general por omisión de informe sectorial de telecomunicaciones

La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (TS) de 25 de mayo de 2020 (rec. 3750/2018, ponente: Herrero Pina) declara la nulidad total del Plan general de ordenación municipal de Boqueixón, aprobado definitivamente en el año 2015, por haberse omitido durante su tramitación el informe preceptivo y vinculante de la Administración del Estado en materia de telecomunicaciones exigido en el artículo 35.2 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, general de comunicaciones.

El Alto Tribunal concluye, en primer lugar, la obligatoriedad del requisito formal a todos los instrumentos de planeamiento general en trámite, aunque hubiesen sido aprobados provisionalmente antes de la entrada en vigor de la norma. Y, en segundo lugar, que la omisión del informe provoca la nulidad de todo el plan porque:

*«(...) carece de todo sentido que pueda entenderse aprobado definitivamente un plan general a excepción, como propugna la Administración recurrente, de las determinaciones en materia de telecomunicaciones, y es que la incuestionable incidencia que la red de telecomunicaciones tiene en otras esferas del planeamiento, hasta el punto de que algunas de estas pueden verse condicionadas por aquella, impide considerar que los planes generales se aprueben definitivamente sin hallarse determinado el despliegue de dicha red.*

*Ello no significa que no se valore la alegación de la parte en el sentido de que la declaración de nulidad del PGOM ha de ser proporcionada a la incidencia negativa sobre el mismo de la infracción apreciada, sino que en este caso esos efectos negativos no pueden acotarse y reducirse a determinado contenido del plan, al que pueda limitarse la declaración de nulidad, pues, contrariamente a las alegaciones de la parte y como se deduce de lo anteriormente expuesto, las determinaciones sobre redes públicas de comunicaciones electrónicas constituyen un equipamiento de carácter básico y su previsión en los instrumentos de planificación urbanística tiene naturaleza estructural, por lo que inciden en la configuración general del planeamiento, que resulta afectada por la omisión del informe en cuestión, por lo que su omisión determina la nulidad de plan».*

### 3.2 Omisión de informe de impacto de género en la tramitación de un plan general

El TSJG, en su Sentencia de 11 de noviembre de 2019 (rec. 4354/2017, ponente: Díaz Casales, recurrida en casación: RC 1070/2020), desestima el recurso interpuesto contra la resolución de la Xunta de Galicia de 2016 de aprobación definitiva del Plan general

de ordenación municipal de Caldas de Reis. Sobre el argumento impugnatorio consistente en la omisión durante su tramitación del “informe de impacto de género” concluye lo siguiente:

*«(...) En el presente caso tanto la Xunta de Galicia como el Ayuntamiento de Caldas admiten que la aprobación del plan no vino precedida del previo informe sobre el impacto de género defendiendo que no resulta exigible al ser la norma neutra desde el punto de vista de impacto de género por lo que no resultaba exigible con arreglo a lo que dispone el art. 8 del Decreto legislativo 2/2015.*

*La respuesta que hemos de dar a esta cuestión viene enteramente condicionada por lo que resolvió el T.S. en la St. de 10 de diciembre de 2018 (dictada en el recurso de casación 3781/2017) por la que casó la St. del TSJ de Madrid en la que había anulado el PGOM de Boadilla por carecer de ese informe estimándolo la sala preceptivo por aplicación supletoria de la Ley del Gobierno que lo exige en todos los casos de aprobación de disposiciones generales. Aunque resulta sobradamente conocido para las partes hemos de transcribir parcialmente la St. del T.S.:*

*“DECIMOQUINTO: Consecuentemente y con independencia de los procedimientos específicos de elaboración de los planes de urbanismo en cada una de las leyes autonómicas, las cuales pueden o no incorporar trámites específicos en materia de género, es lo cierto que el principio de igualdad de trato es un principio inspirador de la nueva concepción del desarrollo urbano, que exige una ordenación adecuada y dirigida, entre otros fines, a lograr la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, esto es, no es necesario el sometimiento del plan a un trámite específico para que esa perspectiva sea tenida en cuenta y para que, en otro caso, el citado plan pueda ser impugnado y el control judicial alcanzar a dichos extremos.*

*En definitiva, si bien no es exigible al plan impugnado la incorporación del Informe de impacto de género, tal y como sostiene la sala de instancia, ello no es óbice para que puedan discutirse a través de la impugnación del plan los concretos y específicos aspectos que pueden incidir en una ordenación de naturaleza discriminatoria. Lo que ocurre es que, en el presente caso, al haberse quedado el análisis en la existencia o no del citado informe, la cuestión de fondo no ha sido abordada, esto es, desconocemos, porque no se han puesto de relieve, qué concretos aspectos del plan pueden resultar, a juicio de los recurrentes, contrarios al principio de igualdad de género, por lo que el plan no puede ser objeto de una declaración genérica de nulidad, con base en la infracción de un trámite formal que, como hemos razonado, no le era exigible.*

*DECIMOSEXTO: De acuerdo con todo lo expuesto consideramos que procede declarar como doctrina jurisprudencial que, si bien la cláusula de aplicación supletoria del derecho estatal no permite sostener la exigencia a las comunidades autónomas de un requisito, como es el informe de impacto de género, en materia de ordenación urbanística, que no figura previsto en su propia legislación, el principio de igualdad de trato es un principio inspirador de la nueva concepción del desarrollo urbano, que exige una ordenación adecuada y dirigida, entre otros fines, a lograr la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, esto es, no es necesario el sometimiento del plan a un trámite específico para que esa perspectiva*

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

sea tenida en cuenta y para que, en otro caso, el citado plan pueda ser impugnado y el control judicial alcanzar a dichos extremos”.

Pues bien, con tan claro y razonado precedente hemos de concluir que en el presente caso dicho informe no resultaba preceptivo al no imponer la legislación autonómica en materia urbanística (que venía dada fundamentalmente por el art. 85 de la LOUGA) recabar dicho informe con carácter previo y preceptivo.

En el presente caso el recurrente fundamentaba la demanda en la exigibilidad del informe que, como vimos, por aplicación de la legislación autonómica en el presente caso no resulta de aplicación, lo que determina la desestimación de este motivo de impugnación.

No obstante, en el escrito de conclusiones, como hizo con el anterior motivo, pretendió concretar aspectos concretos que habrían de determinar la nulidad del plan por falta de previsión en sus determinaciones del impacto de género, tales como a) la falta de consideración de que la atención a la maternidad se ubique fuera del Centro de Salud, en concreto señala que la matrona atiende a las mujeres en la Escuela Taller; b) falta de guarderías y centros de día; c) no se contempla la insuficiencia del centro de salud para acoger la atención odontológica o de fisioterapia; y d) no se prevén equipamientos específicos para las mujeres.

Es evidente que el recurrente pretende aprovechar la doctrina sentada por el T.S. en la referida sentencia para aducir consecuencias concretas de la falta de previsión del impacto de género en el plan que se aprueba, lo que, por un lado, supone un reconocimiento implícito de que el motivo formal aducido en la demanda no puede ser acogido y, por otro, trata una vez más –ya lo señalamos en el anterior fundamento– de pervertir a finalidad del escrito de conclusiones al introducir motivos de impugnación que no esgrimió en la demanda, lo que impide el art. 65 de la LRJCA, por lo que también este motivo de impugnación ha de decaer».

### 3.3 Caducidad de licencias urbanísticas

La Sentencia del TSJG de 28 de febrero de 2020 (rec. 4130/2019, ponente: Martínez Quintanar) analiza la institución de la caducidad de las licencias urbanísticas, alcanzando una conclusión contraria a su aplicación automática cuando se acreditan determinadas causas justificativas del retraso en la ejecución de las obras o actividades. Afirma así el tribunal que:

«(...) La demora en el inicio y terminación de la obra, con el consiguiente retraso respecto a los plazos establecidos en la licencia, es una realidad objetiva que no se pone en cuestión. La controversia se centra en si las causas alegadas por la mercantil y ponderadas por la sentencia como justificativas del retraso, en cuanto ajenas a la voluntad de la mercantil titular de la licencia, permiten excluir la aplicación del instituto de la caducidad.

En este contexto resulta oportuno recordar la doctrina jurisprudencial sobre el instituto de la caducidad, con transcripción parcial de la Sentencia de esta sala y sección de 15/05/2019, n. recurso 4367/2017, n. resolución 254/2019, en la que con cita de la TSJ de Madrid n. recurso 1031/2017, se resume dicha doctrina. (...)

*El fundamento de la caducidad está en el carácter temporal del derecho subjetivo de que se trate, temporalidad que viene determinada por la necesidad de no perjudicar los intereses de otras personas. En consecuencia, el fundamento a su vez de la posibilidad jurídica de la caducidad de las licencias urbanísticas no está en la presunción de abandono del derecho por parte de su titular, en el caso de no ejercerlo durante algún tiempo, sino en el interés general. La riqueza que supone el aprovechamiento urbanístico determinado por el planeamiento tiene una función social que cumplir: la materialización cuanto antes en la edificación prevista por el plan, lo cual dificultará la especulación, tal y como se establece en el art. 47 de la Constitución española. Así mismo se impedirá que la licencia otorgada se convierta en un obstáculo (al menos económico, dada la posibilidad jurídica de su revisión) para la futura modificación o revisión del planeamiento urbanístico. La licencia urbanística es un acto administrativo declarativo de derechos y se dice que tiene carácter temporal porque, dada su función servicial del planeamiento urbanístico, si las operaciones autorizadas por aquella no se inician en determinado plazo o se suspenden durante cierto tiempo, se produce su caducidad. Cesa la eficacia de la licencia. Como quiera que el otorgamiento de la licencia urbanística determina la adquisición del derecho a edificar, su caducidad extingue tal derecho y el interesado no podrá iniciar o reanudar actividad alguna al amparo de la licencia caducada, salvo autorización expresa para garantizar la seguridad de las personas y bienes, así como el valor de la edificación ya realizada.*

*Ha sido el Tribunal Supremo quien a partir del estudio de los diversos casos ha ido extrayendo principios generales y perfilando unas características que son sustancialmente las que se han plasmado en la nueva legislación, tanto estatal como territorial. De ahí la importancia de las sentencias de los tribunales en esta materia. Partiendo de lo expuesto en relación con la función social de la propiedad urbana, ha de precisarse aún que la licencia urbanística –como señala la STS de 26.12.1990, R.J. 19900255– opera como un instrumento destinado a asegurar la eficacia del planeamiento. Por eso la caducidad de las licencias tiende a fortalecer dicha función: de nada serviría comprobar que la actuación proyectada se ajusta a la ordenación actual si la edificación se pudiera realizar muchos años más tarde cuando ya el planeamiento que sirvió de base para el otorgamiento de la licencia hubiera sido reformado. La licencia es un acto declarativo de derechos, pero no puede convertirse en una reserva para la aplicación futura de un viejo plan; el transcurso del tiempo, en relación con el principio general de la buena fe, ha de operar deslindando lo que son las consecuencias por un lado del carácter declarativo de derechos de la licencia y por otro de la pretensión de obtener una reserva pro futuro de la aplicabilidad de un plan antiguo. En consecuencia, ha de entenderse que pertenece a la esencia de la licencia, como institución al servicio de la eficacia del planeamiento y ello aunque no exista normativa que prevea la viabilidad de la caducidad: el ordenamiento jurídico es algo más –mucho más– que un conjunto de disposiciones escritas, dado que se integra también y sobre todo por los principios y la normatividad inmanente en la naturaleza de las instituciones –exposición de motivos de la Ley jurisdiccional– y la caducidad es, como se ha visto, una exigencia de la normatividad propia de la licencia. No necesita así expresa previsión legal. La jurisprudencia que da complemento al ordenamiento jurídico –art. 1º.6 del título preliminar del Código civil– admite plenamente esta figura: sentencias de 18 de julio y 3 de*

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

octubre 1986 (RJ 1986518, RJ 1986411) de 22 de marzo y 9 de julio de 1988 (RJ 1988244, RJ 1988954), 30 de mayo de 1990 (RJ 1990292), etc.

Los criterios para la aplicación de la caducidad. Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo –STS de 28.5.1991 (R.J. 1991303)–: a) “Nunca opera de modo automático” –Sentencia de 20 de mayo de 1985 (RJ 1985116)–, es decir, “sus efectos no se producen automáticamente por el simple transcurso del tiempo, por requerir un acto formal declarativo (véase el art. 35.2 del TR de 1992 y 158.2 de la Ley 9/2001), adoptado tras los trámites previos necesarios” –Sentencia de 22 de enero de 1986 (RJ 198687)–; b) Para su declaración, pues, no basta la simple inactividad del titular –Sentencia de 4 de noviembre de 1985 (RJ 1985302)–, sino que será precisa una ponderada valoración de los hechos, ya que no puede producirse “a espaldas de las circunstancias concurrentes y de la forma en que los acontecimientos sucedan” –Sentencia de 10 de mayo de 1985 (RJ 1985754)–; c) Por consecuencia, “el instituto de la caducidad de licencias municipales ha de acogerse con cautela” –Sentencia de 20 de mayo de 1985–, aplicándolo “con una moderación acorde con su naturaleza y sus fines” –Sentencia de 10 de mayo de 1985– y con un “sentido estricto” –Sentencia de 2 de enero de 1985 (RJ 198598)–, e incluso con “riguroso criterio restrictivo” –Sentencia de 10 de abril de 1985 (RJ 1985859)–. En definitiva, ha de operar con criterios de “flexibilidad, moderación y restricción” –Sentencia de 10 de mayo de 1985–. En igual sentido: sentencias de 18 de julio y 3 de octubre de 1986 (RJ 1986518 y RJ 1986411), 22 de marzo y 9 de julio de 1988 (RJ 1988244 y RJ 1988954), 30 de mayo y 2 de noviembre de 1990 (RJ 1990292 y RJ 1990736), etc.; d) Y, además, ha de tenerse en cuenta que –STS de 30-5-1990– la presunción de legalidad del acto administrativo –art. 45.1 de la Ley de procedimiento administrativo– y hoy art. 4º.1.e) de la Ley reguladora de las bases del régimen local 7/1985, de 2 de abril –desplaza sobre el administrado la carga de accionar para evitar que se produzca la figura del acto consentido– art. 40.a) de la Ley jurisdiccional, pero no afecta a la carga de la prueba que ha de regirse por las reglas generales –sentencias de 22 de septiembre de 1986 (RJ 1986971), 27 de junio de 1988 (RJ 1988768), 13 de marzo de 1989 (RJ 1989976), 19 de febrero de 1990 (RJ 1990322), etc.–. Tales reglas, elaboradas por inducción sobre la base del art. 1214 del Código civil, señalan que cada parte ha de probar los hechos que integran el supuesto de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor. Ello implica que es el ayuntamiento el que ha de probar el supuesto de hecho que desencadena como consecuencia jurídica la caducidad”. (...)

En el presente caso debemos concordar con la sentencia de instancia en que no hay un abandono injustificado de la obra por parte del promotor, sino la concurrencia de circunstancias objetivas, ajenas a su voluntad, que se han erigido en obstáculos tanto para el inicio de la obra, como para la presentación del proyecto de ejecución. (...)

Resulta del expediente administrativo que el 26-6-2013 se presenta escrito solicitando la suspensión de los plazos, alegando la imposibilidad material de poder ejecutar la edificación, dado que uno de los ocupantes del ámbito se niega a abandonarlo, imposibilitando así la ejecución del colector que pasa por debajo de la propiedad. (...) resulta desvirtuada la presunción de abandono de la obra o el alegato de total inactividad de la promotora, máxime si se atiende a su contenido, en el que se hace un relato de distintos hechos, actuaciones y reuniones mantenidas con el concello, expresivas tanto de la voluntad de la



*promotora de ejecutar el proyecto constructivo que obtuvo licencia, como de las dificultades que se presentaron para dicha ejecución, relacionadas tanto con la necesidad de desplazamiento del colector general como la de retranqueo de las líneas de media tensión (...)».*

## 4 Personal

### 4.1 Cese de funcionario interino. Inaplicabilidad analógica del Estatuto de los trabajadores. Improcedencia de indemnización de 20 días de salario por año de servicio

El TS (Secc. 4ª), en su Sentencia de 28 de mayo de 2020 (rec. 5801/2017, ponente: Fonseca-Herrero, Raimundo), estima la casación y revoca la sentencia de un juzgado contencioso-administrativo de Galicia que le había reconocido a un funcionario interino correctamente cesado (sin concurrencia de fraude de ley) el derecho a percibir una indemnización equivalente a 20 días de salario por año de servicio en la Administración, con las siguientes consideraciones:

*«(...) dada la identidad de la situación de la funcionaria interina afectada, debemos reparar en la reciente Sentencia del Pleno del TJUE de 22 de enero de 2020, en el recurso: C-177/18, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n. 14 de Madrid, mediante auto de 16 de febrero de 2018.*

*En esa sentencia, una vez expuestas y marcadas las diferencias de régimen jurídico en la legislación española entre (i) el personal laboral fijo y el de duración determinada, y (ii) el particular régimen jurídico del personal funcionario, declara lo siguiente:*

*1) La cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que no prevé el abono de indemnización alguna a los funcionarios interinos ni a los funcionarios de carrera cuando se extingue la relación de servicio, mientras que prevé el abono de una indemnización al personal laboral fijo cuando finaliza el contrato de trabajo por concurrir una causa objetiva.*

*2) Los artículos 151 y 153 TFUE y la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que no prevé el abono de indemnización alguna por cese a los funcionarios interinos, mientras que al personal laboral temporal se le concede una indemnización cuando finaliza el contrato de trabajo.*

*(...) Por todo ello la respuesta que daremos a la cuestión de interés casacional objetivo admitida es que el cese de un funcionario interino, con una única relación de servicios, no determina derecho a indemnización de 20 días de año de trabajo desempeñado previsto en la legislación laboral y no en la legislación funcional».*

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

## 4.2 Compatibilidad de la oferta de empleo público de la Xunta de Galicia con la obligación de reducción del empleo temporal. Transformación de plazas de laborales en funcionarios

La Sentencia del TSJG de 15 de mayo de 2020 (rec. 72/2019, ponente: Seoane Pesqueira) desestima el recurso interpuesto por un sindicato contra el Decreto 160/2018, de 13 de diciembre, que aprobó la oferta de empleo público (OEP) del personal funcionario y laboral de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia para el año 2018.

La sentencia rechaza en primer lugar la crítica de la demanda frente a la falta de convocatoria de todas las plazas ocupadas por personal interino, con las siguientes consideraciones:

*«(...) en la OEP de 2018 se incluyen medidas dirigidas a solucionar la temporalidad del personal de la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia, y con ello dar cumplimiento a la Directiva 99/70/CE y jurisprudencia comunitaria que la interpreta, pues en el anexo II del decreto impugnado se recogen las plazas que se ofertan relativas a la estabilización del empleo temporal, y en el anexo III del mismo se incluyen las plazas que se ofertan de personal laboral indefinido no fijo derivado de sentencias judiciales. A ello se añade que la OEP de 2018 se enmarca, junto con las que se aprueben en los años 2019 y 2020, en los acuerdos para alcanzar una reducción de la temporalidad de hasta un máximo del 8%, dentro de una planificación de carácter plurianual, en los que se inscriben la Resolución de 22 de marzo de 2018 de la Secretaría Xeral de Función Pública por la que se publica el II Acuerdo Gobierno-Sindicatos para la mejora del empleo público y las condiciones de trabajo, el Acuerdo de 18 de octubre de 2017 para el desarrollo de un plan de estabilidad en el empleo de los servicios públicos, y la Orden de 15 de enero de 2019 por la que se publica el Acuerdo de concertación del empleo público de Galicia. Ese es el horizonte temporal a tres años en que se inserta la OEP impugnada, por lo que su enjuiciamiento no puede realizarse de modo autónomo.*

*Aun es más, en la OEP de 2018 impugnada se da cumplimiento a lo establecido en el artículo 19.uno.9 de la Ley 6/2018, así como a los acuerdos sobre desarrollo de la estabilidad en el empleo de los servicios públicos, incluyendo una tasa adicional para la estabilización del empleo temporal, incorporando plazas de los servicios de Administración y generales que respondan a necesidades estructurales, estén dotadas presupuestariamente y ocupadas de forma temporal e ininterrumpida en los tres años anteriores al 31 de diciembre de 2017, debiendo ser aprobadas y publicadas en los ejercicios 2018 a 2020 las ofertas que articulen dichos procesos de estabilización.*

*Asimismo, para salir al paso de las quejas de la recurrente en torno a las OEP anteriores que no fueron objeto de convocatoria total o parcial, hay que tener en cuenta que la disposición adicional del Decreto 160/2018 recoge la acumulación de plazas correspondientes a la OEP de los años anteriores al establecer (...). En este punto conviene reseñar que las restricciones presupuestarias que hicieron inejecutables las anteriores OEP tuvieron lugar en el contexto de la crisis económica de esos años, y era precisamente la Unión Europea quien marcaba los objetivos para la reducción del déficit público, por lo que no puede*

acogerse la alegación de vulneración del derecho comunitario para combatir la OEP gallega de 2018, con la que ya hemos visto que se afronta y trata de reducirse la temporalidad en el empleo público.

El preámbulo de la Ley orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, explica perfectamente esa incidencia de la política comunitaria, en los siguientes términos (...).

3. El sindicato demandante también alega la vulneración del artículo 10.4 del Real decreto legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Estatuto básico del empleado público, y la contradicción entre las limitaciones a la reposición de efectivos y ese precepto.

El artículo 10.4 del RDL 5/2015 dispone:

“En el supuesto previsto en la letra a) del apartado 1 de este artículo, las plazas vacantes desempeñadas por funcionarios interinos deberán incluirse en la oferta de empleo correspondiente al ejercicio en que se produce su nombramiento y, si no fuera posible, en la siguiente, salvo que se decida su amortización”.

En este punto conviene recordar la moderna jurisprudencia interpretativa de dicho precepto que relega la aplicación del artículo 10.4 del EBEP cuando una norma presupuestaria impide que se lleve a cabo en sus estrictos términos.

En efecto, la moderna jurisprudencia, plasmada en las sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2013 (recurso de casación 44/2013) y 2 de diciembre de 2015 (RC 401/2014), ha declarado que si el poder legislativo ha decidido establecer una determinada tasa de reposición de empleo público, para el período de vigencia de una norma legal, a ello debemos estar, de modo que si la Ley de presupuestos generales del Estado prohíbe que a lo largo de la anualidad a que se refiere se proceda a la incorporación en el sector público de nuevo personal, excepto en los sectores que indica y hasta un determinado porcentaje de la tasa de reposición, durante ese ejercicio no opera el mandato contenido en el artículo 10.4 del Real decreto legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Estatuto básico del empleado público, por lo que no puede entenderse infringido este último precepto.

En definitiva, tal como recuerda la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 2/12/2015, la Ley de presupuestos del Estado para cada ejercicio viene considerándose por parte del Tribunal Constitucional como un instrumento idóneo para limitar la oferta de empleo público como medida de política económica, y en ese sentido cita la Sentencia 178/2006, de 6 de junio (...). En el mismo sentido se ha pronunciado, más modernamente, la STS de 25 de septiembre de 2017 (recurso de casación 363/2016) (...).

4. Por tanto, hay que acudir a la normativa estatal para comprobar el ajuste de la normativa autonómica impugnada a la citada estatal presupuestaria.

Lo relativo al cálculo de reposición de efectivos para el año 2018 se contiene en el artículo 19.Uno.7 de la Ley 6/2018, que tiene carácter básico, se dicta al amparo de los artículos 149.1.13ª y 156.1 de la Constitución (...). El preámbulo del Decreto impugnado 160/1918 explica el modo en que se ha calculado la tasa de reposición en Galicia en la OEP de 2018 al decir que “Para determinar la tasa de reposición de las plazas de acceso libre se tuvo en cuenta el número de jubilaciones, fallecimientos, renunciaciones, excedencias, bajas

definitivas, altas y bajas producidas por los concursos de traslados a otras administraciones y reingresos producidos durante el año 2017”.

Para especificar cada una de dichas situaciones consta en el folio 102 del expediente administrativo el cuadro que las detalla, de lo que se deduce que no se tienen en cuenta las plazas de personal laboral indefinido no fijo derivado de sentencias judiciales, que se contienen en el anexo III de la propia OEP de 2018, dedicado al proceso de consolidación de personal indefinido no fijo.

El contraste entre uno y otro cálculo de la tasa de reposición pone de relieve la adecuación de la OEP de 2018 a la normativa presupuestaria estatal a la que debe ajustarse. (...)

La sentencia desestima también los motivos del recurso formulado contra la conversión de plazas de trabajadores laborales en funcionariales, con estas consideraciones:

«(...) la potestad de autoorganización de la Administración permite la transformación de plazas laborales en funcionariales a través del correspondiente proceso de funcionarización regulado en la disposición transitoria 2ª del RDL 5/2015. (...) Expone la demandante que en la OEP impugnada la mayoría, en concreto 1.448, de las plazas de estabilización y consolidación (salvo 270 de personal laboral en el anexo II) se ofertan como funcionariales en los anexos II y III, lo cual significa que el personal laboral que las ocupe, aproximadamente 1.778 plazas, ha de ser cesado (...)

La argumentación del demandante choca frontalmente con lo dispuesto en el artículo 28.2 de la Ley 2/2015, de 29 de abril, del empleo público de Galicia, que prevé expresamente la posibilidad de que se creen, en las relaciones de puestos de trabajo, puestos derivados de sentencias judiciales firmes que reconozcan situaciones laborales de carácter indefinido, cuando la persona afectada no pueda ser adscrita a un puesto vacante, incluyéndose en la RPT como puestos de personal funcionario o, excepcionalmente, de personal laboral cuando la naturaleza de sus funciones así lo requiera (...). En el mismo sentido, la Sentencia de 6 de julio de 2018 (recurso de suplicación 1299/2018) de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, invocando precedentes en las sentencias de 24 de marzo y 18 de diciembre de 2014, y 24 de febrero y 11 de marzo de 2015 de la misma sala, ha declarado expresamente que es perfectamente posible adscribir a personal laboral indefinido no fijo a plaza de funcionario (...). A lo anterior cabe añadir que es excepcional la configuración de las plazas de personal laboral, pues la regla general es que los puestos en la Administración pública estén desempeñados por personal funcionario, estableciéndose en el artículo 26.3 de la Ley gallega 2/2015 qué puestos pueden ser desempeñados por personal laboral (...). En ese sentido no es libre la Administración para configurar los puestos en la RPT como de personal funcionario o laboral, y tampoco las plazas en la OEP. (...)

Al proceso de funcionarización se dedica el artículo 4 del Decreto 160/2018, bajo el epígrafe de “Promoción interna para el personal laboral fijo: proceso de funcionarización”, con el siguiente contenido:

“El personal laboral fijo de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia cuya plaza va a ser objeto de un proceso de funcionarización podrá participar en un proceso selectivo de promoción interna para las plazas que figuran en el anexo V del presente decreto, por el sistema de concurso-oposición, de forma independiente de los de libre concurrencia, siempre que, en el momento de la entrada en vigor de la Ley 7/2007,

*de 12 de abril, del Estatuto básico del empleado público, estuviese realizando funciones o desempeñase puestos de trabajo de personal funcionario, o pasase a realizar dichas funciones o a desempeñar dichos puestos en virtud de pruebas de selección o promoción interna convocadas antes de la fecha señalada, siempre que posea la titulación necesaria y reúna los restantes requisitos exigidos, en los términos señalados en la disposición transitoria primera de la Ley 2/2015, de 29 de abril, del empleo público de Galicia, y en la disposición transitoria segunda del Real decreto legislativo 5/2015, de 30 de octubre.*

*Al personal laboral fijo que, a consecuencia de este proceso, adquiera la condición de funcionario de carrera se le adjudicará destino definitivo, de carácter funcional, en el mismo puesto que venía desempeñando con carácter definitivo”.*

*Por tanto, en dicho precepto se contempla una oferta de plazas de promoción interna para personal que ya superó un proceso selectivo, y por ello ya es laboral fijo, en el que, además, concurren los requisitos que se explicitan en la OEP y en la normativa que desarrolla, que es la disposición transitoria 1ª de la Ley 2/2015 y en la transitoria 2ª del RDL 5/2015. Dichos requisitos son que en el momento de la entrada en vigor de la Ley 7/2007, de 12 de abril, estuviera realizando funciones o desempeñara puestos de trabajo de personal funcionario, o pasara a realizar dichas funciones o a desempeñar dichos puestos en virtud de pruebas de selección o promoción interna convocadas antes de la fecha señalada, siempre que reúna la titulación necesaria y los requisitos exigidos. De hecho, en el apartado tercero de dicha disposición transitoria 1ª de la Ley gallega 2/2015 se prevé que a estos efectos se valorarán como mérito los servicios efectivos prestados como personal laboral fijo y las pruebas selectivas superadas para acceder a esta condición.*

*Es evidente que existe una justificación objetiva y razonable para la exclusión de dicho proceso de funcionarización del personal laboral indefinido no fijo, pues lo contrario supondría que se permitiese el acceso a la función pública a quien no ha superado un proceso selectivo, significando la infracción de los principios de mérito y capacidad, recogidos en los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución española. Por tanto, nunca cabría una interpretación más favorable a la efectividad del derecho fundamental, ya que la que se propugna es manifiestamente contraria al derecho previsto en el artículo 23.2 de la Constitución española. En consecuencia, no existe base para plantear cuestión de inconstitucionalidad, y, por el contrario, si se siguiera la tesis que sostiene el actor, se vulneraría la Carta Magna».*

## 5 Proceso contencioso-administrativo

### 5.1 La presentación del escrito inicial de interposición del recurso contencioso interrumpe el plazo establecido para recurrir, aunque adolezca de defectos formales

El TS, Secc. 5ª, en sus sentencias de 13 y 27 de mayo y 2 de junio de 2020 (recs. 4715/2017, 4743/2017, 687/2019 y 3927/2019, ponentes: Menéndez Pérez y Borrego Borrego), revoca las del TSJG (Secc. 3ª) que habían inadmitido varios recursos contencioso-administrativos porque los defectos formales de su escrito inicial de interposición

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

(ausencia de poder de representación del procurador) se subsanaron cuando ya había transcurrido el plazo de dos meses desde la notificación del acto impugnado. En ellas el Alto Tribunal establece la siguiente doctrina jurisprudencial:

*«No cabe declarar la inadmisión de un recurso contencioso-administrativo en el que el/la procurador/a no acompañe con el escrito que lo inicie el poder para pleitos o la designación apud acta que acreditarían su representación, incluso aunque estos no se hubieran otorgado aún, si lo hace dentro del plazo de diez días desde que fue requerido/a para ello y aunque al aportar uno u otra hubiera finalizado el plazo hábil para la interposición de aquel recurso».*

## 5.2 Legitimación de asociación ecologista para exigir la declaración de caducidad de concesiones en dominio público marítimo-terrestre

La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 16 de enero de 2020 (rec. 373/2016, ponente: Buisán García) le reconoce a la Asociación pola Defensa da Ría de Pontevedra legitimación activa para reclamar la declaración de caducidad de la concesión sobre el dominio público marítimo-terrestre de una industria papelera, con estos argumentos:

*«(...) el artículo 109 de la Ley de costas, que reproduce el artículo 202 de su reglamento, aprobado por Real decreto 1471/1989, de 1 de diciembre, reconoce acción pública para exigir ante los órganos administrativos y los tribunales la observancia de lo establecido en esa ley y en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y aplicación. Esta acción que tiene por objeto la salvaguarda de los preceptos de la ley y sus disposiciones de desarrollo, puede ejercerse cualesquiera que sean los efectos producidos sobre el dominio público y constituye un instrumento idóneo para evitar la infracción del ordenamiento jurídico en materia de dominio público, razón por la que el apartado segundo del precepto distingue la infracción sancionable de dicho ordenamiento de aquellos supuestos en que el hecho denunciado no sea materia de expediente sancionador. De modo que contempla tanto las infracciones normativas sancionables como las no sancionables, tal y como reconoce expresamente la STS de 9 de junio de 2004, rec. 875/2002, y se corrobora por la Sentencia de 26 de noviembre de 2008, rec. 5875/2004, que cita otros precedentes.*

*En el presente supuesto, además, dicha legitimación activa de la Asociación Salvemos Pontevedra fue ya planteada y resuelta, en sentido favorable, en el recurso contencioso que la misma interpuso frente a la desestimación presunta de la ministra de Medio Ambiente, recurso que fue estimado en parte por la Sentencia de esta sala y sección de 19 de mayo de 2011 (rec. 823/2010), tal y como se indica en el antecedente 8) del fundamento de derecho primero de la presente resolución.*

*Legitimación activa que, en cualquier caso, ha sido ya admitida por esta sala y sección en otros supuestos en que determinadas asociaciones ecologistas han impugnado resoluciones sobre concesiones administrativas sobre dominio público marítimo terrestre concedidas a terceros, así en las SSAN de 27/06/2006, rec. 1134/2002, y de 22/05/2013, rec. 830/2009».*

## 6 Responsabilidad patrimonial

### 6.1 Por la anulación judicial de licencia urbanística. Determinación del daño moral

La Sentencia del TSJG de 21 de abril de 2020 (rec. 4362/2018, ponente: Martínez Quintanar) resuelve varios de los interrogantes que más habitualmente se plantean en las reclamaciones indemnizatorias frente a administraciones locales por la anulación judicial de licencias urbanísticas.

Dicho tribunal, en Sentencia de 19 de octubre de 2006 (rec. 4093/2004), había anulado la licencia de obras otorgada por un ayuntamiento para la construcción de una vivienda unifamiliar en suelo que se consideró rústico de especial protección. En el posterior incidente de ejecución forzosa se ordenó la demolición total de la edificación. Su titular solicitó el pago de una indemnización de 580.000 euros por el cauce de la responsabilidad patrimonial. El Ayuntamiento le reconoció sólo 4.000 euros en vía administrativa, con el argumento, entre otros, de que el daño no era efectivo al no haberse demolido aún la vivienda. La sentencia de instancia solo incrementó dicha indemnización en una pequeña cantidad, por los gastos correspondientes a los honorarios de arquitecto y aparejador, más los del letrado que intervino en el proceso judicial. En esta Sentencia de 21 de abril de 2020 el TSJG estima en parte el recurso de apelación del actor e incrementa la indemnización, con las siguientes conclusiones de interés:

– Respecto de la “efectividad del daño”, resulta que: *«(...) tras la sentencia de instancia se ha ejecutado la demolición de la construcción a la que se refería la licencia anulada (...), [por lo que] es procedente tomar en consideración esta nueva situación de hecho y, en función de la misma, debemos considerar que el daño reclamado en cuanto al coste de la construcción y de demolición ha dejado de ser meramente potencial, futuro o hipotético y ha pasado a ser efectivo, por lo que estamos en posición de juzgar sobre la indemnización del mismo».*

– No obstante, la Sala desestima la indemnización reclamada por el “valor de la construcción” (325.000 euros), al no haber demostrado el recurrente su correspondencia con el coste efectivo de ejecución por él desembolsado (el presupuesto del proyecto técnico autorizado por la licencia era de solo 35.000 euros). Se trata de un concepto *«de sencilla acreditación mediante facturas correspondientes a las certificaciones de la obra realmente ejecutada conforme a la licencia anulada, que no son el soporte probatorio de la reclamación. La mera referencia por el perito de la actora a que su valoración se basó en la tipología y características constructivas por él apreciadas no permite concluir de modo cierto que esa valoración económica estimada del metro cuadrado construido responda a bases objetivas y verificables».* Considera por otra parte improcedente indemnizar elementos constructivos ejecutados al margen del proyecto autorizado por la licencia anulada (plantas de sótano y bajo cubierta, piscina, etc.). Sí le reconoce, por el contrario, el derecho a resarcirse por el coste efectivo de las obras de *«demolición*

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

correspondiente a las partes de la edificación reflejadas en el proyecto que obtuvo licencia, y no de otros elementos a los licenciados».

– En lo referente al “demérito en el valor de la parcela por la pérdida de la condición de edificable de uso residencial”, afirma el tribunal que: «No procede indemnización alguna por este concepto, ya que no hay privación a posteriori del carácter edificable a raíz de la sentencia anulatoria de la licencia: no hay cambio en la clasificación urbanística, sino la mera constatación de que por aplicación del planeamiento no concurría esa condición de edificable para uso residencial ya desde el origen, no a consecuencia de la anulación de la licencia, siendo precisamente esa condición previa la que determinaba la procedencia de esa anulación».

– El TSJG sí le reconoce al demandante el derecho a percibir la suma de 10.000 euros por “daño moral”, con este razonamiento:

«Se trata de efectuar una valoración de los perjuicios de índole no estrictamente patrimonial, que no puede restringirse en todo caso a la acreditación médica de una concreta patología psíquica o psiquiátrica, pudiendo tomarse en consideración afecciones como la incertidumbre y la angustia generados por todo el proceso de anulación de la licencia de obras que se otorgó en el año 2001, que no concluyó hasta que la sentencia de esta sala en el año 2006 revocó la sentencia de instancia decretando dicha anulación como consecuencia de la estimación del recurso interpuesto por la Xunta de Galicia. Este proceso ha conllevado la privación de un bien material empleado como residencia de la recurrente para el desarrollo de su vida personal, y la zozobra emocional que ha comportado, y que no pone en duda la sentencia, es susceptible de ser incardinada en el concepto de daño moral indemnizable a cargo de la Administración que otorgó de forma indebida la licencia. Ello es así sobre todo en casos como el presente en que, por la inadecuada formulación de la petición en materia de daños patrimoniales, y la insuficiencia probatoria, no se puede conceder cantidad alguna por el daño estrictamente patrimonial derivado de la pérdida de la construcción realizada, por no considerar que las cantidades y conceptos reclamados se correspondan con un daño efectivo relativo al coste de ejecución efectivamente soportado (que no se probó).

Habida cuenta de que tan solo se le compensan a la recurrente algunos gastos relativos a tasas por licencia, ICIO, acta de línea y rasante, honorarios de redacción de proyecto y dirección de obra, gastos procesales de defensa jurídica, y en esta sentencia el coste de demolición debe considerarse procedente reconocer una cantidad determinada por el daño moral inherente a la frustración de las expectativas –indebidamente generadas– de uso residencial de la parcela (...).

En este caso no se prueba que se produzca la privación del lugar que constituya principal domicilio o la vivienda habitual, y además la construcción ejecutada tampoco se acomodó a la licencia concedida y después anulada, existiendo importantes partes de la obra no amparadas en ninguna licencia.

En este contexto, y a falta de pruebas específicas que aporten información concreta sobre el modo en que la demandante resultó afectada por la anulación de la licencia, desde un punto de vista psiquiátrico, psíquico, moral o emocional, y por no existir indicios de patologías en ese sentido, ni tampoco de un estado emocional del que pudieran dar



*cuenta testigos, nos encontramos ante la mera zozobra emocional inherente al proceso de anulación de la licencia, al tiempo transcurrido y a la concreción ulterior de su obligación de demoler lo construido, en parte con amparo en una licencia que le generó la expectativa de uso residencial de la parcela de la que después se ha visto privada la demandante.*

*Por todo ello sí podemos considerar procedente la indemnización del daño moral, pero no en la cifra reclamada, sino en el importe que prudencialmente, y atendiendo a las particulares circunstancias concurrentes que dejamos expuestas, valoramos en una cifra de 10.000 euros, como compensatoria del daño moral generado por la actuación administrativa e imputable a la misma, sin que pueda alcanzar un importe superior por no habersele privado del domicilio habitual, por no probar una intensidad determinada en la afección moral, y por haber coadyuvado la recurrente al daño con una conducta ilícita al construir unidades de obra al margen de la licencia».*

## 7 Tributos

### 7.1 Impuesto de bienes inmuebles. Procedimiento de modificación de ordenanza fiscal municipal. Exenciones. Centros sanitarios explotados por concesionarios de obra pública

El TSJG (Secc. 4ª), en sus sentencias de 14 de febrero y 20 de mayo de 2020 (recs. 15113/2019 y 15114/2019, ponentes: Núñez Fiaño y Selles Ferreiro), desestima los recursos interpuestos por la Xunta de Galicia y por la concesionaria que explota el hospital de titularidad pública Álvaro Cunqueiro contra una modificación de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Vigo reguladora del impuesto de bienes inmuebles (IBI), modificación que le dio nueva redacción a la exención del impuesto (previa solicitud) respecto de los centros sanitarios públicos, en estos términos:

*«En aplicación del artículo 62.3 del TRLRHL, los centros de salud en los que la condición legal del obligado al pago del impuesto, según la prelación establecida en el artículo 61 del citado TRLRHL recaiga sobre el SERGAS y se cumplan las restantes circunstancias descritas en este apartado.*

*... Se considera, a los efectos de esta ordenanza, centros de salud aquellos bienes inmuebles en los que, conforme a lo dispuesto en el RD 1277/2003, de 10 de octubre, el SERGAS desenvuelva “Atención Primaria de salud a cargo del personal funcionario o estatutario de la Administración pública...”».*

En la práctica, la modificación conlleva la inaplicación de la exención del IBI al referido hospital público vigués, explotado por la concesionaria que lo construyó.

La sala rechaza en primer término los motivos impugnatorios de carácter formal esgrimidos por los recurrentes. Considera que la modificación de la ordenanza dispone de la motivación mínima de impacto económico exigida en el artículo 129.7 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común (LPAC). También, que no debía someterse al trámite de “consulta previa” establecida en el artículo 133

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

de la misma ley, al tratarse solo de la modificación puntual de una ordenanza fiscal aprobada con anterioridad.

Sobre el fondo del asunto concluye lo siguiente:

«(...) El artículo 62.5 TRLHL establece que: “Las ordenanzas fiscales podrán regular una exención a favor de los bienes de que sean titulares los centros sanitarios de titularidad pública, siempre que estén directamente afectados al cumplimiento de los fines específicos de los referidos centros. La regulación de los restantes aspectos sustantivos y formales de esta exención se establecerá en la ordenanza fiscal”.

El Ayuntamiento de Vigo entiende que dentro de estos aspectos sustantivos y formales se encuadra tanto el carácter rogado o no de la exención, como la limitación de los beneficiarios.

Lo primero que debemos reseñar es que el citado art. 62.3 TRLHL no contempla para ese tipo de bienes una exención obligatoria, sino facultativa, ya que la incluye con referencia a su previsión en las propias ordenanzas fiscales reguladoras del IBI. El legislador utiliza la expresión “podrán regular”, por lo que esta exención no viene impuesta por la ley, sino que, simplemente, se contempla su existencia, confirmando a cada ayuntamiento la potestad de establecerla en el marco de su autonomía local. Es cierto, por tanto, que la exención solo existe porque el Ayuntamiento de Vigo optó (cualquiera que fuese la concreta motivación) por establecerla en la Ordenanza fiscal del IBI. No obstante, tal potestad ha de ejercitarse con respeto a las previsiones legales del TRLHL, como recuerda el TS en la Sentencia de 19 de mayo de 2014.

Y, llegados a este punto, lo que debemos resolver es el alcance de tales previsiones, para lo cual conviene precisar que sobre el inmueble en cuestión concurren dos titularidades con acceso al catastro: la de la sociedad actora que es titular de un derecho de concesión sobre el inmueble, como adjudicataria del contrato de concesión de obra pública para la construcción y explotación de determinados servicios no clínicos, de carácter accesorio respecto al servicio público sanitario al que está adscrita la sociedad concesionaria Nuevo Hospital de Vigo, y la del SERGAS, propietario del 100% del inmueble.

Sucede que, conforme al artículo 61.2 del TRLHL, la realización del hecho imponible por la titularidad de la concesión que le corresponde a la demandante determina la no sujeción del inmueble a las restantes modalidades de realización del hecho imponible, en concreto, la del apartado 1.e), derecho de propiedad que es la titularidad que ostenta el SERGAS. Sacando a colación lo manifestado en la sentencia de esta sala, dictada en el recurso de apelación 15011/2018, recordaremos que el TRLHL habilita a la corporación local para el establecimiento de la exención que se prevé para los bienes de que sean titulares los centros sanitarios de titularidad pública, siempre que estén directamente afectados al cumplimiento de los fines específicos de los referidos centros. Se configura pues en el texto legal como una exención objetiva, si bien sujeta a requisitos subjetivos (han de ser titulares de tales bienes los centros sanitarios de titularidad pública) y finalistas (afección al servicio), remitiéndose a la OF para la regulación de los restantes aspectos sustantivos y formales, dentro de los que se encuentra el carácter rogado o automático de la exención. En el texto inicial de la OF el Ayuntamiento de Vigo en el ejercicio de tal potestad limitó la

exención a los centros sanitarios de titularidad del SERGAS y, temporalmente, los construidos a partir del 1/1/2007.

Con esta redacción, la sala entendió que la OF regulaba la exención sin exigir que el centro sanitario de titularidad pública, además de titular del inmueble, fuera sujeto pasivo del impuesto.

Este requisito sí se establece en la modificación impugnada, limitando además los centros sanitarios a los de atención primaria de salud a cargo del personal funcionario o estatutario de la Administración pública.

La controversia se centra ahora en determinar si tales limitaciones encuentran amparo en la habilitación legal del ayuntamiento para la regulación de los “restantes requisitos sustantivos y formales”.

Las sentencias que se citan en apoyo de la tesis de la Administración local se refieren a exenciones subjetivas o bonificaciones, pero resultan perfectamente aplicables a la exención controvertida en cuanto al alcance de la habilitación legal. Y es que los requisitos que exige el TRLHL para establecer la exención (a favor de inmuebles de que sean titulares centros sanitarios de titularidad pública y afectos al servicio sanitario) limitan la autonomía local que ha de asumir en la regulación de la exención tales requisitos, lo cual no obsta al establecimiento de otros que acoten el ámbito de aplicación a inmuebles que, además de cumplir las exigencias legales, satisfagan las previstas en la OF. Es decir, que la previsión por el TRLHL de aquellos requisitos no supone que, de establecer en la OF la exención, el ayuntamiento deba hacerlo a favor de todos los inmuebles que de que sean titulares centros sanitarios de titularidad pública y afectos al servicio sanitario pues, de ser así, no tendría sentido la habilitación legal para la regulación de los restantes requisitos sustantivos y formales, entre los que se encuentran, por tanto, no solo el carácter rogado o automático de la exención, sino también las limitaciones introducidas en la modificación impugnada: que el SERGAS además de ser titular del inmueble afecto al servicio sanitario de atención primaria ostente la condición de sujeto pasivo del IBI.

En consecuencia, procede desestimar el recurso sin perjuicio de que las consecuencias que, en su caso, se deriven del incumplimiento del convenio marco se depuren por la interesada acudiendo a la vía pertinente».

## 7.2 Tasas imputables a los ayuntamientos por ocupación del dominio público portuario con viales de uso general

Las sentencias del TS de 19 de mayo de 2020 (recs. 2822/2017 y 2829/2017, ponente: Maurandi Guillén) ratifican la procedencia de la tasa liquidada por un puerto de interés general a un ayuntamiento por el uso del dominio público estatal consistente en la circulación del tráfico general de vehículos por viales en suelo perteneciente a la Administración portuaria, con las siguientes conclusiones:

«(...) El ayuntamiento no ha justificado que se haya producido ninguna modalidad de desafectación o mutación demanial, siguiendo las vías legalmente establecidas para ello, por la cual el terreno de que se viene hablando haya dejado de ser dominio público portuario estatal para pasar a convertirse en bien de dominio público municipal. (...)

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

1.- Las tasas, según la definición que de ellas efectúan los artículos 2.2.a) de la LGT 2003, Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria, art. 2 (06/03/2011) y art. 6 (01/07/2004), Ley 8/1989, de 13 de abril, de tasas y precios públicos, son, en primer lugar, una clase de tributo; y, en segundo lugar, tienen como elemento diferenciador, en relación con otros tributos, el hecho imponible, que está constituido por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, o por la prestación de servicios o la realización de actividades en régimen de derecho público que se refieran, afecten o beneficien de modo particular al obligado tributario.

Estas dos notas que acaban de expresarse ya permiten estas dos primeras declaraciones sobre las tasas: (i) la operatividad en ellas del principio de capacidad económica, al estar proclamado por el artículo 31.1 CE para la totalidad del sistema tributario; y (ii) exigen necesariamente para su devengo ese elemento fáctico que las singulariza frente a otras figuras tributarias, constituido bien por un uso privativo o especial de bienes demaniales, bien por una actividad administrativa, referidos uno u otro hecho al obligado tributario.

Y esta segunda declaración debe completarse señalando que para el devengo de la tasa no basta con ponderar una situación de capacidad económica en el obligado, pues si, por parte de este, no concurre el hecho de un uso demanial, o el de su afectación por una actividad administrativa, tampoco hay tasa; siendo esto último lo que ha llevado a que haya sido atribuido un carácter bilateral a la relación tributaria que genera la tasa y también se haya destacado que el presupuesto de hecho de esta figura, a diferencia del correspondiente al impuesto, no presenta una estructura contributiva.

2.- El beneficiario de la utilización privativa del dominio público que ha de resultar gravado con la tasa puede ser una persona particular o un ente público diferente de aquel otro que ostente la titularidad sobre el bien demanial cuya utilización privativa resulta gravada; esto es, ese beneficiario puede ser un ente público que carezca de toda competencia o disponibilidad sobre el uso de dicho bien demanial.

3.- Lo que acaba de afirmarse supone que, en los casos en los que se está ante un bien del dominio público portuario estatal, y el ayuntamiento donde tal bien se encuentra quiere adquirir la disponibilidad de su utilización para destinar ese bien a cualquier uso que convenga a los intereses públicos cuya atención es competencia del municipio, dicho ente local tendrá que obtener esa disponibilidad de la Autoridad Portuaria a través del correspondiente título concesional; y tendrá que hacer efectiva a esa Autoridad Portuaria la contraprestación normativamente prevista para la utilización así obtenida del bien del demanio portuario estatal.

4.- Lo anterior, visto desde la perspectiva de la utilización privativa que constituye el hecho imponible de una tasa portuaria, significa lo siguiente: que habrá utilización privativa, gravable mediante esa específica clase de tasa, siempre que el ente público titular del bien demanial portuario quede privado de toda posibilidad de uso de dicho bien por haber sido otorgado a una persona o ente distinto; y siendo indiferente la aplicación o destino a que dedique el bien demanial portuario ese otro ente público, distinto de la autoridad portuaria, que haya obtenido de esta la disponibilidad del uso a través de la correspondiente concesión.

5.- *La obligación del pago de la tasa habrá de mantenerse mientras los terrenos cuya utilización es objeto de ese gravamen conserven su carácter de dominio público portuario estatal; y hasta tanto no se conviertan en bienes del dominio público local a través de las vías legalmente previstas para esta mutación.*

6.- *En la situación que acaba de describirse sí hay una manifestación de riqueza cuyo gravamen resulta compatible con el principio constitucional de capacidad económica del artículo 31 CE; pues la posibilidad de uso del bien del demanio portuario estatal, que al ayuntamiento le otorga la autoridad portuaria, es una magnitud económicamente evaluable que significa para dicho ente local una ventaja de esa naturaleza».*

## 8 Turismo

### 8.1 Ordenación de apartamentos turísticos. Límites temporales. Prohibición de cesión por habitaciones

El TS (Secc. 3<sup>a</sup>), en su Sentencia de 1 de junio de 2020 (rec. 4124/2018, ponente: Espín Templado), confirma en casación la Sentencia del TSJG desestimatoria de los recursos interpuestos por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y la Administración general del Estado contra determinadas restricciones establecidas en el Decreto de la Xunta de Galicia 12/2017, de 26 de enero, por el que se establece la ordenación de apartamentos turísticos, viviendas turísticas y viviendas de uso turístico en la Comunidad Autónoma de Galicia.

El Alto Tribunal ratifica la procedencia de la limitación temporal del alojamiento turístico a un máximo de tres meses exigida en el artículo 9.1 del decreto impugnado, considerando que:

*«(...) ha de ser interpretada no como una prohibición propiamente tal, sino como un límite para los arrendamientos turísticos regulados en el decreto. La consecuencia, por tanto, es que un arrendamiento por tiempo superior de apartamentos o viviendas turísticas quedaría fuera de la regulación que examinamos, sin que resulte pertinente en este punto pronunciarse sobre el régimen jurídico preciso que le sería aplicable a semejante arrendamiento. A similar conclusión hemos llegado también en nuestra Sentencia de 20 de septiembre de 2019 (RC 2861/2018, deliberado conjuntamente con este) relativa al régimen de las viviendas turísticas en Castilla y León (...) la prestación del servicio de hospedaje debe tener carácter temporal, de modo que la fijación del límite de duración (...), por su propia naturaleza, no puede considerarse como una restricción ilegítima al ejercicio de la actividad, y, por ello, no requiere una específica justificación de obedecer a razones imperiosas de interés general».*

Desestima asimismo el argumento impugnatorio dirigido frente a la prohibición de cesión por habitaciones (artículos 4.2 y 5.1) –nudo gordiano del litigio– con el siguiente razonamiento:

*«(...) la protección de los usuarios turísticos y la garantía y la sostenibilidad de una actividad turística de calidad pueden considerarse una justificación de interés general que*

REGAP



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

*ampare determinadas restricciones contenidas en la ordenación del turismo efectuada por la ley. Entre ellas, la de que la oferta de viviendas turísticas y de uso turístico hayan de alquilarse en su totalidad, habida cuenta de que la posibilidad de alquilar habitaciones solas existe en la ordenación de Galicia tanto en las modalidades tradicionales de alojamiento (hoteles, pensiones y similares) como –lo que es más relevante en la perspectiva desde la que se realiza este examen– en alquileres particulares fuera de la normativa turística. Así pues, en un ámbito circunscrito de ese modo a una sola modalidad de alquiler y con la finalidad de que la misma pueda mantener una mayor calidad y protección de los usuarios, la exclusión del alquiler por habitaciones puede considerarse una regulación admisible y proporcionada desde la perspectiva de la Ley de garantía de la unidad de mercado y de la Directiva de servicios.*

*Queda solo destacar que esta conclusión, aparentemente opuesta a la que llegamos en el caso de Canarias, es consecuencia de las diferentes circunstancias en que se han planteado ambos supuestos. Como ya hemos dicho, en aquel supuesto se impugnaban unas sentencias que habían anulado una medida semejante impuesta mediante decreto y sin una apoyatura explícita en la ley reguladora del turismo en esa comunidad autónoma, sin que esta sala considerase aceptables las razones dadas para justificar tal restricción reglamentaria. (...) Por el contrario, en el presente supuesto entendemos que la finalidad de la medida ofrecida por el legislador autonómico, principalmente la mejor garantía de los derechos de los usuarios y el fomento de una oferta turística de calidad, en el contexto de las amplias posibilidades de alquiler por habitaciones que se admiten en otras modalidades de arrendamientos, tanto entre las tradicionales contempladas por la propia ley como fuera de la misma en contratos no sometidos a la regulación turística, permiten entender que la exclusión del arrendamiento separado por habitaciones en las viviendas turísticas y de uso turístico es conforme a derecho».*

Y confirma, por último, la habilitación de los ayuntamientos para prohibir o limitar el número de viviendas dedicadas al alojamiento turístico (artículo 5.6), toda vez que:

*«(...) no se impone dicha limitación de manera efectiva, sino que, tal como se ha expresado, se autoriza a los ayuntamientos a hacerlo. Será por tanto la posible limitación establecida por un ayuntamiento la que habrá que ser sometida a un escrutinio estricto desde la perspectiva de la garantía del mercado y la competencia. O, dicho de otra forma, no es posible excluir a priori que en un determinado ayuntamiento concurren circunstancias que puedan constituir una razón imperiosa de interés general para limitar el número de viviendas de uso turístico. No procede formular aquí hipótesis o previsiones sobre qué circunstancias pudieran llegar a justificar una medida limitativa como la que se cuestiona, pues basta en el presente litigio con constatar que no se prevé una limitación o restricción concreta a la actividad económica sobre las viviendas de uso turístico. No es por tanto una medida que pueda compararse, como hace la demandante, con la prohibición canaria de viviendas vacacionales en zona turística que esta sala declaró contraria a derecho en la Sentencia de 12 de diciembre de 2018 (RC 4959/2017)».*

## 8.2 Declaración de zona de gran afluencia turística. Compatibilidad de limitaciones horarias y comerciales con la Directiva de servicios

La Sentencia del TS de 18 de mayo de 2020 (rec. 362/2019, ponente: Del Riego Valledor) confirma la de instancia del TSJG, desestimando el recurso promovido por la Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED) frente a la resolución de 15 de julio de 2016 de la Consellería de Economía de la Xunta de Galicia, por la que se aprobó la propuesta motivada de un ayuntamiento de declaración de determinadas áreas de su municipio como zona de gran afluencia turística (DOG de 21/07/2016). Se fijan en esta sentencia los siguientes criterios jurisprudenciales:

«i) Las limitaciones territoriales o temporales en la declaración de zona de gran afluencia turística, que restrinjan el principio general que proclama el artículo 5.1 de la Ley 1/2004, de 21 de diciembre, de horarios comerciales, de libertad para determinar los días y horas de su actividad comercial reconocida a los establecimientos instalados en zonas que tengan dicha calificación, han de considerarse restricciones o limitaciones al ejercicio de una actividad económica, a los efectos de la aplicación del artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

ii) La sujeción de los poderes públicos autonómicos a las exigencias del artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, supone que el establecimiento por estos de límites al ejercicio de una actividad económica deberá estar motivada en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio».

Concluye también el tribunal que:

«(...) el acuerdo de declaración de zona de gran afluencia turística de Vigo dio cumplimiento a la exigencia del artículo 5.4 de la LHC de justificar las restricciones territoriales y temporales de acuerdo con los intereses comerciales, turísticos y en beneficio del consumidor, y este beneficio del consumidor es coincidente con la protección de los derechos de los consumidores y de los destinatarios de los servicios, que se incluye en la lista cerrada de razones imperiosas de interés general del artículo 3.11 de la Ley de servicios. (...) expresa la Ley gallega 13/2006, de horarios comerciales, las razones que justifican su específica regulación en materia de horarios comerciales, consistentes, entre otras, en la importancia de la presencia del comercio minorista en la vertebración de los pueblos, ciudades y barrios, su contribución a su habitabilidad y seguridad, la protección de las personas que por su edad y otras circunstancias tienen dificultades de movilidad, la ayuda en la lucha contra la desertización y el desempleo y la conciliación de la vida familiar y laboral (...).

La necesidad de las limitaciones territoriales y temporales incorporadas por la Administración gallega en la declaración de zona de gran afluencia turística a que se refiere este recurso encuentra su justificación en las razones imperiosas de interés general expuestas.

En cuanto a la proporcionalidad de las limitaciones, la sala considera que no puede discutirse en lo que se refiere a las limitaciones de orden temporal, ya que la declaración de zona de gran afluencia turística impugnada reconoce la libertad de horarios durante

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

todos los domingos y festivos del año, con la única restricción de que el horario comercial se extenderá hasta las 22:00 horas, siendo tal restricción de muy reducida entidad en relación con los fines perseguidos, además de la circunstancia apreciada por la sentencia recurrida, que (FJ 5º) encuentra justificada la restricción temporal porque ese horario de hasta las 22:00 horas razonablemente será coincidente con la franja horaria en la que hay más afluencia de visitantes.

También le parece a la sala que se cumple el requisito de proporcionalidad de las limitaciones territoriales de la declaración de zona de gran interés turístico, a la vista de la apreciación de la sentencia impugnada, con valor de hecho probado, que destaca (FJ 4.º), a partir de los informes obrantes en las actuaciones, que las áreas a las que se limita la declaración, que son Vigo histórico y el barrio histórico de Bouzas, constituyen “el principal foco turístico de la ciudad, donde se concentran los recursos artísticos, culturales y monumentales que atraen a los turistas”, de forma que como acertadamente señala la sentencia impugnada, “el valor específico de estas zonas sí puede justificar una delimitación geográfica como la que se recoge en el acuerdo impugnado”».

## 9 Universidades

### 9.1 Prelación para la elección de docencia del profesorado contratado doctor sobre el funcionario no doctor

El TSJG, en su Sentencia de 26 de febrero de 2020 (rec. 153/2019, ponente: López González), anula el criterio de prelación para la elección de docencia establecido en las Normas de elaboración del Plan de Ordenación Docente (POD) de la Universidad de Vigo para el curso 2019/2020, según el cual, en caso de conflicto, se hace prevalecer al Profesorado Contratado Doctor sobre el Profesorado Titular de Escuela Universitaria no Doctor, con los siguientes argumentos:

«(...) En el sistema docente universitario conviven, tras la reforma operada en la Ley orgánica 1/2006, de universidades, por la Ley 4/2007, personal funcional y personal contratado de forma indefinida. No puede obviarse que nuestra organización de empleo público, tal y como se diseña en la Constitución y en el Estatuto básico del empleado público, es un sistema de base funcional donde los funcionarios públicos, por razón de sus funciones y la necesidad de garantizar su imparcialidad dentro y fuera de la organización administrativa, gozan de un estatuto sometido a reserva legal, y así lo ha declarado el Tribunal Constitucional en distintas ocasiones, por todas la Sentencia 99/87, de 11 de junio.

Nuestro sistema de función pública constituye una institución básica de la organización jurídico-pública del Estado, asentada en principios básicos constitucionalmente recogidos.

El EBEP es buena muestra de ello y así trata de asegurar la inamovilidad de los funcionarios junto con el mérito y la capacidad como principios que el artículo 23 de la Constitución establece para seleccionar a quienes le va a ser encomendada la tutela del interés general en el ejercicio de funciones públicas. Ciertamente, no puede discutirse que la existencia de empleados públicos en régimen laboral está recogida en el EBEP,



previsión que, a nuestro juicio, establece un criterio residual en relación a la necesidad de que determinados puestos en los que se ejercen funciones públicas se reserven a funcionarios públicos. Es este el momento de señalar que en el acceso del personal funcional se aprecian mayores exigencias de rigor en la aplicación de los principios de igualdad, mérito y capacidad, que cuando la selección se realiza de personal laboral. No en vano se diseñan sistemas de accesos distintos en uno y otro caso.

Desde esta perspectiva no cabe duda de que la pertenencia a un cuerpo docente supone una vinculación cualificada en relación a los principios descritos y demostrativa de un criterio de selección riguroso que además, en el caso de la pertenencia a los cuerpos docentes, exige una doble fase, no solo con la superación del proceso selectivo en la propia universidad donde se ejerce la función docente, sino también mediante un proceso previo de habilitación nacional.

El acuerdo impugnado hace pivotar la preferencia en la elección de docencia en la ostentación o no del grado de doctor. Como es sobradamente conocido se trata de la titulación máxima en el ámbito universitario y ligada sobre todo a la investigación, pero que, a juicio de esta sala, no puede suponer un criterio de preferencia absoluto en relación al desempeño de funciones docentes. Del acuerdo impugnado se deriva esa preferencia del profesor doctor, sea o no funcionario. La postergación de los profesores titulares no doctores frente a los profesores contratados doctores, primando el grado de doctor como elemento de prevalencia, podía llevar incluso a justificar no solo que un profesor contratado no doctor tuviera prevalencia sobre un titular de escuela no doctor, sino también la prevalencia del contratado laboral fijo doctor sobre el titular doctor, siendo ambos doctores, incluso también el contratado laboral temporal doctor sobre el titular no doctor. Es decir, el criterio de atribución de prevalencia es la ostentación del grado de doctor y no la vinculación permanente o no del profesor, tal y como pretende defender el escrito de contestación a la demanda (...).

La pertenencia a estos cuerpos, sea como catedrático o como profesor titular, añade un valor que es el propio de los funcionarios públicos de carrera, que no puede ser desconocido por la norma litigiosa, que prescinde del mismo en la forma más arriba descrita.

No cabe duda que la impartición de enseñanzas en tercer ciclo puede quedar excluida para los profesores pertenecientes a cuerpos docentes que no tengan el grado de doctor, precisamente por las razones expuestas, pero sin que ello pueda suponer las limitaciones que en los otros dos ciclos recoge el acuerdo recurrido, y que tampoco podría hacer a los profesores titulares doctores ser postergados por los contratados doctores.

Ciertamente el art. 56.1 de la Ley 6/2001, establecía que los profesores titulares de las escuelas universitarias tendrán con carácter general plena capacidad docente al que se añade la investigadora cuando también estuviesen en posesión del título de doctor. La reforma operada en este precepto por la Ley orgánica 4/2007 no puede desconocer el que haya funcionarios pertenecientes a esos cuerpos que no sean doctores y a los que precisamente la disposición adicional segunda de esa ley reformadora garantiza el que permanezcan en su situación actual, manteniendo todos sus derechos y conservando su plena capacidad docente.

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

*Estas circunstancias descritas hacen irracional, en los términos del propio escrito de contestación a la demanda, el orden de prevalencia contenido en el acuerdo litigioso que pospone a unos funcionarios docentes en relación a unos contratados indefinidos, sobre la base de que se posea o no la titulación o el grado de doctor, motivo este que determina la nulidad del acuerdo impugnado, conforme a lo previsto en el artículo 47.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, en relación con los artículos 9.3 de la Constitución y demás preceptos señalados, así como con la doctrina jurisprudencial antes expuesta».*

## 9.2 Estatuto del personal investigador predoctoral en formación

La Sentencia del TS de 16 de junio de 2020 (rec. 195/2019, ponente: Rodríguez-Zapata) desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por una universidad gallega contra el Real decreto 103/1019, de 1 de marzo, aprobatorio del Estatuto del personal investigador predoctoral (BOE de 15/03/2019).

Tal y como se indica en la sentencia: *«Dicho real decreto se ha dictado en desarrollo de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la ciencia, la tecnología y la innovación, que, en su artículo 20, establece tres modalidades de contrato de trabajo específicas del personal investigador: el contrato predoctoral, el contrato de acceso al sistema español de ciencia, tecnología e innovación y el contrato de investigador distinguido.*

*La norma que se impugna desarrolla reglamentariamente el artículo 21 de la ley y, de acuerdo con dicho precepto, regula un contrato predoctoral que tiene por objeto la realización de tareas de investigación, en el ámbito de un proyecto específico y novedoso, por quienes estén en posesión del título de licenciado, ingeniero, arquitecto, graduado universitario con grado de al menos 300 créditos ECTS (acrónimo de European Credit Transfer System) o máster universitario, o equivalente, y hayan sido admitidos a un programa de doctorado. Este personal tendrá la consideración de personal investigador predoctoral en formación.*

*El real decreto desarrolla la relación laboral establecida mediante ese nuevo contrato predoctoral que se suscribe por escrito entre el personal investigador predoctoral en formación y las entidades públicas (del artículo 20.2 de la ley) o privadas (de su disposición adicional primera) (...).*

*El artículo 7 del real decreto regula las retribuciones de los contratos predoctorales y establece lo siguiente:*

*“1. La retribución de este contrato no podrá ser inferior al 56 por 100 del salario fijado para las categorías equivalentes en los convenios colectivos de su ámbito de aplicación durante los dos primeros años, al 60 por 100 durante el tercer año, y al 75 por 100 durante el cuarto año. Tampoco podrá ser inferior al salario mínimo interprofesional que se establezca cada año, según el artículo 27 del Texto refundido de la Ley del Estatuto de los trabajadores.*

*2. Para el establecimiento de las retribuciones anteriores se tomará como referencia mínima la categoría correspondiente al Grupo 1 de personal laboral de la tabla salarial recogida en el convenio único de personal laboral de la Administración general del Estado.*

3. La aplicación de la cantidad anual resultante se podrá también computar al periodo total del contrato predoctoral de cuatro años»».

La sentencia desestima el recurso considerando que:

«el proyecto tiene un impacto económico positivo, porque establece una reducción del 30% de la cuota empresarial de la Seguridad Social por contingencias comunes en la cotización relativa al personal investigador predoctoral en formación contratado bajo la modalidad de contrato predoctoral establecida en el artículo 21 de la Ley 14/2011, de 1 de junio. La misma quedará acogida al Régimen General de la Seguridad Social en concordancia con la disposición adicional decimoctava de dicha ley (disposición adicional única).

La queja afecta al impacto presupuestario, pero resulta también que no lo tiene para el ejercicio para el que se dictó, porque –como opone el abogado del Estado– se siguen manteniendo las retribuciones económicas vigentes hasta la fecha, que se siguen abonando en las nóminas de los diversos organismos. La universidad recurrente pone por ello énfasis en las observaciones del Consejo de Estado, que cree que amparan su posición, y apunta una deficiencia de los informes existentes. Es obvio que las reflexiones del dictamen del alto cuerpo consultivo son meras consideraciones que no tienen carácter esencial para la decisión del consultante, como lo demuestra la fórmula “una vez consideradas” con la que concluye el dictamen respecto del acogimiento o no de sus mismas observaciones. Así lo entendió, sin duda, el Gobierno, que ha expedido el real decreto “de acuerdo con el Consejo de Estado, lo que esta sala no entiende objetable”.

El esfuerzo de argumentación de la recurrente se enerva del todo si se atiende, en fin, a los alegatos del abogado del Estado que subrayan que el decreto entró en vigor el 16 de marzo de 2019, que no es retroactivo y que se debe recordar la disposición transitoria cuarta de la Ley 14/2011, de 1 de junio, sin perjuicio de lo que resulte de cada particular contrato o de su modificación por convenio colectivo o pacto singular. Lo cierto es que, con esa interpretación, que es factible, se puede sostener válidamente que el real decreto no suponía incremento de gasto público ni incremento presupuestario para los contratos ya celebrados. E, incluso, que, respecto de los futuros, habrá que estar a la dotación que se establezca en presupuestos y lo que disponga cada entidad empleadora en ejercicio de su autonomía universitaria, lo que no tiene nada que ver con el real decreto. La causa de nulidad no prospera.

Todo ello sin que este tribunal tercié para zanjar, en un sentido o en otro, en lo que son simples dudas de interpretación de la norma, que no debe esclarecer un órgano jurisdiccional, que no es un órgano consultivo, siendo suficiente, a los efectos que nos interesan, que no prosperan porque se formulan como una causa de nulidad formal que no se puede acoger.

El real decreto se ha expedido con una memoria económica, no son de aplicación las dos sentencias de esta sala que se invocan y, como ya se ha dicho, el dictamen emitido por el Consejo de Estado tampoco apoya la interpretación de la recurrente»».

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

