



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 60_xullo-decembro 2020 | pp. 219-258
Santiago de Compostela, 2020
<https://doi.org/10.36402/regap.v0i60.4705>
©Francisco de Cominges Cáceres
ISSN-L: 1132-8371

Recibido: 07/01/2021 | Aceptado: 07/01/2021
Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

Xurisprudencia contencioso-administrativa

Jurisprudencia contencioso-administrativa

Contentious-administrative jurisprudence

60 Regap

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

FRANCISCO DE COMINGES CÁ CERES

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

SUMARIO: 1 Administración local. 1.1 Tarifa especial (rebaixada) do servizo municipal de transporte público urbano de viaxeiros restrinxida aos cidadáns empadroados no municipio. Impugnación da restrición polos concellos limítrofes. Falta de lexitimación activa. 1.2 Tramitación dun expediente e práctica de notificacións en formato papel en lugar de electrónico. Irregularidade formal non invalidante. 1.3 Retribucións do persoal do servizo municipal de extinción de incendios. As gratificacións por “nocturnidade” e “festividade” deben integrarse no complemento específico, devindicándose en período vacacional. 1.4 Llegalidade das gratificacións por xubilación. 1.5 Sanción a concello por non garantir a calidade da auga para consumo humano da rede xeral municipal. 2 Contratos públicos. 2.1 Resolución de contrato de xestión de servizo público por situación concursal da contratista. Prevalencia da exención de indemnización establecida no prego de cláusulas administrativas. 2.2 Licitación de servizo de cafetería en edificio público. Exclusión de dúas candidatas por tratarse en realidade da mesma empresa. Facultades de investigación da mesa de contratación. Proba indiciaria. 3 Corporacións profesionais. 3.1 Principio de transparencia. Acceso a documentación colexial por un non colexiado. 3.2 Colexio Oficial de Arquitectos de Galicia. Tarifas por visado obrigatorio de proxectos

técnicos. 4 Crise sanitaria do coronavirus (COVID-19). 4.1 Restricións aos dereitos de reunión e circulación. 4.2 Regras sobre o uso de máscaras en praias, piscinas e establecementos de hostalaría. Desestimación de suspensión cautelar. 4.3 Réxime sancionador. O incumprimento das restricións de circulación impostas no primeiro estado de alarma non constitúe infracción de “desobediencia á autoridade”. Vulneración do principio de tipicidade. 5 Medio ambiente e urbanismo. 5.1 Ordenación do territorio. Parques eólicos. Proxecto sectorial de incidencia supramunicipal sobre espazos protexidos dos Ancares – O Courel. Caducidade do proxecto primitivo e da súa declaración de impacto ambiental. 5.2 Planeamento. Nulidade de plan xeral de ordenación municipal por omisión de avaliación ambiental estratéxica. 5.3 Modificación do Plan especial de protección e rehabilitación da cidade histórica de Santiago de Compostela para prohibir o destino de vivendas a aloxamentos turísticos temporais. Necesidade de tramitar unha segunda información pública tras a introdución de modificacións substanciais. 5.4 Licenzas urbanísticas. É posible obtelas por silencio administrativo positivo en execución dun plan xeral viciado de nulidade de pleno dereito. 5.5 Licenza de parcelación en urbanización privada. Non se pode outorgar se as parcelas resultantes non dan fronte directa a vía pública. 5.6 Disciplina urbanística. Obras ilegais en zona de servidume de protección de costas. A APLU dispón de prazo ilimitado para poder ordenar a súa demolición. Imprescritibilidade da servidume. 6 Persoal. 6.1 Silencio administrativo en reclamacións do persoal funcionario con efectos económicos. Sentido negativo, desestimatorio da solicitude. 6.2 Oposicións de acceso á función pública. Exixencia de composición paritaria (equilibrio homes-mulleres) nos tribunais selectivos: o seu incumprimento é irrelevante cando o número de mulleres supera o de homes. Consecuencias da anulación da oposición por razóns formais: non afecta aos que foron nomeados funcionarios (principios de equidade e boa fe). 7 Proceso contencioso-administrativo. 7.1 O mes de agosto non entra no cómputo do prazo de interposición do recurso contencioso-administrativo. 7.2 Altas de oficio na Seguridade Social. Contía indeterminada. Competencia obxectiva do TSXG para o coñecemento do asunto en primeira e única instancia. 8 Tributos. 8.1 Imposto de bens inmobles. Exención das universidades públicas. 8.2 Imposto sobre construcións, instalacións e obras. Base impositiva: conceptos excluídos. 8.3 Imposto sobre a renda das persoas físicas. Non suxeición de axudas de custo por desprazamentos do traballador para a súa actividade laboral. Carga da proba. 9 Universidades. 9.1 Correspondencia dos títulos universitarios anteriores ao “sistema Bolonia” co marco español de cualificacións para a educación superior (MECES).

1 Administración local

1.1 Tarifa especial (rebaixada) do servizo municipal de transporte público urbano de viaxeiros restrinxida aos cidadáns empadroados no municipio. Impugnación da restrición polos concellos limítrofes. Falta de lexitimación activa

O Concello de Vigo estableceu unha tarxeta con descontos tarifarios para o transporte colectivo urbano de viaxeiros, restrinxida aos cidadáns empadroados no dito municipio. Os Concellos de Mos e Redondela solicitaron a supresión da desa restrición. Contra a desestimación presunta das súas solicitudes promoveron senllos recursos contencioso-administrativos. En segunda instancia a Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (TSXG) declarou a súa inadmisión ou confirmouna, nas sentenzas do 16 e 19 de outubro de 2020 (recs. 7130/2020 e 7118/2020, relatores: Fernández López e Paz Eiroa).

Na última delas por ter debido firme a resolución municipal aprobatoria da tarifa reducida restrinxida. Na primeira, por falta de lexitimación activa do Concello recorrente, con estas consideracións:

«(...) el municipio de Vigo, al contar con más de 50.000 vecinos, está obligado a prestar el servicio de transporte colectivo urbano de viajeros, que son sus destinatarios y, por lo tanto, quienes obtendrán un beneficio singular o sufrirán un perjuicio, tanto en la prestación de ese servicio, como en el pago de sus tarifas. Siendo ello así, se encontrarán legitimados para impugnar tales actuaciones, lo que no impide que también puedan hacerlo los grupos o asociaciones especialmente constituidas para ese fin, pero nadie más, pues en este ámbito no está reconocida la acción pública en defensa de la legalidad, ni tampoco la singular de la entidad local donde residen, pues no las ha contemplado el legislador (artículos 68.1 de la LRBRL y 19.1.h) de la LRJCA). En efecto, es verdad que el primero de esos dos preceptos permite a la entidad local defender sus derechos, pero ello es distinto de la defensa de los derechos singulares de sus vecinos, que es el interés que invocó el Ayuntamiento de Mos y que está muy lejos de la habilitación que le otorga el artículo 2.1 de la LRBRL, que alcanza a la intervención en cuantos asuntos afecten “directamente” al círculo de sus intereses (artículo 2.1 de la LRBRL). No se duda que las entidades locales tienen que servir con objetividad los intereses públicos encomendados, pero también con sometimiento a la ley (artículos 103.1 de la Constitución española y 6.1 de la LRBRL), y la ley no les ha autorizado a defender los intereses singulares de los vecinos, como tampoco les ha autorizado a promover cualquier actividad o servicio ajeno, por más que estén relacionados con las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal; al efecto procede recordar que el artículo 28 de esa ley, sobre la posibilidad de realizar actividades complementarias, ha sido derogado por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, si bien ha previsto una regla habilitante general en el artículo 7.4 de la LRBRL, que permite a las entidades locales el ejercicio de competencias no atribuidas específicamente, aunque solo ante exigentes condiciones que no se proyectan sobre el sentido que haya de dar el ente local a la competencia, sino sobre la posibilidad misma de su ejercicio. Así pues, los beneficiarios de los servicios municipales no son otras entidades locales ajenas a las que los prestan, sino los vecinos, que pueden exigir su cumplimiento (artículo 18.1.g) de la LRBRL), como señaló con acierto la sentencia apelada, pero de forma incompleta, pues también pueden beneficiarse de ellos quienes no sean vecinos, pues cualquiera puede acceder a los núcleos de población, deambular por las vías municipales y disfrutar de sus parques públicos y de sus bibliotecas, pero también pueden utilizar sus transportes públicos, con el pago de lo debido. Con todo, y con arreglo a lo que se acaba de indicar, tiene que ratificar esta sala el pronunciamiento de inadmisibilidad del recurso promovido por el letrado del Ayuntamiento de Mos frente a la actuación del Ayuntamiento de Vigo, en orden a regular las tarifas del transporte colectivo de viajeros, pues ni aquella entidad local tiene competencias para defender los intereses de sus vecinos en sus relaciones personales, ni se deriva para ella ningún beneficio o perjuicio singular en la cuantificación y exigencia de las tarifas, de modo que no se da el presupuesto procesal que para la existencia de legitimación activa preconiza la constante y pacífica jurisprudencia (...), esto es, que exista una relación unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión que se impugna, de tal forma que la anulación de la resolución impugnada produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto; ello significa que, para que exista interés legítimo en esta jurisdicción, la actuación u omisión que se impugna debe

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso. No es este el caso del Ayuntamiento de Mos, a quien ninguna consecuencia le supone el importe de las tarifas que abonan los viajeros del transporte urbano de la ciudad olívica, como tampoco tiene asignadas facultades por el legislador para alzarse frente a actuaciones que repercuten en la esfera patrimonial de algunos de los vecinos del municipio, por más que puedan ser ilegales, ya que el citado artículo 25.1 de la LRBRL tan sólo faculta al municipio para gestionar, dentro del ámbito de sus competencias, sus propios intereses, para lo cual pueden promover actividades y prestar servicios públicos que satisfagan a la “comunidad vecinal”, lo que no es el caso de ejercitar acciones en defensa de algún grupo de vecinos, que es lo que pretende el Ayuntamiento de Mos, y para lo que no ostenta legitimación».

Non obstante, nesta sentenza, con carácter de *obiter dicta*, tamén se valora o fondo do asunto:

«(...) el transporte regular de viajeros de uso general se contempla como un servicio público en los artículos 71 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación de los transportes terrestres, y 74 de la Ley gallega 2/2017, de 8 de febrero, de medidas fiscales, administrativas y de ordenación (también es un servicio público obligatorio en los municipios que cuentan con más de 50.000 vecinos (artículo 26.1.d) de la LRBRL), con la exigencia de que su utilización no puede ser discriminatoria, como tampoco pueden introducirse discriminaciones por razón del territorio o de la residencia (artículo 82 de la ley gallega). Por ello, la adecuada y textual interpretación que debe darse a tal precepto no puede ser otra que rechazar cualquier tarifa que diferencie a unos usuarios de otros en razón al lugar donde residan, de modo que debe reputarse discriminatorio que unos paguen más o menos que otros en razón al lugar donde se encuentren empadronados. En suma, no puede compartir esta sala el matiz que introdujo el juzgador de instancia acerca de la no existencia de una discriminación negativa, pues el hecho de que los vecinos de Mos paguen la tarifa ordinaria supone un trato desfavorecido respecto de los empadronados en la ciudad olívica, que la abonan reducida, de modo que existe un trato discriminado cuando unos viajeros pagan más o menos según el municipio donde se encuentren empadronados. Sobre la improcedencia de las ventajas tarifarias en razón al lugar del empadronamiento, se han pronunciado igualmente las SsTS de 14.11.12 y 23.09.15 que los letrados de las partes no ignoran. Y si se prescinde de las leyes de transportes que se acaban de citar, tampoco encuentra esta sala justificación alguna para otorgar un beneficio singular a los vecinos de Vigo. En primer lugar, porque si el transporte urbano de viajeros se realiza en régimen de concesión y no mediante gestión interesada, ello significa que es la concesionaria la que debe soportar el riesgo y ventura de su operación, sin que las arcas municipales deban realizar aportación alguna. Y en segundo lugar, porque aún si existieran esas cláusulas de interesamiento que obligaran al Ayuntamiento de Vigo a sufragar parte del servicio de transporte urbano, no habría razón alguna para reducir las tarifas a los residentes en ese municipio con fundamento en que eran ellos los que aportaban los recursos de la hacienda municipal, pues quienes a ella contribuyen no son sólo quienes están empadronados en su término municipal, sino cualquier persona, física o jurídica, que realiza el hecho imponible que justifica el nacimiento de la obligación de contribuir. A estos efectos no está de más recordar que como no existen en el ámbito local tributos personales, no se aplica la regla

del domicilio fiscal (que no es el empadronamiento) a que se refiere el artículo 4.a) de la Ley orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de financiación de las comunidades autónomas; así, son sujetos pasivos de los tributos locales indirectos (tasas e impuestos) los que usan los servicios públicos o utilizan el demanio público, mientras que los de los tributos ligados a derechos reales lo son quienes los ostentan o se benefician de ellos, y los de las actividades económicas quienes los desarrollan, cualquiera que sea el lugar donde residan, de modo que todos los que usan servicios públicos municipales, los que utilizan el dominio público, los propietarios de vehículos registrados en la jefatura provincial de Tráfico, los que poseen bienes inmuebles, los que los venden, los construyen o los que los ven supervalorados con las obras municipales realizadas, por ejemplo, contribuyen a la hacienda municipal, con independencia de donde se encuentren empadronados. Finalmente, justificó el juzgador de instancia la procedencia de un trato diferenciado entre unos vecinos y otros en razón a los derechos y obligaciones que como tales les confería el artículo 18 de la LRBRL, lo que esta sala no comparte, pues, como se ha indicado, una cosa es que quienes tengan esa condición puedan exigir de la corporación municipal la prestación de los servicios obligatorios y otra es que, una vez implantados, se tengan que ver favorecidos respecto de quienes no sean vecinos para usarlos en mejores condiciones o para pagar menos por su utilización».

Regap



1.2 Tramitación dun expediente e práctica de notificacións en formato papel en lugar de electrónico. Irregularidade formal non invalidante

O TSXG, nas súas sentenzas do 17 de xullo e 11 de setembro de 2020 (recs. 4078/2020 e 4255/2019, relatores: Parada López e Martínez Quintanar), conclúe que o incumprimento polo Concello da Coruña da súa obriga legal de tramitar expedientes e notificar resolucións de xeito electrónico é unha irregularidade formal non invalidante se non lles xera indefensión aos interesados. Incide así na última das referidas sentenzas en que:

«(...) En relación con la ausencia de utilización de medios electrónicos, tanto para la notificación del acto como para su dictado, en suma, debemos concluir que no hay defecto invalidante, porque no afecta a la existencia de la tramitación y del propio acto resolutorio: el procedimiento se ha tramitado en su integridad (no hay causa de nulidad ex artículo 47.1.e) de la LPAC 39/2015); tan solo se ve afectado un aspecto de la formalización de la resolución, que no ha determinado que carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin ni tampoco ha dado lugar a la indefensión de los interesados (no hay causa de anulabilidad, por tanto, tal y como se deduce del artículo 48.2.b) de la LPAC, que establece que el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados).

Debe tenerse en cuenta además que conforme a la Disposición Final 7ª de la LPAC 39/2015, en la redacción dada por el Real Decreto-ley 11/2018, de 31 de agosto, “las previsiones relativas al registro electrónico de apoderamientos, registro electrónico, registro de empleados públicos habilitados, punto de acceso general electrónico de la Administración y archivo único electrónico producirán efectos a partir del día 2 de octubre de 2020”. (...)

Recientemente, el Real Decreto-ley 27/2020, de 4 de agosto, de medidas financieras, de carácter extraordinario y urgente, aplicables a las entidades locales, ha vuelto a ampliar el plazo para la producción de efectos de las referidas previsiones, al modificar esa D.F. 7ª, que pasa a establecer que “las previsiones relativas al registro electrónico de apoderamientos, registro electrónico, registro de empleados públicos habilitados, punto de acceso general electrónico de la Administración y archivo único electrónico producirán efectos a partir del día 2 de abril de 2021”. (...).

Las alegaciones del Concello de A Coruña, en relación a las dificultades que está teniendo la implantación del procedimiento electrónico en toda la Administración y la existencia de una minoría de Administraciones que funcionan sin papel, deben situarse y valorarse dentro de este contexto legal, de sucesivas prórrogas a la entrada en vigor de determinadas disposiciones relativas a la tramitación electrónica del procedimiento, y permiten relativizar el alcance del vicio formal denunciado por la recurrente, por no ser determinante de indefensión, ni impedir al acto cumplir su finalidad (...)».

1.3 Retribucións do persoal do servizo municipal de extinción de incendios. As gratificacións por “nocturnidade” e “festividade” deben integrarse no complemento específico, devindicándose en período vacacional

En numerosos municipios o persoal adscrito ao servizo de extinción de incendios traballa en quendas intensivas de xornada de 24 horas, con varios días de descanso a continuación. Unha parte relevante da súa retribución constitúena os pluses de “nocturnidade” e “festividade”, que só se aboa polos días efectivamente traballados. A Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo (TS), na súa sentenza do 1 de outubro de 2020 (rec. 7908/2018, relator: Teso Gamella), referida ao Concello de Ourense, fixa como criterio xurisprudencial a obriga de incluír esas gratificacións no complemento específico do posto de traballo, devindicándose polo tanto tamén durante o período vacacional. Afírmase o seguinte na sentenza:

«(...) si lo que retribuyen los citados “pluses” son las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo en atención a su peligrosidad o penosidad, o bien el especial rendimiento y la actividad extraordinaria con que se desempeña el trabajo habitual, en jornada normal, que necesariamente se presta habitualmente en días festivos y por la noche, estaríamos ante un complemento, ya sea específico o de productividad, que tendría su relevancia, en este caso, el primero, en relación con la retribución del mes de vacaciones.

No estamos, por tanto, ante una gratificación porque el “plus de nocturnidad” por el trabajo realizado por la noche forma parte de su jornada de trabajo habitual. Así es, la prestación de servicios se produce alternando un turno continuado de 24H con tres días de descanso. De modo que la nocturnidad forma parte de prestación del servicio en su jornada normal, no es un servicio extraordinario, ajeno a esa jornada habitual, que deba ser gratificado.

Otro tanto sucede con el “plus de festividad”, pues forma parte de su jornada ordinaria realizar un mínimo de 48 horas en día festivo, es decir, 2 de las 7 u 8 jornadas al mes, ha de ser en festivo. En consecuencia, cuando se realiza la jornada en día festivo no se trata de un servicio extraordinario al margen de su jornada normal, sino que forma parte de la habitual y ordinaria prestación de servicios mensual.

En ambos casos, las retribuciones por dichos servicios prestados por la noche (“plus de nocturnidad”) o en día festivo (“plus de festividad”) no obedecen a una finalidad de gratificar por un servicio extraordinario ajeno a la jornada normal de trabajo y de carácter eventual. Al contrario, se trata de una característica del propio puesto de trabajo, de una retribución ordinaria por los servicios que se prestan regularmente.

En consecuencia, al no tener el carácter de gratificación sino de complemento, que retribuye las singulares condiciones del puesto de trabajo, el importe de los expresados pluses no puede ser detráido de la retribución durante el mes de vacaciones. (...).

La interpretación que realizamos resulta acorde con la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, que en el artículo 7 impone a los Estados miembros adoptar las medidas necesarias para que se disponga de un período de vacaciones anuales retribuidas. Teniendo en cuenta que dicha Directiva es de aplicación “a todos los sectores de la actividad, privadas y públicas” (artículo 1.3).

Basta la cita de las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de septiembre de 2011 (asunto C-155/10) y de 22 de mayo de 2014 (asunto C-539/12), y de los principios que se infieren, aunque respecto de la prestación del trabajador en general, cuando se señala que “(...) Además, el Tribunal de Justicia ha precisado que todos los componentes de la retribución global inherentes a la condición personal y profesional del trabajador deben mantenerse durante sus vacaciones anuales retribuidas. De este modo, debían mantenerse, en su caso, los complementos relacionados con su calidad de superior jerárquico, con su antigüedad y con sus cualificaciones profesionales (véanse, en este sentido, las sentencias Parviainen, C-471/08, EU:C:2010:391, apartado 73, y Williams y otros, EU:C:2011:588, apartado 2”.

En consecuencia, debemos desestimar el recurso de casación, pues los ahora controvertidos, “plus de nocturnidad” y “plus de festividad”, no son gratificaciones, sino que forma parte del expresado complemento, cuya retribución no puede ser detráida de la retribución del mes de vacaciones».

1.4 Ilegalidade das gratificacións por xubilación

Boa parte dos concellos de Galicia recoñécenlles aos seus funcionarios, nos seus pactos sociais, o dereito a percibir unha “prima de xubilación”. O TS, nas súas sentenzas do 14 de marzo de 2019 (rec. 2717/2016) e 20 de marzo de 2018 (rec. 2747/2015), concluíu que:

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

«Se trata de remuneraciones distintas de las previstas para los funcionarios de las corporaciones locales por la legislación básica del Estado. Se debe reparar en que estos premios no responden a una contingencia o infortunio sobrevenidos, sino que se devengan simplemente por la extinción de la relación de servicio funcional cuando se alcanza la edad de la jubilación forzosa o la necesaria para obtener la jubilación anticipada. No se dirigen pues a compensar circunstancias sobrevenidas de la naturaleza de las que inspiran las medidas asistenciales –esto es, determinantes de una situación de desigualdad– sino que asocian a un supuesto natural, conocido e inevitable de la relación funcional, por lo demás no específico del Ayuntamiento de (...) sino común a toda la función pública, una gratificación. Suponen, pues, una alteración del régimen retributivo de los funcionarios de las Administraciones Locales que carece de cobertura legal y de justificación y vulnera los preceptos invocados por la Comunidad Autónoma: los artículos 93 de la Ley reguladora de las bases del régimen local, 153 del Real Decreto Legislativo 781/1986, y 1.2 del Real Decreto 861/1986».

O TSXG está a aplicar xa esa xurisprudencia, podendo citarse a xeito de exemplo a súa sentenza do 17 de xuño de 2020 (rec. 397/2019, relator: Seoane Pesqueira), na cal, en primeiro lugar, declara ilegal e inaplicable un incentivo por xubilación establecido no acordo regulador do persoal do Concello de Padrón. E, en segundo lugar, considera xustificado o cambio de actuación da dita Administración local para axustarse á legalidade, sen necesidade de modificar previamente o acordo regulador.

1.5 Sanción a concello por non garantir a calidade da auga para consumo humano da rede xeral municipal

O TSXG na súa sentenza do 2 de outubro de 2020 (rec. 4261/2019, relator: Recio González) confirma a sanción imposta a un concello pola Dirección Xeral de Saúde Pública da Xunta de Galicia por ter realizado un inadecuado control da auga para consumo humano. A sentenza alcanza:

«(...) la conclusión de que los incumplimientos que se le imputan sí tienen justificación en los tipos legales que se han aplicado, en la forma aceptada por la sentencia apelada, por lo que no se ha vulnerado el principio de legalidad –artículo 25 CE–. Y no se aprecia la alegada vulneración del principio de legalidad y tipicidad porque sí que existe tipificación legal de las infracciones que han sido sancionadas, en concreto en la ley 14/1986, de 25 de abril y la ley 8/2008, de 10 de julio, conductas que se concretan en el Real Decreto 140/2003 de 7 de febrero. Con respecto a las infracciones graves: se trata de falta de control exigible en el funcionamiento del servicio, artículo 35.B 2º de la Ley 14/1986 y artículo 42.e) de la Ley 8/2008, por dos conductas diferentes; ausencia de acreditación del laboratorio, falta de determinación de metales en las analíticas de control y falta de notificación a la autoridad sanitaria de agua no apta para consumo e infracción leve por la irregularidad sanitaria tipificada en el artículo 35.A.1 de la Ley 14/1986 y 41.a) de la ley 8/2008 –no disponibilidad de analíticas de control en el grifo del consumidor de la zona en el SINAC–.

Resulta así de aplicación lo dispuesto en el artículo 28 del Real Decreto 140/2003, conforme al cual “Sin perjuicio de otra normativa que pudiera resultar de aplicación, las infracciones contra lo dispuesto en el presente Real Decreto constituirán infracción administrativa en materia de sanidad, de acuerdo con lo tipificado en el capítulo VI del Título I de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y serán objeto de sanción administrativa, previa la instrucción del oportuno expediente administrativo”. Contemplando la tipificación el artículo 35 de la Ley 14/1986».

2 Contratos públicos

2.1 Resolución de contrato de xestión de servizo público por situación concursal da contratista. Prevalencia da exención de indemnización establecida no prego de cláusulas administrativas

Un concello galego outorgoulle a determinada entidade mercantil a concesión para a construción, explotación e xestión dun aparcadoiro público subterráneo por un período de 50 anos. Aos 15 anos a contratista foi declarada xudicialmente en situación de concurso voluntario de acredores por causa fortuíta e entrou en fase de liquidación. Solicitou a resolución do contrato, cunha indemnización dun millón e medio de euros pola parte do investimento non amortizado, conforme o artigo 170.1 da Lei 13/1995, de contratos das administracións públicas (vixente cando se adjudicou o contrato), precepto en que se dispuña que: *«En los supuestos de resolución, la Administración abonará, en todo caso, al contratista el precio de las obras e instalaciones que, ejecutadas por éste, hayan de pasar a propiedad de aquélla, teniendo en cuenta su estado y el tiempo que restare para la reversión»*. O concello opúxose ao pagamento da indemnización, porque no prego de prescricións técnicas e cláusulas administrativas da licitación se establecera a seguinte cláusula xenérica (habitual neste tipo de contratos): *«Terminación extraordinaria de la concesión: Además de las establecidas legalmente: Por disolución o quiebra de la sociedad concesionaria, sin que exista derecho a indemnización alguna»*.

A Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo (TS), na súa sentenza do 1 de decembro de 2020 (rec. 2408/2019, relator: Teso Gamella), confirma a desestimación dos recursos interpostos pola contratista, considerando prevalente a referida exención indemnizatoria dos pregos contractuais, co seguinte razoamento:

«(...) El interés casacional del recurso ha quedado delimitado, a tenor de lo acordado mediante Auto de esta Sala Tercera (Sección Primera) de 27 de septiembre de 2019, a la siguiente cuestión:

“si son renunciables los derechos económicos previstos en el artículo 170.1 LCAP y, en concreto, si cabe considerar como válida la renuncia a favor del concesionario del precio de las obras e instalaciones que, ejecutadas por éste, hayan de pasar a propiedad de la Administración, ello en virtud de lo acordado en el pliego de cláusulas administrativas

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

particulares que rigen el contrato, en particular, cuando la concesionaria haya sido declarada en concurso; o, por el contrario, por perjudicar a terceros de buena fe, dicha cláusula es contraria al ordenamiento jurídico y por ello no puede ser aplicada”. (...).

La declaración de concurso de acreedores como causa de resolución en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, aunque no sea culpable, es una causa de resolución contractual que en este caso no puede ser imputable a la Administración. La naturaleza del concurso y su calificación se realiza por razones específicas, y en todo caso diferentes, que se encuentran extramuros del ámbito propiamente contractual, en el que lo relevante, a juzgar por lo que dispone el artículo 170.1 de la misma Ley, que se refiere genéricamente a los “supuestos de resolución”, sin mayor precisión, es que la órbita en que se origina es la del contratista. Téngase en cuenta que cuando se regulan los efectos de la resolución, en el artículo 114, se dispone que el incumplimiento por parte de la Administración de las obligaciones del contrato determinará para aquella, con carácter general, el pago de los daños y perjuicios que por tal causa se irroguen al contratista. Y cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada. De modo que la referencia al incumplimiento culpable del contratista, como es natural, se refiere al ámbito contractual y no las causas del concurso o la insolvencia que dieron lugar a la declaración del concurso de acreedores. (...).

Con carácter general, conviene recordar, la citada Ley 13/1995, establece, en el artículo 4 la libertad de pactos, pues “la Administración podrá concertar los contratos, pactos y condiciones que tenga por conveniente siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración y deberá cumplirlos a tenor de los mismos, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación básica en favor de aquélla”.

No apreciamos en este caso la concurrencia de la excepción al principio general de libertad de pactos que regula el citado artículo 4, pues no se evidencia, ni se ponen de manifiesto solventes razones sobre el contenido de la mentada cláusula 25.1 del pliego de prescripciones técnicas y cláusulas administrativas del expresado contrato, que acrediten o que nos induzcan a considerar que resulta contraria al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración. De modo que no podemos concluir en la concurrencia del vicio de invalidez de la citada cláusula 25, que pueda pulverizar el arraigado principio de la libertad de pactos.

En consecuencia, no consideramos que la cláusula antes transcrita incurra en un vicio de invalidez, cuando ambas partes contratantes, la Administración recurrida y la mercantil recurrente, mostraron su conformidad con la misma en virtud de esa libertad de pactos, y como tantas veces hemos declarado, nos encontramos ante la ley del contrato. Pero es que, además, no se aprecia el daño y perjuicio a terceros de buena fe, como serían los acreedores de la mercantil en el concurso, pues en caso contrario se introduciría una indeseable

confusión entre los principios y finalidad a la que se sirven estos dos ámbitos normativos, el del concurso de acreedores y el netamente contractual.

Lo expuesto en los fundamentos anteriores nos impide considerar, como se sostiene ahora en casación, que la correcta interpretación del artículo 170.1 de tanta cita, suponga que la Administración tenga que indemnizar, con independencia de la causa de resolución, ya sea imputable al contratista, o a la propia Administración. Sin que la aplicación de la citada cláusula pueda sortearse mediante singulares interpretaciones pues expresamente se renuncia a la indemnización “por cualquier concepto, y, por tanto, al precio de las obras e instalaciones que, ejecutadas por el contratista, hayan de pasar a propiedad de la Administración, teniendo en cuenta su estado y el tiempo que restare para su reversión” (...).».

2.2 Licitación de servicio de cafetería en edificio público. Exclusión de dúas candidatas por tratarse en realidade da mesma empresa. Facultades de investigación da mesa de contratación. Proba indiciaria

O TSXG, na súa sentenza do 23 de outubro de 2020 (rec. 7120/2020, relator: Fernández López), desestima o recurso promovido por unha candidata que foi excluída do procedemento de licitación do servizo de cafetería dun edificio público municipal por ter concorrido por duplicado, con dúas personalidades xurídicas, de xeito fraudulento. Afirma a sentenza o seguinte:

«(...) es posible (...) que concurran a la licitación empresas formalmente distintas y con una apariencia de personalidades jurídicas independientes que encubren, con un propósito fraudulento, una realidad unitaria. En estos supuestos, la jurisprudencia permite traspasar esa apariencia de personalidades independientes para deshacer lo ficticio y desvelar lo que son sólo sociedades “de fachada”, a través de la doctrina del “levantamiento del velo” (SsTS de la Sala Primera de 22.11.00, 05.04.01, 30.07.02 y 27.09.06), de manera que, si así fuera, se tendría que entender que las ofertas presentadas por las empresas en esas circunstancias se consideren procedentes de una sola licitadora a fin de aplicar las consecuencias previstas en las normas contractuales y en los pliegos, esto es, la exclusión de ambas del procedimiento de contratación (artículo 145.3 del TRLCSP y cláusula 13.6 del pliego de cláusulas administrativas particulares) (...).

(...) al final concluyó el juzgador que no se estaba en realidad en presencia de un grupo de empresas vinculadas, sino ante una sola empresa, en razón al conjunto de indicios concretados en la presentación el mismo día (con dos minutos de diferencia) de ofertas con la misma tipografía, idénticos datos de contacto, mismo socio único, administrador único y representante legal y existencia de un despacho de ejecución judicial contra ambas empresas en términos de responsabilidad solidaria, de cuyas resultas concluyó que una persona física realizó dos ofertas en el mismo procedimiento, aunque bajo el ropaje formal de dos personas jurídicas aparentemente diferenciadas, lo que se reforzó por el hecho de

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

que, tras obtener una de ellas la mejor puntuación por haber ofrecido la mejor oferta, dejó decaer su derecho escudada en un problema burocrático, lo que iba a dejar a la segunda en la posición de ser adjudicataria.

También se atuvo la sentencia apelada a la conclusión a que llegó la STJUE de 17.05.18, asunto C-531/16, que interpretó lo dispuesto en el artículo 2 de la Directiva 2004/18/CE, para concluir que el órgano de contratación, cuando disponga de elementos que pongan en duda el carácter autónomo e independiente de las ofertas presentadas por ciertos licitadores, está obligado a verificar si sus ofertas son efectivamente autónomas e independientes, de modo que si se demuestra que no lo son, no se les puede adjudicar el contrato a los licitadores que presentaron tal oferta. Tal conclusión no impidió que esa sentencia reconociera que el Derecho de la Unión Europea no contemplaba una prohibición general de que las empresas vinculadas entre sí pudieran presentar ofertas, que no podían ser coordinadas o concertadas, sino diferentes y autónomas, lo que se podía acreditar con pruebas directas, pero también por indicios que constatasen que los vínculos entre las licitadoras habían influido en el contenido de sus ofertas.

Pues bien, en este caso el órgano de contratación (...), intentó averiguar la relación que existía entre las dos empresas que habían obtenido la mejor puntuación, de cuyas resultas acordó excluir a la que quedaba (la otra se había apartado cuando se le notificó la adjudicación del contrato), tras examinar el conjunto de pruebas que tuvo a su disposición, que ya se comprende que no podían ser directas, pues si existía algún tipo de propósito fraudulento, tratarían de ocultarlo; por el contrario, llegó a la conclusión de que sí existió esa anomalía a partir de pruebas indiciarias, esto es, por las presunciones a que se llega a partir de un hecho cierto del que se pueda inferir una consecuencia coherente, razonable y no arbitraria (SsTS de 19.03.01 y 03.12.01), lo que esta sala comparte, en primer lugar, por las coincidencias a que hizo referencia el juzgador de instancia, pero también por la actuación posterior de la empresa que quedó en primer lugar (en realidad la de su único socio y administrador, que era el mismo que el de la segunda empresa), que renunció a celebrar el contrato adjudicado, en el que ofertó un canon más oneroso que el que ofertó para su segunda empresa, con la consecuencia de que se aseguraba la adjudicación en segunda vuelta, pero con una menor onerosidad, esto es, con mayor beneficio (...), lo que prueba que la relación entre ambas tuvo una incidencia determinante en la licitación.

Pero esa realidad económica unitaria, presidida por la actuación coordinada y conjunta de dos empresas formalmente diferenciadas y con su propia personalidad jurídica (pero con un único e idéntico socio y administrador), se hizo también evidente con la condena solidaria al pago de los salarios debidos a los trabajadores de una de ellas, sobre lo que se ha pronunciado en extenso la jurisprudencia del orden social, de la que son sólo un ejemplo las SsTS de 24.07.89, 22.01.90, 30.01.90, 03.05.90, 30.06.93, 29.01.98, 04.12.02 y 10.06.08».

3 Corporacións profesionais

3.1 Principio de transparencia. Acceso a documentación colexial por un non colexiado

A Comisión de Transparencia de Galicia obrigou o Colexio Oficial de Enfermaría de Ourense a permitirlle a un non colexiado o acceso ás actas dos dous últimos procesos electorais á Xunta Colexial. O colexio impugnou a dita decisión ante o TSXG, o cal desestimou o recurso na súa sentenza do 24 de xullo de 2020 (rec. 4130/2019, relator: Martínez Quintanar). Nela analízase a natureza xurídica destas corporacións profesionais, o seu control xurisdiccional e a súa vinculación polo principio de transparencia aplicable ao sector público, coas seguintes conclusións:

«(...) todo lo relativo al régimen electoral de los Colegios Profesionales cae bajo la órbita del derecho administrativo, y subsiguiente control contencioso-administrativo. Por ello, la invocación del carácter privado de parte de la actividad colegial no es argumento que invalide la resolución impugnada, que reconoce el derecho de acceso a las actas derivadas de los dos últimos procesos electorales, desde la convocatoria hasta la toma de posesión, y la fecha de inscripción en el Registro de Colegios Profesionales correspondiente de la composición de cada una de las Juntas de Gobierno. Todo aquello que no se refiera a los datos derivados del proceso electoral y la inscripción registral de la composición de las Juntas, si estuviese documentado en el mismo soporte, podrá ser excluido del acceso, correspondiendo al colegio la desagregación de esos otros contenidos o acuerdos de naturaleza privada que, en su caso, pudieran estar incorporados a las actas, acuerdos a los que, por lo demás, solo alude de forma genérica, sin que se le haya justificado a la Comisión de Transparencia la existencia efectiva de acuerdos relativos a la actividad privada del Colegio.(...).

Una vez aclarado que el objeto de la solicitud de acceso a la información pública venía referido a una documentación de una parcela de actividad del ente colegial de naturaleza administrativa, la aplicabilidad de las disposiciones sobre transparencia contenidas en el Título I de la Ley 19/2013 al Colegio Oficial de Enfermería no ofrece duda, ya que el artículo 2.1.e) de dicha ley establece que se aplicarán a las corporaciones de Derecho Público, en lo relativo a sus actividades sujetas a Derecho Administrativo. En el mismo sentido, la ley gallega 1/2016, de 18 de enero, de transparencia y buen gobierno, establece su aplicabilidad a las corporaciones de derecho público que desarrollen su actividad exclusivamente en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Galicia, en lo relativo a sus actividades sujetas a derecho administrativo.

La aplicabilidad de estas leyes no se puede soslayar con el argumento utilizado por el colegio demandante, relativo a la existencia de un régimen específico regulador del procedimiento electoral en el colegio y un régimen legal específico en materia de transparencia (artículos 10 y 11 de la Ley 2/1974). Es cierto que la disposición adicional primera de la Ley 19/2013 establece que “Se regirán por su normativa específica, y por esta Ley con carácter

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

supletorio, aquellas materias que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información”. Pero la Ley 2/1974 no contiene una regulación del derecho de acceso a la información, sino tan solo previsiones procedimentales y en relación al régimen de publicidad activa (...).

La Ley 19/2013 diferencia las obligaciones de publicidad activa (a las que se dedica el Capítulo II, artículos 5 a 11), del derecho de acceso a la información pública (a la que se dedica el Capítulo III, artículos 12 a 24), comprendiendo la regulación del propio concepto de información pública, de los límites del derecho de acceso y la forma de ejercicio, regulando aspectos variados tales como el contenido de la solicitud, las causas de inadmisión, la tramitación, el contenido de la resolución, la formalización del acceso, el régimen de impugnaciones. El artículo 11 la Ley 2/1974 es ajeno a la regulación de estos aspectos del derecho de información pública, que no se encuentran regulados ni en la Ley 2/1974 ni en otras normas específicas referidas al colegio profesional recurrente. Debe aclararse además que una cosa es la regulación del procedimiento electoral y otra distinta la del derecho de acceso a la documentación de ese proceso, subsumible dentro del concepto de información pública. A este respecto en la contestación a la demanda se invoca el criterio interpretativo 8/2015 de 12 de noviembre, del Consejo de Transparencia y buen Gobierno, en relación con la disposición adicional primera de la Ley 19/2013, al entender que la misma: “vincula la aplicación supletoria de la Ley 19/2013 a la existencia de una norma específica que prevea y regule un régimen de acceso a la información, también específico. En consecuencia, sólo en el caso de que una norma concreta establezca un régimen específico de acceso a la información pública en una determinada materia o área de actuación administrativa, puede entenderse que las normas de la LTAIBG no son de aplicación directa y operan como normas supletorias. En opinión del Consejo, la mencionada disposición adicional tiene como objetivo la preservación de otros regímenes de acceso a la información que hayan sido o puedan ser aprobados y que tengan en cuenta las características de la información que hayan sido o puedan ser aprobados y que tengan en cuenta las características de la información que se solicita, delimite los legitimados a acceder a la misma, prevea condiciones de acceso, etc. Por ello, sólo cuando la norma en cuestión contenga una regulación específica del acceso a la información, por más que regule exhaustivamente otros trámites o aspectos del procedimiento, podrá considerarse a la LTAIBG como supletoria en todo lo relacionado con dicho acceso.

La interpretación contraria conduciría, adicionalmente, al absurdo de que sectores enteros de la actividad pública o determinados órganos territoriales quedaran exceptuados de la aplicación del régimen de acceso previsto en la LTAIBG, siendo ésta, como es, una ley básica y de general aplicación. En definitiva, solamente aquellos sectores u órganos que cuenten con una norma normativa que prevea un régimen específico de acceso a la información que los redactores de la LTAIBG han entendido necesario preservar, aplicarán directamente dicho régimen y siempre con esta última como norma supletoria”.

Procede asumir este criterio interpretativo, a la vista de la doctrina jurisprudencial fijada recientemente por la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 11.06.2020, n. recurso 577/2019, n. resolución 748/2020 (...)».

3.2 Colexio Oficial de Arquitectos de Galicia. Tarifas por visado obrigatorio de proxectos técnicos

O TSXG, na súa sentenza do 27 de xullo de 2020 (rec. 4031/2019, relator: Recio González), desestima o recurso interposto contra o acordo da Xunta Xeral do Colexio Oficial de Arquitectos de Galicia (COAG) de 2016 aprobatorio da “Guía de tramitación de traballos profesionais”. Analiza pormenorizadamente a natureza e o réxime xurídico do visado colexial, concluíndo a legalidade das tarifas establecidas na devandita guía polo visado obrigatorio dos proxectos técnicos:

«En conclusión, y tal y como resulta del informe aportado:

Al visar un proxecto se comprueba que incluya todos los documentos, suscritos por técnico identificado y habilitado para ello, requeridos legalmente. Para constatar que un documento lo es realmente se comprueba que incluya el contenido exigido reglamentariamente y que tal contenido concuerde con los de otros documentos. Esta comprobación requiere de una supervisión técnica en tanto en cuanto se precisan de conocimientos técnicos para entender el contenido de los documentos, especialmente por cuanto el contenido reglamentario a incluir puede ubicarse en distintos documentos, ya que no siempre la norma es rígida al respecto.

En la supervisión se realiza un control 100% de ciertos contenidos, especialmente los que atañen a la seguridad de las personas, y otros se controlan por muestra, especialmente los de cotejo o concordancia, no siendo objeto de control los contenidos no determinados por la legislación aplicable ni los facultativos. Se atiende a la seguridad de las personas. Pero no hay fiscalización de la Lex Artis del técnico redactor del proxecto. Ello precisa de la necesidad de Arquitectos al efecto en el COAG y correlativa responsabilidad que la labor de visado por el Arquitecto Colegial genera para el COAG, que implica un coste de aseguramiento, como dispone el transcrito artículo 13.

Y en contra de lo afirmado por la parte apelante, el COAG tutela la integridad física y la seguridad de las personas por exigencia legal y por ello responde subsidiariamente de los daños que tengan su origen en defectos que hubieran debido de ser puestos de manifiesto por el Colegio y que guarden relación directa con los elementos objeto de este visado, si bien no responderá de los defectos que guarden relación con la Lex Artis, elemento que no es objeto de visado.

Con relación al carácter abusivo del sistema de cálculo del precio de visado, lo sería de no utilizar como referencia primera el coste del servicio de visado (coste del servicio integrado no solo por el visado obrigatorio sino también por el visado voluntario de ofrecimiento

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

obligatorio por el COAG). Y aclara que no se financia el COAG, sino que se financia el servicio de visado legalmente exigido al COAG, tratándose de un mercado de libre competencia.

La parte apelante, para demostrar su carácter abusivo, acude a determinadas simulaciones; pero ha de diferenciarse el visado y el control municipal mediante las licencias, en que se impone una tasa –para la determinación de su importe, sí que se tiene en cuenta la superficie–.

Y en cuanto a la diferenciación Proyecto Básico – Proyecto de Ejecución, se aclara que lo sujeto legalmente a visado es solo el Proyecto de Ejecución, lo que ocurre es que, junto a los documentos exigibles con carácter mínimo a un proyecto básico, los colegiados muchas veces incluyen ya los exigidos en el Proyecto de Ejecución.

Por consecuencia de lo expuesto, lo que resulta del examen de las actuaciones es que ambas partes aportan sus respectivos informes, pero de lo que se trata es de que es la parte actora la que ha de acreditar lo extremos que sostiene en impugnación de la Guía recurrida, y de la lectura del informe de la parte apelada resulta que se ofrece una explicación razonable que avala la legalidad de la misma. Tratándose de un sistema que se aplica por igual a todos, no se puede considerar que discrimine ni ponga trabas a los profesionales (...)».

4 Crise sanitaria do coronavirus (COVID-19)

4.1 Restricións aos dereitos de reunión e circulación

O TSXG, en varios autos do 23 de outubro de 2020 (recs. 7427/2020, 7428/2020 e 7429/2020), ratifica, conforme o disposto no artigo 10.8 da Lei xurisdiccional 29/1998 (modificado pola Lei 3/2020, do 18 de setembro), as “*medidas de prevención específicas como consecuencia de la evolución de la situación epidemiológica derivada del COVID-19*” adoptadas pola Xunta de Galicia en sucesivas ordes do 21 de outubro de 2020 (DOG 212-bis do 21.10.2020), consistentes na limitación do número máximo de persoas non conviventes que se poden reunir en espazos públicos ou privados, así como en restricións de mobilidade (confinamentos perimetrais), con esta motivación:

«Las medidas sanitarias a que se refiere la solicitud implican la privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental que indica la autoridad sanitaria que solicita la intervención del órgano judicial; y tienen amparo en las leyes que fundamentan la solicitud. La solicitud está justificada en el informe que la acompaña, y fue informada favorablemente por el Ministerio Fiscal.

Resulta que las medidas solicitadas son idóneas para la prevención y protección de la salud de la población a que van destinadas; necesarias dada la constatación de una situación de peligro actual y real para la salud de los ciudadanos; y proporcionadas ponderando los diferentes intereses en conflicto».

4.2 Regras sobre o uso de máscaras en praias, piscinas e establecementos de hostalaría. Desestimación de suspensión cautelar

O auto do TSXG do 31 de agosto de 2020 (rec. 7276/2020) desestima a solicitude de suspensión cautelar da resolución do 17 de xullo de 2020 da Xunta de Galicia sobre o uso de máscaras nos ditos lugares, con estes argumentos:

«(...) no se puede olvidar que estas medidas, junto con las demás que se incluyen en el acuerdo impugnado, han sido adoptadas en un contexto de emergencia de salud pública generada por la expansión del coronavirus COVID-19 a nivel de pandemia internacional, y en donde el uso de la mascarilla forma parte de un conjunto integral de medidas de prevención y control que pueden limitar la propagación de determinadas enfermedades respiratorias causadas por virus, en particular la COVID-19.

Tal como se dice en su exposición de motivos del Acuerdo objeto de recurso, el uso generalizado de la mascarilla está demostrándose como una de las medidas más eficaces para prevenir la transmisión de la enfermedad, por lo que resulta necesario reforzar su utilización, ampliando los supuestos en que su uso resulta obligatorio, con el fin de evitar, especialmente, que las personas asintomáticas que no conocen su condición de portadoras de la infección procedan a su transmisión.

Sirve también, como se dice en las Recomendaciones sobre el uso de mascarilla en el contexto de la COVID-19 de la OMS (Orientaciones provisionales 5 de junio de 2020) para proteger a las personas sanas (cuando estas las emplean al entrar en contacto con una persona infectada) o para el control de fuentes (si una persona infectada la utiliza para no contagiar a otros).

Más recientemente, en las Consideraciones para la cuarentena de los contactos de casos de COVID-19 Orientaciones provisionales 19 de agosto de 2020, bajo el apartado de “Medidas de prevención y control de infecciones”, se dice que “Para prevenir eficazmente la transmisión de la COVID-19 en las zonas con transmisión comunitaria, los gobiernos deberían alentar a la población general a utilizar mascarillas en situaciones y contextos específicos, como en el transporte público, en las tiendas o en otros entornos cerrados o concurridos, como parte de un enfoque integral para suprimir la transmisión del SARS-CoV-2”.

En este ámbito de prevención sanitaria no puede extrañar la adopción de medidas que hagan obligatorio el uso de mascarilla en espacios públicos, como son los accesos, desplazamientos y paseos en las playas y piscinas, y en los establecimientos de hostelería y restauración, aunque se pueda garantizar la distancia de seguridad interpersonal de 1,5 metros.

El actor pretende eludir tal imposición bajo el argumento de que se haría casi imposible el cumplimiento de las normas de uso correcto de las mascarillas establecidas por las OMS

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

y el Ministerio de Sanidad (asearse las manos antes de ponerse la mascarilla; y después de quitarse la mascarilla o siempre que se la toque sin querer mientras se la lleva puesta, limpiarse las manos con una solución alcohólica o lavárselas con agua y jabón si se han ensuciado), omitiendo con ello los siguientes aspectos:

1.- Lo que considera normas, son en realidad recomendaciones de un uso correcto de la mascarilla.

2.- Los “posibles” riesgos para la salud por el uso de la mascarilla, y los “inconvenientes probables” del uso de mascarillas por personas sanas del público general, se recogen en el documento de Recomendaciones de la OMS sobre el uso de mascarilla en el contexto de la COVID-19.

Pero estos “inconvenientes probables” están asociados a un uso incorrecto de la mascarilla (tocamiento de los ojos con las manos contaminadas, no cambiar una mascarilla que se ha humedecido o ensuciado, el tipo de mascarilla usada, el uso de las mascarillas durante muchas horas, etc. ...).

3.- El actor, para concluir que existe un riesgo para la salud derivado del casi imposible cumplimiento de las normas de uso de las mascarillas, se sitúa en unos escenarios de incumplimiento, dando por hecho, como dice la letrada de la Xunta de Galicia, un comportamiento irresponsable de la población. Sin embargo, una incorrecta manipulación de la mascarilla o dejarla abandonada en la playa, son acciones que quedan a merced de la mayor o menor diligencia, y, por tanto, del mayor o menor cuidado con el que actúe cada persona, de manera que el riesgo para la salud deriva de su propio comportamiento, y no de una medida de carácter sanitario que está llamada a cumplir una finalidad preventiva.

Desde luego lo que no puede prevalecer en esta labor de valoración de los intereses enfrentados, es el interés particular de quien sufre una incomodidad en el uso de la mascarilla frente al interés público cuya salvaguarda subyace en la obligación de su uso. Esa incomodidad en modo alguno puede justificar la no aplicación de una medida de carácter sanitario que ha sido adoptada en un contexto de emergencia de salud pública generada por la expansión del coronavirus COVID-19 a nivel de pandemia internacional.

Por último, en cuanto a que la Orden de 12 de agosto de la Consellería de Sanidad, sobre modificación de determinadas medidas de prevención, refuerzan la argumentación del actor para la adopción de las medidas cautelares solicitadas, esta Sala no llega a la misma conclusión, pues el riesgo para la salud lo será en el caso de un incorrecto uso o manipulación de la mascarilla. La orden de 1 de agosto de 2020 no dice que la manipulación de una mascarilla constituya un peligro o riesgo para la salud pública.

La expresión “son riesgos asociados al acto de fumar y vapear la manipulación de la mascarilla de protección (...)” ha de interpretarse en el contexto en el que se inserta, y lo es en el de la recomendación de evitar el consumo de tabaco y asociados, en ambientes

comunitarios y sociales. Y es que, tal como se dice en la exposición de motivos de la citada Orden, el acto de fumar y vapear implica necesariamente la manipulación de la mascarilla de protección, el contacto repetitivo de los dedos con la boca tras tocar productos o utensilios que podrían actuar como fómite (transmisor inanimado) del virus, la expulsión de gotitas respiratorias que pueden contener carga viral y ser altamente contagiosas, y un factor de relajación de la distancia social de seguridad. Todos estos factores, en su conjunto, suponen un riesgo para la salud pública, y para el propio consumidor de tabaco y asociados, pero no el uso de la mascarilla».

4.3 Réxime sancionador. O incumprimento das restricións de circulación impostas no primeiro estado de alarma non constitúe infracción de “desobediencia á autoridade”. Vulneración do principio de tipicidade

Desde a entrada en vigor do Real decreto 463/2020, do 14 de marzo, declarativo do primeiro estado de alarma da pandemia de coronavirus, formuláronse serias dúbidas sobre o réxime sancionador aplicable aos incumprimentos das limitacións de circulación establecidas no seu artigo 7. A Avogacía Xeral do Estado intentou aclaralas no seu Ditame (facultativo e non vinculante) do 2 de abril de 2020 “*sobre tipificación y competencia administrativa para tramitar y resolver procedimientos sancionadores por el incumplimiento de las limitaciones impuestas durante el estado de alarma*”. Nel conclúese en primeiro lugar que: “*el mero incumplimiento de las limitaciones o restricciones impuestas durante el estado de alarma no puede ser calificado automáticamente como infracción de desobediencia del artículo 36.6 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana. Dicha infracción concurrirá cuando, habiendo incumplido el particular las limitaciones del estado de alarma, sea requerido para su cumplimiento por un agente de la autoridad, y el particular desatienda dicho requerimiento*”. En segundo lugar, que ese incumprimento tampouco encaixa de xeito claro no réxime sancionador da normativa sectorial estatal de protección civil. E, en terceiro e último lugar, que, dado que as limitacións do artigo 7 RD 463/2020 teñen unha “*finalidad claramente vinculada a la protección de la salud pública*”, é posible “*calificar los incumplimientos de dicho precepto, sin forzar la aplicación de la norma, como infracciones de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de la Salud Pública*”.

Malia iso, a Administración do Estado, a través das súas distintas subdelegacións do Goberno, procedeu a sancionar directamente eses comportamentos como infraccións do artigo 36.6 da Lei orgánica 4/2015, do 30 de marzo, de protección da seguridade cidadá –LOPSC– (desobediencia á autoridade) sen necesidade de requirimento previo de cesamento no incumprimento.

Na Comunidade Autónoma de Galicia a primeira sentenza sobre esta controversia ditouna o Xulgado do Contencioso-Administrativo n. 2 de Vigo o 9 de outubro de 2020 (proc. abrev. 170/2020, relator: Amboage López), concluíndo a vulneración do principio de tipicidade e anulando en consecuencia a multa impugnada. Logo seguiulle o Xulgado do Contencioso-Administrativo n. 1 de Vigo, coas súas sentenzas do 19 e 27 de outubro de 2020 (procs. abrevs. 144/2020 e 160/2020, relator: Fernández Barrio),

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

ditadas no mesmo sentido. Na cidade de Lugo pronunciouse xa o Xulgado Contencioso-Administrativo n. 1, na súa sentenza do 19 de novembro de 2020 (proc. abrev. 180/2020, relator: Díaz Sánchez), revogatoria da multa impugnada. E na de Pontevedra os seus Xulgados Contencioso-Administrativo n. 3, en sentenza do 11 de novembro de 2020 (proc. abrev. 167/2020, relator: López López), e n. 1, en sentenza do 24 de novembro de 2020 (proc. abrev. 210/2020, relator: Cominges Cáceres), tamén anulatorias. Na última delas, tras analizarse os principios de legalidade e tipicidade do procedemento sancionador, así como a natureza das restricións impostas e os preceptos en conflito, realízanse as seguintes consideracións de interese:

«(...) En el período de referencia las limitaciones de circulación habían sido establecidas por la autoridad competente en el ejercicio de sus funciones. Pero no mediante un mandato individualizado comunicado a las cinco personas aquí recurrentes inmediatamente antes del supuesto incumplimiento, sino por una disposición de carácter general (con valor material de ley) dirigida de manera genérica a toda la población de España, con una vigencia que se prolongaría durante varios meses.

Se reitera la relevancia de discernir la naturaleza jurídica de “acto administrativo” o de “disposición de carácter general” (de rango legal o reglamentario, es indiferente), del mandato cuyo incumplimiento se pretende sancionar. Y se insiste en que por el cauce de la “desobediencia a la autoridad” tipificado en la LOPSC no se puede castigar la mera inobservancia de disposiciones generales. Esa práctica, sin lugar a duda, vulnera los principios de legalidad, tipicidad y seguridad jurídica consagrados en nuestra Constitución, principios anudados a un derecho fundamental (art. 25 CE) que no se suspendió durante el estado de alarma.

Tampoco se puede olvidar que la infracción de “desobediencia a la autoridad” debe interpretarse y aplicarse en el contexto y para los fines de la concreta Ley en la que se inserta, la LOPSC, como ya se precisaba en el artículo 26.h) de la anterior Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana. Acierta plenamente la Abogada General del Estado en su Dictamen de 2 de abril de 2020 cuando concluye que las limitaciones de circulación establecidas en el artículo 7 del RD 463/2020 guardan un vínculo mucho más estrecho con la finalidad de protección de la salud ínsita a la normativa sectorial sanitaria (artículo 27 Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública), que con la de protección de la seguridad ciudadana (artículo 3 de la LOPSC), disponiendo la primera de su propio régimen sancionador, cuya aplicación compete principalmente a la Administración de las Comunidades Autónomas. (...)

El mencionado principio de tipicidad proscribte tanto la aplicación analógica de las normas definidoras de infracciones y sanciones, como su interpretación extensiva (artículo 27.4 Ley 40/2015 –LRJSP–).

Existían varias alternativas, viables, sencillas, que habrían permitido aplicar un régimen sancionador adecuado a esos incumplimientos, garantizando la función de “prevención

general” necesaria para afrontar la pandemia, con seguridad jurídica y sin violentar nuestro estado de Derecho:

La primera, y más sencilla, estableciendo un régimen sancionador específico sobre el incumplimiento del confinamiento sanitario. Un amplio sector de la doctrina considera que en el propio Real Decreto del Estado de Alarma se podrían haber definido con precisión las infracciones y sanciones. Con independencia de ello, sin género de dudas se pudo establecer mediante Real Decreto-Ley. Fue precisamente lo que hizo el Gobierno más adelante. Dictó el Real Decreto-Ley 21/2020, de 9 de junio, en cuyos artículos 31 y ss. clarificó el régimen sancionador del incumplimiento de las medidas adoptadas para hacer frente a la crisis sanitaria, remitiéndose a las normativas sanitaria y de prevención de riesgos laborales, y clarificando por ejemplo la tipificación de la infracción y sanción por el incumplimiento de la obligación de llevar mascarilla en la vía pública (infracción leve, multa de 100 euros).

También lo han hecho los gobiernos de varias comunidades autónomas, como el de la Valenciana, con su Decreto-ley 11/2020, de 24 de julio, en el que tipificó como infracción leve (artículo 5.5): “El incumplimiento de una orden general de confinamiento decretado”. Y como grave (artículo 6.8) “El incumplimiento del deber de aislamiento domiciliario acordado por la autoridad sanitaria competente o, en su caso, del confinamiento decretado, realizado por personas que hayan dado positivo en COVID-19”. O el de la Comunidad de Navarra, mediante su Decreto-ley Foral 9/2020, de 16 de septiembre, en el que tipificó como infracción leve: “El incumplimiento de una orden general de confinamiento decretado por la autoridad sanitaria competente”.

Obsérvese que en ninguna de estas tres regulaciones de urgencia se identifica el incumplimiento de las limitaciones del confinamiento general (ordenado por la autoridad competente) con la infracción genérica de “desobediencia a la autoridad” tipificada en el artículo 36.6 LOPSC. Y que en las tres (incluido el RD Ley estatal) se le atribuye la competencia para su sanción a las comunidades autónomas o a los ayuntamientos (dada su vinculación con la normativa sectorial de protección de la salud), y no a la Administración del Estado (al quedar descartada su conexión con la “seguridad ciudadana”).

Con toda evidencia se puede concluir que en los meses de marzo a junio de 2020 la Administración del Estado, pese a las advertencias en contra de la Abogada General del Estado, decidió proceder a sancionar por sí misma los incumplimientos de las limitaciones del confinamiento general, identificándolos de manera artificiosa y manifiestamente inadecuada con el tipo infractor de “desobediencia a la autoridad” de la LOPSC, por razones de “oportunidad” y “eficacia”, para no derivar esos expedientes a las Administraciones autonómicas, en las que realmente recaía y recae la competencia para sancionar infracciones en materia sanitaria. Al hacerlo así vulneró, como se ha dicho, el derecho fundamental reconocido en el artículo 25 de la Constitución, cuya vigencia no se suspendió con el estado de alarma (...).».

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

5 Medio ambiente e urbanismo

5.1 Ordenación do territorio. Parques eólicos. Proxecto sectorial de incidencia supramunicipal sobre espazos protexidos dos Ancares – O Courel. Caducidade do proxecto primitivo e da súa declaración de impacto ambiental

O TSXG (secc. 3ª), en tres sentenzas do 11 de decembro de 2020 (recs. 7429/2019, 7342/2019 e 7478/2019, relator: Cambón García, inclúen voto particular), estima os recursos interpostos por varias asociacións ecoloxistas contra un acordo do Consello da Xunta de Galicia de 2019 de modificación do proxecto sectorial de incidencia supra-municipal do parque eólico Serra do Oribio, situado na Zona Especial de Conservación (ZEC) Os Ancares – O Courel, na provincia de Lugo.

As sentenzas, tras incidir no especial valor ambiental da zona en que se pretendía actuar, conclúe apreciando a caducidade do proxecto primitivo e da súa declaración de impacto ambiental (DIA), o que na práctica leva consigo a imposibilidade de aprobar a súa modificación, xa que: «en dicha área no están permitidos los parques eólicos, excepto la repotenciación de los ya existentes, conforme al Plan Director da Rede Natura, Decreto da Xunta 37/2014, de 27 de marzo». Incide así a sentenza, no seu apartado final de conclusións, en que:

«(...) el proyecto 2007-2009 estaba caducado, al no poder considerarse, por requerir en esencia un límite temporal, como una concesión “sine die”, “ad perpetuam” o “eterna”, proscrita en nuestro Ordenamiento Jurídico, por lo que se extinguió por el transcurso de los 12 meses desde la ocupación o disposición de los terrenos, a lo que no obsta que, en 2019, hubiesen adquirido por escasa entidad para los nuevos viarios o cambios de emplazamiento, cuando para el proyecto 2007-2009 ya se disponía de los terrenos precisos para su instalación, además de haber caducado por el transcurso, sin iniciarse, de los 5 años de la legislación estatal, de aplicación analógica y supletoria, dado el vacío en la legislación gallega; porque la DIA de 2005 resulta obsoleta para amparar la evaluación ambiental del proyecto modificado de 2018, por los múltiples y variados cambios legislativos y de catalogaciones de especial protección del terreno, no pudiendo entenderse validada, por una prospección vía informes gubernativos; y, en todo caso y, porque se autoriza un P.E. en Rede Natura 2000, lo que constituye un uso o actividad prohibida por Decreto de 27.3.2014, sin que el P.E. de Oribio pueda considerarse “existente” para su excepcional autorización, por cuanto que no se había comenzado a ejecutar el de 2007-2009, no estando en explotación, ni instaladas aerogeneradores, sin que pueda “modificarse” lo que no existe, debiendo interpretarse por restrictivamente las excepciones, mayormente en supuesto de repercusión en terreno con tan altos niveles de protección, toda vez que conforme a la C.E. y Directivas Comunitarias prevalece el valor medioambiental sobre el uso o desarrollo industrial; los preceptos del Título Preliminar del C. Civil, sobre aplicación y eficacia de las normas jurídicas (art. 3 a 7) fundamentan la prevalencia del uso medioambiental en suelos

como la Serra de Oribio sobre el prohibido (salvo la restrictiva excepción de una favorable actualización de los existentes) uso industrial como Parque Eólico; estando ante un parque inexistente en la realidad física y material en 2014 y con un proyecto caducado por el transcurso de 12 meses sin procederse a su instalación desde la ocupación de los terrenos, que la propia resolución de 2007 que autorizó el proyecto de P.E. de Oribio consideró, entre otros motivos para su aprobación, la disposición del suelo por acuerdo con los propietarios».

5.2 Planeamento. Nulidade de plan xeral de ordenación municipal por omisión de avaliación ambiental estratéxica

O TS, na súa sentenza do 21 de outubro de 2020 (rec. 6925/2018, relator: Fernández Valverde), confirma a declaración de nulidade total do Plan Xeral de Ordenación Municipal de Muxía (aprobado en 2016), por ter omitido na súa tramitación, sen suficiente xustificación, a preceptiva avaliación ambiental estratéxica. Afirmo o TS nesta sentenza que:

«(...) Debemos, por tanto, ratificar las conclusiones alcanzadas por la Sala de instancia, no resultando posible, en la forma realizada –esto es, mediante la declaración de inviabilidad– excluir de la evaluación ambiental de un municipio con evidentes y declarados valores ambientales sin la realización de un Informe de sostenibilidad ambiental, sin las necesarias consultas y sin Memoria ambiental, para conocer la realidad de la evaluable.

El Decreto 37/2014, de 27 de marzo, de la Xunta de Galicia, por el que se declaran zonas especiales de conservación los lugares de importancia comunitaria de Galicia y se aprueba el Plan director de la Red Natura 2000 de Galicia, resulta bien expresivo en relación con Muxía; en su Anexo I se reseñan las Zonas especiales de conservación (ZEC) de Galicia, atendiendo a los requerimientos del artículo 44 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del patrimonio natural y de la biodiversidad, incluyendo la información sobre los límites geográficos de las ZEC de Galicia, sus tipos de hábitats del anexo I y las especies del anexo II de la Directiva 92/43/CEE, traspuestos a nuestro ordenamiento jurídico a través de los anexos I y II de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre. Pues bien, la número 5 es la ZEC COSTA DA MORTE (ES1110005) pudiendo observarse como su ámbito se extiende prácticamente a todo lo largo de la costa del término municipal. Por otra parte, en el Plan director de la Red Natura 2000 se señalan, apartado 2, las Zonas de especial protección para las aves (ZEPA), figurando entre las mismas la ES0000176 Costa da Morte (Norte) e integrada, por tanto, en la citada Red Natura 2000.

Por todo ello, acierta la Sala de instancia cuando procede a la anulación del PGOU de Muxía por la previa falta de acreditación y suficiencia de la declaración de inviabilidad medioambiental».

5.3 Modificación do Plan especial de protección e rehabilitación da cidade histórica de Santiago de Compostela para prohibir

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

o destino de vivendas a aloxamentos turísticos temporais. Necesidade de tramitar unha segunda información pública tras a introdución de modificacións substanciais

A sentenza do TSXG do 19 de outubro de 2020 (rec. 4031/2019, relator: Recio González) analiza a resolución do Concello de Santiago de Compostela de 2018 que aprobou unha modificación puntual do Plan especial de protección e rehabilitación da cidade histórica para restrinxir o uso de vivendas como aloxamentos turísticos temporais.

O TSXG considera que a dita restrición se motivou debidamente (“*asegurar la preservación de la ciudad histórica como lugar de residencia*”) co obxectivo de “*detener el proceso de vaciamiento residencial que supone, de facto, la proliferación de los alojamientos turísticos, que sustituyen población permanente por población flotante, amenazando así la protección de la ciudad histórica como ciudad viva y habitada*”). Tamén que se corresponde cos fins da potestade urbanística de planeamento e non incorre en desviación de poder. Pero estima en parte o recurso e anula a resolución impugnada ao apreciar un defecto de procedemento: a omisión dun segundo trámite de información pública antes da aprobación definitiva, ao introducirse no documento modificacións substanciais tras a primeira información pública.

5.4 Licenzas urbanísticas. É posible obtelas por silencio administrativo positivo en execución dun plan xeral viciado de nulidade de pleno dereito

Sobre o réxime do silencio administrativo aplicable ás licenzas urbanísticas, o TS (secc. 5ª) establecera unha reiterada e consolidada xurisprudencia segundo a cal: «*no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística*» (SS TS 28.01.2009 –rec. 45/2007–; 25.03.2011 –rec. 745/2007–; 29.09.2013 –rec. 3593/2011–; 06.02.2017 –rec. 1741/2014–, etc.). O que na práctica implicaba a imposibilidade de obter por silencio administrativo unha licenza viciada de nulidade, ou de anulabilidade.

Non obstante, na súa recente sentenza do 14 de decembro de 2020 (rec. 7929/2019, relator: Huet de Sande), aplicando normativa de idéntico contido, modifica ese criterio xurisprudencial, concluíndo que:

«1º.- El vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado por la Administración competente resolución expresa sobre la solicitud de una licencia de obra amparada en un Plan General de Ordenación Municipal, vigente al transcurso de dicho plazo, pero que es anulado poco después por sentencia judicial firme, legitima al interesado para entenderla estimada por silencio administrativo siempre que la licencia fuera conforme con dicho planeamiento posteriormente anulado.

2º.- La declaración de nulidad de un plan general de ordenación municipal no comunica sus efectos a los actos dictados en su aplicación que sean anteriores a que la anulación de

dicha norma general produzca efectos generales y hayan ganado firmeza, también en los casos en los que estos actos se hayan producido por silencio positivo».

O criterio “1º” é moi innovador porque en puridade implicaría asumir que un vicio formal que ata agora se cualificaba de nulidade de pleno dereito (e que polo tanto afectaba ao plan xeral desde o momento mesmo en que se aprobou, contaminando os seus actos de execución) non se transmite ao nivel das licenzas urbanísticas. O concepto do silencio administrativo nesta materia é independente e alleo ao da intanxibilidade dos actos firmes ditados en execución dunha disposición declarada nula. Para ser “firme”, primeiro ten que producirse o silencio positivo. Ata esta sentenza non se podían obter por silencio positivo licenzas *contra legem*. Unha licenza concedida ao abeiro dun plan viciado de nulidade plena é, sen dúbida, *contra legem*. Agora o TS admite a tese contraria á súa xurisprudencia consolidada. Segundo esta sentenza, xa é posible obter por silencio licenzas *contra legem*.

Tampouco deixa de chamar a atención a súa segunda conclusión, sobre a intanxibilidade dos actos firmes, porque o inicio do prazo para que terceiros afectados ou os que exerzan a acción pública urbanística poidan impugnar as licenzas obtidas por silencio positivo require do seu recoñecemento previo en resolución administrativa expresa con pé de recursos (ademais ese prazo esténdese en Galicia a un período de seis anos tras a total terminación da obra).

En calquera caso, esta novidade terá en principio escasa repercusión práctica (máis alá de no asunto que resolve), xa que, en virtude do Real decreto-lei 8/2011, do 1 de xullo (artigo 23), se estableceu o silencio negativo, en todo caso, para as solicitudes de licenza de obras de edificacións de nova planta. Ese precepto do RDLey foi logo derogado pola Lei 8/2013 do 26 de xuño. Pero esta, pola súa vez, introduciu unha nova disposición no Texto refundido da Lei de solo de 2008 (RDLex. 2/2008), o artigo 9.8, mantendo o mesmo «silencio negativo» para as obras de nova planta, réxime que se reproduce no artigo 11.4 do Texto refundido da Lei de solo vixente na actualidade, aprobado polo Real decreto lexislativo 7/2015, do 30 de outubro.

5.5 Licenza de parcelación en urbanización privada. Non se pode outorgar se as parcelas resultantes non dan fronte directa á vía pública

O TSXG, na súa sentenza do 6 de outubro de 2020 (rec. 4197/2018, relator: Díaz Casales), confirma a denegación dunha licenza de parcelación solicitada para un predio situado na illa de Toralla por careceren as parcelas resultantes de acceso directo á vía pública (trátase dunha urbanización con vías interiores privadas). A sentenza analiza pormenorizadamente a lexislación aplicable a este suposto, concluíndo que a solicitude de licenza se debe rexer pola normativa vixente no momento da resolución. Conclúe tamén que non se pode conceder a licenza de parcelación se os predios resultantes da parcelación non poden cumprir a condición de soar. E que en Galicia tal condición require do acceso directo a vía de titularidade pública, requisito que non cumpren as parcelas da zona residencial da illa de Toralla.

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

5.6 Disciplina urbanística. Obras ilegais en zona de servidume de protección de costas. A APLU dispón de prazo ilimitado para poder ordenar a súa demolición. Imprescritibilidade da servidume

A sentenza do TS do 2 de decembro de 2020 (rec. 7404/2019, relator: Fernández Valverde, con voto particular de Borrego Borrego) ratifica a xurisprudencia do Alto Tribunal que interpreta a modificación da Lei 22/1988, do 28 de xullo, de costas, operada pola Lei 2/2013, do 29 de maio, no sentido de que lle permite á Administración autonómica (APLU) reaccionar en calquera momento (sen prazo de perención) fronte ás obras executadas ilegalmente en zona de servidume de protección de costas, mesmo no caso de que se ditase anos atrás unha orde de demolición anulada xudicialmente por motivos formais. Afirmar así o Alto Tribunal que:

«(...) la previa resolución –sancionadora y de reposición de la legalidad– dictada por la Administración General del Estado en 1990 –y luego anulada en vía jurisdiccional en 1994–, no puede ser óbice para que la Administración autonómica competente pueda –en 2016– dictar resolución con el objeto de obligar a los recurrentes a la reposición de la legalidad alterada.

Debemos insistir, pues de ello va a derivar lo que digamos a continuación, la doctrina contenida en la STS 1194/2018, de 11 de julio (RC 953/2017), en la que, simplemente, introduciremos la matización derivada del supuesto concreto en el que nos encontramos. En síntesis, dijimos en la STS de referencia, lo siguiente, estableciendo una doctrina que es aceptada por las partes:

1º. Que la obligación de imposición de las obligaciones de restitución y reposición de las cosas –de la costa, en este caso– al estado anterior al momento de la comisión de una infracción prevista en la LC –bien como consecuencia de una condena penal o bien de una sanción administrativa–, está prevista y contemplada en la citada LC desde 1988 y –la citada obligación– no se ha visto alterada por la modificación introducida en la misma por la LMLC de 2013, sin que de esta regulación se derive novedad alguna, sobre el particular que de ella nos ocupa.

2º. Que, impuestas, por el Tribunal penal o por la Administración de Costas, las citadas obligaciones de restitución y reposición, la LC de 1988, tras su reforma por la LMLC de 2013, sí establece (artículo 95.1.2º) un plazo máximo de prescripción de quince años, que lo es, no para la imposición de tales obligaciones, sino para la ejecución y el cumplimiento de la imposición de tales obligaciones de restitución y reposición de las cosas a su estado anterior a la infracción.

3º. Que el citado plazo de quince años –para la ejecución de las citadas obligaciones– tiene el carácter de máximo, porque habrá de estarse, con carácter previo, al plazo que, en cada caso, se establezca en la resolución (penal o administrativa) que imponga las citadas obligaciones, con dicho límite legal.

A ello debemos añadir ahora que, a la ausencia de plazo de prescripción para la imposición de las obligaciones de reposición o restauración, no le es de aplicación el plazo (máximo) de quince años, introducido en 2013 en la LC, para la ejecución de las medidas u obligaciones de referencia, máxime en un supuesto como el de autos tales obligaciones habían sido impuestas, pero luego judicialmente anuladas, por haber sido dictada por una Administración que carecía de competencia para ello. Obvio es que tal resolución judicial suponía el reconocimiento de la competencia a la Administración autonómica de Galicia, competencia para cuya concreta ejecución, en el ámbito de las medidas de referencia, no existía –ni existe– plazo alguno.

Frente a ello no son de recibo las alegaciones de los recurrentes, pues:

a) Se trataría –lo pretendido– de una aplicación analógica de un plazo previsto para otras obligaciones, hasta el extremo que su duración podría ser modulada por la resolución en que imponga por cuanto, como se ha reiterado, los quince años podrían ser reducidos –incluso considerablemente como en el supuesto de autos, en que fie de tres meses–; modulación o flexibilidad en su duración que se acompasan mal con la rigurosa esencia de un plazo de prescripción.

b) Porque, además de analógica, se trataría de una aplicación retroactiva en relación con el dominio público marítimo terrestre o sus zonas de servidumbre; zonas cuya protección implican un interés general que no encaja con la retroactividad de las disposiciones favorables para los particulares.

c) Porque el inicio procedimental de la Administración autonómica, según expresa la resolución impugnada, viene determinada por la comprobación llevada a cabo en inspección realizada por el Servicio Provincial de Pontevedra de la APLU, en fecha de 3 de noviembre de 2015; comprobación –se insiste– de una realidad física (no discutida) que por sus características no estaba sujeta a plazo de prescripción alguno. Y, sin que, hasta dicha fecha, exista constancia –pese al tiempo transcurrido– de conocimiento de ninguna actuación autonómica desde la asunción de las competencias sobre dicha materia.

d) A ello debe añadirse que la circunstancia fáctica de que las construcciones se encuentre en la zona de servidumbre de protección, tampoco puede ser un argumento suficiente para impedir la ejecución de la decisión contenida en la resolución impugnada; la citada servidumbre se encuentra regulada en los artículo 23 y siguiente de la LC, estando limitadas las actuaciones (artículo 24) en dicha zona (cultivos, plantaciones, depósitos de objetos arrojados por el mar, u operaciones de salvamento), y sin posibilidad de efectuar cerramiento alguno. Con claridad el artículo 25.1.a) prohíbe, entre otras actuaciones, las “edificaciones destinadas a residencia o habitación”, admitiéndose sólo (25.2) “las obras, instalaciones y actividades que, por su naturaleza, no puedan tener otra ubicación”.

En todo caso, lo más significativo es el mandato general establecido en el artículo 20 de la LC, conforme al cual “[l]a protección del dominio público marítimo–terrestre comprende

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

la defensa de su integridad y de los fines de uso general a que está destinado; la preservación de sus características y elementos naturales y la prevención de las perjudiciales consecuencias de obras e instalaciones, en los términos de la presente Ley”; mandato al que, desde un ámbito de delimitación territorial, añade el siguiente artículo 21 lo siguiente: “A efectos de lo previsto en el artículo anterior, los terrenos colindantes con el dominio público marítimo-terrestre estarán sujetos a las limitaciones y servidumbres que se determinan en el presente título, prevaleciendo sobre la interposición de cualquier acción. Las servidumbres serán imprescriptibles en todo caso”».

6 Persoal

6.1 Silencio administrativo en reclamacións do persoal funcionario con efectos económicos. Sentido negativo, desestimatorio da solicitude

Tras a sentenza do TS do 28 de maio de 2019 (rec. 246/2016), produciuse un “xiro copernicano” na determinación do sentido do silencio administrativo xerado nas reclamacións dos funcionarios con efectos económicos. Nela declárase a vixencia e aplicabilidade a día de hoxe do artigo 2.k) do Real decreto 1777/1994, do 5 de agosto, de adecuación das normas reguladoras dos procedementos de xestión de persoal á Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común, precepto en que se lle atribuíu sentido negativo-desestimatorio ao silencio producido nas solicitudes formuladas en materia de xestión de persoal *«cuya resolución implique efectos económicos actuales o pueda producirlos en cualquier otro momento»*.

O TSXG está a aplicar xa esta nova xurisprudencia, podendo citarse as súas sentenzas do 18 de marzo de 2020 (rec. 257/2018, relator: Seoane Pesqueira) e 17 de xuño de 2020 (rec. 269/2019, relator: Fernández Conde). Na última delas afirmase o seguinte:

«(...) La primera cuestión a resolver en el presente caso se refiere a la alegación relativa al sentido del silencio administrativo ante la falta de resolución en plazo de la solicitud formulada por la recurrente, solicitud de personal relativa a diferencias retributivas puestos de trabajo.

En este extremo sí ha de convenirse con la Administración municipal apelante en que el juez de instancia comete un error interpretativo de las normas al considerar la existencia de un silencio administrativo positivo, pues al margen de la existencia o no del silencio, este no podría considerarse positivo conforme a la más reciente doctrina del Tribunal Supremo, en cuya sentencia de 28 de mayo de 2019 (Recurso: 246/2016) se pronuncia sobre la vigencia del Real Decreto 1777/94, de 5 de agosto, de adecuación de las normas reguladoras de los procedimientos de gestión de personal a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

El artículo 2 del Real Decreto 1777/1994, al recoger los supuestos de eficacia desestimatoria, en el apartado k) establece que:

“Las solicitudes formuladas en los siguientes procedimientos administrativos de gestión de personal se podrán entender desestimadas una vez transcurridos, sin que se hubiera dictado resolución expresa, los plazos máximos de resolución señalados a continuación:

K) Cualquier otro procedimiento, no incluido en el apartado 1 del artículo 3 de este Real Decreto, cuya resolución implique efectos económicos actuales o pueda producirlos en cualquier otro momento: El plazo de resolución de estos procedimientos será el señalado en su normativa específica y, en su defecto, el general de tres meses previsto en el artículo 42.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre”.

Pues bien, el Tribunal Supremo, en sentencia STS 1675/2019 de 28 de mayo de 2019 número del procedimiento: 246/2016, resolviendo recurso de casación en el que se identificó el interés casacional en los puntos :A) Cuál es el régimen jurídico del silencio administrativo ante una solicitud deducida por un funcionario, de obtener un determinado puesto de trabajo en comisión de servicios extensible según el recurso a una solicitud de abono por realización de funciones de superior categoría; B) Si el artículo 2.k) del Real Decreto 1777/1994, de 5 de agosto, de adecuación de las normas reguladoras de los procedimientos de gestión de personal a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se encuentra en vigor.

En los fundamentos de derecho sexto y octavo de dicha sentencia de 28 de mayo de 2019, se expresa lo que sigue:

.....”. Este Tribunal en su reciente STS 6 de noviembre de 2018, recurso casación 1763/2017 en su FJ 7º recordó:

“la sentencia dictada por el Pleno de esta Sala Tercera en el recurso de casación n. 302/2004, de fecha 28 de febrero de 2007, consideró equivocada la tesis según la cual cualquier petición del administrado da lugar o debe dar lugar, a “un procedimiento iniciado a solicitud del interesado”, de modo que, si no se contesta por la Administración en el plazo máximo establecido para resolver, debe considerarse estimada por silencio, en aplicación del artículo 43.2 de la Ley 30/1992 (LPAC). En esa línea, razonó a continuación lo siguiente:

[...] El artículo 43 LPAC, en cambio, no se refiere a solicitudes sino a procedimientos. Es verdad que su párrafo 2 dice que los interesados podrán entender estimadas sus solicitudes, pero se trata de solicitudes insertadas en determinados procedimientos. Procedimientos que resultan de la aplicación de las correspondientes normas legales a las solicitudes presentadas por los interesados. Y esto que cabía mantenerlo en la redacción de la LPAC anterior a la modificación aprobada por la Ley 4/1999 de 13-I, es aún más patente después de esta Ley. Antes de la Ley 4/1999, porque el artículo 43 contenía tres supuestos de silencio positivo que remitían a procedimientos más o menos formalizados; los dos primeros sin

duda alguna (concesión de licencias o autorización de instalación, traslado o ampliación de empresas y centros de trabajo y solicitudes que habilitaran al solicitante para el ejercicio de derechos preexistentes), pero también el tercero, “solicitudes en cuya normativa de aplicación no se establezca que quedaran desestimadas si no recae resolución expresa”, porque esa normativa de aplicación no podía ser otra sino la normativa reguladora del específico procedimiento en cuestión. Este Tribunal en su reciente STS 6 de noviembre de 2018, recurso casación 1763/2017 en su FJ 7º recordó:

[...] Por ello en el FJ Octavo responde “que el silencio administrativo positivo que preveía el último inciso del párrafo segundo del artículo 43.1 de la ley 30/1992, de 26 de noviembre, no opera cuando, estando previsto normativamente un procedimiento singular para alcanzar el efecto jurídico solicitado, la solicitud se desentiende de sus trámites y se sujeta sólo a las reglas generales del procedimiento administrativo común.” Resulta patente que ningún Real Decreto posterior ha derogado el RD 1777/1994 (art. 2.2 C. Civil). (...) (...)

OCTAVO.- La vigencia del RD 1777/94, art. 2.K).

Resulta patente que ningún Real Decreto posterior ha derogado el RD 1777/1994 (art. 2.2 C. Civil).

Sin embargo, si ha sido afectado por un Real Decreto Ley, el 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y de cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa.

Bajo ese proceloso título legislativo hallamos un precepto que ilustra sobre el carácter de negativo del silencio en el RD 1777/1994 así como su vigencia.

“Artículo 26. Sentido positivo del silencio administrativo.

En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado que se citan en el Anexo I, el vencimiento del plazo máximo fijado, en su caso, en ese mismo anexo sin que se haya notificado resolución expresa, legitima a los interesados para entender estimada su solicitud por silencio administrativo, en los términos previstos en el artículo 43 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.”

En el Anexo I indica una relación de procedimientos administrativos con silencio negativo que pasa a positivo entre los que se incluyen la permuta art. 2.e) del RD 1777/1994 y la movilidad de funcionaria víctima de violencia de género, art. 2.h) y k) Ninguna duda, ofrece, pues la vigencia del silencio negativo en el apartado k) salvo en lo referido a la movilidad de funcionaria víctima de violencia de género por razón de la modificación operada por el RD Ley 8/2011.

Y en el fundamento jurídico DÉCIMO.- La doctrina del TS en lo que nos interesa es la siguiente: (...) (...)

..... Debe adicionarse que ninguna norma ha derogado expresamente el RD 1777/1994 ni tampoco se colige su derogación por ser contrario a norma de superior rango salvo en los puntos expresados por el RD Ley 8/2011 que no conciernen al apartado k) salvo en funcionaria víctima de violencia de género.”

Así las cosas, la falta de respuesta en plazo a esa solicitud de la recurrente sólo podía tener efectos desestimatorios, a tenor de lo dispuesto en el segundo párrafo del apartado 1 del artículo 43.1 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, hoy ultimo inciso ó del tercer párrafo del apartado 1 del artículo 24.1) de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (el sentido del silencio también será desestimatorio en los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones y en los de revisión de oficio iniciados a solicitud de los interesados).

En el mismo sentido, en aplicación del punto k) del artículo 2 del RD 1777/1994 de Adecuación de normas Reguladoras de los Procedimientos de Gestión de Personal a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que vino a establecer que el sentido del silencio sería desestimatorio en los procedimientos de gestión de personal cuya resolución implicase efectos económicos actuales o pudiera producirlos en cualquier otro momento, siempre que no estuvieran incluidos en el listado del artículo 3.1 del mismo RD, lo que no es el caso; vale aquí la cita de la sentencia n. 651/15 TSJ Extremadura de 22 de diciembre de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de TSJ Extremadura, cuyos argumentos se comparten en lo esencial, así como de la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de nuestro Tribunal Superior de Justicia n. STSJ, Contencioso sección 1 del 18 de septiembre de 2019 STSJ, Recurso: 230/2019 Sentencia: 406/2019 que se comparte en lo que aquí interesa, y debe respetarse por seguridad jurídica, en tanto no demostrado concurren diferentes circunstancias que imposibiliten su aplicación.

Sin olvidar aquella STS de 6 de noviembre de 2018, Sección 4ª, recurso de casación 1763/2017, que obliga a reconsiderar la problemática que nos trae, al declarar el Alto tribunal que “el silencio administrativo positivo que preveía el último inciso del párrafo segundo del artículo 43.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, no opera cuando, estando previsto normativamente un procedimiento singular para alcanzar el efecto jurídico solicitado, la solicitud se desentiende de sus trámites y se sujeta sólo a las reglas generales del procedimiento administrativo común. Por consiguiente, cuando el ordenamiento prevé y regula un procedimiento específico para decidir determinada cuestión, es en él, no en otro, donde ha de adoptarse tal decisión.”

También en nuestro caso y como quiera que la reclamación económica deducida por la funcionaria no conllevaba la apertura de un procedimiento administrativo singular preordenado normativamente, hemos de entender, en correspondencia con el criterio

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

jurisprudencial explicado, que el silencio revestía carácter desestimatorio o negativo. Y ello ha de ser así, pese a las diferentes posiciones que se han sostenido en diversos tribunales superiores de justicia en torno al tema.

No era procedente, por tanto, atribuir efectos estimatorios a la falta de respuesta en plazo a la solicitud formulada por la recurrente, de modo que no existe acto firme estimatorio que pueda ser susceptible de ejecución.

Este motivo del recurso debe ser estimado, y la sentencia de instancia revocada».

6.2 Oposicións de acceso á función pública. Exixencia de composición paritaria (equilibrio homes-mulleres) nos tribunais selectivos: o seu incumprimento é irrelevante cando o número de mulleres supera o de homes. Consecuencias da anulación da oposición por razóns formais: non afecta aos que foron nomeados funcionarios (principios de equidade e boa fe)

O TS, na súa sentenza do 8 de outubro de 2020 (rec. 2135/2018, relator: Lucas Murillo de la Cueva), casa e revoga unha sentenza do TSXG na cal se anulaban os resultados dunhas oposicións convocadas pola Xunta de Galicia para o acceso ao corpo facultativo superior (subgrupo A.1), entre outros motivos porque o tribunal de selección estaba composto por catro mulleres e un home, incumprindo con iso a regra de paridade establecida no artigo 36 da Lei galega de igualdade 7/2004, do 16 de xullo, modificada por Lei 2/2007. Nesta sentenza o Alto Tribunal incide, a este respecto, en que:

«(...) no se debe olvidar que la prohibición de discriminación por razón de sexo no surge por azar, sino que obedece a una realidad histórica que la Constitución quiere superar: la desigualdad en perjuicio de la mujer. Por eso, la propia afirmación del principio, a su dimensión negativa añade la positiva, la que fundamenta actuaciones encaminadas a realizar la igualdad, dentro de las que cabe incluir el establecimiento de criterios como los recogidos por el artículo 60.1 del Estatuto Básico del Empleado Público y el artículo 53 de la Ley Orgánica 3/2007.

Por lo demás, hay que decir que la definición de “presencia o composición equilibrada” efectuada por la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 3/2007 –la relación 60%-40%– no se reduce a la Administración General del Estado. Se extiende a todo el ámbito sobre el que, según sus artículos 1 y 2, se proyecta. El primero, en su apartado 2 precisa que sus principios se dirigen a los “Poderes Públicos”, sin excepción, y el segundo atribuye los derechos derivados del principio de igualdad de trato y de la prohibición de discriminación a “todas las personas”, de nuevo si excepción.

Establecidas estas premisas, debemos enfrentarnos a los hechos del caso.

Hemos visto que la composición del tribunal calificador, inicialmente equilibrada según la relación legalmente establecida 60%-40%, pasó a ser, en vez de dos hombres y tres mujeres, la de cuatro mujeres y hombre. Para la sentencia esta composición del tribunal que actuó es contraria al principio de composición equilibrada. A juicio de la Sala, no cabe establecer una solución general sobre el respeto a dicho principio en los casos en que, como aquí, ha sucedido, por cualquier causa legalmente prevista, se producen modificaciones en un tribunal calificador cuya composición inicial era equilibrada desde el punto de vista que estamos contemplando y suponen que deje de serlo. Es decir, que no respete la relación 60%-40% de mujeres y hombres como máximo y mínimo. Pueden, en efecto, concurrir circunstancias que hagan imposible mantenerla o que no deban reputarse contrarias al fin perseguido.

Esto último es lo que ha sucedido en esta ocasión, en la que cuatro personas del sexo que padece la desigualdad que se quiere corregir han terminado integrando el tribunal calificador. No parece razonable que una mayor presencia sobrevenida de mujeres deba comportar la aplicación de un criterio pensado y establecido para evitar su discriminación de forma que provoque la nulidad de la actuación administrativa. Por tanto, la modificación sobrevenida en este caso no ha de considerarse contraria al principio de composición equilibrada (...).»

Non obstante, a sentenza confirma a anulación destas oposicións por outra causa formal complementaria. Ordena retrotraer os seus trámites e repetir varias probas, pero sen afectar aos candidatos que xa foron nomeados funcionarios:

«(...) a diferencia de lo fallado por la sentencia de instancia y atendiendo a las pretensiones de los recurrentes en casación, consideramos procedente seguir la pauta ya observada por la Sala en casos precedentes sobre la situación de aspirantes que superaron procesos selectivos y fueron nombrados funcionarios en los que, años después –en concreto, cinco– y en virtud de recursos interpuestos por aspirantes que no los superaron, se aprecian vicios determinantes de su invalidez [sentencias n. 375/2019, de 20 de marzo (casación n. 2116/2016), n. 361/2019, de 18 de marzo (casación n. 499/2016), n. 1695/2018, de 29 de noviembre (casación n. 385/2016) y las que citan]. En tales ocasiones, hemos preservado su situación atendiendo a criterios de equidad y de buena fe, habida cuenta de que fueron absolutamente ajenos a las irregularidades advertidas en el desarrollo del proceso selectivo».

7 Proceso contencioso-administrativo

7.1 O mes de agosto non entra no cómputo do prazo de interposición do recurso contencioso-administrativo

A sentenza do TS do 2 de xullo de 2020 (rec. 3780/2019, relator: Huet de Sande) rectifica o criterio de cómputo do prazo de interposición do recurso contencioso-administrativo durante o mes de agosto que adoptara a secc. 3ª do TSXG, concluíndo que:

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

«El art. 128.2 LJCA debe interpretarse en el sentido de que, dejando a salvo el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales, el mes de agosto debe descontarse en el plazo de interposición del recurso contencioso administrativo y, por tanto, cuando la notificación de la actuación administrativa se produce en agosto, el plazo bimensual para la interposición del recurso contencioso administrativo debe empezar a computarse el 1 de septiembre».

7.2 Altas de oficio na Seguridade Social. Contía indeterminada. Competencia obxectiva do TSXG para o coñecemento do asunto en primeira e única instancia

A secc. 3ª do TSXG, en varios autos de datas 19 e 23 de outubro, 3 e 9 de novembro de 2020 (recs. 7193/2020, 7237/2020, 7086/2020, 7282/2020, 7284/2020 e 7260/2020, relator: Villares Naveira), modifica o seu criterio anterior e declara que lle corresponde á dita sala (e non aos xulgados do contencioso-administrativo) o coñecemento en primeira e única instancia dos recursos contencioso-administrativos promovidos fronte a resolucións da Seguridade Social de modificación do tipo de cotización no CNAE, variación de datos –clave de contrato–, alta de oficio de traballador, rectificación de datos de vida laboral e encadramento no réxime especial de traballadores do mar. Xustifica o tribunal o cambio de criterio, entre outros, no seguinte razoamento:

«(...) Nos procedementos relativos a altas ou baixas cursadas de oficio pola Seguridade Social en calquera dos réximes aplicables existe innegablemente unha dobre dimensión: dunha banda, a relativa á aplicación normativa, concernente á discusión, quer no plano fáctico, quer no xurídico, centrada na determinación da procedencia ou improcedencia de cotizar (onde as partes poñen en cuestión os feitos determinantes da obriga ou a súa cualificación para o encadramento nalgún dos réximes vixentes); e doutra banda, a dimensión económica, que é a tradución monetaria da obriga como consecuencia do encaixe normativo dunha situación previamente declarada existente. Aínda que existe esta dualidade, a preferencia legal para a cuantificación é cualificar estes procedementos como de contía indeterminada, significando así a preponderancia do debate xurídico –e a súa non sempre doada identificación cunha obrigación económica concreta– sobre a súa dimensión económica, que se presenta en moitas ocasións como accesoria ou secundaria ao debate principal sobre a procedencia de cotizar. Estas consideracións da Sala son concorrentes coas razóns que levaron ao Tribunal Supremo a sentar unha liña interpretativa conforme coa clasificación de contía indeterminada de todos os procedementos cuxa materia sexa a relativa a altas e baixas de oficio nalgún dos réximes da Seguridade Social, sen que ningunha resolución illada teña forza argumentativa abonda para cuestionar esta tese. Isto non obsta, como veremos, que naqueles casos en que o obxecto de discusión sexa exclusivamente a dimensión económica cuantitativa da liquidación da cotización, e non a posta en cuestión do dereito do que nace esa obriga, o Alto Tribunal asigne como contía a da cantidade litixiosa coa depuración previa das regras do art. 41 LXCA. (...)

De todo o anterior podemos concluír que para o Tribunal Supremo os asuntos relativos á impugnación de altas e baixas de oficio nalgún dos réximes da Seguridade Social levadas a cabo pola Administración teñen sempre a consideración de contía indeterminada, e que este principio só cede cando o único que se cuestiona sexa unha sorte de erro na cuantificación á hora da liquidación de cotas, pero non se pon en cuestión o dereito a liquidalas.

(...) Ao abeiro das anteriores consideracións, e dado que o acto impugnado, de data 28/1/2020, consiste na alta de oficio na Seguridade Social de varios traballadores existencia de prestación de servizos para unha empresa, debemos concluír que o asunto debe reputarse de contía indeterminada. O Tribunal Supremo ten declarado reiteradamente en materia de Seguridade Social que os asuntos de contía indeterminada deben considerarse como de contía superior a 60 mil euros para os efectos de determinación de competencia obxectiva e réxime de recursos (Vid. os AATS de 23 de abril de 2018: Rec. 686/2017 e Rec. 32/2017; e os xa citados STS 47/2017, de 18 de xaneiro: Rec. 1054/2015 e o ATS de 31 de marzo de 2016: Recurso 3059/2015). Por esta razón, e en aplicación do art. 10.1.m LXCA, a competencia obxectiva para o coñecemento do asunto corresponde á Sala do Contencioso deste TSXG».

8 Tributos

8.1 Imposto de bens inmobles. Exención das universidades públicas

A sentenza do TS do 5 de novembro de 2020 (rec. 697/2018, relator: Aguallo Avilés) revoga a do TSXG impugnada e declara a exención dunha universidade galega no imposto de bens inmobles (IBI):

«(...) El artículo 53.1 de la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria dispuso: “Constituirá el patrimonio de cada Universidad el conjunto de sus bienes, derechos y acciones. Los bienes afectados al cumplimiento de sus fines y los actos que para el desarrollo inmediato de tales fines realicen y los rendimientos de los mismos, disfrutarán de exención tributaria, siempre que esos tributos y exenciones recaigan directamente sobre las Universidades en concepto legal de contribuyentes y sin que sea posible legalmente la traslación de la carga tributaria a otras personas”.

La Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales (en lo sucesivo L. R.H.L), estableció en su disposición adicional novena, que: “A partir del 31 de diciembre de 1989 quedarán suprimidos cuantos beneficios fiscales estuvieren establecidos en los tributos locales, tanto de forma genérica como específica, en toda clase de disposiciones distintas de las de Régimen Local, sin que su actual vigencia pueda ser invocada respecto de ninguno de los tributos regulados en la presente ley”.

Ello se tradujo en que, durante varios años, los bienes inmuebles de las Universidades Públicas, afectados al cumplimiento de sus fines, no estuvieron exentos, tal como se ha

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

declarado jurisprudencialmente de manera reiterada, situación que cambió cuando entró en vigor la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, en tanto en cuanto regula una exención tributaria para las Universidades Públicas en su artículo 80, del que nos interesan ahora sus apartados 1 y 4.

En ese sentido, en dicho apartado 1 se establece: “Constituirá el patrimonio de cada Universidad el conjunto de sus bienes, derechos y acciones. Los bienes afectos al cumplimiento de sus fines y los actos que para el desarrollo inmediato de tales fines realicen, así como sus rendimientos, disfrutarán de exención tributaria, siempre que los tributos y exenciones recaigan directamente sobre las Universidades en concepto legal de contribuyentes, a no ser que sea posible legalmente la traslación de la carga tributaria”.

Por su parte, el apartado 4 dispone: “En cuanto a los beneficios fiscales de las Universidades públicas, se estará a lo dispuesto para las entidades sin finalidad lucrativa en la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones e Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General. Las actividades de mecenazgo a favor de las Universidades públicas gozarán de los beneficios que establece la mencionada Ley”.

La remisión a la Ley 30/1994 hay que entenderla realizada en la actualidad a la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de Régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo.

Ningún reparo existe a que tal exención no se establezca en el propio del Texto Refundido de la Ley Reguladora de Haciendas Locales (en lo sucesivo, TRLRHL), aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, y antes en el artículo 9 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, LRHL, puesto que su artículo 9 establece que, además de las exenciones reguladas en el propio TRLRHL (y, antes en la propia LRHL), también resultarán aplicables las exenciones reconocidas en otras normas con rango de ley o que se deriven de la aplicación de tratados internacionales.

Es una exención *ex lege*. No existe base legal para entender que se trata de una exención rogada. Es *ex lege*, como lo son las exenciones previstas en el apartado 1 del artículo 62 del TRHL, que no rogada, como lo son las previstas en el apartado 2 del mismo precepto.

La exención que ahora nos interesa no ha sido derogada por la Ley 51/2002, de reforma de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales, en particular, ni por su disposición derogatoria única ni por su disposición transitoria tercera. Tampoco ha sido derogada por el TRLRHL. Su disposición transitoria primera no puede ser más clara, establece el régimen de los beneficios fiscales anteriores a la LRHL. Esta Ley, como bien se sabe, es de 1988 y, por tanto, no se refiere, como es el caso, a los beneficios fiscales previstos en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, que es posterior. El texto de dicha disposición transitoria es el siguiente: “a partir del 31 de diciembre de 1989, quedarán suprimidos cuantos beneficios fiscales estuvieren establecidos en los tributos locales con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre,

reguladora de las Haciendas Locales, tanto de forma genérica como específica, en toda clase de disposiciones distintas de las de régimen local, sin que su vigencia pueda ser invocada respecto de ninguno de los tributos regulados en este texto refundido; lo anterior se entiende sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones transitorias tercera, cuarta y quinta de este texto refundido”.

Tampoco de la Disposición transitoria tercera del TRLRHL, relativa a los Beneficios fiscales en el Impuesto sobre Bienes Inmuebles, se desprende que los beneficios fiscales previstos en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, se hayan derogado por la Ley 51/2002, de 27 de diciembre, puesto que el apartado 1 de dicha disposición transitoria establece: “Los beneficios fiscales en el Impuesto sobre Bienes Inmuebles reconocidos a la entrada en vigor de la Ley 51/2002, de 27 de diciembre, cuyos supuestos de disfrute se encuentren recogidos en este texto refundido, se mantendrán sin que, en caso de que tengan carácter rogado, sea necesaria su solicitud. Se mantendrán hasta la fecha de su extinción aquellos beneficios fiscales reconocidos en dicho Impuesto cuyos supuestos de disfrute no se recogen en este texto refundido, con excepción de la exención prevista en el párrafo k) del artículo 64 de la Ley reguladora de las Haciendas Locales, en su redacción anterior a la Ley 51/2002, de 27 de diciembre, que queda extinguida a su entrada en vigor”.

La exención que nos viene ocupando no ha sido sustituida por el beneficio fiscal previsto en apartado 2 bis del artículo 74 del TRLRHL, introducido por la Disposición final cuarta la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, consistente en una bonificación –potestativa para los ayuntamientos– de hasta el 95 por ciento a favor de los organismos públicos de investigación y los de enseñanza universitaria. Si reparamos en esa Ley Orgánica veremos que ninguno de sus preceptos suprime ni modifica lo dispuesto en el citado artículo 80 de la L.O. 6/2001. El mencionado apartado 2 bis del artículo 74 del TRLRHL es fruto de la tramitación parlamentaria de la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, puesto que en el proyecto publicado en el Boletín Oficial del Congreso del día 8 de septiembre de 2016 no se contenía un precepto de ese tenor. A lo largo del trámite parlamentario se sucedieron varias redacciones, pero al final prevaleció la que hemos reseñado, fruto de una enmienda transaccional, de la que se desprende que la voluntad del legislador no es la de suprimir los beneficios fiscales previstos en el indicado artículo 80 de la L.O. 6/2001, sino la de añadir una bonificación potestativa –de carácter subjetivo– para bienes inmuebles de organismos públicos de investigación y los de enseñanzas universitarias».

REGAP



COMENTARIOS E CRÓNICAS

8.2 Imposto sobre construccions, instalaciones e obras. Base imponible: conceptos excluidos

O TSXG, na súa sentenza do 13 de outubro de 2020 (rec. 15011/2020, relator: Rivera Frade), incide en que:

«La jurisprudencia es pacífica sobre la no inclusión de los gastos generales y del beneficio industrial en la base imponible del ICIO. Respecto de los gastos generales, como dice la

jurisprudencia, están compuestos por una heterogénea serie de elementos que sólo de un modo indirecto incrementan el coste de la correspondiente obra. Y en cuanto a la no inclusión del porcentaje calculado como beneficio industrial del contratista, su gravamen significaría sujetar tanto la riqueza representada por la obra como el volumen de negocios del constructor».

8.3 Imposto sobre a renda das persoas físicas. Non suxeición de axudas de custo por desprazamentos do traballador para a súa actividade laboral. Carga da proba

A sentenza do TS do 3 de decembro de 2020 (rec. 6784/2019, relator: Aguallo Avilés) consolida a recente xurisprudencia que rectifica o criterio do TSXG sobre a carga da proba da vinculación coa actividade laboral das axudas de custo percibidas polo traballador exentas do IRPF. Incide o Alto Tribunal en que:

«(...) corresponde a la Administración la carga de la prueba dirigida a acreditar la sujeción de dichas asignaciones –siempre que se haya cumplimentado por retenedor y perceptor los deberes formales a los que vienen obligados–; que pasa, entre otras circunstancias, por acreditar la inexistencia del desplazamiento o que este se debió a una razón o motivo ajeno a la actividad económica o trabajo que se presta –lo cual resulta de suma facilidad para la Administración, en tanto que, en su poder deben estar la totalidad de los documentos al efecto, le basta con el simple cotejo de los documentos en su poder con la acreditación que le corresponde al pagador, sin perjuicio de que se pueda valer de cuantos medios de prueba se autorizan–.

Es el reglamento el que advierte, como se ha dejado dicho, que es el pagador el que debe acreditar el día y lugar del desplazamiento, en definitiva, su realidad, así como su razón o motivo, esto es su vinculación con la relación laboral de la que se obtiene los rendimientos. Por tanto, no pudiendo exigir la Administración al contribuyente documentos que ya estén en su posesión –ni aquellos respecto de gastos que no precisan justificación conforme al art. 9 del reglamento–, y haciendo recaer normativamente el deber del pagador de acreditar el día y lugar del desplazamiento, así como su razón o motivo, a estos efectos el contribuyente no asume más deber que cumplimentar su declaración aportando los certificados expedidos por la empresa, que de no resultar suficientes para la Administración para discernir sobre la sujeción o no de asignaciones y dietas deberá dirigirse al empleador para hacer prueba sobre dichos extremos a los efectos de la exclusión prevista en el art. 17 de la LIRPF, pues es al pagador al que se le impone reglamentariamente dicho deber. Todo ello en el buen entendimiento que siendo necesaria en todo caso la intervención del pagador para dicha acreditación, que supone en definitiva acreditar la realidad del desplazamiento, de no alcanzarse dicho objetivo por imposibilidad o insuficiencia de la acreditación, en modo alguno queda perjudicado el derecho del contribuyente de valerse de cuantos medios probatorios se autorizan legalmente para hacer prueba sobre dichos extremos; y sin perjuicio de que habiéndose producido la acreditación por parte del pagador de día y lugar del desplazamiento y de su razón o motivo, esto es acreditada la realidad del

desplazamiento, se perjudique el derecho de la Administración de determinar si estamos o no ante gastos o asignaciones excluidos, en tanto que el fundamento y fin de la exclusión no es otro que cubrir los gastos que el trabajador–perceptor tiene necesidad de hacer en el desarrollo de su actividad laboral, lo que exige la correlación entre gastos necesarios y desplazamientos realizados para el desarrollo de la actividad.

Hechas las anteriores matizaciones, ha de concluirse que no es al empleado al que corresponde probar la realidad de los desplazamientos y gastos de manutención y estancia a los efectos de su no sujeción al IRPF, sino que la Administración para su acreditación deberá dirigirse al empleador en cuanto obligado a acreditar que las cantidades abonadas por aquellos conceptos responden a desplazamientos realizados en determinado día y lugar, por motivo o por razón del desarrollo de su actividad laboral».

9 Universidades

9.1 Correspondencia dos títulos universitarios anteriores ao “sistema Bolonia” co marco español de cualificacións para a educación superior (MECES)

O TS confirma na súa sentenza do 1 de xullo de 2020 (rec. 6682/2018, relator: Picó Lorenzo) unha resolución dunha universidade galega que excluíu á actora do programa de doutoramento de ciencias da saúde por non acreditar estar en posesión, polo menos, de 300 créditos ECTS, superados en estudos universitarios, tal como exige o artigo 15.1 do Regulamento interno de estudos de doutoramento. O Alto Tribunal fixa nesta sentenza, como criterio xurisprudencial, que:

«la determinación por Acuerdo del Consejo de Ministros del nivel de correspondencia entre los títulos universitarios oficiales obtenidos con la normativa anterior al “sistema Bolonia” al nivel del marco español de cualificaciones para la educación superior (MECES), no supone una completa homologación con el título de grado (MECES 2) sino una correspondencia a efectos académicos y profesionales no permitiendo el acceso a programas oficiales de posgrado salvo que se trate de un grado al que se atribuyan 300 créditos ECTS».

E iso partindo das seguintes consideracións:

«(...) no está de más añadir la existencia –aunque carezca de valor jurídico– de la nota aclaratoria de noviembre 2013 (a que hace mención la reciente sentencia de esta Sala de 15 de junio de 2020, casación 5767/2018 en un recurso sobre la incorporación a la fase de investigación del doctorado) sobre la interpretación del art. 6.2.a) del Real Decreto 99/2011 de la Secretaría General de Universidades del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. Esa nota decía:

“Por tanto, podrán acceder a un programa oficial de doctorado aquellos estudiantes que estén en posesión de una titulación universitaria oficial española obtenida conforme a

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

anteriores ordenaciones universitarias, es decir, los Licenciados, Arquitectos, Ingenieros, Diplomados, Arquitectos Técnicos e Ingenieros Técnicos (títulos que habilitan para el acceso a enseñanzas de Máster universitario), que hayan superado en el conjunto de estudios universitarios oficiales un mínimo de 300 créditos ECTS, de los cuales, al menos 60 habrán de ser de nivel de Máster.

De acuerdo con lo anterior, corresponde a cada Universidad, de acuerdo con su normativa específica, determinar tanto las equivalencias entre los créditos LRU (propios de las anteriores titulaciones) y los créditos ECTS, como los criterios de valoración de los 60 créditos ECTS que, al menos, deban ser considerados como créditos de nivel de Master, a los efectos de que estos titulados accedan a los estudios de doctorado”.

La resolución de la Universidad de la Coruña confirmada primero por el juzgado de lo contencioso-administrativo y posteriormente por el TSJ de Galicia no desactiva la potestad del Estado para determinar la correspondencia de la equivalencia entre antiguas y nuevas titulaciones fijando los efectos académicos de las titulaciones pre-Bolonia.

Cuestión distinta es que del art. 6 del RD 99/2011 se concluye inequívocamente la facultad de las Universidades para determinar las equivalencias entre los créditos de las antiguas titulaciones (Ley de Reforma Universitaria, LRU) y créditos ECTS (European Credit Transfer System) en razón de su duración o carga horaria.

Tiene razón la Sala de la Coruña cuando declara la distinta regulación del acceso a los cursos del Doctorado y de los estudios conducentes a obtener el Grado y la Maestría por lo que los pretendidos efectos del RD 1393/2007 sobre el Doctorado que reclama la recurrente no tienen lugar dada la redacción del RD 99/2011.

La recurrente no ostenta un MECES-3 que le permita el acceso directo al Doctorado, conforme a la legislación más arriba reflejada, sino un MECES-2 valorado en 180 horas al que adiciona un Master de 60 horas ECTS por lo que no alcanza los 300 créditos ECTS necesarios para poder acceder a los estudios de Doctorado».