



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 60_xullo-dецembro 2020 | pp. 495-535
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 Y CRÓNICAS

FRANCISCO DE COMINGES CÁ CERES

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

Sumario: 1 Administración local. 1.1 Tarifa especial (rebajada) del servicio municipal de transporte público urbano de viajeros restringida a los ciudadanos empadronados en el municipio. Impugnación de la restricción por los ayuntamientos limítrofes. Falta de legitimación activa. 1.2 Tramitación de un expediente y práctica de notificaciones en formato papel en lugar de electrónico. Irregularidad formal no invalidante. 1.3 Retribuciones del personal del servicio municipal de extinción de incendios. Las gratificaciones por "nocturnidad" y "festividad" deben integrarse en el complemento específico, devengándose en período vacacional. 1.4 Ilegalidad de las gratificaciones por jubilación. 1.5 Sanción a ayuntamiento por no garantizar la calidad del agua para consumo humano de la red general municipal. 2 Contratos públicos. 2.1 Resolución de contrato de gestión de servicio público por situación concursal de la contratista. Prevalencia de la exención de indemnización establecida en el pliego de cláusulas administrativas. 2.2 Licitación de servicio de cafetería en edificio público. Exclusión de dos candidatas por tratarse en realidad de la misma empresa. Facultades de investigación de la mesa de contratación. Prueba indiciaria. 3 Corporaciones profesionales. 3.1 Principio de transparencia. Acceso a documentación colegial por un no colegiado. 3.2

Colegio Oficial de Arquitectos de Galicia. Tarifas por visado obligatorio de proyectos técnicos. 4 Crisis sanitaria del coronavirus (COVID-19). 4.1 Restricciones a los derechos de reunión y circulación. 4.2 Reglas sobre el uso de mascarillas en playas, piscinas y establecimientos de hostelería. Desestimación de suspensión cautelar. 4.3 Régimen sancionador. El incumplimiento de las restricciones de circulación impuestas en el primer estado de alarma no constituye infracción de “desobediencia a la autoridad”. Vulneración del principio de tipicidad. 5 Medio ambiente y urbanismo. 5.1 Ordenación del territorio. Parques eólicos. Proyecto sectorial de incidencia supramunicipal sobre espacios protegidos de Os Ancares – O Courel. Caducidad del proyecto primitivo y de su declaración de impacto ambiental. 5.2 Planeamiento. Nulidad de plan general de ordenación municipal por omisión de evaluación ambiental estratégica. 5.3 Modificación del Plan especial de protección y rehabilitación de la ciudad histórica de Santiago de Compostela para prohibir el destino de viviendas a alojamientos turísticos temporales. Necesidad de tramitar una segunda información pública tras la introducción de modificaciones sustanciales. 5.4 Licencias urbanísticas. Es posible obtenerlas por silencio administrativo positivo en ejecución de un plan general viciado de nulidad de pleno derecho. 5.5 Licencia de parcelación en urbanización privada. No se puede otorgar si las parcelas resultantes no dan frente directo a vía pública. 5.6 Disciplina urbanística. Obras ilegales en zona de servidumbre de protección de costas. La APLU dispone de plazo ilimitado para poder ordenar su demolición. Imprescriptibilidad de la servidumbre. 6 Personal. 6.1 Silencio administrativo en reclamaciones del personal funcionario con efectos económicos. Sentido negativo, desestimatorio de la solicitud. 6.2 Oposiciones de acceso a la función pública. Exigencia de composición paritaria (equilibrio hombres–mujeres) en los tribunales selectivos: su incumplimiento es irrelevante cuando el número de mujeres supera al de hombres. Consecuencias de la anulación de la oposición por razones formales: no afecta a los que fueron nombrados funcionarios (principios de equidad y buena fe). 7 Proceso contencioso-administrativo. 7.1 El mes de agosto no entra en el cómputo del plazo de interposición del recurso contencioso-administrativo. 7.2 Altas de oficio en la Seguridad Social. Cuantía indeterminada. Competencia objetiva del TSJG para el conocimiento del asunto en primera y única instancia. 8 Tributos. 8.1 Impuesto de bienes inmuebles. Exención de las universidades públicas. 8.2 Impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras. Base imponible: conceptos excluidos. 8.3 Impuesto sobre la renta de las personas físicas. No sujeción de dietas por desplazamientos del trabajador para su actividad laboral. Carga de la prueba. 9 Universidades. 9.1 Correspondencia de los títulos universitarios anteriores al “sistema Bolonia” con el marco español de cualificaciones para la educación superior (MECES).

1 Administración local

1.1 Tarifa especial (rebajada) del servicio municipal de transporte público urbano de viajeros restringida a los ciudadanos empadronados en el municipio. Impugnación de la restricción por los ayuntamientos limítrofes. Falta de legitimación activa

El Ayuntamiento de Vigo estableció una tarjeta con descuentos tarifarios para el transporte colectivo urbano de viajeros, restringida a los ciudadanos empadronados en dicho municipio. Los Ayuntamientos de Mos y Redondela solicitaron la supresión de dicha restricción. Contra la desestimación presunta de sus solicitudes promovieron sendos recursos contencioso-administrativos. En segunda instancia la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (TSJG) declaró su inadmisión o la confirmó, en las sentencias de 16 y 19 de octubre de 2020 (recs. 7130/2020 y 7118/2020, ponentes: Fernández López y Paz Eiroa).

En la última de ellas por haber devenido firme la resolución municipal aprobatoria de la tarifa reducida restringida. En la primera, por falta de legitimación activa del Ayuntamiento recurrente, con estas consideraciones:

«(...) 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

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

(...), 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 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».

No obstante, en esta sentencia, con carácter de *obiter dicta* también se valora el fondo del 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 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 LRBR, 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».

1.2 Tramitación de un expediente y práctica de notificaciones en formato papel en lugar de electrónico. Irregularidad formal no invalidante

El TSJG, en sus sentencias de 17 de julio y 11 de septiembre de 2020 (recs. 4078/2020 y 4255/2019, ponentes: Parada López y Martínez Quintanar), concluye que el incumplimiento por el Concello de A Coruña de su obligación legal de tramitar expedientes y notificar resoluciones de manera electrónica es una irregularidad formal no invalidante si no les genera indefensión a los interesados. Incide así en la última de las referidas sentencias 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

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

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 Retribuciones del personal del servicio municipal de extinción de incendios. Las gratificaciones por “nocturnidad” y “festividad” deben integrarse en el complemento específico, devengándose en período vacacional

En numerosos municipios el personal adscrito al servicio de extinción de incendios trabaja en turnos intensivos de jornada de 24 horas, con varios días de descanso a continuación. Una parte relevante de su retribución la constituyen los pluses de “nocturnidad” y “festividad”, que solo se abona por los días efectivamente trabajados. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (TS), en su sentencia de 1 de octubre de 2020 (rec. 7908/2018, ponente: Teso Gamella), referida al Concello de Ourense, fija como criterio jurisprudencial la obligación de incluir esas gratificaciones en el complemento específico del puesto de trabajo, devengándose por tanto también durante el período vacacional. Se afirma lo siguiente en la sentencia:

«(...) 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 detraído 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”.

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

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 detraída de la retribución del mes de vacaciones».

1.4 Ilegalidad de las gratificaciones por jubilación

Buena parte de los ayuntamientos de Galicia les reconocen a sus funcionarios, en sus pactos sociales, el derecho a percibir una “prima de jubilación”. El TS, en sus sentencias de 14 de marzo de 2019 (rec. 2717/2016) y 20 de marzo de 2018 (rec. 2747/2015), concluyó que:

«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».

El TSJG está aplicando ya esa jurisprudencia, pudiendo citarse a modo de ejemplo su sentencia de 17 de junio de 2020 (rec. 397/2019, ponente: Seoane Pesqueira), en la que, en primer lugar, declara ilegal e inaplicable un incentivo por jubilación establecido en el acuerdo regulador del personal del Concello de Padrón. Y, en segundo lugar, considera justificado el cambio de actuación de dicha Administración local para ajustarse a la legalidad, sin necesidad de modificar previamente el acuerdo regulador.

1.5 Sanción a ayuntamiento por no garantizar la calidad del agua para consumo humano de la red general municipal

El TSJG en su sentencia de 2 de octubre de 2020 (rec. 4261/2019, ponente: Recio González) confirma la sanción impuesta a un ayuntamiento por la Dirección Xeral de Saúde Pública de la Xunta de Galicia por haber realizado un inadecuado control del agua para consumo humano. La sentencia 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 4.2.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 4.1.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».

Regap



2 Contratos públicos

2.1 Resolución de contrato de gestión de servicio público por situación concursal de la contratista. Prevalencia de la exención de indemnización establecida en el pliego de cláusulas administrativas

Un ayuntamiento gallego le otorgó a determinada entidad mercantil la concesión para la construcción, explotación y gestión de un aparcamiento público subterráneo por un período de 50 años. A los 15 años la contratista fue declarada judicialmente en situación de concurso voluntario de acreedores por causa fortuita y entró en fase de liquidación. Solicitó la resolución del contrato, con una indemnización de un millón y medio de euros por la parte de la inversión no amortizada, conforme al artículo 170.1 de la Ley 13/1995, de contratos de las administraciones públicas (vigente cuando se adjudicó el contrato), precepto en el que se disponía 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*». El ayuntamiento se opuso al pago de la indemnización, porque en el pliego de prescripciones técnicas y cláusulas administrativas de la licitación se había establecido la siguiente cláusula genérica (habitual en este 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».

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (TS), en su sentencia de 1 de diciembre de 2020 (rec. 24.08/2019, ponente: Teso Gamella), confirma la desestimación de los recursos interpuestos por la contratista, considerando prevalente la referida exención indemnizatoria de los pliegos contractuales, con el siguiente razonamiento:

«(...) 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 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 dos candidatas por tratarse en realidad de la misma empresa. Facultades de investigación de la mesa de contratación. Prueba indiciaria

El TSJG, en su sentencia de 23 de octubre de 2020 (rec. 7120/2020, ponente: Fernández López), desestima el recurso promovido por una candidata que fue excluida del procedimiento de licitación del servicio de cafetería de un edificio público municipal por haber concurrido por duplicado, con dos personalidades jurídicas, de manera fraudulenta. Afirma la sentencia lo siguiente:

«(...) 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

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

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 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 Corporaciones profesionales

3.1 Principio de transparencia. Acceso a documentación colegial por un no colegiado

La Comisión de Transparencia de Galicia obligó al Colegio Oficial de Enfermería de Ourense a permitirle a un no colegiado el acceso a las actas de los dos últimos procesos electorales a la Junta Colegial. El colegio impugnó dicha decisión ante el TSJG, el cual desestimó el recurso en su sentencia de 24 de julio de 2020 (rec. 4130/2019, ponente: Martínez Quintanar). En ella se analiza la naturaleza jurídica de estas corporaciones profesionales, su control jurisdiccional y su vinculación por el principio de transparencia aplicable al sector público, con las siguientes conclusiones:

«(...) 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.(...).

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

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 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 (...)».

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

3.2 Colegio Oficial de Arquitectos de Galicia. Tarifas por visado obligatorio de proyectos técnicos

El TSJG, en su sentencia de 27 de julio de 2020 (rec. 4031/2019, ponente: Recio González), desestima el recurso interpuesto contra el acuerdo de la Junta General del Colegio Oficial de Arquitectos de Galicia (COAG) de 2016 aprobatorio de la “Guía de tramitación de trabajos profesionales”. Analiza pormenorizadamente la naturaleza y el régimen jurídico del visado colegial, concluyendo la legalidad de las tarifas establecidas en dicha guía por el visado obligatorio de los proyectos técnicos:

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

Al visar un proyecto 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 proyecto. 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 obligatorio sino también por el visado voluntario de ofrecimiento 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 Crisis sanitaria del coronavirus (COVID-19)

4.1 Restricciones a los derechos de reunión y circulación

El TSJG, en varios autos de 23 de octubre de 2020 (recs. 7427/2020, 7428/2020 y 7429/2020), ratifica, conforme a lo dispuesto en el artículo 10.8 de la Ley jurisdiccional

29/1998 (modificado por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre), las “medidas de prevención específicas como consecuencia de la evolución de la situación epidemiológica derivada del COVID-19” adoptadas por la Xunta de Galicia en sucesivos órdenes de 21 de octubre de 2020 (DOG 212-bis de 21.10.2020), consistentes en la limitación del número máximo de personas no convivientes que se pueden reunir en espacios públicos o privados, así como en restricciones de movilidad (confinamientos perimetrales), 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 Reglas sobre el uso de mascarillas en playas, piscinas y establecimientos de hostelería. Desestimación de suspensión cautelar

El auto del TSJG de 31 de agosto de 2020 (rec. 7276/2020) desestima la solicitud de suspensión cautelar de la resolución de 17 de julio de 2020 de la Xunta de Galicia sobre el uso de mascarillas en dichos lugares, con estos 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

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

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 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».

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

4.3 Régimen sancionador. El incumplimiento de las restricciones de circulación impuestas en el primer estado de alarma no constituye infracción de “desobediencia a la autoridad”. Vulneración del principio de tipicidad

Desde la entrada en vigor del Real decreto 463/2020, de 14 de marzo, declarativo del primer estado de alarma de la pandemia de coronavirus, se plantearon serias dudas sobre el régimen sancionador aplicable a los incumplimientos de las limitaciones de circulación establecidas en su artículo 7. La Abogacía General del Estado intentó aclararlas en su Dictamen (facultativo y no vinculante) de 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”. En él se concluye en primer 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 dicho incumplimiento tampoco encaja de manera clara en el régimen sancionador de la normativa sectorial estatal de protección civil. Y, en tercer y último lugar, que, dado que las limitaciones del artículo 7 RD 463/2020 tienen una *"finalidad claramente vinculada a la protección de la salud pública"*, es 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"*.

Pese a ello, la Administración del Estado, a través de sus distintas subdelegaciones del Gobierno, procedió a sancionar directamente esos comportamientos como infracciones del artículo 36.6 de la Ley orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana –LOPSC– (desobediencia a la autoridad) sin necesidad de previo requerimiento de cese en el incumplimiento.

En la Comunidad Autónoma de Galicia la primera sentencia sobre esta controversia la dictó el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n. 2 de Vigo en fecha 9 de octubre de 2020 (proc. abrev. 170/2020 ponente: Amboage López), concluyendo la vulneración del principio de tipicidad y anulando en consecuencia la multa impugnada. Luego le siguió el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n. 1 de Vigo, con sus sentencias de 19 y 27 de octubre de 2020 (procs. abrevs. 144/2020 y 160/2020, ponente: Fernández Barrio), dictadas en el mismo sentido. En la ciudad de Lugo se ha pronunciado ya el Juzgado Contencioso-Administrativo n. 1, en su sentencia de 19 de noviembre de 2020 (proc. abrev. 180/2020, ponente: Díaz Sánchez), revocatoria de la multa impugnada. Y en la de Pontevedra sus Juzgados Contencioso-Administrativo n. 3, en sentencia de 11 de noviembre de 2020 (proc. abrev. 167/2020, ponente: López López), y n. 1, en sentencia de 24 de noviembre de 2020 (proc. abrev. 210/2020, ponente: Cominges Cáceres), también anulatorias. En la última de ellas, tras analizarse los principios de legalidad y tipicidad del procedimiento sancionador, así como la naturaleza de las restricciones impuestas y los preceptos en conflicto, se realizan las siguientes consideraciones de interés:

«(...) 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 proscribiera 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

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

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 (...)».

5 Medio ambiente y urbanismo

5.1 Ordenación del territorio. Parques eólicos. Proyecto sectorial de incidencia supramunicipal sobre espacios protegidos de Os Ancares – O Courel. Caducidad del proyecto primitivo y de su declaración de impacto ambiental

El TSJG (secc. 3ª), en tres sentencias de fecha 11 de diciembre de 2020 (recs. 7429/2019, 7342/2019 y 7478/2019, ponente: Cambón García, incluyen voto particular), estima los recursos interpuestos por varias asociaciones ecologistas contra un acuerdo del Consello de la Xunta de Galicia de 2019 de modificación del proyecto sectorial de incidencia supramunicipal del parque eólico Serra do Oribio, situado en la Zona Especial de Conservación (ZEC) Os Ancares – O Courel, en la provincia de Lugo.

Las sentencias, tras incidir en el especial valor medioambiental de la zona en la que se pretendía actuar, concluye apreciando la caducidad del proyecto primitivo y de su declaración de impacto ambiental (DIA), lo que en la práctica conlleva la imposibilidad de aprobar su modificación, ya 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 la sentencia, en su apartado final de conclusiones, 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».

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

5.2 Planeamiento. Nulidad de plan general de ordenación municipal por omisión de evaluación ambiental estratégica

El TS, en su sentencia de 21 de octubre de 2020 (rec. 6925/2018, ponente: Fernández Valverde), confirma la declaración de nulidad total del Plan General de Ordenación Municipal de Muxía (aprobado en 2016), por haber omitido en su tramitación, sin suficiente justificación, la preceptiva evaluación ambiental estratégica. Afirma el TS en esta sentencia 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 invia- bilidad– 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 del Plan especial de protección y rehabilitación de la ciudad histórica de Santiago de Compostela para prohibir el destino de viviendas a alojamientos turísticos temporales. Necesidad de tramitar una segunda información pública tras la introducción de modificaciones sustanciales

La sentencia del TSJG de 19 de octubre de 2020 (rec. 4031/2019, ponente: Recio González) analiza la resolución del Ayuntamiento de Santiago de Compostela de 2018 que aprobó una modificación puntual del Plan especial de protección y rehabilitación de la ciudad histórica para restringir el uso de viviendas como alojamientos turísticos temporales.

El TSJG considera que dicha restricción se motivó debidamente (“asegurar la preservación de la ciudad histórica como lugar de residencia” con el objetivo 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”). También que se corresponde con los fines de la potestad urbanística de planeamiento y no incurre en desviación de poder. Pero estima en parte el recurso y anula la resolución impugnada al apreciar un defecto de procedimiento: la omisión de un segundo trámite de información pública antes de la aprobación definitiva, al haberse introducido en el documento modificaciones sustanciales tras la primera información pública.

5.4 Licencias urbanísticas. Es posible obtenerlas por silencio administrativo positivo en ejecución de un plan general viciado de nulidad de pleno derecho

Sobre el régimen del silencio administrativo aplicable a las licencias urbanísticas, el TS (secc. 5^a) había establecido una reiterada y consolidada jurisprudencia conforme a la cual: «*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.). Lo que en la práctica conllevaba la imposibilidad de obtener por silencio administrativo una licencia viciada de nulidad, o de anulabilidad.

Sin embargo, en su reciente sentencia de 14 de diciembre de 2020 (rec. 7929/2019, ponente: Huet de Sande), aplicando normativa de idéntico contenido, modifica ese criterio jurisprudencial, concluyendo 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».

El criterio “1º” es muy innovador porque en puridad conllevaría asumir que un vicio formal que hasta ahora se calificaba de nulidad de pleno derecho (y que por tanto afectaba al plan general desde el momento mismo en el que se aprobó, contaminando sus actos de ejecución) no se transmite al escalón de las licencias urbanísticas. El concepto del silencio administrativo en esta materia es independiente y ajeno al de la intangibilidad de los actos firmes dictados en ejecución de una disposición declarada nula. Para ser “firme”, primero tiene que producirse el silencio positivo. Hasta esta sentencia no se podían obtener por silencio positivo licencias *contra legem*. Una licencia concedida al amparo de un plan viciado de nulidad plena es, sin duda, *contra legem*. Ahora el TS admite la tesis contraria a su jurisprudencia consolidada. Según esta sentencia ya es posible obtener por silencio licencias *contra legem*.

Tampoco deja de llamar la atención su segunda conclusión, sobre la intangibilidad de los actos firmes, porque el inicio del plazo para que terceros afectados o los que ejerzan la acción pública urbanística puedan impugnar las licencias obtenidas por silencio positivo requiere de su previo reconocimiento en resolución administrativa expresa con pie de recursos (además ese plazo se extiende en Galicia a un período de seis años tras la total terminación de la obra).

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

En cualquier caso, esta novedad tendrá en principio escasa repercusión práctica (más allá de en el asunto que resuelve), toda vez que, en virtud del Real decreto-ley 8/2011, de 1 de julio (artículo 23), se estableció el silencio negativo, en todo caso, para las solicitudes de licencia de obras de edificaciones de nueva planta. Ese precepto del RD Ley fue luego derogado por la Ley 8/2013 de 26 de junio. Pero esta a su vez introdujo una nueva disposición en el Texto refundido de la Ley de suelo de 2008 (RD Leg. 2/2008), el artículo 9.8, manteniendo el mismo «silencio negativo» para las obras de nueva planta. Régimen que se reproduce en el artículo 11.4 del Texto refundido de la Ley de suelo vigente en la actualidad, aprobado por Real decreto legislativo 7/2015, de 30 de octubre.

5.5 Licencia de parcelación en urbanización privada. No se puede otorgar si las parcelas resultantes no dan frente directo a vía pública

El TSJG, en su sentencia de 6 de octubre de 2020 (rec. 4197/2018, ponente: Díaz Casales), confirma la denegación de una licencia de parcelación solicitada para una finca situada en la isla de Toralla por carecer las parcelas resultantes de acceso directo a la vía pública (se trata de una urbanización con viales interiores privados). La sentencia analiza pormenorizadamente la legislación aplicable a este supuesto, concluyendo que la solicitud de licencia ha de regirse por la normativa vigente en el momento de la resolución. Concluye también que no se puede conceder la licencia de parcelación si los predios resultantes de la parcelación no pueden cumplir la condición de solar. Y que en Galicia tal condición requiere del acceso directo a vial de titularidad pública, requisito que no cumplen las parcelas de la zona residencial de la isla de Toralla.

5.6 Disciplina urbanística. Obras ilegales en zona de servidumbre de protección de costas. La APLU dispone de plazo ilimitado para poder ordenar su demolición. Imprescriptibilidad de la servidumbre

La sentencia del TS de 2 de diciembre de 2020 (rec. 7404/2019, ponente: Fernández Valverde, con voto particular de Borrego Borrego) ratifica la jurisprudencia del Alto Tribunal que interpreta la modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas, operada por la Ley 2/2013, de 29 de mayo, en el sentido de que permite a la Administración autonómica (APLU) reaccionar en cualquier momento (sin plazo de perención) frente a las obras ejecutadas ilegalmente en zona de servidumbre de protección de costas, aun en el caso de que se hubiese dictado años atrás una orden de demolición anulada judicialmente por motivos formales. Afirma así el 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

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

reducidos –incluso considerablemente como en el supuesto de autos, en que fie de tres meses–; modulación o flexibilidad en su duración que se acompañan 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 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 Personal

6.1 Silencio administrativo en reclamaciones del personal funcionario con efectos económicos. Sentido negativo, desestimatorio de la solicitud

Tras la sentencia del TS de 28 de mayo de 2019 (rec. 246/2016), se ha producido un “giro copernicano” en la determinación del sentido del silencio administrativo generado en las reclamaciones de los funcionarios con efectos económicos. En ella se declara la vigencia y aplicabilidad a día de hoy del 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, precepto en el que se le atribuyó sentido negativo-desestimatorio al silencio producido en las solicitudes formuladas en materia de gestión de personal *«cuya resolución implique efectos económicos actuales o pueda producirlos en cualquier otro momento»*.

El TSJG está aplicando ya esta nueva jurisprudencia, pudiendo citarse sus sentencias de 18 de marzo de 2020 (rec. 257/2018, ponente: Seoane Pesqueira) y 17 de junio de 2020 (rec. 269/2019, ponente: Fernández Conde). En la última de ellas se afirma lo siguiente:

«(...) 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:

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

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, legítima 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

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

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 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 Oposiciones de acceso a la función pública. Exigencia de composición paritaria (equilibrio hombres–mujeres) en los tribunales selectivos: su incumplimiento es irrelevante cuando el número de mujeres supera al de hombres. Consecuencias de la anulación de la oposición por razones formales: no afecta a los que fueron nombrados funcionarios (principios de equidad y buena fe)

El TS, en su sentencia de 8 de octubre de 2020 (rec. 2135/2018, ponente: Lucas Murillo de la Cueva), casa y revoca una sentencia del TSJG en la que se anularon los resultados de unas oposiciones convocadas por la Xunta de Galicia para el acceso al cuerpo facultativo superior (subgrupo A.1), entre otros motivos porque el tribunal de selección se hallaba compuesto por cuatro mujeres y un hombre, incumpliendo con ello la regla de paridad establecida en el artículo 36 de la Ley gallega de igualdad 7/2004, de 16 de julio, modificada por Ley 2/2007. En esta sentencia el 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 6o.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

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

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 (...)».

No obstante, la sentencia confirma la anulación de estas oposiciones por otra causa formal complementaria. Ordena retrotraer sus trámites y repetir varias pruebas, pero sin afectar a los candidatos que ya han sido nombrados 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 El mes de agosto no entra en el cómputo del plazo de interposición del recurso contencioso-administrativo

La sentencia del TS de 2 de julio de 2020 (rec. 3780/2019, ponente: Huet de Sande) rectifica el criterio de cómputo del plazo de interposición del recurso contencioso-administrativo durante el mes de agosto que había adoptado la secc. 3ª del TSJG, concluyendo que:

«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 en la Seguridad Social. Cuantía indeterminada. Competencia objetiva del TSJG para el conocimiento del asunto en primera y única instancia

La secc. 3ª del TSJG, en varios autos de fechas 19 y 23 de octubre, 3 y 9 de noviembre de 2020 (recs. 7193/2020, 7237/2020, 7086/2020, 7282/2020, 7284/2020 y 7260/2020, ponente: Villares Naveira), modifica su criterio anterior y declara que le corresponde a dicha sala (y no a los juzgados de lo contencioso-administrativo) el conocimiento en primera y única instancia de los recursos contencioso-administrativos promovidos frente a resoluciones de la Seguridad Social de modificación del tipo de cotización en el CNAE, variación de datos –clave de contrato–, alta de oficio de trabajador, rectificación de datos de vida laboral y encuadramiento en el régimen especial de trabajadores del mar. Justifica el tribunal el cambio de criterio, entre otros, en el siguiente razonamiento:

«(...) Nos procedimientos 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 procedimientos 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,

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

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 Impuesto de bienes inmuebles. Exención de las universidades públicas

La sentencia del TS de 5 de noviembre de 2020 (rec. 697/2018, ponente: Aguallo Avilés) revoca la del TSJG impugnada y declara la exención de una universidad gallega en el impuesto de bienes inmuebles (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 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 8o, 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,

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

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».

8.2 Impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras. Base imponible: conceptos excluidos

El TSJG, en su sentencia de 13 de octubre de 2020 (rec. 15011/2020, ponente: 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 Impuesto sobre la renta de las personas físicas. No sujeción de dietas por desplazamientos del trabajador para su actividad laboral. Carga de la prueba

La sentencia del TS de 3 de diciembre de 2020 (rec. 6784/2019, ponente: Aguallo Avilés) consolida la reciente jurisprudencia que rectifica el criterio del TSJG sobre la carga de la prueba de la vinculación con la actividad laboral de las dietas percibidas por el trabajador exentas del IRPF. Incide el 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

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

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 de los títulos universitarios anteriores al “sistema Bolonia” con el marco español de cualificaciones para la educación superior (MECES)

El TS confirma en su sentencia de 1 de julio de 2020 (rec. 6682/2018, ponente: Picó Lorenzo) una resolución de una universidad gallega que excluyó a la actora del programa de doctorado de ciencias de la salud por no haber acreditado estar en posesión, al menos, de 300 créditos ECTS, superados en estudios universitarios, tal y como exige el artículo 15.1 del Reglamento interno de estudios de doctorado. El Alto Tribunal fija en esta sentencia, como criterio jurisprudencial, 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».

Y ello partiendo de las siguientes consideraciones:

«(...) 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 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».

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

