



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 61_enero-junio 2021 | pp. 477-509
Santiago de Compostela, 2021
<https://doi.org/10.36402/regap.v0i61.4806>
© Francisco de Cominges Cáceres
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371

Recibido: 21/06/2021 | Aceptado: 22/06/2021
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

Xurisprudencia contencioso-
administrativa

**Jurisprudencia contencioso-
administrativa**

Contentious-administrative
jurisprudence

61 Regap

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

FRANCISCO DE COMINGES CÁ CERES

Magistrado (Galicia, España)

f.cominges@poderjudicial.es

SUMARIO: 1 Administración local. 1.1 Municipios de gran población: la potestad reglamentaria le corresponde exclusivamente al pleno de la corporación. 1.2 Conflicto de competencias entre ayuntamientos y Administración autonómica sobre actuaciones en el entorno no delimitado de edificios catalogados. Límites de la discrecionalidad técnica administrativa. 1.3 Pruebas de acceso a la condición de funcionario de carrera en la Administración local. Debe primar el sistema de "oposición libre" sobre el de "concurso-oposición". Impugnabilidad indirecta de las bases del procedimiento selectivo. 1.4 Cese de personal funcionario interino tras largo período de servicio en la Administración local. Improcedencia de aplicarle la figura laboral del "indefinido no fijo". No cabe indemnización. 1.5 Ordenanzas fiscales municipales. Tasa de recogida de residuos sólidos urbanos. Insuficiencia de la memoria económica. Limitaciones de impugnación indirecta. 2 Crisis sanitaria del coronavirus (COVID-19). 2.1 Ratificación judicial de medidas sanitarias restrictivas de derechos fundamentales. 2.2 Instrucción del Servicio Gallego de Salud sobre reprogramación funcional preventiva de la actividad asistencial por la pandemia de coronavirus. 2.3 Medidas de prevención necesarias para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19, una vez

superada la fase III del Plan para la transición hacia una nueva normalidad. 3 Extranjería. 3.1 Inmigrante en situación irregular. La sanción de expulsión del territorio español requiere acreditar circunstancias agravantes. Efecto directo vertical inverso de la Directiva 2008/115/CE de retorno. 4 Medio ambiente y urbanismo. 4.1 Planeamiento urbanístico. Anulación por omisión de evaluación ambiental estratégica. Subsanaibilidad del defecto en fase de ejecución de sentencia. 4.2 Gestión urbanística. Expropiación de fincas no incorporadas a la junta de compensación. Responsabilidad subsidiaria del ayuntamiento en el abono de los justiprecios ante el impago de la beneficiaria de la expropiación. 4.3 Licencia de obras. Impugnación en ejercicio de la acción pública urbanística. Limitación de plazo. Principios de equidad y buena fe. 4.4 Disciplina urbanística. La APLU no puede ordenar directamente la demolición de una edificación amparada en licencia urbanística municipal en vigor. Antes debe conseguir su anulación o declaración de nulidad. 5 Personal. 5.1 Carrera profesional del personal interino. 5.2 Personal sanitario temporal. Nombramiento fraudulento para plaza estructural. 5.3 Acceso por sindicatos a documentación e información del departamento de personal de la Administración. Protección de datos. 5.4 Complementos de productividad fijos y regulares. Desnaturalización. Equivalen realmente a complemento específico, por lo que deben abonarse en períodos de vacaciones y permisos. 6 Tributos. 6.1 Gestión del impuesto sobre el valor añadido. Autonomía financiera de las comunidades autónomas. 6.2 Impuesto de sucesiones y donaciones. Valoración del bien transmitido. Doctrina del “doble tiro”. 6.3 Indevida inclusión del canon del agua en la base imponible del impuesto del valor añadido. 7 Universidades. 7.1 Reconocimiento de sexenios. Silencio administrativo negativo.

1 Administración local

1.1 Municipios de gran población: la potestad reglamentaria le corresponde exclusivamente al pleno de la corporación

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (TS), en su Sentencia de 25 de enero de 2021 (rec. 2793/2019, ponente: Requero Ibáñez), concluye:

«que, en los municipios de gran población, el Pleno configurado como órgano de máxima representación política, debate y control, pero también como órgano administrativo, que ejerce la potestad reglamentaria sobre todas las materias, puede regular aquellas cuyo ejercicio es competencia de los órganos ejecutivos, administrativos o de gobierno, en particular la Junta de Gobierno Local».

La sentencia ratifica la declaración de nulidad, por falta de competencia, del acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Lugo que aprobó la modificación de varios preceptos del “Reglamento interno de personal funcionario” sobre el valor y límites de las horas extraordinarias, con las siguientes consideraciones:

«(...) 1. En el régimen de los municipios de gran población el Pleno municipal se configura “como un verdadero órgano de debate de las grandes políticas locales que afectan al municipio y de adopción de las decisiones estratégicas” (Exposición de Motivos de la Ley 57/2003, IV, párrafo quinto) y “órgano de máxima representación política de los ciudadanos en el gobierno municipal” (artículo 122.1 de la LRBRL en relación con el artículo 3.2 de la Carta Europea de Autonomía Local, de 15 de octubre de 1985). Se acerca así a un modelo parlamentarizado.

2. Esta caracterización lo singulariza respecto de los órganos ejecutivos o “ejecutivo local” –Alcalde, la Junta de Gobierno Local y los órganos directivos– [cf. sentencia del Tribunal Constitucional 103/2013, Fundamento Jurídico 5.h) párrafo tercero].
3. Señala el Fundamento Jurídico antes citado de la sentencia del Tribunal Constitucional 103/2013, que la reforma que efectuó la Ley 57/2003 responde a la exigencia de dotar a los municipios de gran población de “ejecutivos con gran capacidad de gestión para actuar rápida y eficazmente” según su Exposición de Motivos, de ahí que la Junta de Gobierno Local asuma “la mayoría de las competencias de ejecución que antes correspondían al Pleno [lo que se agrava con] la complejidad de la gestión administrativa en los municipios de gran población”.
4. La Junta de Gobierno Local colabora en la función de dirección política que corresponde al Alcalde, que lo preside, y “ejerce las funciones ejecutivas y administrativas que se señalan en el artículo 127” [artículo 126.1 en relación con el artículo 124.4.b) ambos de la LRBRL]. Según la Exposición de Motivos de la Ley 57/2003 el cambio de denominación de “Comisión de Gobierno” a “Junta de Gobierno Local” busca “destacar la naturaleza ejecutiva de dicho órgano” (cf. III, párrafo quinto).
5. No obstante lo dicho siempre se está ante una administración territorial y pese al apoderamiento y configuración de ese “ejecutivo fuerte”, el Pleno sigue siendo un órgano de tal administración y, además, el más relevante. Tales órganos ejecutivos responden ante el Pleno como órgano de máxima representación, de manera que respecto del “ejecutivo local” ejerce competencias de especial relevancia política como son las de control y fiscalización, censura política, aprobación de los presupuestos, etc.
6. Como órgano de una administración que es no deja de ejercer potestades administrativas y de entre ellas una que tiene especial relevancia en toda administración: el ejercicio de la potestad reglamentaria, inherente para la efectividad del principio de autonomía local [cf. artículo 137 in fine de la Constitución y artículos 2 y 4.1.a) de la LRBRL].
7. La relevancia de tal potestad es obvia pues mediante la misma el Pleno, como máximo órgano municipal, conforma el ordenamiento jurídico del municipio. Y sin entrar en el análisis de la distinta tipología de reglamentos municipales, cabe señalar que tal potestad la ejerce el Pleno bien sea en lo interno u orgánico como en general, es decir, sobre todas las materias de competencia municipal respecto de las cuales los otros órganos ejercen potestades ejecutivas o administrativas, esto es, de actuación [cf. artículo 123.1.c) y d) de la LRBRL]. Y añádase que si bien la Junta de Gobierno Local ostenta potestad de promoción reglamentaria [artículo 127.1.a) de la LRBRL], no por ello se le sustrae al Pleno el ejercicio de la potestad reglamentaria.
8. En apoyo de su tesis el Ayuntamiento de Lugo invoca tanto en la instancia como en casación el artículo 38.3 del EBEP. Tal precepto regula con carácter general y para todas las administraciones, el régimen de la negociación, pactos y acuerdos sobre las condiciones de trabajo en el ámbito del empleo público. De tal precepto se deduce lo siguiente: 1. La validez y eficacia de lo pactado o acordado en ese ámbito

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

de negociación exige que sea expresa y formalmente aprobado por los “órganos de gobierno de las Administraciones Públicas”. 2. Una vez ratificados los acuerdos que afecten a temas que puedan decidirse definitivamente por los órganos de gobierno de cada Administración, entonces lo estipulado será directamente aplicable. 3. Que lo pactado sea así directamente aplicable no quita para que, si tiene alcance reglamentario, se acometa una regulación de tal naturaleza por el órgano competente, pero con un matiz: lo es con efectos formales pues tiene prioridad lo que resulte del proceso negociador y se ratifique, luego esa regulación se supedita a lo pactado. 4. Tal esquema lo confirman, por contraste, los párrafos segundo y tercero del artículo 38.3 del EBEP cuando lo pactado afecta a materias sujetas a reserva de ley. En este caso los pactos o acuerdos carecen de eficacia directa y se da prioridad a la reforma legal. Por tanto, si con base en lo pactado o acordado se promueve una iniciativa legislativa y se rechaza en sede parlamentaria “se deberá iniciar la renegociación de las materias tratadas en el plazo de un mes, si así lo solicitara al menos la mayoría de una de las partes”. 9. Frente a lo que sostiene la parte recurrente, el artículo 38.3 del EBEP confirma el juicio de esta Sala pues sus previsiones deben matizarse en el ámbito de la Administración local, lo que refuerza lo dicho no sólo a efectos de la competencia material para el ejercicio de la potestad reglamentaria sino, además, para el ejercicio de sus funciones de control. Esto es así por lo siguiente:

1. Tratándose de la Administración del Estado o autonómica, la prioridad que el artículo 38.3 del EBEP da a lo pactado o acordado dotándolo de eficacia directa se explica porque todo queda en el seno de una organización administrativa en la que no hay órganos representativos, plurales, de control político interno.
2. Sin embargo –como se ha expuesto– en el seno de la Administración local sí hay un órgano, el Pleno, que ejerce funciones de “superior control y fiscalización” respecto del “ejecutivo local”, esto es, el Alcalde, la Junta de Gobierno Local y demás órganos directivos [artículo 122.4.b) de la LRBRL] y que, además, ejerce poder normativo, esto es, potestad reglamentaria.
3. Esto significa que esa idea de mera aprobación formal de la reforma reglamentaria no puede aceptarse sin más en este ámbito, pues lo pactado o acordado queda abierto a la fiscalización y debate en el Pleno al ejercer la potestad reglamentaria (...)».

1.2 Conflicto de competencias entre ayuntamientos y Administración autonómica sobre actuaciones en el entorno no delimitado de edificios catalogados. Límites de la discrecionalidad técnica administrativa

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (TSJG), en su interesante Sentencia de 4 de febrero de 2021 (rec. 4381/2018, ponente: Díaz Casales, incluye voto particular), analiza un conflicto competencial típico entre la Administración municipal y la autonómica: un ayuntamiento pretende instalar

una rampa mecánica peatonal por el bulevar central de una avenida en cuesta. La Consellería de Cultura veta el proyecto atribuyéndose tal competencia por la proximidad de la actuación respecto de varios edificios de viviendas catalogados por su valor arquitectónico. El tribunal anula en esta sentencia el veto autonómico, al considerar en primer lugar que los edificios catalogados no tienen que disponer en todo caso de un “entorno” protegido, no correspondiéndose con el concepto legal de “monumento”; y en segundo lugar que el veto no se justificó realmente en la protección de los inmuebles catalogados, sino en los valores intrínsecos del vial, que carecía de cualquier figura de protección:

«(...) Simplificando mucho lo manifestado por la Arquitecta podríamos afirmar que, pese a que la Gran Vía no está catalogada, es un ejemplo de planificación de la ciudad moderna, formando parte del entorno de varios edificios catalogados y la actuación proyectada, a su juicio, no resulta respetuosa con las características de los mismos y los valores que habrían de preservarse.

El emitido por la Arquitecta es un juicio técnico que hemos de respetar y considerar, pero resulta llamativo que ensalce las características de la Gran Vía como arteria principal de la ciudad, que no goza de protección, en lugar de hacerlo con los edificios catalogados, señalando el nivel de protección de los mismos y, lo que resultaría más determinante, su afectación, en su percepción, comprensión y estudio por la actuación proyectada, que es la finalidad que tienen los entornos de protección, con arreglo al Art. 12 de la Ley y lo que habría de resultar determinante a la hora de denegar la autorización.

Por otra parte, pese a no objetar los criterios mantenidos por la arquitecta, hemos de señalar que la propia exposición de motivos de la Ley de Patrimonio Cultural de Galicia advierte el riesgo de que las apreciaciones técnicas y la discrecionalidad resulten teñidas de subjetividad, al indicar:

El legislador debe ser muy consciente de que en materia de patrimonio cultural se ejercen funciones inspiradas en apreciaciones técnicas y expertas que corren el riesgo de arrastrar una correcta y acotada discrecionalidad hacia una indeseable percepción social de arbitrariedad y subjetivismo. Es por eso por lo que, en el ejercicio de las potestades autorizatorias y en el desempeño de la facultad de informar, se hace especial hincapié en los principios de publicidad y seguridad jurídica y, por lo tanto, en la incorporación de elementos que faciliten el control de la discrecionalidad de la Administración en un ámbito donde la normativa tiene por fuerza que remitirse al juicio técnico o experto y donde es inevitable la formulación y el manejo de múltiples conceptos jurídicos indeterminados.

Por ello hemos de limitarnos estrictamente a los términos en los que aparecen redactados las potestades actuadas por las administraciones públicas enfrentadas en este proceso en la Ley de Patrimonio Cultural de Galicia. Pese a echar en falta un examen del nivel de protección reconocido a los 8 edificios catalogados cuyo entorno de protección incluye la Gran Vía, dado que ha de admitirse que resulta absurdo condicionar la actuación en un espacio público cuando en los propios edificios catalogados en función de los diferentes niveles de protección, con arreglo

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

al Art. 42 de la Ley, se admiten actuaciones de rehabilitación (en los inmuebles con protección integral) que se amplían a las de reestructuración y reconstrucción (para los que cuenten con protección estructural) e incluso las de ampliación (cuando el nivel de protección baja a la protección ambiental). Insistimos el examen de la actuación debió hacerse en función de los edificios catalogados en lugar de atender las condiciones de la Gran Vía y su boulevard que no goza de protección, pese a su interés. (...)

En el presente caso no se discute que el proyecto afecta a un espacio público que está situado a menos de 20 metros de varios edificios catalogados, por lo que cabe defender que habría de entrar en juego la protección subsidiaria para los edificios catalogados, que es lo que mantiene la Xunta de Galicia, y, en este caso, habríamos de estar a la consecuencia de lo que establece el Art. 38.3 letra c) de la Ley, lo que determinaría la legitimación de la Xunta de Galicia para la intervención realizada. Pero esta conclusión obvia un apartado anterior del propio artículo 38 dedicado a la protección subsidiaria que también tiene su trascendencia en lo que tratamos, es el párrafo segundo del número 1 (...). Por lo que hemos de concluir que son los catálogos de los instrumentos de planeamiento los que han de determinar los entornos de protección de los bienes y hacerlo solo “en su caso” es decir cuando resulte necesario o se crea conveniente. Pues bien, admitido por la Xunta que los bienes están catalogados por un PEEC de 1.990 y al PGOM de 2008 (...), que acceden al catálogo como consecuencia de la Disposición Adicional Segunda de la Ley, no resulta coherente que se prescinda luego de que el Plan Especial en su día no les hubiera delimitado entorno de protección alguno de forma que su protección (integral, estructural o ambiental) se limita al propio inmueble, para hacer entrar en juego la protección subsidiaria y de este modo condicionar la actuación que resulta del proyecto, cuando con arreglo a lo que dispone el Art. 35 de la misma Ley es a los entes locales a través de los catálogos de los instrumentos de planeamiento a los que corresponde incluir los bienes de su patrimonio cultural y delimitar su entorno de protección, sin perjuicio de que la Consellería pueda elaborar directrices y recomendaciones.

(...) Por ello hemos de concluir que en una Ley tan plagada de conceptos jurídicos indeterminados que exigen que lo precisen expertos resulta necesario que la actuación de las potestades de intervención vengan justificadas concretamente por la finalidad que persigue la protección que, conviene repetirlo, es no alterar su percepción y comprensión y no afectar su integridad, apreciación y estudio (Art. 12), para lo que resultaba imprescindible que la denegación viniera determinada por los criterios marcados desde los bienes catalogados en lugar de cómo se hizo, que la denegación se realizó desde el examen del proyecto de actuación cuya autorización se deniega, prescindiendo de su concreta afectación a los inmuebles catalogados.

Por ello, en atención a lo hasta aquí argumentado, se impone la estimación de este motivo del recurso lo que determina, con arreglo al Art. 48 de la Ley 39/2015 que la resolución recurrida haya de ser anulada por no precisar la concreta actuación

proyectada la autorización de Patrimonio por falta de acreditación por la Xunta de la afectación de bienes catalogados en su integridad, percepción, comprensión y estudio».

1.3 Pruebas de acceso a la condición de funcionario de carrera en la Administración local. Debe primar el sistema de “oposición libre” sobre el de “concurso-oposición”. Impugnabilidad indirecta de las bases del procedimiento selectivo

La Sentencia del TSJG de 3 de marzo de 2021 (rec. 183/2020, ponente: López González) anula el nombramiento de la candidata finalmente seleccionada en el “concurso-oposición” convocado por un ayuntamiento para cubrir en propiedad una plaza de auxiliar administrativo (funcionario de carrera, C2), al considerar que tenía que haberse tramitado por el sistema de “oposición libre”. Se motiva en el informe desfavorable del secretario municipal y en que: *«El Ayuntamiento demandado no ha justificado, pese al anterior dictamen, su inclinación por el sistema del concurso oposición».*

Lo interesante de la sentencia es, en primer lugar, que considera prevalente la antigua normativa estatal sobre Administración local (RD 896/1991, de 7 de junio y RDLeg. 781/1986, de 18 de abril), que primaba el sistema de “oposición libre” sobre la más reciente legislación autonómica de empleo público, que lo equipara con el sistema del “concurso oposición” (artículos 4.1.b), 56.1 y 57.1 Ley 2/2015, de 29 de abril, de empleo público de Galicia). En segundo lugar, en esta sentencia se permite que el candidato que aceptó desde un inicio el sistema de concurso-oposición y las bases de la convocatoria, al final del procedimiento, ante el resultado desfavorable a sus intereses, las pueda impugnar indirectamente por este único motivo formal, sin necesidad de acreditar desviación de poder.

1.4 Cese de personal funcionario interino tras largo período de servicio en la Administración local. Improcedencia de aplicarle la figura laboral del “indefinido no fijo”. No cabe indemnización

En la Sentencia del TSJG de 11 de noviembre de 2020 (rec. 293/2020, ponente: López González), se valida el cese de una funcionaria interina tras diez años de servicio en una diputación provincial, con los siguientes argumentos:

«(...) Es evidente que la crisis económica entonces padecida hizo imposible, por limitaciones presupuestarias, la convocatoria de la plaza durante el período comprendido entre los años 2011 y 2016. Cuando se pudo celebrar dicho proceso para la cobertura de la plaza, en el año 2018, la actora tomó parte en el mismo, pero quedó eliminada al no superar la prueba en el segundo ejercicio (...). En el recurso de apelación comienza la demandante refiriéndose a los sucesivos contratos y nombramientos de carácter temporal que la vincularon a la Diputación de Pontevedra, alegando que la actora prestó servicios de forma continuada e ininterrumpida

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

entre el 11 de mayo de 2009 y el 31 de enero de 2019. Resulta paradójico que la demandante se queje de la provisión interina años después de haber sido nombrada, y tras verse beneficiada por la misma, pues tal circunstancia fue la que le permitió proseguir desempeñando las funciones durante varios años. Por lo demás, en contra de lo que afirma la apelante, la tardía ejecución de la oferta de empleo público no es indicio del carácter fraudulento del nombramiento temporal, desde el momento en que termina por beneficiar a quien con carácter interino ocupa el puesto. Además, ha de negarse que el mero transcurso de un periodo de tiempo superior a dos años convierta en indefinida no fija la relación de quien ocupa el puesto, pues la conversión en indefinido no fijo sólo podría venir derivada, en todo caso, de la apreciación de la existencia de fraude o abuso en la contratación, circunstancias que aquí no aparecen constatadas; no existen, pues, elementos que puedan llevarnos a afirmar que se ha desnaturalizado la causa de temporalidad del nombramiento, ya que, como hemos visto anteriormente, en las actuaciones figura suficientemente acreditada la necesidad y urgencia de la convocatoria y posterior cobertura interina del puesto. (...)

Si atendemos a los asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18, procedentes de un Juzgado de lo Social madrileño, conviene advertir que finalmente esa cuestión prejudicial concluyó por la sentencia de 19 de marzo de 2020 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la que se declaró que incumbe a los órganos jurisdiccionales nacionales apreciar si ciertas medidas, como la organización de procesos selectivos destinados a proveer definitivamente las plazas ocupadas con carácter provisional por empleados públicos nombrados en el marco de relaciones de servicio de duración determinada, la transformación de dichos empleados públicos en “indefinidos no fijos” y la concesión a estos empleados públicos de una indemnización equivalente a la abonada en caso de despido improcedente, constituyen medidas adecuadas para prevenir y, en su caso, sancionar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada o medidas legales equivalentes. En esa misma STJUE de 19 de marzo de 2020 nuevamente se apodera a los Jueces nacionales para apreciar si existe utilización abusiva de la contratación o nombramientos temporales, y ya hemos visto que en el caso presente no cabe apreciarla, pues se acudió al nombramiento de interinidad por vacante para la cobertura temporal de la plaza mientras que no se articulaba el proceso selectivo para su cobertura definitiva. Por tanto, no es que la actora haya cubierto una necesidad permanente, sino que cubrió transitoriamente una plaza vacante mientras no se procedía a su cobertura definitiva con personal fijo. Y es por ello que no existe ni fraude ni abuso en dicho nombramiento, siendo conforme a Derecho la resolución que ha decidido el cese precisamente cuando, tras la superación de la correspondiente oposición, fue cubierta la plaza con funcionario de carrera.

Por lo demás, si se siguiese la tesis de la recurrente, en todos los casos de nombramiento interino a plaza vacante habría abuso en el nombramiento porque el puesto a ocupar es estructural. Sin embargo, el llamado a ocupar el puesto sabe

desde el principio que el nombramiento es temporal, y que ha de cesar cuando se produce la cobertura reglamentaria de la plaza. (...) la mera extensión temporal no permite, sin más, calificar de fraudulento el nombramiento de la recurrente ni tampoco atribuirle u otorgarle a esta la condición de personal indefinido ni tampoco otorgarle el derecho a una indemnización. El hecho de que la Administración tardase en cubrir esa plaza con funcionario de carrera mediante la convocatoria de la correspondiente oferta de empleo público de 2017 (se incluyó la provisión definitiva de la plaza que ocupaba interinamente), no solo no le ha perjudicado, sino que, al contrario, le ha beneficiado.

En la actuación de la Administración no concurre ninguna de las circunstancias que permitirían calificar su actuación de “fraudulenta”. No se ha acreditado tampoco por la parte apelante que se hubiesen incumplido respecto a la recurrente las obligaciones establecidas en el ordenamiento jurídico relativas a otorgar a los funcionarios interinos las mismas condiciones que a los funcionarios de carrera. En el nombramiento de la recurrente, aceptado por la misma, se constata que se trata de un nombramiento de interinidad, con base en causa legal como ya hemos dicho, conociendo la recurrente desde el principio que debería cesar en el mismo cuando la plaza fuese sacada a concurso y se cubriese por un funcionario de carrera a través del sistema de oposición legalmente establecido. (...)

La apelante alega asimismo que, dada la existencia de una situación de fraude y abuso, la actora debería ser indemnizada, por daños y perjuicios, con el abono de una cantidad a tanto alzado lo suficientemente efectiva y disuasoria. Desde el momento en que no se aprecia ni el abuso ni el fraude, también ha de decaer esta petición. Pero es que, además, la reciente jurisprudencia comunitaria ha variado su criterio anterior y cierra también esa posibilidad o la deja en manos del Juez nacional en la reciente sentencia de 19 de marzo de 2020, antes citada. En efecto, la doctrina proclamada en la sentencia de 14 de septiembre de 2016 (caso de Diego Porras), en la que se reconocía aquella indemnización, ha sido posteriormente modificada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sus sentencias de 5 de junio de 2018 (asunto Lucía Montero Mateos), 21 de noviembre de 2018 (Asunto C-619/17, de Diego Porras), y la más reciente de 22 de enero de 2020 (asunto C177/18, caso Almudena Baldonado Martín). Incluso la segunda de ellas (la de 21 de noviembre de 2018) varía de criterio en el mismo caso de Diego Porras, en cuestión prejudicial planteada posteriormente a la primeramente decidida. (...) Con apoyo en esa sentencia comunitaria de 22 de enero de 2020, la reciente sentencia de 28 de mayo de 2020 de la Sala 3ª del Tribunal Supremo (recurso de casación 5801/2017) sigue ese mismo criterio denegatorio de la indemnización. En dicha STS se argumenta: “Por todo ello la respuesta que daremos a la cuestión de interés casacional objetivo admitida es que el cese de un funcionario interino, con una única relación de servicios, no determina derecho a indemnización de 20 días de año de trabajo desempeñado previsto en la legislación laboral y no en la legislación funcionarial”. En el caso presente, dada la desvinculación entre los nombramientos anteriores y el que comenzó el 17 de diciembre de 2010, no cabe

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

apreciar el encadenamiento que sería preciso para la aplicación de la doctrina emanada de la sentencia comunitaria de 14 de septiembre de 2016, dictada en el asunto C-596/14, pues realmente el único computable es el que derivó de la resolución, por la que se le nombró a la actora funcionaria interina. Ello es congruente con lo establecido en el artículo 24.3 de la Ley 2/2015, de 29 de abril, del empleo público de Galicia, según el cual “El cese del personal funcionario interino no da lugar a indemnización”».

1.5 Ordenanzas fiscales municipales. Tasa de recogida de residuos sólidos urbanos. Insuficiencia de la memoria económica. Limitaciones de impugnación indirecta

La Sentencia del TS de 20 de mayo de 2021 (rec. 6212/2019, ponente: Navarro Sanchís) estima la casación y desestima la cuestión de legalidad planteada por un particular frente a una ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Tui, fijando la siguiente doctrina jurisprudencial:

«1) En la impugnación indirecta de una disposición general, prevista en el art. 26 LJCA –como en este caso la ordenanza fiscal reguladora de la tasa de basuras–, en principio, cabría alegar la omisión o la insuficiencia de los informes técnico-económicos, en la medida en que fueran determinantes de la configuración, coste global y reparto del importe de las tasas, de acuerdo con la reciente jurisprudencia de este Tribunal Supremo al respecto.

2) No obstante, en el ámbito de la impugnación indirecta de una disposición general que se limita a una mera actualización del importe de las cuotas tributarias, sin innovar la norma en las restantes determinaciones fiscales, la impugnación indirecta únicamente puede referirse a ese estricto punto en que la ordenanza modifica la preexistente.

3) Esta imposibilidad jurídica se extiende, por ende, a la cuestión de ilegalidad derivada de la anulación del acto de aplicación mediante sentencia firme, fundada en la invalidez de un precepto reglamentario, en los términos del artículo 27.1 LJCA. Esto es, no cabe anular erga omnes los preceptos de una ordenanza por razón de la inexistencia o insuficiencia de la memoria a que se refiere el art. 25 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, cuando tal denuncia viene referida, no a la actualización de la cuantía de la tasa, como contenido propio de la ordenanza cuestionada, sino a los elementos normativos integrantes de ésta, objeto de aprobación en versiones anteriores de la ordenanza».

2 Crisis sanitaria del coronavirus (COVID-19)

2.1 Ratificación judicial de medidas sanitarias restrictivas de derechos fundamentales

El auto del TSJG de 25 de mayo de 2021 (rec. 7246/2021, ponente: Villares Naveira) ratifica la prórroga por la Consellería de Sanidad de la Xunta de Galicia de determinadas limitaciones de circulación interterritorial, permanencia en espacios públicos y/o privados y movilidad nocturna (DOG 94 bis, de 21/05/2021), aplicando por primera vez los nuevos criterios establecidos al efecto por el TS en su Sentencia de 24 de mayo de 2021 (rec. 3375/2021, ponente: Lucas Murillo). Afirma el Tribunal gallego en este auto que:

«(...) É posición pacífica desta Sala a tese de que a Comunidade Autónoma de Galicia posúe habilitación normativa suficiente para adoptar medidas que, en desenvolvemento das súas competencias estatutarias, impliquen unha regulación do exercicio dos dereitos fundamentais, cando estes se proxectan sobre esas materias, no caso que nos ocupa, sobre sanidade e saúde pública. (...) o artigo 33.2 da Lei de saúde de Galicia, na redacción dada pola Lei 8/2021, do 25 de febreiro, establece que “Corresponderá ás persoas titulares dos órganos citados no ámbito das súas respectivas competencias, establecer as intervencións públicas necesarias para garantir os dereitos e deberes sanitarios da cidadanía, entre eles os previstos nos artigos 34.12 e 38”. No primeiro destes preceptos indícase que as intervencións públicas que poderán exercer as autoridades sanitarias competentes sobre as actividades públicas e privadas que, directa ou indirectamente, poidan ter consecuencias para a saúde son: “12. Adoptar as medidas preventivas que se consideren pertinentes no caso de que exista ou se sospeite razoablemente a existencia dun risco inminente e extraordinario para a saúde. Para tal efecto, a autoridade sanitaria competente poderá proceder á incautación ou inmovilización de produtos, á suspensión do exercicio de actividades, ao peche de empresas ou das súas instalacións, á intervención de medios materiais e persoais e a cantas outras medidas se consideren sanitariamente xustificadas. A duración das medidas a que se refire este punto fixarase para cada caso, sen prexuízo das prórrogas sucesivas acordadas por resolucións motivadas, e non excederá o que exixa a situación de risco extraordinario que as xustificou. Poderá, así mesmo, adoptar medidas preventivas en materia de saúde pública nos termos previstos no artigo 38” (Esta última remisión debe entenderse feita unicamente ao apartado 1, posto que o 2 está suspendido de vixencia pola PTC de 22 de abril de 2021, que admite a trámite o Recurso de inconstitucionalidade n. 1975-2021). (...)

Sintetiza a antedita STS n. 719/2021, no FX 4.D in fine cal debe ser o ámbito de control xudicial sobre o que se estenda a actividade da Sala no exame requirido ao abeiro do art. 122 quáter LXCA, a saber, que a autoridade sanitaria:

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

“(iii) identificou con suficiente claridade o perigo grave para a saúde pública derivado dunha enfermidade transmisíbel que é preciso conxurar para preservar o dereito á saúde e á vida con indicación dos feitos que así o acreditan; (iv) estableceu debidamente a extensión dese risco desde o punto de vista subxectivo, espacial e temporal; e (v) xustificou que non dispón doutros medios menos agresivos para afrontalo e que os propostos son idóneos e proporcionados.

E, sobre eses presupostos, (vi) a Sala correspondente deberá concluír se dita xustificación é suficiente e se a limitación pretendida é efectivamente idónea, necesaria e proporcionada”. (...)

A STS N. 719/2021 resolve unha das múltiples cuestións que foi obxecto de controversia nos últimos tempos, como é a relativa á vixencia das medidas no período de tempo que media entre a publicación da Orde e a decisión xudicial. Dito noutros termos, cal é o momento no que se reputa que a medida publicada é eficaz, isto é, que despreza todos os seus efectos.

A este respecto, o FX 4º A), rubricado “A virtualidade das medidas sometidas a ratificación xudicial” efectúa as seguintes consideracións:

“Unha das primeiras dúbidas que xurdiron e que se manifestou no presente proceso é a de se as medidas dispostas polas autoridades sanitarias competentes e sometidas, conforme aos indicados preceptos da Lei da Xurisdición, a ratificación xudicial, poden ser aplicadas ou non pola Administración antes de que a Sala do contencioso administrativo pronúnciese. Xa temos visto que o auto da Sala de Santa Cruz de Tenerife do 10 de maio de 2021 manifestouse en sentido negativo e agora hemos de confirmar o seu criterio. Segundo explicamos nos autos do 20 de maio de 2021 (recursos de casación n. 3417, 3425 e 3473/2021), os artigos 10.8 e 11.1.i) da Lei da Xurisdición esixen que a medida sanitaria –disposición xeral ou acto administrativo xeneral, segundo os casos– obteña un visto e prace ou aprobación previa por parte da Sala do contencioso-administrativo correspondente. Iso significa que a medida sanitaria adoptada pola Administración autonómica ou estatal non pode desprezar eficacia antes de que fose ratificada xudicialmente. Noutras palabras, a ratificación prevista nesos preceptos “non é unha especie de convalidación ou confirmación por parte do órgano xudicial dun acto da Administración que xa reúne todas as condicións legalmente requiridas para ser eficaz: non é un acto provisional ou claudicante que poida ser aplicado no lapso temporal que media entre a súa adopción pola Administración e a resolución xudicial que se pronuncia sobre a súa ratificación”.

Confirman esta conclusión, tal como dixemos nesos autos, non só a literalidade dos preceptos senón tamén a consideración de que non tería ningún sentido un procedemento como o agora regulado polos artigos 10.8 e 11.1.i) se se pretendese con el un control sucesivo de actuacións da Administración xa perfectas e plenamente eficaces. Non o tería porque para lograr ese obxectivo, xa existían as vías adecuadas na Lei da Xurisdición. Ademais, sendo a propia Administración promotora da medida sanitaria a que debe solicitar a ratificación, non cabe entender

que acode ao órgano xudicial para impugnar un acto, senón que o fai para dotarlle dunha eficacia que por si soa non pode darlle e que é especialmente necesaria para actuacións restritivas de dereitos fundamentais.

As consecuencias derivadas do anterior son, principalmente, dúas.

A primeira é que, como xa se apuntou, as medidas sanitarias aínda non ratificadas xudicialmente non despregan efectos, nin son aplicables. A segunda é que, se a ratificación xudicial é denegada, non é preciso que a Administración acorde “deixar sen efecto” a Orde ou acordo sometidos a ela xa que nunca foron legalmente eficaces, sen prexuízo de que poida –ou, mesmo, deba– dar publicidade á devandita denegación, especialmente se previamente as medidas rexeitadas houberen tido algunha clase de publicidade oficial.

En definitiva, como acertadamente sinala o auto da Sala de Santa Cruz de Tenerife do 10 de maio de 2021, a ratificación é condición de eficacia das medidas sometidas a ela.

Esta declaración do Tribunal Supremo á hora de interpretar o art. 10.8. LXCA terá para o futuro influencia na desexable sincronía que deberá producirse entre a publicación da norma e o seu sometemento a ratificación xudicial, para evitar lapsos de tempo carentes de eficacia das medidas que se pretendan implementar e durante os cales perdesen hipoteticamente vixencia as anteriores medidas, se é que se agarda á caducidade para a súa novación ou renovación.

Deixa o Alto Tribunal sen resolver de forma explícita no seu esquema interpretativo do art. 10.8. LXCA a diferenza legal que para os efectos deste procedemento deba atribuírse a dous conceptos que habitualmente non son idénticos xuridicamente e para os que o lexislador preveu unha conxunción disxuntiva: “autorización ou ratificación”. Esta palabra, ou, segundo a primeira acepción do Dicionario da RAG, “Con valor disxuntivo expresa unha alternativa”. Pola contra na cuarta acepción “Indica que as formas que une designan a mesma cousa”. Así, se entendemos que a resolución obvia o carácter alternativo da resolución, debemos concluír que quixo equiparar ambos termos (cuarta acepción), baleirando de contido calquera matiz semántico que entre eles puidese existir. Parece afondar esta tese o argumento invocado asumido na sentenza de que “non é unha especie de convalidación ou confirmación por parte do órgano xudicial dun acto da Administración que xa reúne todas as condicións legalmente requiridas para ser eficaz”. En consecuencia, calquera que fose o valor que se lle quixese dar ás expresións empregadas por referencia á posición da intervención xudicial, materialmente resólvese que é condición sine qua non de eficacia.

Así as cousas, a Orde de 21/5/2021 será eficaz dende o momento da notificación da presente resolución á Xunta de Galicia (...).».

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

2.2 Instrucción del Servicio Gallego de Salud sobre reprogramación funcional preventiva de la actividad asistencial por la pandemia de coronavirus

Un sindicato de médicos impugnó la Instrucción 14/2020, de mayo de 2020, del gerente del Servicio Gallego de Salud, sobre reprogramación funcional preventiva de la actividad asistencial por la pandemia de coronavirus. El TSJG desestima el recurso en su Sentencia de 18 de marzo de 2021 (rec. 7239/2020, ponente: Fernández López). En ella se analiza en primer lugar la naturaleza jurídica de la instrucción impugnada, así como su objeto y fines:

«(...) de la lectura de la Instrucción 14/2020 se advierte que era una verdadera orden de servicio que dirigía el superior a los inferiores, pero también tenía naturaleza de disposición general, al imponer mandatos a sus destinatarios, que, al no tratarse de los usuarios de los servicios sanitarios, sino de los gerentes territoriales, no precisaba de su publicación en el Diario Oficial de Galicia (precepto antes citado); así parece admitirlo el letrado de la organización sindical demandante cuando refiere que la reorganización que allí se impuso afectaba a todo el ámbito autonómico y, en particular, a los 6.958 facultativos dependientes del Servicio Galego de Saúde (...). Aunque la instrucción impugnada se dictó en el marco de la actual situación de crisis sanitaria, como indicó en su preámbulo, en ningún momento llegó a citar el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, por lo que no tenía un marco temporal sujeto a tal estado excepcional, sino que los mandatos que imponía estaban dirigidos a preservar la salud pública en esa concreta y excepcional situación, mediante dos tipos de actuaciones o medidas que tendrían que adoptar, en el ámbito de sus atribuciones, los gerentes territoriales para conseguir el distanciamiento social o físico en los centros de trabajo a fin de evitar riesgos de contagio y preservar la salud pública; tales medidas eran, por un lado, el fomento de la atención no presencial y, por otro, el impulso de la actividad ordinaria en horario de tarde».

En segundo lugar, concluye que la instrucción fue dictada por órgano competente, toda vez que:

«no tenía como propósito reorganizar de forma total y radical el servicio de facultativos del organismo sanitario, ya que no implantó una nueva estructura o método de trabajo consolidado, estable y permanente, esto es, un auténtico plan de ordenación de recursos humanos, sino que se limitó a recoger dos medidas puntuales y temporales que podrían incidir en la reprogramación o distribución de la jornada de algunos profesionales, siempre con respeto de la normativa superior y aceptando como criterio preferente la libre voluntad de estos de participar en esas medidas, por lo que tal instrucción se dictó por el órgano competente».

Y finalmente rechaza los argumentos impugnatorios de fondo al considerar que:

«(...) se estaba en presencia de lo dispuesto en el artículo 29.3 LGS, acerca de la posibilidad de establecer regímenes temporales y excepcionales de funcionamiento de los establecimientos sanitarios en el caso de que lo requiera la defensa de la salud, que fue lo que hizo la instrucción al acordar la mera reprogramación funcional para conseguir reducir progresivamente la concentración de profesionales y usuarios en los espacios comunes de los centros sanitarios. (...) no alteró ni la duración, ni la titularidad de las jornadas ordinarias de trabajo de sus estatutarios, sino que contempló dos medidas para evitar la concentración de estos profesionales con los usuarios, bien fomentando el teletrabajo o la atención no presencial, o bien reprogramando la actividad para favorecer (no imponer) que fuera vespertina, siempre con la anuencia de los interesados y con respeto de las normas básicas de aplicación. (...) ni la instrucción impugnada impuso una ampliación forzosa de la jornada de los facultativos, ni les obligó a que la pasaran a la tarde sin su voluntad».

2.3 Medidas de prevención necesarias para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19, una vez superada la fase III del Plan para la transición hacia una nueva normalidad

La Sentencia del TSJG de 26 de febrero de 2021 (rec. 7276/2020, ponente: Paz Eiroa) desestima el recurso interpuesto frente a un acuerdo del Consello de la Xunta en el que se establecieron determinadas medidas preventivas, restrictivas de derechos, tras la finalización del primer estado de alarma (mascarilla obligatoria, distancias de seguridad, etc.). El alto tribunal gallego ahonda en la justificación y proporcionalidad de estas medidas (principalmente la de la mascarilla), reproduciendo la motivación de su auto de 31 de agosto de 2020 (desestimatorio de la solicitud de medidas cautelares) y de la Sentencia del TS de 20 de noviembre de 2020 (rec. 140/2020). Incide así en que:

«La intervención estatal en la libertad individual en el ámbito de la integridad personal física y moral mediante el uso de la mascarilla resulta proporcionada a los fines buscados: la protección de la salud de los ciudadanos considerados en su globalidad, así como una protección terapéutica no especialmente invasiva. Debe prevalecer el objetivo constitucional de protección de la salud de todos, art. 43 CE que comprende la integridad física y moral. Se reputa legítima la disposición ordenando el uso de mascarilla en razón de que, en el actual estado de conocimiento de propagación del virus COVID-19, es necesaria y proporcionada para alcanzar el fin de interés general de protección de la salud, al constituir una medida que puede contener la progresión de la pandemia. El derecho a la propia imagen, como cualquier otro derecho, no es un derecho absoluto y por ello su contenido se encuentra delimitado por el de otros derechos y bienes constitucionales. Aquí no consta que la imagen del recurrente hubiere sido captada o difundida sin mascarilla sin su autorización. (...)

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

La Administración demandada acompañó a su contestación, entre otros documentos, Recomendaciones sobre el uso de mascarillas en la comunidad en el contexto del COVID-19 de 10 de junio de 2020, webs de infectados, de porcentajes de infecciones por fechas y de activos/curados/fallecidos. El Acuerdo de 17 de julio de 2020 impugnado en este procedimiento ha sido el resultado del seguimiento y evaluación continua al que debían de quedar sometidas las medidas acordadas en el Acuerdo del Consello de la Xunta de Galicia, de 12 de junio de 2020, con el fin de garantizar su adecuación a la evolución de la situación epidemiológica y sanitaria. No se puede olvidar que esta medida, junto con las demás que se incluyen en el acuerdo impugnado, han sido adoptadas en un contexto de emergencia de salud pública generada por la expansión del coronavirus COVID-19 a nivel de pandemia internacional, y en donde el uso de la mascarilla forma parte de un conjunto integral de medidas de prevención y control que pueden limitar la propagación de determinadas enfermedades respiratorias causadas por virus, en particular la COVID-19. Tal como se dice en su exposición de motivos del Acuerdo objeto de recurso, el uso generalizado de la mascarilla está demostrándose como una de las medidas más eficaces para prevenir la transmisión de la enfermedad, por lo que resulta necesario reforzar su utilización, ampliando los supuestos en que su uso resulta obligatorio, con el fin de evitar, especialmente, que las personas asintomáticas que no conocen su condición de portadoras de la infección procedan a su transmisión. Sirve también, como se dice en las Recomendaciones sobre el uso de mascarilla en el contexto de la COVID-19 de la OMS (Orientaciones provisionales 5 de junio de 2020) para proteger a las personas sanas (cuando estas las emplean al entrar en contacto con una persona infectada) o para el control de fuentes (si una persona infectada la utiliza para no contagiar a otros). Más recientemente, en las Consideraciones para la cuarentena de los contactos de casos de COVID-19 Orientaciones provisionales 19 de agosto de 2020, bajo el apartado de “Medidas de prevención y control de infecciones”, se dice que “Para prevenir eficazmente la transmisión de la COVID-19 en las zonas con transmisión comunitaria, los gobiernos deberían alentar a la población general a utilizar mascarillas en situaciones y contextos específicos, como en el transporte público, en las tiendas o en otros entornos cerrados o concurridos, como parte de un enfoque integral para suprimir la transmisión del SARS-CoV-2”. En este ámbito de prevención sanitaria no puede extrañar la adopción de medidas que hagan obligatorio el uso de mascarilla en espacios públicos, como son los accesos, desplazamientos y paseos en las playas y piscinas, y en los establecimientos de hostelería y restauración, aunque se pueda garantizar la distancia de seguridad interpersonal de 1,5 metros.

El demandante acompañó a su demanda, y propuso como prueba solo (además del expediente) las Recomendaciones de la OMS sobre el uso de mascarillas en el contexto de la COVID de fecha 5 de junio, las Recomendaciones sobre lo mismo del Ministerio de Sanidad de 10 de junio de 2020 y un documento del Ministerio de

Sanidad de 23 de junio de 2020 sobre el uso correcto de las mascarillas. Ninguno de los documentos contradice la decisión de la Administración de uso de mascarilla, aunque se pueda garantizar el mantenimiento de la distancia de seguridad interpersonal tomada a la vista del seguimiento y evolución de la situación. Ninguno de los documentos rebate la medida en cuestión.

Finalmente, respecto al alegado “casi imposible cumplimiento de las normas”, el auto denegatorio de las medidas cautelares ya dice que “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”.

En cualquier caso, “los hipotéticos riesgos siempre serán menores que el beneficio de la prevención obtenida” –STS 20-11-2020–».

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

3 Extranjería

3.1 Inmigrante en situación irregular. La sanción de expulsión del territorio español requiere acreditar circunstancias agravantes. Efecto directo vertical inverso de la Directiva 2008/115/CE de retorno

El TSJG, en su Sentencia de 24 de marzo de 2021 (rec. 377/2020, ponente: Seoane Pesqueira), recupera el criterio tradicional de interpretación del régimen sancionador de nuestra legislación de extranjería anterior a la equívoca Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 23 de abril de 2015 (C-38/14 Zaizoune), atendiendo a las novedades de la posterior Sentencia del TJUE de 8 de octubre de 2020 (C-568/19) y de la del TS de 17 de marzo de 2021 (rec. 2870/2020). Concluye así que no se puede sancionar con la expulsión a un inmigrante en situación irregular si no concurren circunstancias agravantes:

«(...) Puede concluirse, pues, que si España tiene una normativa de extranjería más favorable (artículo 4.3 de la Directiva: “La presente Directiva se entenderá sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a adoptar o mantener disposiciones que sean más favorables para las personas a quienes se aplica, a condición de que tales disposiciones sean compatibles con la presente Directiva”), que conduce a

anular la expulsión si no concurren agravantes bajo criterios de proporcionalidad, y reserva la expulsión para la presencia de datos negativos o circunstancias agravantes, nuestro país ha de seguir esa pauta.

Recientemente se ha pronunciado el Tribunal Supremo sobre la incidencia de dicha sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la normativa española, llevando a cabo una interpretación conforme con la normativa comunitaria, y en la sentencia de 17 de marzo de 2021 (recurso de casación 2870/2020), en coincidencia con lo razonado hasta aquí, ha llegado a la conclusión de que puede acudir a las circunstancias agravantes que había enunciado la jurisprudencia precedente del propio Tribunal Supremo para verificar si, por concurrir alguna de ellas junto a la permanencia irregular, procede la expulsión, añadiendo que lo que no cabe es acudir a la sanción de multa alternativa si se anula expulsión, porque ello es incompatible con la Directiva comunitaria. (...)

No está de más añadir, con la finalidad de establecer criterios orientativos de las circunstancias que pueden servir para motivar una orden de expulsión que la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, de la Dirección General de la Policía, del Ministerio del Interior, ha dictado la Instrucción 11/2020, de 23 de octubre de 2020, precisamente para la aplicación de las mencionadas sentencias del TJUE 2015/260 y 2020/807. En la misma, se consideran como circunstancias “que puedan motivar dicha” propuesta de expulsión, al amparo de lo establecido en el artículo 57.1º.a) de la LOEX, las siguientes, a título meramente ejemplificativos: “Haber sido detenido el extranjero en el marco de la comisión de un delito o que al mismo le consten antecedentes penales. Que el extranjero invoque una falsa nacionalidad. La existencia de una prohibición de entrada anterior. Carencia de domicilio y documentación. El incumplimiento de una salida obligatoria. Imposibilidad de comprobar cómo y cuándo entró en territorio español determinada por la indocumentación del extranjero, o la ausencia de sello de entrada en el documento de viaje.”

El examen del caso presente revela que en él no cabe apreciar ninguna de dichas circunstancias negativas que puedan justificar la expulsión, pues sólo concurre la permanencia irregular en España, por lo que ha de concluirse que se vulnera el principio de proporcionalidad al imponerla, debiendo anularse, pues, la sanción de expulsión impuesta.

De ese modo se permitirá que el recurrente pueda regularizar su situación mediante la solicitud de una autorización de residencia temporal con invocación del contrato de trabajo temporal que ha aportado en vía administrativa (folios 32 a 34 del expediente administrativo), llevando a la práctica su alegación de que intenta salir adelante buscando trabajo».

4 Medio ambiente y urbanismo

4.1 Planeamiento urbanístico. Anulación por omisión de evaluación ambiental estratégica. Subsanabilidad del defecto en fase de ejecución de sentencia

El TS, en su auto de 3 de junio de 2021 (rec. 4555/2020), admite un recurso de casación contra la Sentencia del TSJG de 31 de enero de 2020 (rec. 4128/2016, ponente: Parada López), con el objeto de: «*determinar si es posible subsanar, en ejecución de sentencia, la omisión del procedimiento de evaluación ambiental estratégica en un instrumento de planificación urbanística declarado nulo por dicha causa*».

La sentencia de instancia había anulado el acuerdo plenario de 2015 del Ayuntamiento de Ferrol de aprobación definitiva del plan especial de protección y rehabilitación del casco viejo por dicha deficiencia formal. No obstante, en su parte dispositiva se añadió la coletilla: «*sin perjuicio de la posibilidad de subsanación en ejecución de sentencia*», con la siguiente motivación (fundamento cuarto.2 *in fine*):

«La demanda debe de ser estimada por tanto, en este aspecto, sin embargo esta Sala no deja de considerar que dicha falta y su consecuencia, si estamos ante un simple error como afirma la demandada y se puede entrever indiciariamente a la vista de los datos ofrecidos, sería desproporcionado y excesivamente gravoso para el Concello y en su caso en su traslación al ciudadano dada la dificultad, costo y complejidad que supone la elaboración de un plan de estas características, de ahí que valoremos una posibilidad de subsanación, ante un caso excepcional como el presente, de esta falta por parte del Concello lo cual se resolverá en ejecución de sentencia con la aportación de un documento complementario del anterior sobre la falta antedicha que condiciona en la actualidad de nulidad al Plan ahora debatido y que abarque dicho documento al total del ámbito discutido y despeje las dudas existentes sobre la decisión de no de someter al procedimiento de evaluación ambiental estratégica el PEPRF en todo su ámbito».

Este recurso de casación le ofrece al TS una magnífica oportunidad para innovar su jurisprudencia tradicional sobre la naturaleza jurídica y efectos de los vicios formales de los planes urbanísticos, tal y como viene reclamando buena parte de la doctrina especializada.

4.2 Gestión urbanística. Expropiación de fincas no incorporadas a la junta de compensación. Responsabilidad subsidiaria del ayuntamiento en el abono de los justiprecios ante el impago de la beneficiaria de la expropiación

En un polígono a ejecutar por compensación se expropiaron varias fincas en beneficio de la junta de compensación. Tras la adquisición de firmeza de los justiprecios, la

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

beneficiaria no procedió a su pago total, por falta de liquidez. El TSJG, en Sentencia de 18 de marzo de 2021 (rec. 7020/2021, ponente: Fernández López), declara la responsabilidad subsidiaria del ayuntamiento, condenándolo al abono de las cantidades pendientes, con la siguiente fundamentación:

«(...) para garantizar que el expropiado va a percibir el justiprecio, la normativa y la jurisprudencia citadas ponen, al lado de la beneficiaria obligada a su pago, a la propia administración expropiante, pero no de forma solidaria, ni alternativa, sino subsidiaria, lo que se ha reconocido expresamente en supuestos como el que aquí se trae, donde las expropiaciones tienen lugar en el seno de operaciones urbanísticas (aquí por el procedimiento de compensación), en el que la entidad colaboradora no hace frente a su obligación de pago del justiprecio (SsTS de 06.07.15 y 19.02.16), responsabilidad subsidiaria que tiene su razón de ser tanto en la doctrina constitucional que preconiza que sólo puede materializarse la privación coactiva de bienes y derechos patrimoniales mediante la correspondiente indemnización que debe asegurar al expropiado el equivalente económico de su propiedad (SsTC 166/1986, 149/1991 y 37/1987), como también en atención al importante papel que tiene la administración en el procedimiento de expropiación como titular de la potestad expropiatoria, de suerte que asume una serie de obligaciones de las que no queda exenta por el hecho de que exista una beneficiaria. Así pues, la administración expropiante actúa como una suerte de avalista cuando ejerce esa potestad en favor de la beneficiaria de la expropiación (artículo 4 del REF), de modo que es lógico que se le exijan a aquélla responsabilidades cuando la beneficiaria no cumple con sus obligaciones, a fin de garantizar la legitimidad de la expropiación y el derecho constitucional que asiste al expropiado a recibir el justiprecio, máxime cuando la propia administración puede exigir la adopción de cuantas medidas considere oportunas para garantizar la correcta tramitación de todo el procedimiento expropiatorio. En este punto debe advertirse que lo relevante para que surja la responsabilidad subsidiaria no es que la beneficiaria obligada al pago del justiprecio no pueda hacerlo por resultar insolvente, sino que no lo haga, por la razón que fuere; por ello, frustrado ese pago, y una vez que los expropiados hubieran acreditado haberlo exigido a la primera obligada (la beneficiaria), tendrían abierta la acción para exigirlo a la segunda (la administración expropiante)».

4.3 Licencia de obras. Impugnación en ejercicio de la acción pública urbanística. Limitación de plazo. Principios de equidad y buena fe

La Sentencia del TSJG de 26 de febrero de 2021 (rec. 4253/2020, ponente: Martínez Quintanar) confirma la inadmisión del recurso contencioso-administrativo promovido frente a sendas licencias urbanísticas de obras y primera ocupación por haberse interpuesto extemporáneamente. Incide el tribunal en que:

«(...) el conocimiento de la existencia y contenido del acto de otorgamiento de la licencia, una vez constatado con actuaciones del aquí apelante mediante escritos que evidencian ese conocimiento, tiene consecuencias concretas en orden al inicio del plazo de dos meses para la interposición del recurso contencioso-administrativo. Y en este caso está acreditado que el recurrente tuvo conocimiento de la licencia de 10 de octubre de 2017 en el momento en que accede al expediente (a resultas de la solicitud de acceso presentada el 23 de enero de 2018, lo cual evidencia su conocimiento sobre la existencia de dicho acto). (...)

Vista la STS de 21 de enero de 2019 n. resolución 1621/2019, n. recurso 6097/2018, y las sentencias anteriores del Alto Tribunal, citadas por las partes apeladas, no se puede eludir la trascendencia que tiene la acreditación, con actos propios del recurrente, de la adquisición en un determinado momento de un efectivo conocimiento de la existencia y contenido del acto autorizador, a la hora de determinar el inicio del cómputo del plazo de impugnación de ese acto. No estamos ante el ejercicio de la acción pública como mera denuncia de la ilegalidad de las obras en la que se inste la adopción de medidas de reposición de la legalidad urbanística, sino que en este caso lo que se pretende es la anulación de dos concretos actos administrativos por los que se otorgaron determinadas licencias, estando sujeta su impugnación a un plazo preclusivo, desde el momento en que se constata el conocimiento de tal acto.

Ese plazo preclusivo no es eludible por el mero hecho de que se alegue la presentación de escritos en los que se solicita la revisión de la licencia por causa de nulidad, ya que el objeto de la presente litis no era la desestimación presunta de tales solicitudes (cuya formulación anterior, por lo demás, ya evidenciaba el conocimiento del acto autorizador contra el que se ha venido a interponer el presente recurso meses después del vencimiento del plazo, de forma extemporánea). (...) En cuanto a la alusión al artículo 154 de la Ley del Suelo de Galicia, su invocación es inane respecto al plazo de recurso contra los actos expresos de otorgamiento de las licencias por parte de quien pretenda ejercitar la acción pública, ya que dicho precepto lo que regula es la atribución de la potestad administrativa de suspensión de las licencias para su ulterior impugnación en vía jurisdiccional, y en su apartado segundo se remite a los procedimientos de revisión de oficio de la legislación básica. De dicho precepto no se desprende que el ciudadano interesado en impugnar una licencia de la que tiene conocimiento pueda prescindir del plazo legalmente establecido para la interposición de su recurso. Cuestión distinta es que, si concurre causa de nulidad de pleno derecho, pueda instar su revisión por esa causa por el cauce previsto en la legislación básica (actualmente artículo 106 de la Ley 39/2015) sin sujeción a un plazo preclusivo, en cualquier momento –siempre respetando los límites del artículo 110 de la Ley 39/2015– pero, repetimos, la desestimación presunta de una solicitud de revisión no es el objeto de este procedimiento, sino de otro recurso contencioso-administrativo, promovido por el mismo recurrente. Por lo demás, el hecho de que la Administración pueda declarar lesivo un acto en el plazo de cuatro años en nada afecta a la extemporaneidad del recurso formulado

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

por un particular en ejercicio de una acción impugnatoria: cuatro años es el plazo del que dispone la Administración para la declaración de lesividad y posteriormente proceder a la impugnación en vía contencioso-administrativa, no el plazo del que dispone el particular que ejercita la acción pública impugnando los actos de otorgamiento de dos licencias urbanísticas».

4.4 Disciplina urbanística. La APLU no puede ordenar directamente la demolición de una edificación amparada en licencia urbanística municipal en vigor. Antes debe conseguir su anulación o declaración de nulidad

La Sentencia del TSJG de 2 de noviembre de 2020 (rec. 4163/2019, ponente: Martínez Quintanar) confirma la anulación de una orden de demolición de una vivienda dictada por la Agencia de Protección de la Legalidad Urbanística de la Xunta de Galicia (APLU), al haberse erigido conforme a una licencia urbanística municipal en vigor. Afirma el tribunal lo siguiente:

«(...) la sentencia apelada concluye que “la tesis sostenida por la APLU de considerar que puede ordenar directamente la demolición de una edificación construida conforme a la licencia municipal de obras previamente otorgada (vigente y eficaz), con el subterfugio de que en su opinión adolece de un vicio de nulidad, sin impugnarla, ni revisarla de oficio, es incompatible con los principios más básicos de nuestro Derecho urbanístico y administrativo antes reseñados, generando además una grave inseguridad jurídica en el tráfico inmobiliario”. Compartimos esta conclusión de la sentencia apelada. (...)

(...) si existe licencia, la acción de la reposición de la legalidad urbanística solo puede ser ejercitada en el supuesto de que las obras no se ajusten plena y fielmente a la licencia otorgada, y no en otro caso. La contravención del ordenamiento urbanístico por obras realizadas ajustándose a la licencia otorgada no es un supuesto contemplado por el artículo 209 de la LOUGA 9/2002, que solo contempla la orden de demolición para las obras que no fuesen legalizables por ser incompatibles con el ordenamiento urbanístico, y ese juicio de legalizabilidad solo puede recaer sobre obras sin licencia, ya que si son obras ejecutadas al amparo de una licencia no cabe hablar en puridad de no legalizabilidad o legalizabilidad, ya que está otorgado el título habilitante que consideró en sentido favorable la legalizabilidad. Lo que está en cuestión cuando hay licencia es el ajuste de la obra a la licencia, y la demolición solo procederá en ese caso cuando estando ordenado ese ajuste, no se acabe produciendo.

Ello no desapodera a la APLU de su potestad de verificar que no se otorga licencia a un uso prohibido en suelo rústico. Lo que sucede es que si las obras se ajustan a la licencia y a pesar de ello la APLU considera que son incompatibles con el ordenamiento urbanístico, en tal caso la incompatibilidad con el ordenamiento urbanístico se origina en el propio acto municipal de otorgamiento indebido de la

licencia, al legitimar un uso residencial prohibido en suelo no apto para el mismo, y ello obliga inexcusablemente a que si la infracción se comete con el acto de otorgamiento de la licencia – que se concede de forma indebida – la APLU deba ejercitar sus potestades instando la revisión de la licencia, al amparo del artículo 212.2 de la LOUGA 9/2002, y los artículos 65 y 66 de la Ley de Bases de Régimen Local.

(...) si efectivamente se da por supuesta la invasión del suelo rústico, lo que procede no es la adopción de medidas de reposición de la legalidad urbanística conducentes a la demolición, sino precisamente la revisión de la licencia. Esta revisión, de conducir a la declaración de nulidad de la licencia, abocaría a la demolición de las construcciones que invadan suelo rústico, demolición cuya procedencia no se derivará de esas ligeras variaciones de lo ejecutado, sino de la invasión de suelo no urbanizable, invasión que no cabe dar por supuesta en este procedimiento, sino que debe probarse en el procedimiento conducente a revisar la licencia otorgada, porque tal invasión por las dos construcciones se originaría en el proyecto autorizado por la licencia, y no por un emplazamiento distinto de las edificaciones que se apartase del proyecto.

Este es el motivo por el cual procedía anular igualmente la orden de demolición respecto a la edificación auxiliar, ya que la contravención urbanística en que se basa dicha orden en realidad es un vicio que, de existir, afectaría a la licencia, y los cambios entre lo proyectado y lo ejecutado son irrelevantes en orden a justificar la demolición acordada, ya que serían en todo caso legalizables, sin que proceda condenar a la APLU a exigir esa legalización porque solo tiene competencia para ordenar la reposición de la legalidad si se considera probada la invasión del suelo rústico, y entonces lo que procedería no es la legalización, sino la demolición por esa invasión, pero no como medida derivada de un expediente de reposición de la legalidad, sino como efecto inherente a la declaración de nulidad de la licencia, previa tramitación del procedimiento de revisión correspondiente, ya que esa invasión derivaría de lo proyectado, y por tanto debe alegarse y probarse en el procedimiento de revisión de la licencia.

En suma, no estamos hablando de edificaciones distintas a las proyectadas, ni en emplazamiento diferente, ni de naturaleza y características que se aparten de forma relevante respecto a lo proyectado, ni la orden de demolición de las construcciones deriva de un desajuste de lo edificado respecto a lo proyectado, sino de una posible invasión parcial de suelo no urbanizable con construcciones residenciales que están efectivamente emplazadas en el lugar indicado en el proyecto autorizado por la licencia, lo que significa que la forma de remediar esa posible contravención urbanística consistente en la materialización de un uso prohibido en suelo no urbanizable de protección de espacios naturales es la revisión de la licencia que ha autorizado el proyecto que permitió esa posible invasión, al grafiar, según la tesis de la APLU, de forma incorrecta la línea separadora de las clasificaciones. Esa revisión de la licencia debe ser instada por los procedimientos administrativos y/o judiciales establecidos por nuestro ordenamiento jurídico y solo en el caso de que efectivamente se declare su nulidad o se anule podrá prescindirse de los efectos

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

autorizatorios de la licencia municipal, y sería la consecuencia indeclinable de esa declaración de nulidad –derivada de la invasión de suelo no urbanizable con un uso prohibido– precisamente la demolición de lo construido, consecuencia que no puede apreciar unilateralmente la APLU prescindiendo del procedimiento de revisión de dicho acto autorizatorio, al dimanar el vicio apreciado no de un desajuste de lo ejecutado con lo autorizado sino de un posible vicio del proyecto autorizado. Sobre este posible vicio del proyecto la sentencia apelada no se pronuncia categóricamente y tampoco lo debe hacer esta sentencia de segunda instancia, ya que no cabe prejuzgar ni anticipar el resultado de un eventual expediente de revisión de la licencia que no ha sido instado, sino simplemente constatar que ese era el procedimiento adecuado para conseguir el efecto pretendido por la APLU. Ello no supone vaciar de competencias a la Administración autonómica, sino concretar el procedimiento a través del cual deben ser ejercidas, debiendo recordarse que dentro de las funciones de la APLU se encuentra no solo la tramitación de los expedientes de reposición de la legalidad, sino también, entre otras, “el requerimiento para la anulación de licencias urbanísticas contrarias a la normativa reguladora del urbanismo, la ordenación del territorio y del litoral” (artículo 3.h) del Decreto 213/2007, de 31 de octubre, por el que se aprueban los Estatutos de la APLU) (...)».

5 Personal

5.1 Carrera profesional del personal interino

El TSJG, en su Sentencia de 17 de marzo de 2021 (rec. 193/2019, ponente: López González), anula la Orden de la Consellería de Hacienda de 28 de marzo de 2019, por la que se publica el Acuerdo entre la Xunta de Galicia y las organizaciones sindicales CC. OO. y UGT, para la implantación del régimen extraordinario de acceso al grado I del sistema de carrera profesional del personal funcionario de carrera de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia y del personal laboral fijo del V Convenio colectivo único para el personal laboral de la Xunta de Galicia, «en la medida en que excluye al personal laboral temporal y a los funcionarios interinos del régimen de carrera profesional establecido». Incide la sentencia en que:

«La Sala 3ª del Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse recientemente sobre acuerdos y resoluciones análogos al impugnado, concluyendo que la carrera profesional forma parte de las condiciones de trabajo de la cláusula 4ª del Acuerdo Marco incorporado a la Directiva 1999/70/CE, referida al principio de no discriminación, y que, en consecuencia, no procede excluir de ella al personal no permanente.

Así lo ha hecho en sus sentencias de 18 de diciembre de 2018 (recurso de casación 3723/2017), 21 de febrero de 2019 (RC 1805/2017), 25 de febrero de 2019 (RC

4336/2017) y 6 de marzo de 2019 (RC 2595/2917), versando las tres últimas sobre personal estatutario sanitario del Instituto Catalán de Salud.

Dicha jurisprudencia, a su vez, ha tomado base en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la materia, que se ha pronunciado recientemente con nitidez en relación a la carrera profesional en el Auto de 22 de marzo de 2018, dictado en el asunto C-315/1, originado por una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Contencioso administrativo n. 2 de Zaragoza, en un procedimiento referido a la exclusión de la carrera profesional horizontal de una funcionaria interina de la Universidad Pública de Zaragoza. (...)

De la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo expuesta se deduce que resulta discriminatorio, y vulnerador del artículo 14 de la Constitución española, el trato que se otorga al personal laboral temporal, al resultar excluido, de la posibilidad de acceso al grado I de la carrera profesional, pues así se deriva de la exigencia en el artículo 6 de la Orden impugnada. (...)

Resulta evidente la diferencia de trato que establece el sistema de carrera diseñado entre, por un lado, los funcionarios de carrera y el personal laboral fijo y, por otro, los funcionarios interinos y el personal laboral temporal que prestan servicios en el marco de una relación de servicio de duración determinada, ello en la medida que excluye a los segundos de la carrera profesional horizontal que reserva para los primeros.

Y no existen razones objetivas que justifiquen esa diferencia de trato, porque lo determinante de la carrera profesional es el desempeño de las funciones propias de la categoría desde la que se pretende acceder y no el carácter fijo o temporal del nombramiento mediante el cual se desarrolla la actividad profesional de que se trate, resultando indiscutible la identidad del trabajo realizado por el personal fijo y el temporal de la correspondiente categoría. En efecto, si la carrera profesional se vincula al desempeño de las funciones propias de la categoría profesional, el personal laboral temporal no puede quedar, sin más, excluido del acceso a la carrera profesional, dado que su nombramiento le permite ejercer las funciones propias de la categoría profesional a la que pertenece, en idénticos términos que el personal laboral fijo.

Hay que pensar que, de cara al régimen de carrera horizontal, según el artículo 17.b) del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, han de valorarse “la trayectoria y actuación profesional, la calidad de los trabajos realizados, los conocimientos adquiridos y el resultado de la evaluación del desempeño. Podrán incluirse asimismo otros méritos y aptitudes por razón de la especificidad de la función desarrollada y la experiencia adquirida”. Todo ello es perfectamente evaluable para el personal temporal al igual que para el fijo, por lo que si se excluye al primero cabe apreciar una discriminación injustificada.

Por otra parte, de la doctrina emanada de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo español se desprende que, en cuanto al sistema extraordinario de carrera que se regula, ha de ser unitario el régimen

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

del personal fijo (sea funcionario de carrera o personal laboral fijo) y el temporal (sea funcional o laboral), pues, al tratarse de una condición de trabajo, la regulación ha de ser pareja y homogénea, a fin de evitar el riesgo de generar un trato dispar vulnerador de la cláusula 4ª del Acuerdo Marco incorporado a la Directiva 1999/70/CE referida al principio de no discriminación, así como del artículo 14 de la Constitución española.

Cierto es que, según el artículo 82 de la Ley 2/2015, de 29 de abril, del empleo público de Galicia, “La carrera profesional y la promoción del personal laboral se harán efectivas a través de los procedimientos previstos en la legislación laboral y en los convenios colectivos”, pero ya hemos visto que, conforme a la jurisprudencia comunitaria, no cabe que ni la normativa laboral ni los convenios colectivos establezcan un régimen de carrera profesional horizontal diferente para el personal laboral fijo y temporal».

5.2 Personal sanitario temporal. Nombramiento fraudulento para plaza estructural

La Sentencia del TS de 17 de febrero de 2021 (rec. 3321/2019, ponente: Requero Ibáñez) revoca la del TSJG impugnada –que le había atribuido la condición de “personal indefinido no fijo” a un médico con vínculo temporal prolongado en el Servicio Gallego de Salud de Galicia–, concluyendo finalmente que:

«(...) en un caso como el que enjuiciamos, en que se ha producido una utilización abusiva de los nombramientos de personal estatutario eventual ex artículo 9.3 Estatuto Marco del Personal Estatutario la misma solución jurídica aplicable no es la conversión del personal estatutario temporal de carácter eventual de los servicios de salud en personal indefinido no fijo, aplicando de forma analógica la jurisprudencia del orden social, sino, más bien, la subsistencia y continuación de tal relación de empleo, con todos los derechos profesionales y económicos inherentes a ella, hasta que la Administración sanitaria cumpla en debida forma lo que ordena la norma de carácter básico establecida en el art. 9.3, último párrafo, de la Ley 55/2003, de 16 diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud. (...)».

5.3 Acceso por sindicatos a documentación e información del departamento de personal de la Administración. Protección de datos

La Sentencia del TS de 9 de febrero de 2021 (rec. 1229/2020, ponente: Teso Gamella) confirma el pronunciamiento del TSJG desfavorable a la petición formulada por varios sindicatos al Sergas de información relativa a los nombramientos estatutarios de todos los facultativos por servicio, especificando el tipo y fecha de inicio de prestación del servicio, incluyendo en ese registro tanto los nombramientos por

“acumulo de tareas” como las “sustituciones” y otras plazas “no estructurales”. Considera el alto tribunal que:

«En el caso examinado el límite al derecho fundamental de la libertad sindical, respecto del acceso a documentación e información, se produce por el reconocimiento constitucional de otro derecho fundamental, el de la protección de datos de carácter personal. (...) De modo que debemos averiguar si los preceptos invocados – artículos 40.1.a) del TR de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, y 10.3.1ª de la Ley Orgánica de Libertad Sindical–, suponen una excepción a la exigencia del consentimiento. Teniendo en cuenta que la documentación solicitada supone un volcado masivo de datos, en los términos transcritos en los fundamentos anteriores. Pues bien, ni el expresado artículo 10.3.1ª, por lo que se refiere a la equiparación, a estos efectos, de los delegados sindicales, con los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones públicas, respecto del “acceso a la misma información y documentación”, ni el citado artículo 40.1.a) que señala como función de los delegación de personal “recibir información, sobre la política de personal, así como sobre los datos referentes a la evolución de las retribuciones, evolución probable del empleo en el ámbito correspondiente y programas de mejora del rendimiento”, describen un supuesto legalmente previsto que exceptione el consentimiento de los interesados a los efectos del artículo 11.2.a) de la Ley de 1999, en un caso como el examinado en el que se solicita una cuantiosa e indiscriminada cesión de datos, sin proporcionar una mínima explicación, al tiempo de su solicitud, de la necesidad o relevancia de esos datos para el ejercicio de sus labores sindicales.

Resulta relevante, por tanto, que medie la debida relación entre los datos personales del personal estatutario que se solicitan, con la importante función sindical que se desarrolla. De modo que únicamente cuando estos datos personales son necesarios para el ejercicio de las labores sindicales, podrían considerarse exceptuados del consentimiento, pero no cuando se encuentran desvinculados o se desconozca su relación, al no haberse puesto de manifiesto su conexión con dichas funciones sindicales. (...)

En relación con al carácter no íntimo de los datos solicitados, que se invoca por la parte recurrente, conviene tener en cuenta que el derecho fundamental a la protección de datos se refiere a cualquier dato de la persona en las esferas en las que se desenvuelve. Recordemos que el ámbito de la protección de los datos tiene que ver con concepto de “privacidad”, que va más allá que la “intimidad” alegada. De modo que los datos relativos al nombre y apellidos, tipo de puesto de trabajo, o el inicio de la prestación no disociados de aquél, son datos, que, aunque no sean íntimos, están protegidos por la citada Ley Orgánica de Protección de datos de carácter personal de 1999.

Viene al caso traer a colación la definición del “dato” que establece el artículo 3.a) de la mentada Ley Orgánica de Protección de datos de carácter personal, como “cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”. A estos efectos, debemos citar la STC 292/2000, de 30 de

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

noviembre, pues aunque los datos que se solicitan son datos profesionales, lo cierto es que la protección de datos “no se reduce a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros puede afectar a sus derechos, sean fundamentales o no, porque su objeto no es solo la intimidad individual”, toda vez que tiene su amparo en el artículo 18.4 CE, y no en el artículo 18.1 CE, relativo a protección de los datos personales».

5.4 Complementos de productividad fijos y regulares. Desnaturalización. Equivalen realmente a complemento específico, por lo que deben abonarse en períodos de vacaciones y permisos

Examina el TSJG, en su Sentencia de 10 de marzo de 2021 (rec. 407/2020, ponente: Seoane Pesqueira), el peculiar régimen de los agentes facultativos medioambientales de la Xunta de Galicia, que perciben durante 4 meses del año un “complemento de productividad” lineal y fijo. Determina la procedencia de su abono durante los períodos de vacaciones, permisos retribuidos y bajas disfrutadas durante ese intervalo, como si formase parte del complemento específico. Considera el tribunal que:

«(...) En orden a determinar la auténtica naturaleza de dicha retribución hay que tener en cuenta que las cosas son lo que son, al margen de la denominación que se le otorgue, por lo que el hecho de que en el artículo 7 de la Orden de 21/3/2005 se denomine como complemento de productividad ni resuelve la controversia ni despeja las dudas. A la vista de los mencionados artículos 2 y 7 de la Orden de 21/3/2005, si la necesidad de realizar guardias de 12 horas en épocas de alto riesgo forestal se asocia prioritariamente al desempeño de la actividad propia del puesto de trabajo en esos períodos, no cabe duda de que no se trata propiamente de un complemento de productividad, que se caracteriza por su naturaleza subjetiva, sino de un complemento objetivo anudado a las características del puesto en esas épocas del año. Por ello, no puede compartirse el criterio de la Xunta de Galicia de que la retribución tiene carácter personalista y subjetivo, pues no es cierto que se abone en función de una concreta actividad extraordinaria, sino de una característica del puesto en esas determinadas épocas del año. La única peculiaridad es que esa condición del puesto no es permanente para todo el año, sino que se ciñe al período extraordinario en que se incrementa el riesgo de incendios forestales, pero ello no deja de constituir una peculiaridad del puesto que se identifica con una de las condiciones en que se desarrolla el trabajo, tal como exige el artículo 24.b) del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, para uno de los grupos de las retribuciones complementarias, en concreto las ligadas a las condiciones del puesto, y el artículo 137.2.b) de la Ley 2/2015, de 29 de abril, del empleo público de Galicia, para el complemento de puesto de trabajo.

En definitiva, en esa época del año de mayor riesgo forestal se altera una de las características del puesto desempeñado, cual es el horario y los días de prestación del servicio, pues han de realizarse guardias de 12 horas durante todo el mes en lugar de turnos de 7 horas, no se realiza trabajo nocturno y se produce una disminución de días de trabajo en festivo y fines de semana, por lo que no cabe duda de que la retribución que remunera esa diferente condición en que se desarrolla el trabajo ha de incardinarse entre las retribuciones complementarias de carácter objetivo. Coadyuva a la anterior conclusión el hecho de que no se percibe la retribución tras un análisis individualizado sobre el especial rendimiento, actividad extraordinaria, interés o iniciativa con que el funcionario desempeña el trabajo, parámetros relevantes para el complemento de productividad, según la disposición transitoria 10ª de la Ley 2/2015, de 29 de abril, del empleo público de Galicia.

Además, se trata de una retribución fija en su cuantía y periódica en su devengo, pues está predeterminada en aquel artículo 7 con los incrementos establecidos en la Ley de presupuestos para las retribuciones de los funcionarios de la Xunta de Galicia a partir del ejercicio de 2006, lo cual constituye un argumento más para deducir su carácter objetivo y descartar la naturaleza subjetiva que es propia del complemento de productividad, de modo que, aunque se le denomine así en aquel artículo 7 de la Orden de 21/3/2005, aparece claramente desnaturalizado.

Dado ese carácter objetivo de la remuneración contenida en el artículo 7 de la Orden de 21 de marzo de 2005, necesariamente ha de regir el principio de neutralidad salarial en períodos vacacionales o de disfrute de permisos, pues no puede exigirse la efectiva prestación de servicios para cobrar esos conceptos, debido a que son ordinarios, no subjetivos ni extraordinarios.

En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sus sentencias de 4 de diciembre de 2019 (recurso 101/2019) y 21 de julio de 2020 (recurso 2616/2019), al tratar de la compensación durante las vacaciones anuales de la cantidad que perciben los funcionarios policiales por prestar servicios en turnos rotatorios, descartando que se trate de una gratificación y concluyendo que estamos ante una retribución complementaria que, por tanto, debe percibirse también durante las vacaciones anuales retribuidas. La STS de 1 de octubre de 2020 incide asimismo en el carácter objetivo de la retribución, también llamada impropriamente complemento de productividad, que percibe el personal de servicio de extinción de incendios, al ser una remuneración ordinaria por los servicios que se prestan regularmente.

Respaldan la misma postura 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), que interpretan el artículo 7 de la Directiva 2003/88/CE, y entienden que dicho precepto se opone a una normativa nacional que en las vacaciones anuales solamente retribuye al trabajador con su salario base y no, también, con los complementos».

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

6 Tributos

6.1 Gestión del impuesto sobre el valor añadido. Autonomía financiera de las comunidades autónomas

El TS, en su Sentencia de 23 de abril de 2021 (rec. 231/2020, ponente: Bandrés Sánchez-Cruzat), estima en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Xunta de Galicia frente a la desestimación presunta de la reclamación que dirigió al Consejo de Ministros de adopción de las medidas necesarias para compensar a la Comunidad Autónoma de Galicia por el desfase financiero producido en la liquidación del impuesto sobre el valor añadido correspondiente al ejercicio de 2017, condenando a la Administración general del Estado a dicha compensación, *«que vendrá determinada por la diferencia entre el resultado de la liquidación practicada por el Ministerio de Hacienda y la que habría resultado de computar en dicha liquidación la recaudación del IVA correspondiente a doce mensualidades, incluyendo, por tanto, la correspondiente el mes de noviembre de 2017, a la que deberá añadirse el abono de los intereses legales»*.

En esta sentencia el alto tribunal concluye:

«(...) en los mismos términos que hemos expuesto en la sentencia de esta Sala de 19 de abril de 2021, resolviendo el recurso contencioso-administrativo 286/2020, que el desequilibrio derivado de la aplicación de la metodología instaurada por el Real Decreto 596/2016, de 2 de diciembre, determinó la vulneración del derecho a la autonomía financiera de la Comunidad Autónoma, pues es notoria la disfunción que se deriva del hecho de que las entregas a cuenta se le abonasen en doce mensualidades y, en cambio, en la liquidación definitiva se atendiese únicamente a la recaudación de IVA correspondiente a once mensualidades, derivándose de ello un resultado anómalo.

En la mecánica del sistema regulado en la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía, y en concreto, en lo que se refiere a la recaudación por IVA (artículo 13), es innegable que la liquidación final pueda variar en relación con las entregas a cuenta; pero, como señala la parte demandante, tal discordancia únicamente debe reflejar la diferencia que pueda existir entre las estimaciones que sirven de base para el cálculo de las entregas a cuenta y las cantidades que luego resultan efectivamente recaudadas. Lo que constituye una anomalía es que la diferencia aflorada en la liquidación definitiva venga dada, en todo o en parte, no porque la recaudación efectiva se aparte de las estimaciones iniciales sino porque las entregas a cuenta se calcularon y se abonaron para doce mensualidades y, en cambio, al practicar la liquidación definitiva se atendió a la recaudación de sólo once mensualidades.

De este modo, la aplicación de una norma reglamentaria –Real Decreto 596/2016, de 2 de diciembre– trajo consigo una alteración en las reglas del sistema de financiación autonómico establecido legalmente, produciendo un desequilibrio

que es necesario corregir, al haberse producido un quebranto financiero para la Comunidad Autónoma demandante y, correlativamente, un enriquecimiento indebido para la Administración del Estado.

De este resultado anómalo que venimos describiendo se mostró persuadida la Administración del Estado antes del inicio de este proceso, como pusieron de manifiesto aquellas iniciativas de arreglo extraprocesal a las que antes nos hemos referido y que a la postre resultaron fallidas. Por ello, el principio de lealtad institucional en la actuación de las administraciones públicas (artículo 3.1.e) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público) puesto en relación con el artículo 103.1 de la Constitución habría exigido que por parte de dicha Administración se diese a la reclamación de compensación una respuesta muy distinta a la desestimación presunta que constituye el objeto de este proceso. Al respecto, resulta relevante poner de manifiesto los intentos fallidos emprendidos por la Xunta de Galicia para tratar de solucionar el desequilibrio financiero (...)».

6.2 Impuesto de sucesiones y donaciones. Valoración del bien transmitido. Doctrina del “doble tiro”

En la Sentencia de 11 de marzo de 2021 (rec. 80/2019, ponente: Díaz Delgado) el TS estima el recurso interpuesto contra una tercera liquidación del impuesto de sucesiones de la Xunta de Galicia y la anula aplicando el criterio jurisprudencial del “doble tiro”. Se habían practicado anteriormente, sobre el mismo objeto y período impositivo, dos liquidaciones tributarias sucesivas que fueron anuladas por falta de motivación de la valoración de los bienes transmitidos. El TS incide en esta sentencia en que:

«(...) Es designio, pues, del legislador que lo comprobado (o inspeccionado) limitadamente, y que ha dado lugar a una liquidación provisional, no pueda ser objeto de nueva regularización, con la excepción expresada de que se obtengan nuevos hechos en actuaciones distintas de las que fueron objeto de la comprobación limitada. Este concepto, el de “actuaciones distintas”, sólo puede ser integrado atendiendo a la propia disciplina del procedimiento de comprobación limitada, en el que se trata de comprobar hechos y elementos de la obligación tributaria mediante, en lo que ahora interesa, el examen de los datos proporcionados por los obligados tributarios y de los que se encuentran en poder de la Administración. Es decir, el objeto es “los hechos, actos, elementos, actividades, explotaciones y demás circunstancias determinantes de la obligación tributaria” y el medio es el “examen de los datos” consignados por los obligados o a disposición de la Administración. Siendo así, lleva toda la razón la Sala de instancia cuando, en el segundo fundamento jurídico de su sentencia (antepenúltimo párrafo), afirma que el ámbito de la comprobación limitada se ha de predicar del “concepto impositivo” que determina la práctica de una “liquidación provisional” (...). Haría padecer la seguridad jurídica proclamada por nuestra Constitución al más alto nivel (artículo 9.3) que, realizada una comprobación limitada de un determinado

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

elemento de la obligación tributaria (v.gr.: la deducción por reinversión de beneficios extraordinarios), pese a tener a su disposición todos los datos precisos (por haberlos suministrado el obligado o por contar ya con ellos), la Administración se concentre a su albur sólo en alguno de ellos, aprobando la oportuna liquidación provisional, para más adelante regularizar y liquidar de nuevo atendiendo al mismo elemento de la obligación tributaria, pero analizando datos a los que no atendió cuando debía, pese a poder hacerlo por disponer ya de ellos. (...) haría padecer la seguridad jurídica proclamada por nuestra Constitución (artículo 9.3) que contando la Administración con toda la documentación precisa para regularizar la obligación tributaria, o pudiendo haber contado con ella de haber sido requerida, se limite a su “albur” a comprobar algún elemento de la obligación tributaria, dictando resolución expresa aprobatoria de una liquidación provisional o, en su caso, manifestando que no procede realizar regularización alguna como consecuencia de la comprobación, como ocurrió en el caso examinado, para más adelante regularizar de nuevo por el mismo concepto impositivo y periodo, solicitando documentación distinta a la que fue requerida en el primero, sin que existan nuevos hechos o datos que la Administración no pudiera haber solicitado a la contribuyente en la primera comprobación realizada».

6.3 Indebida inclusión del canon del agua en la base imponible del impuesto del valor añadido

La Sentencia del TS de 3 de marzo de 2021 (rec. 6493/2019, ponente: Córdoba Castroverde) estima el recurso interpuesto por el Ayuntamiento de Bóveda (Lugo) contra liquidaciones del impuesto de valor añadido relacionadas con el “canon del agua”, concluyendo que la interpretación de:

«los artículos 7.8º.F).b’) y 78.Dos.4º de la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido debe ser que el consumo de agua no puede equipararse a la prestación del servicio de suministro de agua, por lo que el canon del agua no se puede incluir en la base imponible del Impuesto sobre el Valor Añadido».

7 Universidades

7.1 Reconocimiento de sexenios. Silencio administrativo negativo

El TS, en su Sentencia de 7 de abril de 2021 (rec. 4086/2019, ponente: Díez-Picazo Giménez), rectifica el criterio precedente de varios TSJ (incluido el de Galicia), concluyendo que en el procedimiento administrativo de reconocimiento de sexenios al personal docente universitario la superación del plazo máximo para resolver genera un silencio negativo, desestimatorio de la solicitud del sexenio:

«(...) esta Sala estima conveniente comenzar por el sentido del silencio en el procedimiento administrativo de evaluación de la actividad investigadora, destacando que no puede por menos de estar plenamente de acuerdo con las razones aducidas por la Abogada del Estado: la disposición final 26ª de la Ley 22/2013 es una norma legal en vigor; es una norma legal que modificó el sentido del silencio en este tipo de procedimiento administrativo, estableciendo que en adelante sea negativo; y, por ello mismo, es una norma legal que recoge una regla especial. Más aún, no tendría sentido, como muy razonablemente dice la Abogada del Estado, interpretar la derogación del anterior régimen del silencio operada por la mencionada disposición final 26ª de la Ley 22/2013 de tal manera que el sentido del silencio acabara siendo el mismo que antes de dicha derogación. Ello privaría a esta norma legal de cualquier efecto útil, transformándola en un enunciado vacío de significado jurídico. Así las cosas, forzoso es concluir que el sentido del silencio en el procedimiento aquí examinado se rige por una *lex specialis*, que lo configura como negativo (...)».

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

