



Revista Galega de Administración Pública, EGAP  
Núm. 62\_julio-diciembre 2021 | pp. 469-498  
Santiago de Compostela, 2021  
<https://doi.org/10.36402/regap.v0i62.4901>  
© Francisco de Cominges Cáceres  
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371  
Recibido: 17/01/2022 | Aceptado: 17/01/2022

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

62 Regap

Xurisprudencia contencioso-  
administrativa

**Jurisprudencia contencioso-  
administrativa**

Contentious-administrative  
jurisprudence

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

FRANCISCO DE COMINGES CÁ CERES  
Magistrado (Galicia, España)

[f.cominges@poderjudicial.es](mailto:f.cominges@poderjudicial.es)

**SUMARIO:** 1 Administración local. 1.1 Los ayuntamientos pueden cobrar por vía ejecutiva (apremio) créditos de derecho público frente a la Administración del Estado. 1.2 Convocatoria urgente de un pleno extraordinario. Límites. 1.3 Bonificaciones de Sogama a las administraciones locales en el servicio de tratamiento de residuos sólidos. Requieren de la rebaja efectiva de la tasa que se les cobra a los ciudadanos. Autotutela declarativa de Sogama para exigir su reintegro. 1.4 Potestad de recuperación de oficio del dominio público municipal. No cabe frente al incumplimiento de deberes urbanísticos (cesiones para ampliación de viario). Prescripción. 2 Contratos. 2.1 Prestaciones realizadas por encargo verbal sin procedimiento de contratación. Enriquecimiento injusto. Mala fe del contratista. 2.2 Revisión del régimen económico de la concesión municipal del transporte colectivo de viajeros. 2.3 Reclamación de intereses de demora en el contrato de gestión del servicio de recogida de residuos sólidos urbanos. Peculiaridades del procedimiento extraordinario de pago a proveedores. Cómputo del plazo de prescripción en la reclamación de intereses. 3 Crisis sanitaria del coronavirus (COVID-19). 3.1 Exigencia de pasaporte COVID. 3.2 Restricciones de circulación y reunión durante las fiestas navideñas. 4 Expropiación forzosa. 4.1 No

procede descontar del justiprecio del expropiado (propietario) las indemnizaciones correspondientes a los arrendatarios. 5 Medio ambiente y urbanismo. 5.1 Minoración de la servidumbre de protección de costas de 100 a 20 metros en los núcleos rurales. 5.2 Plazo de prescripción de las reclamaciones indemnizatorias (responsabilidad patrimonial) por la anulación de licencias urbanísticas. 5.3 Silencio administrativo en las solicitudes de licencia para obras mayores de nueva planta. 5.4 Recurso dirigido frente a resolución municipal desestimatoria de licencia por la previa denegación de la autorización sectorial autonómica preceptiva. No basta con impugnar la resolución final (municipal), debe recurrirse también la autonómica. 5.5 Falta de competencia profesional de los ingenieros técnicos industriales para suscribir proyectos de minigasolineras en régimen de autoservicio. 6 Personal. 6.1 Personal temporal. Consecuencias del abuso en la situación de temporalidad. 7 Procedimiento administrativo. 7.1 Acreditación de la representación de una entidad mercantil en la fase de interposición de recurso administrativo (alzada/reposición). Basta el certificado de firma electrónica habilitante para actuar electrónicamente. 8 Proceso contencioso-administrativo. 8.1 Legitimación pasiva de quien se persona en el proceso como codemandado. No cabe para un concejal de la oposición que únicamente pretenda defender los intereses de la corporación municipal. 8.2 Determinación de la cuantía en recursos frente a sanciones disciplinarias a funcionarios. 8.3 Responsabilidad patrimonial de las mutuas de enfermedades profesionales por asistencia sanitaria deficiente. Competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. 9 Responsabilidad patrimonial. 9.1 Por la anulación judicial de la prórroga de concesiones de transporte de viajeros por carreteras. Actuación administrativa razonada y razonable. Inexistencia de antijuricidad y de relación de causalidad. 10 Tributos. 10.1 Ordenanza fiscal municipal reguladora de la tasa sobre el ciclo integral del agua. Informe técnico-económico sobre el coste del servicio. 11 Universidades.

## 1 Administración local

### 1.1 Los ayuntamientos pueden cobrar por vía ejecutiva (apremio) créditos de derecho público frente a la Administración del Estado

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (TS), en su Sentencia de 19 de octubre de 2021 (rec. 2471/2019, ponente: Olea Godoy), resuelve en fase de casación un conflicto entre el Ayuntamiento de Nigrán y el Consorcio de la Zona Franca de Vigo (Administración del Estado), confirmando el derecho del primero (por medio del ORAL de la Diputación Provincial) a cobrar en vía ejecutiva (apremio) una deuda de naturaleza urbanística (líquida y firme). El alto tribunal en esta sentencia establece, como doctrina jurisprudencial, que:

*«cuando en el desarrollo de un convenio interadministrativo, una de las Administraciones contratantes (acreedora) dicta un acto estableciendo una determinada deuda a satisfacer por la otra Administración contratante (deudora), y dicha declaración adquiere firmeza, no pudiendo ser impugnada en vía administrativa ni jurisdiccional, la Administración acreedora puede acudir al procedimiento de apremio, caso de que por parte de la Administración deudora no se atiende el requerimiento de pago de la deuda declarada por resolución definitiva; siempre que se reúna todos los presupuestos formales del mencionado procedimiento de ejecución y con los límites que comporta la salvaguarda de los bienes de dominio público que pudieran verse afectados en su tramitación».*

Alcanza dicha conclusión tras considerar que:

*«puede acudir al procedimiento de apremio una Administración pública para la afectividad de las deudas firmes, aun cuando el deudor sea otra Administración pública. Y ello por cuanto, como se razona en todas las sentencias citadas, no puede ser obstáculo a dicha autotutela el hecho de inembargabilidad de los bienes públicos, habida cuenta de los reiterados argumentos de que esa condición no excluye los bienes patrimoniales, como es sabido. Tampoco constituye una objeción el sugestivo argumento, complementario del anterior, de que se vería afectada la potestad presupuestaria, en el sentido de que, si para dicho apremio debe la Administración apremiada incluir créditos extraordinarios para el pago, comporta alterar dicha potestad, porque esa misma relevancia tendría excluir el cobro de la deuda por la Administración ejecutante, que sin tales ingresos ve alterada esa misma potestad presupuestaria.*

*(...) El hecho de que nuestra Ley procesal establezca una especial determinación de la competencia para cuando el objeto del recurso sea un convenio entre Administraciones públicas en nada afecta al debate de autos. En efecto, cuando el artículo 10.1.º.g) y 11.1.º.c) de la Ley Jurisdiccional atribuyen al conocimiento de las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia o de la Audiencia Nacional el conocimiento de tales cuestiones, o incluso cuando se establece el peculiar régimen de admisión del recurso de casación que respecto de tales procesos se establece en el artículo 88.2.º.h) de dicha Ley, en modo alguno afecta a la posibilidad de que se pueda ejercitar esa potestad de autotutela que el procedimiento de apremio comporta, sino una cuestión de política legislativa de sustraer esa materia al conocimiento de los Tribunales del Orden Contencioso que, conforme a las reglas generales de determinación de la competencia por la jerarquía de la Administración, constituye la regla primaria en dicha materia competencia. Es decir, con incidencia exclusivamente procesal y no con efectos materiales, como se pretende con el argumento que se expone en el escrito de interposición de este recurso.*

*Con todo, no está de más que dejemos constancia de que no es intrascendente el hecho de que la deuda apremiada traiga causa de un convenio interadministrativo y es esta una cuestión que debe quedar aclarada a los efectos de las peculiaridades que en presente proceso comporta.*

*Una primera cuestión es que si bien el procedimiento de apremio aparece regulado en la normativa tributaria y con relación a las deudas de esa naturaleza (artículos 163 y siguientes de la Ley General Tributaria, entre otras normas), es lo cierto que ese mismo procedimiento, en dicha regulación, es al que se acude en el artículo 101 de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas para la ejecución de cualquier otro acto administrativo cuyo contenido comporte. Esa circunstancia comporta que el procedimiento de apremio se independiza de la naturaleza de la deuda, de su origen (...). Lo que resulta relevante para la procedencia del procedimiento de apremio es, como manifestación de*

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

*la potestad de autotutela, que una Administración pública haya declarado, con carácter firme, la existencia de una deuda en favor de otro sujeto. Por tanto, es independiente que la deuda reclamada tenga una naturaleza tributaria o cualquier otra naturaleza para resultar procedente el procedimiento de apremio».*

## 1.2 Convocatoria urgente de un pleno extraordinario. Límites

La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (TSJG) de 3 de noviembre de 2021 (rec. 4127/2021, ponente: Díaz Casales) confirma en apelación la de instancia anulatoria del pleno extraordinario y urgente celebrado en un ayuntamiento para aprobar su cuenta general. En primer lugar: *«en atención a que la premura de su convocatoria, de tan solo 3 horas entre su convocatoria y su celebración, habría impedido el ejercicio de participación política del recurrente»*. Y, en segundo lugar, al no haberse acreditado en el proceso judicial la necesidad imperiosa de adoptar el acuerdo sin dejar transcurrir un plazo razonable entre la convocatoria y la celebración del pleno. Incide el tribunal en que:

*«las administraciones públicas en sus actuaciones deben velar por no vulnerar los derechos ni de los ciudadanos ni de los miembros de sus órganos colegiados aunque éstos jueguen al límite con los plazos en el ejercicio de los mismos, por lo que solo una causa muy justificada y debidamente acreditada en el expediente podría permitir la celebración de un pleno de urgencia con tan solo 3 horas de antelación cuando, como advierte el apelado entre su informe por la Comisión Informativa (20 de enero de 2020) y la reunión de la Comisión para un nuevo informe previo a su sometimiento al Pleno (celebrado el 27 de febrero de 2020 a las 12:00) medió un tiempo más que sobrado cuyo ajuste hubiese permitido respetar el plazo general de antelación de 2 días entre la convocatoria y la celebración del Pleno».*

## 1.3 Bonificaciones de Sogama a las administraciones locales en el servicio de tratamiento de residuos sólidos. Requieren de la rebaja efectiva de la tasa que se les cobra a los ciudadanos. Autotutela declarativa de Sogama para exigir su reintegro

Un ayuntamiento contrató en el año 2001 el servicio de gestión de residuos sólidos con la entidad mercantil de capital mayoritario público Sociedad Galega de Medio Ambiente (Sogama). Posteriormente se incrementó el precio (canon) de manera directa y unilateral por la disposición adicional 21 de la Ley gallega 11/2013, de 26 de diciembre. Más adelante, la Ley 3/2018, de 26 de diciembre, estableció la posibilidad de que los ayuntamientos obtengan una rebaja del 10 % del canon siempre y cuando rebajen de manera correlativa la tasa que les cobran a los beneficiarios del servicio. Este ayuntamiento se acogió a la bonificación. Pasado el tiempo, Sogama comprobó que no se había cumplido la obligación de rebaja de la tasa y obligó a pagarle el importe bonificado.

El TSJG, en su Sentencia de 3 de diciembre de 2021 (rec. 7076/2021, ponente: Villares Naveira), ratifica la actuación de Sogama. Considera, en primer lugar, que dicha mercantil ostenta la potestad para reclamar directamente el reintegro de la bonificación, sin necesidad de que intervengan funcionarios de carrera, al ampararse en:

*«normativa habilitante con rango de lei que lle atribúe esta facultade, na Lei 11/2013, cuxa Disposición adicional vixésimo primeira, titulada “Garantía de viabilidade do sistema promovido pola Administración autonómica para a xestión institucional dos residuos domésticos” dispón que: “Catro. A xestión, a liquidación e o cobramento do canon unitario corresponderán á Sociedade Galega de Medio Ambiente, S.A., que deberá expedir mensualmente as facturas correspondentes ás entidades locais, e estas deberán aboalas nos termos previstos na Lei 3/2004, do 29 de decembro, pola que se establecen medidas de loita contra a morosidade nas operacións comerciais”. Esta lei complétase para o caso específico que nos ocupa coa Lei 3/2018, de medidas fiscais e administrativas, que modificando a norma anterior engade un apartado tres bis onde, no que agora interesa, establece que: “No suposto de que, no prazo sinalado no parágrafo anterior, non se achegase o dito certificado ou se constatase o incumprimento das condicións requiridas para o gozo da bonificación, será aplicable o canon ordinario sen bonificación, polo que a Sociedade Galega de Medio Ambiente, S. A. procederá a facturar antes do 30 de marzo o importe da bonificación aplicada o ano anterior”».*

Y, en segundo lugar, concluye que la mera circunstancia de que ese ayuntamiento no hubiese incrementado la tasa de la basura a los usuarios cuando Sogama subió el precio no cumple la condición necesaria para la obtención de la bonificación:

*«Os esforzos que o Concello fixese os anos anteriores á entrada en vigor da norma non poderán ser considerados ao non estaren contemplados como presuposto de cómputo nin proxectarse sobre o pasado, senón sobre o futuro, na seguinte anualidade á entrada en vigor da norma, tal como recolle o seu teor literal. Pero é que ademais, e non é un argumento menos, senón se cadra o máis importante, hai un aspecto teleolóxico ben glosado pola sentenza de instancia, que é o estímulo económico na rebaixa do recibo que para a cidadanía debe supor o esforzo derivado dunha conduta polo demais cívica como é a redución de volume de residuos xerados, así como o fomento da recollida selectiva. Esta finalidade aparece explicitamente recollida no parágrafo terceiro transcrito, polo que malamente pode haber nexo causal entre esforzo cidadán e redución do recibo se automaticamente se comprende o que o concello deducise en anos anteriores. Non se lle escapa á Sala o esforzo que para o Concello puido supoñer tal decisión nos anos 2013 e seguintes, sen dúbida guiada pola intención de aliviar a carga que para moitas economías familiares tiña o pago de determinados recibos polos servizos públicos nun contexto de crise económica, pero esa decisión é allea ás condicións en que o lexislador estableceu o réxime de bonificación descrito na norma litixiosa».*

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

## 1.4 Potestad de recuperación de oficio del dominio público municipal. No cabe frente al incumplimiento de deberes urbanísticos (cesiones para ampliación de viario). Prescripción

La Sentencia de 3 de enero de 2022 (rec. 4221/2021, ponente: Recio González) clarifica que los ayuntamientos no se pueden valer de su potestad, imprescriptible, de recuperación de oficio de bienes de dominio público frente al incumplimiento por promotores urbanísticos del deber de cesión de suelo afecto a la ampliación de viario o zonas verdes públicas. Consecuentemente, la exigibilidad de ese deber se halla sometida a prescripción:

*«De lo que aquí se trata es de determinar si realmente existe un bien de dominio público municipal cuya posesión haya de ser recuperada a través del ejercicio de la potestad administrativa conferida al Ayuntamiento de Fisterra en virtud de lo dispuesto en los arts. 82.a) LBRL y 7o RBEL. Y habrá de llegarse a la conclusión contraria puesto que del examen de las actuaciones lo que resulta es que no se ha acreditado que se haya usurpado la posesión de un bien de titularidad municipal –supuesto en que la acción de recuperación sería imprescriptible–, y sí una ejecución de unas obras de construcción de un edificio sin cumplir íntegramente con la obligación de cesión, que a su vez lleva a la conclusión de que nos hallamos ante una acción urbanística y a que la potestad de reposición de la legalidad urbanística está sujeta a un plazo que ha transcurrido».*

## 2 Contratos

### 2.1 Prestaciones realizadas por encargo verbal sin procedimiento de contratación. Enriquecimiento injusto. Mala fe del contratista

El TSJG, en su interesante Sentencia de 12 de noviembre de 2021 (rec. 7071/2021, ponente: Villares Naveira), pone coto a la práctica irregular –extendida en las entidades locales– consistente en la contratación verbal “a dedo” de obras o servicios, con omisión total del procedimiento establecido, en la idea preconcebida de que se remunerarán en último término bien mediante un reconocimiento extrajudicial de créditos, bien mediante sentencia de la jurisdicción contencioso-administrativa de compensación de un “enriquecimiento injusto”.

La actora es una entidad mercantil habituada a contratar con la Administración. Solicitó en su demanda la condena al Ayuntamiento de O Porriño al pago de 352.000 euros por servicios de limpieza viaria ejecutados durante un año sin contrato alguno, por mero encargo verbal. La sentencia de instancia la desestimó, al apreciar culpa en la recurrente, así como falta de justificación del precio y de la encomienda supuestamente recibidos. Ahondó también en que este tipo de prácticas son:

*«(...) muy graves, intolerables para una Administración pública, porque suponen:*

– Una actuación administrativa consciente y groseramente ilegal. A estas alturas ninguna autoridad pública, ni funcionario puede ignorar que las contrataciones públicas precisan de una previa consignación presupuestaria y autorización del gasto. Y que las de importe relevante (como estos servicios) deben someterse a licitación.

– Un perjuicio notorio al interés público. La omisión de estos trámites vulnera los principios de control del gasto público establecidos en la normativa presupuestaria, así como los límites de endeudamiento municipal impuestos por el Estado. A mayor abundamiento, la falta de concreción de las calidades y características del servicio (en los correspondientes pliegos, omitidos) afecta a la eficiencia del servicio. La falta de licitación obliga a la Administración a aceptar un precio más caro que el que probablemente resultaría de una concurrencia competitiva, etc.

– Afecta también a los principios de libre competencia en la actividad económica, así como de interdicción de la arbitrariedad, igualdad y objetividad conforme a los que deben actuar las Administraciones públicas, consagrados respectivamente en los artículos 38, 9.3 y 103.1 de nuestra Constitución. La adjudicación directa y privilegiada del servicio a una determinada empresa, de manera clandestina (ni siquiera se formalizó por escrito), ha perjudicado a todas sus competidoras que podrían haber concurrido a su licitación. Por otra parte, esa práctica, de trato de favor o privilegio arbitrario a una empresa determinada, genera fácilmente supuestos de corrupción (contraprestaciones o favores personales a quien adjudica el servicio, o a su partido político)».

La posterior sentencia del TSJG citada confirma en apelación la de instancia, ahondando en los siguientes extremos:

«(...) a aplicación da doutrina do enriquecemento inxusto ao ámbito da prestación de servizos ou realización de obras fóra da Lei de contratos do sector público require cumulativamente os seguintes elementos:

a) O enriquecemento ou aumento do patrimonio do enriquecido, constituído por calquera vantaxe ou atribución patrimonial abocada a producir efectos definitivos.

b) O empobrecemento de quen reclama ou daquel en cuxo nome se reclame, pecuniariamente apreciable, aínda que entendido no seu máis amplo sentido, sempre que non proveña directamente do comportamento de quen o sofre.

c) A relación causal entre o empobrecemento e o enriquecemento, de forma que este sexa o efecto daquel. Ou, dito noutros termos que ao enriquecemento siga un correlativo empobrecemento.

d) A falta de causa ou de xustificación do enriquecemento e do correlativo empobrecemento.

*e) a existencia de encargo por parte da administración ao particular, fóra do ámbito da Lei de contratos do sector público.*

*f) a concorrencia de boa fe na realización da prestación do servizo ou a realización da obra de que se trate, no sentido de entender que existía un deber de cooperar coa administración derivado de actos inequívocos desta».*

Sobre la “mala fe” del empresario, concluye que:

*«(...) Certamente no tráfico empresarial e da contratación pública é dificilmente imaxinable que nin unha soa empresa que actúe no mercado e moito menos quen nalgunha ocasión tivese contratado algunha vez coa administración poidan ignorar, aplicando a máis mínima dilixencia, que actúa á marxe do procedemento legal, salvando o caso moi excepcional de particulares que non tivesen hábito de contratación coa administración e fosen requiridos por esta, ou que existise erro sobre o carácter excepcionalmente urxente do contrato ou que fose por cantidades tan nimias que fose razoable a dúbida da necesidade de procedemento formalizado. Pero dende logo, nunca con cantidades do estilo das que estamos estudando, de máis de 40 mil euros mensuais, sostidas no tempo ao longo de oito meses, ou se temos en conta a referencia que consta en autos, mesmo de anos.*

*En consecuencia, debemos de coincidir co xuíz de instancia en que concorre culpa da vítima, sen ningunha dúbida.*

*A seguinte cuestión a desentrañar é se resulta relevante a concorrencia de culpas que alega a parte apelante, para recoñecer a viabilidade da institución e a resposta ha de ser negativa. En opinión da Sala a concorrencia de culpas o que é realmente é a proba da coautoría no ilícito administrativo, pero a mala fe coordinada de ambas partes non pode ter como efecto eximir na necesaria boa fe da parte que pretende valerse da institución, que lembremos ten por razón de ser indemnizar un dano que o empobrecido pola disposición patrimonial non ten o deber xurídico de soportar. Quen obra sabendo que fai o que non debe facer non pode pretender ser indemnizado por iso co argumento de que a contraparte tamén sabía que facía o que a lei non lle permite.*

*En consecuencia, non se pode apreciar a concorrencia da necesaria boa fe como presuposto de aplicación da institución».*

## **2.2 Revisión del régimen económico de la concesión municipal del transporte colectivo de viajeros**

El TSJG, en su Sentencia de 1 de octubre de 2021 (rec. 7093/2021, ponente: Paz Eiroa), anula en fase de apelación la resolución del Ayuntamiento de A Coruña de diciembre de 2018 que revisó el régimen económico de la concesión de transporte colectivo, establecido en el reglamento del servicio del año 2007, reduciendo la tarifa vigente

de 1,30 a 1,20 euros, imponiendo el transbordo universal gratuito, la gratuidad para menores de 13 años y otras medidas de ajuste económico, con el objetivo de alcanzar el equilibrio económico de la concesión.

La sentencia se motiva, en primer lugar, en la imposibilidad de aplicar retroactivamente el Reglamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera (que entró en vigor el 3 de diciembre de 2009). Y, en segundo lugar, en que:

*«Se acordó revisar las tarifas “á vista” de un informe sobre el beneficio razonable del contrato elaborado por investigadores de la Universidad de La Coruña, una nota interna de la Asesoría Jurídica concluyendo que la evidencia de beneficios excesivos hace imprescindible adaptar las compensaciones por el servicio público al Derecho comunitario, un informe de la CNMC a solicitud del Ayuntamiento sobre las tarifas actuales y sobre la propuesta de revisión de tarifas, y un estudio de coste en aplicación de un beneficio razonable encargado por el Ayuntamiento a la vista del informe de la CNMC. El acuerdo reproduce al principio el contenido íntegro de los arts. 11 y 12 del Convenio sin explicar su aplicación (antes bien, ya lo hemos dicho, inicialmente se proponía dejarlos sin efecto); el acuerdo no aplica el régimen económico de la concesión. Se decide a la vista de informes sobre beneficio razonable solicitados, cuyo contenido se reproduce como razón única de la decisión. El acuerdo no viene motivado por el interés social, buscando el conseguir un Transporte urbano mejor y más eficaz y que sirva a la totalidad de los ciudadanos de La Coruña; ni por las circunstancias económicas y sociales relevantes en el servicio de transporte; tampoco por la garantía de un servicio público de transporte de viajeros seguro, eficaz y de calidad, en términos de la normativa comunitaria que aplica».*

### **2.3 Reclamación de intereses de demora en el contrato de gestión del servicio de recogida de residuos sólidos urbanos. Peculiaridades del procedimiento extraordinario de pago a proveedores. Cómputo del plazo de prescripción en la reclamación de intereses**

La Sentencia del TS de 28 de junio de 2021 (rec. 867/2020, ponente: Díez-Picazo Giménez) desestima el recurso de casación interpuesto por la concesionaria del servicio de recogida de residuos sólidos urbanos de un ayuntamiento gallego sobre liquidación de intereses de demora por retrasos en el pago de las facturas periódicas.

Analiza, en primer término, el requisito de “voluntariedad” sobre la renuncia al derecho de percibir intereses moratorios establecida en el Real decreto-ley 4/2012, de 24 de febrero, de pago a los proveedores de las entidades locales. Considera que la invocación de un vicio del consentimiento por la mercantil actora al acogerse a dicho mecanismo excepcional de pago requiere de su cumplida acreditación. Concluye asimismo que «la sugerencia de que la grave crisis financiera de esos años es razón suficiente

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

*para demostrar la ausencia de consentimiento libre no es sostenible: ciertamente muchas entidades locales y muchos contratistas de las mismas padecieron serias dificultades económicas. Pero ésa fue precisamente la causa determinante de la creación del mecanismo extraordinario de pago a proveedores: paliar las dificultades que a todos afectaban. Así, lo requerido para acreditar la falta de consentimiento libre debe ser algo más, a saber: que el concreto contratista, por alguna circunstancia específica, no fue libre al adherirse a esa vía de cobro. De lo contrario, habría que concluir que todos los que se acogieron a esa posibilidad tuvieron –esta vez sí automáticamente– una voluntad viciada».*

En segundo término, determina que en este tipo de contratos el plazo de prescripción de cuatro años para reclamar el pago de intereses de mora no se inicia en la fecha de finalización y liquidación del contrato, sino separadamente tomando como referencia la fecha de presentación de cada factura: *«en una obligación continuada, como es la de ocuparse de la recogida de los residuos urbanos, cada prestación es autónoma, en el sentido de que su realización correcta satisface el interés de la Administración titular del servicio público. Por consiguiente, los pagos periódicos al contratista se refieren –salvo prueba en contrario– a prestaciones ya íntegramente realizadas; no a partes de una única prestación que aún no se ha completado. Como corolario de ello, forzoso es concluir que el plazo para reclamar intereses de demora comienza a correr en el momento en que la Administración debió hacer cada pago parcial y no lo hizo».*

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

### 3.1 Exigencia de pasaporte COVID

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (TS), en su Sentencia de 14 de septiembre de 2021 (rec. 5909/2021, ponente: Teso Gamella, contiene voto particular), estima el recurso de casación interpuesto por la Xunta de Galicia contra el Auto del TSJG de 20 de agosto de 2021 que había denegado la ratificación de una orden del conselleiro de Sanidade en la que se impuso la obligación general, para poder acceder a determinados establecimientos abiertos al público, de disponer del certificado de vacunación del coronavirus o, en su defecto, del de haber superado una prueba diagnóstica de infección activa.

El alto tribunal concluye en dicha sentencia, en primer lugar, que este tipo de medidas precisan de ratificación judicial para poder llevarse a la práctica:

*«(...) Teniendo en cuenta que los derechos fundamentales que, a tenor del auto que ahora se impugna, se ven afectados, por la medida sanitaria adoptada, son el derecho a la igualdad (artículo 14 de la CE), el derecho a la intimidad (artículo 18.1 de la CE) y el derecho a la protección de datos de la persona (artículo 18.4 de la CE). (...) Recordemos que el procedimiento previsto en los artículos 10.8, 87 ter y 122 quater, en fin, se refiere la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas por las autoridades sanitarias que sean urgentes y necesarias para la salud pública y que “impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales”.*

*Pues bien, la interpretación sobre la limitación o restricción de tales derechos no puede realizarse en los términos que propone la Administración, pues supondría desnaturalizar la finalidad de dicho procedimiento que se introdujo en nuestra Ley Jurisdiccional tras la reforma por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre. La ratificación o autorización judicial únicamente puede obviarse cuando la falta de restricción o limitación de los derechos fundamentales es manifiesta, evidente, ostensible, indiscutible y palmaria».*

No obstante, sobre la cuestión de fondo concluye también que las referidas medidas de la Xunta de Galicia son proporcionadas, hallándose suficientemente motivadas y procediendo su ratificación, por las siguientes razones:

*«(...) A pesar del escueto contenido del artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, en coherencia con las demás leyes antes citadas, hemos declarado su suficiencia como norma de cobertura de las medidas sanitarias que comporten alguna restricción de derechos fundamentales, por más que dicha restricción revista un carácter liviano, como en este caso. En concreto, cuando dispone que “con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible”.*

*Téngase en cuenta, en fin, que lo que se pretende con la medida adoptada es evitar, o limitar, la transmisión de la infección, truncar la propagación de la Covid-19, interrumpir la cadena de contagios, mediante la simple exhibición de la documentación señalada al entrar en el interior de determinados establecimientos, según el nivel de restricción de la zona, según los términos municipales, que se fija en la propia Orden, a las personas que no padecen la infección por el SARS-CoV-2. (...).*

*La medida de exhibición de determinada documentación (...) resulta adecuada y acorde con las exigencias derivadas de protección de la salud, porque se refiere a locales donde la entrada es voluntaria y donde no se realizan actividades esenciales, a los que se tenga la obligación de acudir. No. Las personas pueden emplear su ocio de muy diversa forma, y naturalmente pueden acudir a dichos locales, o no, pueden preferir la terraza, o no, pero si se pretende ir al interior del establecimiento que es un espacio cerrado y normalmente poco ventilado, donde el riesgo de contagio se incrementa, ha de exhibirse la indicada documentación, que proporciona garantía, desde luego no absoluta, de no padecer en ese momento la infección SARS-CoV-2, según los informes que constan en las actuaciones y que más adelante veremos.*

*La exhibición de la documentación señalada no vulnera el derecho a la igualdad pues no se produce discriminación entre aquellos que están vacunados y los que*

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

*no lo están. Recordemos que la documentación reviste una triple modalidad, que resulta asequible a todos, de modo que quien no quiere mostrar si ha sido o no vacunado, teniendo en cuenta el carácter voluntario de la misma, puede presentar el resultado de la prueba PDIA o el test de antígenos, y desde luego el certificado de recuperación de la Covid-19 si ha pasado la infección.*

*En todo caso, concurre una justificación objetiva y razonable para permitir o no el acceso al correspondiente establecimiento, según se haya cumplido tal exigencia, pues se trata de la protección de la salud y la vida de las personas, mediante una medida de evita o restringe la propagación de la pandemia. Teniendo en cuenta, que tales diferencias de trato para ser discriminatorias deben carecer de esa justificación objetiva y razonable, de acuerdo con criterios jurídicos atendibles, al basarse en razones que resulten jurídicamente relevantes, como es el caso cuando las situaciones comparables no resultan homogéneas por sus graves efectos respecto de la salvaguarda del derecho a la vida, a la integridad física y a la protección de la salud.*

*Por su parte, el derecho a la intimidad, que protege ese reducto más reservado de las personas, esa esfera que se pretende mantener ajena a los demás, aparece condicionado a la propia actitud de la persona y el contenido y alcance de la información que se califica de íntima. Ahora bien, no parece que pueda esgrimirse la prevalencia de este derecho frente al derecho a la vida y a la protección de la salud pública, toda vez que la información sobre si se ha recibido la vacuna o no, en momentos en los que se atraviesa una pandemia, es una pieza básica y esencial para impedir la propagación de la infección por el SARS-CoV-2 y, por tanto, de la preservación de la vida y la salud de todos. Es cierto que se trata de una información médica, pero las connotaciones que impone la situación de pandemia, el carácter masivo de la vacunación y la solidaridad que comporta la protección y ayuda entre todos, devalúa la preeminencia de la intimidad en este caso. Además, no parece coherente que el derecho a la intimidad deba ceder frente a bienes jurídicamente protegidos como las investigaciones de la inspección tributaria (STC 110/1984, de 26 de noviembre), o la investigación de la paternidad (STC 7/1994, 17 de enero), y sin embargo haya de resultar preferente y prevalente frente a circunstancias tan graves y desoladoras para la vida y la salud pública como las que acarrea la Covid-19. Conviene tener en cuenta que la única información que se proporciona, según el tipo de documentación que se presente, es si ha recibido la vacuna o no, si tiene en ese momento la infección que provoca la pandemia, y si ya se ha recuperado de la enfermedad (...). En todo caso, el artículo 16.3 de la citada Ley 41/2002, establece una facultad desconocida en otros ámbitos, precisamente cuando se necesita prevenir un riesgo grave para la población, pues señala, respecto del contenido de la historia clínica, que cuando ello sea necesario para la prevención de un riesgo o peligro grave para la salud de la población, las Administraciones sanitarias a las que se refiere la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, podrán acceder a los datos identificativos de los pacientes*

por razones epidemiológicas o de protección de la salud pública, si bien el acceso ha de sujetarse a ciertas cautelas. Sin embargo, ahora de lo que se trata es de exhibir voluntariamente una documentación cuando se pretende entrar en el interior de determinados establecimientos de ocio, no se obliga, por tanto, a proporcionar datos médicos que se contienen sólo en las historias clínicas de los pacientes.

(...) Pues bien, respecto de este derecho fundamental a la protección de datos no se aprecia limitación alguna, cuando lo que se establece, para entrar en el interior de un determinado establecimiento, es la mera exhibición, es decir, enseñar o mostrar la documentación en cualquiera de las tres modalidades exigida. Sin que, desde luego, puedan recogerse los datos de los asistentes a tales locales, ni pueda elaborarse un fichero, ni hacer un tratamiento informático al respecto. Pues nada de esto se permite en la citada Orden que impone la medida. Al contrario, en la misma se advierte que se trata de “la exhibición” de dichos certificados en “el momento de acceso” al local, y expresamente establece una prohibición, pues “no se conservarán esos datos ni se crearán ficheros con ellos”. De modo que no concurre limitación alguna de este derecho fundamental.

Quizá mayor incidencia podría tener la medida sobre el derecho fundamental a la libre circulación de las personas, y sin embargo tal exigencia de exhibición de documentación ha sido implantada, en el seno de la Unión Europea, con carácter general en el Reglamento (UE) 2021/953, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2021, relativo a un marco para la expedición, verificación y aceptación de certificados COVID-19 interoperables de vacunación, de prueba diagnóstica y de recuperación (certificado Covid digital de la UE) a fin de facilitar la libre circulación durante la pandemia Covid-19. En el citado Reglamento se indica que resulta conforme con el Derecho de la Unión que los Estados miembros puedan limitar el derecho fundamental a la libre circulación por motivos de salud pública.

Del mismo modo que medidas similares se han autorizado, incluso con mayor amplitud, en otros países de la UE, como el caso de Francia, tras la Decisión n. 2021-824 DC de 5 de agosto de 2021, del Consejo Constitucional.

En concreto, el expresado Reglamento de la UE citado establece, en el considerando 13, que si bien el presente Reglamento se entiende sin perjuicio de la responsabilidad de los Estados miembros para imponer restricciones a la libre circulación, de conformidad con el Derecho de la Unión, a fin de limitar la propagación del SARS-CoV-2, debe ayudar a facilitar la supresión gradual de dichas restricciones de modo coordinado siempre que sea posible, de conformidad con la Recomendación (UE) 2020/1475. Dichas restricciones podrían no aplicarse, en particular, a las personas vacunadas, según el principio de cautela, en la medida en que los datos científicos sobre los efectos de la vacunación son cada vez más accesibles y sistemáticamente concluyentes en relación con la interrupción de la cadena de transmisión (...).

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

*El contenido de los detallados informes pone de manifiesto, con abundancia de datos científicos al respecto y mediante la identificación de las fuentes de sus aseveraciones, que la única medida eficaz posible, para proceder a la apertura de los locales de ocio, que proporcione un alto nivel de protección para la salud pública, es la implantación del denominado pasaporte covid, pues solo ella puede disminuir considerablemente el riesgo de contagio en dichos establecimientos. No es preciso, desde luego, que la medida que se postula, impida de modo absoluto cualquier tipo de contagio, es decir, que resulte infalible, pues no existe en el estado actual de la ciencia ese riesgo cero. Pero para la determinación de la idoneidad y necesidad de la medida es bastante que la misma resulte eficaz, apropiada y proporcionada, para alcanzar la finalidad de protección de la vida y la salud que resulte compatible con la realización de la actividad. El beneficio que proporciona la medida, respecto de la reducción significativa de los contagios, es muy superior al sacrificio que comporta la exigencia de presentar la documentación para el acceso al local. En definitiva, no se atisba ninguna medida que resulte más adecuada para salvaguardar la vida y la salud de los ciudadanos, en ese tipo de locales».*

### **3.2 Restricciones de circulación y reunión durante las fiestas navideñas**

El Auto del TSJG de 30 de diciembre de 2021 (rec. 7824/2021, ponente: Villares Naveira) ratifica las medidas especiales establecidas en la Orden de 29 de diciembre de 2021 de la Xunta de Galicia consistentes en la prohibición, hasta el día 18 de enero de 2022, de la reunión de personas en espacios de uso público entre las tres y las seis de la madrugada, así como la prórroga del “pasaporte COVID”, con las siguientes consideraciones:

*«(...) As medidas que se propoñen nesta orde teñen o seu fundamento normativo na Lei orgánica 3/1986, do 14 de abril, de medidas especiais en materia de saúde pública; no artigo 26 da Lei 14/1986, do 25 de abril, xeral de sanidade; nos artigos 27.2 e 54 da Lei 33/2011, do 4 de outubro, xeral de saúde pública, e nos artigos 34 e 38 da Lei 8/2008, do 10 de xullo, de saúde de Galicia.*

*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. Así o declaramos xa no FX 3º do Auto n. 57/2021, de 12 de maio (DDFF n. 7224/2021), con reiteración da doutrina da Sala, postura que foi posteriormente ratificada na STS n. 719/2021, de 24 de maio (Recurso de Casación n. 3375/2021) no seu FX 4.D. (...).*

*Continuamos nunha situación epidemiolóxica, á vista do contido do Informe, que determina un risco de transmisión do virus neste momento crecente, acentuada*

*polo avance na prevalencia da variante Ómicron do virus e que ademais do dano intrínseco que causa á poboación afectada, ocupa progresivamente maiores recursos do sistema público de saúde de Galicia.*

*Así pois, considérase concorrente a existencia relevante do risco dentro do territorio de Galicia a día de hoxe que xustifica xenericamente a adopción de medidas que podan reputarse idóneas para conter a transmisión do virus (...).*

*Estamos ante a limitación do dereito constitucional de reunión previsto no art. 21.1. CE. Trátase dunha restrición modulada por dúas características: non é absoluta, porque en todo caso está vixente o dereito para persoas conviventes e acompáñase dun importante número de excepcións que a manteñen por razóns laborais, sanitarias ou doutra índole; e é limitada no seu horario, restrinxida a tres horas durante a madrugada, tempo que habitualmente se emprega de forma maioritaria para o descanso nocturno.*

*Así caracterizada, pódese falar dunha limitación tenue do dereito (por recoller a expresión empregada pola STS n. 1112/2021, de 14 de setembro, á que logo nos referiremos máis amplamente), tanto a nivel cuantitativo como cualitativo, o que non obsta para falarmos da existencia de pretensión de restrición do dereito fundamental, que se aborda na súa tensión con outro dereito fundamental: o dereito á vida e integridade física (art. 15 CE) e a maiores o dereito á protección da saúde (art. 43.1.CE) como principio reitor da política social. (...).*

*En consecuencia, da evidencia científica desprendida dos informes que foron analizados pola Sala e que constan nas anteriores resolucións, podemos inferir a eficacia da medida proposta arestora de limitación da permanencia de persoas entre as 3 e as 6 horas da madrugada. (...).*

*Con relación á situación anterior, a actual pretende a extensión da esixencia [do pasaporte COVID] a todo o horario de apertura e non restrinxilo só a partir das 21h. A Sala entende que esta extensión non muta a natureza e contornos do dereito afectado, e máis ao contrario, dende o punto de vista da eficacia, a medida amosarase máis eficaz na medida en que a situación de risco que se evidencia á hora de quitar a máscara para comer ou beber non é distinta en función da hora do día en que se produce, polo que a ampliación á totalidade do horario de apertura dotaraa de máis eficacia ao impedir que xente sen vacinar (ou nas súas situacións alternativas) entre ao local respirando aire potencialmente infectado ou infectar potencialmente a outros cidadáns que compartan o espazo pechado. (...).*

*Non existe forma non farmacolóxica menos invasiva de conter a expansión do virus que limitando o número de persoas reunidas, circunscritas, no caso de autos, a un período horario que atenúa moito o sacrificio do dereito de reunión, polo que se entende concorrente, por inferencia dos datos que constaron noutros*

*procedementos, a necesidade da medida. (...) A ampliación da medida a todo o horario de apertura non modifica os parámetros do xuízo de necesidade, que baseado nos estudos que constan en anteriores informes que xustificaron a autorización xudicial, enténdese por inferencia do alí razoado, que concorren tamén no suposto de autos. (...).*

*No caso de autos, a Sala considera que concorre a proporcionalidade entre ben a protexer e sacrificio do dereito por dúas consideracións adicionais: dunha banda, a situación epidemiolóxica é notoriamente peor no conxunto do país; doutra, a tendencia é alza e non á baixa; o elenco de excepcións á restrición é superior ás concorrentes no mes de maio e o carácter altamente transmisivo da previsiblemente prevalente xa nestes momentos variante ómicron.*

*En consecuencia, e neste caso, non só por inferencia de situacións anteriores senón tamén polos datos que achega o Informe da Consellería de Sanidade, cabe concluír a proporcionalidade da medida proposta, que polo demais se predica dunha hora menos da franxa xa acordada no mes de maio. (...).*

*No caso de autos, a Sala considera que a extensión do control de acceso a todo o horario de apertura non supón un sacrificio adicional substancial de dereitos que mereza unha ponderación diferente, non só porque o aumento de horas de control non cambie a natureza da restrición, senón porque tamén no último mes autorizamos en horarios diúrnos a restrición de accesos mediante este mesmo tipo de control a outros establecementos pechados onde nin sequera existe a dispensa de retirar a máscara (concretamente, centros hospitalarios, hospitais de día, hoteis de pacientes e centros sociosanitarios residenciais de maiores e de persoas con discapacidade, albergues turísticos, práctica de actividade física e deportiva non federada en centros ou instalacións deportivas pechadas e piscinas cubertas, eventos multitudinarios ou aqueles que teñan autorizada a venda de alimentos ou bebidas para o seu consumo durante os mesmos. Vid. neste sentido o ATXG de 15/12/2021 ditado no procedemento DDF n. 7725/2021) e anteriormente no ATSXG de 3/12/2021 ditado no DDF n. 7772/2021 referido a acceso aos centros hospitalarios das visitas e acompañantes dos pacientes hospitalizados). Por este motivo, con maior razón neste caso debemos ratificar a proporcionalidade entre dereitos en tensión».*

## 4 Expropiación forzosa

### 4.1 No procede descontar del justiprecio del expropiado (propietario) las indemnizaciones correspondientes a los arrendatarios

La Sentencia del TS de 22 de septiembre de 2021 (rec. 293/2020, ponente: Olea Godoy) estima la casación y revoca la del TSJG impugnada, concluyendo que: «no es admisible, en ningún caso, que con ocasión de la expropiación de una finca que se encuentre arrendada por el propietario, la indemnización por la extinción del arrendamiento en favor del arrendatario como consecuencia de la expropiación, pueda reducir el justiprecio fijado a la propiedad, debiendo abonar dicha indemnización al arrendatario la Administración expropiante o, en su caso, el beneficiario de la expropiación». Consecuentemente, en su fundamento de derecho “tercero”, declara la nulidad del artículo 6.2º.b) del Reglamento de valoraciones de la Ley del suelo, aprobado por Real decreto 1492/2011, de 24 de octubre (RVSL), en el que se establecía la regla contraria.

## 5 Medio ambiente y urbanismo

### 5.1 Minoración de la servidumbre de protección de costas de 100 a 20 metros en los núcleos rurales

La disposición transitoria primera de la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral, permitió que, durante un determinado período tras su entrada en vigor, los ayuntamientos costeros instasen la reducción de la servidumbre de protección de costas de 100 a 20 metros en perpendicular a la ribera del mar en los núcleos que no se hallaban clasificados como suelo urbano en 1988, cumpliendo ciertas condiciones.

El TS, en su Sentencia de 2 de diciembre de 2021 (rec. 4501/2020, ponente: Román García), interpreta dichas condiciones respecto de una solicitud formulada por el Ayuntamiento de Sanxenxo, concluyendo su incumplimiento. La sentencia fija la siguiente “doctrina jurisprudencial”:

*«(...) la expresión “núcleos o áreas delimitados por el planeamiento”, contenida en la D.T.1ª apartado 2 de la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, debe interpretarse en el sentido siguiente:*

*(i) Es válida la delimitación realizada con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la Ley de 1988 respecto de los terrenos que, en ese momento, reunían alguno de los requisitos indicados en los apartados a) y b) de la DT 1ª.1 de la Ley de 2013.*

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

(ii) También cabría admitir la delimitación realizada después de esa fecha, en el periodo comprendido entre la entrada en vigor de 1988 y la entrada en vigor de la Ley de 2013, pero en este caso la delimitación solo será válida respecto de aquellos terrenos que, a la entrada en vigor de la Ley 22/1988 reunieran alguno de los requisitos indicados en los mencionados apartados a) y b) de la DT1<sup>a</sup>.1 de la Ley 2/2013, y ello siempre y cuando, además, se justifique el cumplimiento de los requisitos indispensables exigidos en la DT 3<sup>a</sup>.3.2<sup>a</sup> de la Ley 22/1988 para el otorgamiento excepcional de las autorizaciones allí mencionada».

## 5.2 Plazo de prescripción de las reclamaciones indemnizatorias (responsabilidad patrimonial) por la anulación de licencias urbanísticas

El TS, en su Sentencia de 10 de julio de 2018 (rec. 1548/2017, ponente: Fernández Valverde), acuñó una nueva línea jurisprudencial sobre este particular, precisando que: *«como regla general, debe ser la fecha de la firmeza de la sentencia anulatoria del acto o disposición impugnados la que determina el inicio del plazo anual previsto para la reclamación de responsabilidad patrimonial derivada de tal anulación, sin que pueda ser considerada como tal la fecha de la demolición del inmueble construido al amparo del acto o disposición impugnado»*.

En su posterior Sentencia de 17 de octubre de 2019 (rec. 5924/2017, ponente: Tolosa Tribiño) matizó su criterio, en el sentido de considerar que, si tras la sentencia anulatoria de la licencia se produce la legalización de la actuación urbanística y esta vuelve a anularse por otra sentencia firme posterior, será la fecha de esta última la que se tomará como referencia de inicio del cómputo del referido plazo de prescripción.

Finalmente, en su reciente Sentencia de 22 de septiembre de 2021 (rec. 1913/2020, ponente: Román García), referida a Galicia, el alto tribunal añadió la siguiente precisión:

*«(...) para la fijación del momento inicial del plazo de prescripción para exigir la responsabilidad patrimonial derivada de la declaración de nulidad de una licencia que conlleva la demolición de lo ilegalmente construido deberá atenderse, en cada caso, a las circunstancias concurrentes en el concreto supuesto contemplado, de manera que si el interesado estuviera personado en el procedimiento, habrá que estar a la fecha en que le fuera notificada la sentencia firme anulatoria que le afectaba y, en caso de que no estuviera personado en aquél, a la fecha en que conoció o razonablemente pudo conocer el contenido de dicha sentencia»*.

Es de suponer que la jurisprudencia del Tribunal Supremo continuará evolucionando, dados los problemas prácticos y de justicia material que genera este criterio de no aplicar como *dies a quo* del plazo prescriptivo la fecha de la efectiva demolición del edificio construido al amparo de la licencia anulada.

### 5.3 Silencio administrativo en las solicitudes de licencia para obras mayores de nueva planta

La Sentencia del TSJG de 29 de octubre de 2021 (rec. 4183/2021, ponente: Martínez Quintanar) concluye que en las peticiones de licencia de obras mayores para la legalización de una construcción de nueva planta (vivienda erigida clandestinamente y luego reconvertida en instalación agrícola) el silencio administrativo producido es en todo caso negativo, se ajuste o no el proyecto a la normativa urbanística aplicable:

*«(...) El art. 11.4 del Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana estableció: “Con independencia de lo establecido en el apartado anterior, serán expresos, con silencio administrativo negativo, los actos que autoricen: (...) b) Las obras de edificación, construcción e implantación de instalaciones de nueva planta”. La Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) n. 143/2017, de 14 de diciembre confirma la constitucionalidad del silencio negativo en el caso de obras de edificación de nueva planta, y la matiza en relación con la construcción e implantación de instalaciones, indicando en su fundamento de derecho n. 23 que:*

*“En el caso de la edificación, la Ley 38/1999, de ordenación de la edificación, establece una serie de requisitos básicos de la edificación destinados a garantizar la seguridad de las personas, el bienestar de la sociedad y la protección del medio ambiente (art. 3), al amparo del artículo 149.1.16, 21, 23 y 25 CE (disposición final primera), los mismos títulos que amparan al Estado para determinar, como especialidad racione materiae, el carácter negativo del silencio de la autorización que exige para este tipo de uso del suelo. No cabe llegar, sin embargo, a la misma conclusión en lo que se refiere a otras construcciones e instalaciones que carecen del carácter de edificación, excluidas, en consecuencia, de la Ley de ordenación de la edificación. En estos casos, cuando la construcción o implantación tiene lugar en suelo urbano o urbanizable, la autorización se limitará a verificar la adecuación del proyecto al planeamiento urbanístico vigente. En el caso del suelo rural, además de la verificación de legalidad, concurre la finalidad prevista en la legislación de preservar sus valores medioambientales. Es, por ello, que la regulación del silencio negativo no será inconstitucional, con base en el título competencial del artículo 149.1.23 CE, en los supuestos de “construcción e implantación de instalaciones” contemplado en el apartado b) pero solamente cuando las actividades y usos urbanísticos cuya autorización se solicita se lleven a cabo en suelo rural cuya transformación urbanística no esté prevista o permitida. Esta interpretación de conformidad se llevará al fallo. Interpretación de conformidad que debe extenderse también al artículo 11.4 b) del texto refundido de la Ley de suelo y rehabilitación urbana”.*

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

*La STC 75/2018, remitiéndose a lo declarado en la STC 143/2017, de 14 de diciembre, declara que es conforme con la Constitución la imposición del silencio administrativo negativo para la autorización de construcción e implantación de instalaciones que carecen del carácter de edificación, siempre que las actividades y usos urbanísticos cuyo permiso se solicita se lleven a cabo en suelo rural que no esté previsto transformar.*

*En el presente caso se pretenden legalizar unas obras que se subsumen de forma evidente y nítida en el concepto legal de edificación, a la vista del proyecto presentado, de las fotografías adjuntas al mismo, de su complejidad y su entidad constructiva –que nos sitúa en el ámbito de la licencia de obras mayores–. (...) Tanto por número de plantas (sótano y bajo), como por tipología de su apariencia externa (constatada por la APLU, como vivienda unifamiliar), por la finalidad pretendida con el proyecto de legalización (acondicionamiento de esa construcción de apariencia residencial para destinarla a una actividad apícola), como por superficies construidas, como por presupuesto de ejecución de las obras, como por la índole de las obras ejecutadas y las que se encuentran pendientes, es evidente e innegable que se trata de una edificación de nueva planta, una obra de nueva construcción, no siendo subsumible dentro del concepto de “construcciones de escasa entidad constructiva y sencillez técnica que no tengan, de forma eventual o permanente, carácter residencial ni público y se desarrollen en una sola planta”, del inciso final del art. 2 de la Ley de Ordenación de la Edificación, previsto para la exclusión del concepto de edificación de determinadas obras, a los efectos de dicha Ley 38/1999, y que no puede ser utilizado para negarle a las obras para las que se solicitó licencia el carácter de edificación, como obra de construcción de nueva planta (...). Se trata de uno de los supuestos en los que la ley establece el carácter negativo del silencio, con independencia y al margen de que el proyecto cumpla o no lo dispuesto en la normativa urbanística aplicable. Así resulta de lo preceptuado en la normativa básica estatal. El art. 24.1 de la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas no altera esta conclusión, ya que conforme al mismo “En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, (...), el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa, legitima al interesado o interesados para entenderla estimada por silencio administrativo, excepto en los supuestos en los que una norma con rango de ley o una norma de Derecho de la Unión Europea o de Derecho internacional aplicable en España establezcan lo contrario”; y en este caso una norma con rango de ley, aplicable al caso, establece el carácter negativo del silencio».*

#### 5.4 Recurso dirigido frente a resolución municipal desestimatoria de licencia por la previa denegación de la autorización sectorial autonómica preceptiva. No basta con impugnar la resolución final (municipal), debe recurrirse también la autonómica

Así lo ha concluido el TSJG en su Sentencia de 8 de octubre de 2021 (rec. 4133/2021, ponente: Martínez Quintanar), con el siguiente razonamiento:

*«Si el solicitante de la licencia municipal pretende la obtención de esta, ha de asegurarse la obtención de la autorización sectorial preceptiva, en este caso de la Consellería de Cultura. Esa autorización sectorial, aunque sea un requisito de previa y preceptiva observancia para la obtención de la licencia, no es propiamente un acto de trámite del expediente municipal de licencia, sino que es la resolución de un procedimiento administrativo distinto, el conducente a obtener la autorización sectorial, con su sustantividad propia, competencia de otra Administración autonómica, distinta a la municipal que tramita y resuelve sobre la licencia, que termina con una resolución definitiva que pone fin a ese expediente autonómico, la cual tiene su propio régimen de recursos, de lo cual el aquí apelante era conocedor, porque de hecho la recurrió en alzada. Tras la desestimación del recurso de alzada le correspondía, si pretendía conseguir la licencia municipal, recurrir jurisdiccionalmente la denegación de la autorización sectorial de la Consellería de Cultura, y no consta que lo haya hecho, y esto es lo decisivo, porque resulta contrario a derecho que el Concello otorgue la licencia si previamente no se ha obtenido la autorización sectorial preceptiva que es requisito de validez para que la licencia municipal pueda ser otorgada, y con ocasión de este procedimiento solo se puede analizar la validez de la resolución municipal –única recurrida– y no la dictada por otra Administración en la resolución de otro expediente.*

*Se trata de expedientes distintos, cada uno con un acto resolutorio dictado por una Administración distinta, siendo distintos los recursos que proceden contra los mismos, incluso desde el punto de vista de la competencia jurisdiccional. Aunque el procedimiento autonómico sectorial tenga la virtualidad de condicionar la posibilidad de resolver favorablemente el expediente municipal, la resolución de ese procedimiento autonómico no es propiamente un acto de trámite del expediente municipal de licencia, tiene una sustantividad propia, y con ocasión del recurso contra la licencia municipal no se puede entrar a analizar la validez de un acto distinto, dictado por una Administración distinta, en el ejercicio de sus competencias de protección del patrimonio cultural, ya que esa pretensión comportaría una desviación procesal (...)».*

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

## 5.5 Falta de competencia profesional de los ingenieros técnicos industriales para suscribir proyectos de minigasolineras en régimen de autoservicio

La Sentencia del TS de 15 de noviembre de 2021 (rec. 6706/2020, ponente: Huet de Sande) confirma en casación la anulación de una licencia de obra concedida por un ayuntamiento gallego para la instalación de una gasolinera en régimen de autoservicio, por haber sido redactado su proyecto técnico por ingeniero técnico industrial, en lugar de por un ingeniero superior. Concluye así el tribunal que:

*«(...) la concreta unidad de suministro de combustible para vehículos a motor proyectada es una obra compleja en la medida en que están concernidas muy diversas materias que no son abordadas por los estudios propios de la titulación de Ingeniería Técnica Industrial, pues no cabe entenderlas comprendidas ni en las enseñanzas básicas o comunes a cualquiera de las especialidades de la Ingeniería Técnica Industrial (...) ni, en su integridad, en ninguna de sus especialidades (...). [con esta conclusión] no podemos entender conculcado el principio de libertad de acceso y ejercicio de las actividades de servicios establecido en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre».*

## 6 Personal

### 6.1 Personal temporal. Consecuencias del abuso en la situación de temporalidad

El TS, en su Sentencia de 22 de diciembre de 2021 (rec. 3320/2019, ponente: Teso Gamella), constata que el Servicio Galego de Saúde de la Xunta de Galicia (Sergas) abusó de la demandante mediante vínculos concatenados de personal eventual temporal prolongados durante más de diez años, contraviniendo lo dispuesto en la cláusula 5.<sup>a</sup> del Acuerdo marco sobre el trabajo con contrato de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999 entre las organizaciones interprofesionales de carácter general (UNICE, CEEP y CES) –*Diario Oficial de la Unión Europea* de 10/07/1999–. La sentencia especifica las consecuencias de dicha actuación fraudulenta en estos términos:

*«(...) en presencia de una situación objetivamente abusiva a efectos de la cláusula 5 del Acuerdo Marco, ni esta disposición ni la legislación española prevén que la persona que se halla en dicha situación tenga derecho a la transformación en fija de su relación estatutaria de servicio de carácter no fijo. Por lo que añadimos que a la vista de cuanto queda expuesto, la respuesta a las cuestiones de interés casacional objetivo es la siguiente:*

*1. Una relación estatutaria de servicio de carácter no fijo que se prolonga ininterrumpidamente durante más de diez años sin que la Administración haya*

mostrado que estuviera destinada a algo distinto que cubrir una necesidad permanente, constituye una utilización objetivamente abusiva del trabajo de duración determinada, a efectos de la cláusula 5 del Acuerdo Marco.

2. Las consecuencias jurídicas de una situación contraria a la cláusula 5 del Acuerdo Marco son las expuestas en las sentencias de esta Sala n. 1425/2018 y n. 1426/2018, de 26 de septiembre de 2018, a saber: el derecho a la subsistencia de la relación de empleo –con los correspondientes derechos profesionales y económicos– hasta que la Administración cumpla debidamente lo dispuesto por el art. 10.1 del Estatuto Básico del Empleado Público y el derecho a reclamar la responsabilidad patrimonial de la Administración con arreglo a las normas generales de ésta.

3. Ni la cláusula 5 del Acuerdo Marco ni la legislación española prevén que la persona que se halla en una situación de utilización objetivamente abusiva del trabajo de duración determinada tenga derecho a la transformación en fija de su relación estatutaria de servicio de carácter no fijo».

## 7 Procedimiento administrativo

### 7.1 Acreditación de la representación de una entidad mercantil en la fase de interposición de recurso administrativo (alzada/reposición). Basta el certificado de firma electrónica habilitante para actuar electrónicamente

La Xunta de Galicia inadmitió numerosos recursos administrativos formulados por empresas de transporte contra resoluciones de la Consellería de Infraestructuras e Mobilidade por falta de acreditación de la representación de dichas entidades mercantiles por quien suscribía los recursos. El Tribunal Supremo, en sus sentencias de 28 de septiembre y 25 de octubre de 2021 (recs. 1379/2020 y 706/2020, ponentes: Córdoba Castroverde y Riego Valledor), censura el criterio formalista de la Administración autonómica, obligándole a aceptar la representación y fijando la siguiente doctrina jurisprudencial:

«1. El Consejero Delegado de una sociedad de capital en quien el Consejo de Administración haya delegado todas las funciones y facultades correspondientes al Consejo de Administración, excepto las indelegables por Ley, en los términos previstos por los artículos 233.2.d) del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 149.1 del Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, ostenta el poder de representación de la sociedad, por lo que puede actuar como representante de la misma ante la Administración Pública sin necesidad de disponer de un poder específico para ello.

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

2. El Consejero Delegado de una sociedad de capital en los términos del apartado anterior, que ha obtenido del organismo certificador competente un certificado de firma electrónica que le habilita para actuar telemáticamente en representación de una persona jurídica no necesita aportar, mientras esté vigente dicho certificado, un poder de representación de la sociedad con motivo de cada actuación concreta ante la Administración».

## 8 Proceso contencioso-administrativo

### 8.1 Legitimación pasiva de quien se persona en el proceso como codemandado. No cabe para un concejal de la oposición que únicamente pretenda defender los intereses de la corporación municipal

La Sentencia del TSJG de 12 de noviembre de 2021 (rec. 7071/2021, ponente: Villares Naveira) realiza un interesante análisis sobre los requisitos de legitimación pasiva exigibles a quien se persona como parte codemandada en un proceso contencioso-administrativo. Se la deniega a un concejal de la oposición que pretende defender por esa vía los intereses de la corporación municipal demandada ante la eventualidad de que se allane o se defienda mal en el pleito. Por dos razones complementarias:

*«En primeiro lugar, porque en tanto que concelleiro, o conxunto de facultades que lle asisten como representante público veñen recollidas na Lei 7/1985, reguladora das bases de réxime local, entre as que non se atopa a de ostentar a condición de coadxuvante do concello nin posición semellante nun procedemento xudicial. Cando o lexislador quixo apoderar a un membro da corporación con ocasión da impugnación da legalidade dun acto ou un acordo administrativo fíxoo, outorgando lexitimación activa a quen se opuxesen á resolución adoptada co seu voto (art. 63.1.b. LRBRL). Pero a lei vai máis alá e tamén regula especificamente a quen corresponde a defensa da legalidade dos actos adoptados pola corporación, que é con carácter xeral na persoa do seu alcalde, tal como establece o art. 21.k. LRBRL (...). Cando a competencia para a adopción do acordo corresponde ao pleno, a este corresponderá, en tanto que órgano colexiado esa mesma defensa (art. 22.2.j LRBRL), pero esta atribución é ao pleno, non a un concelleiro en particular.*

*En segundo lugar porque a xurisdición contencioso-administrativa non é o ámbito onde se ventilan responsabilidades políticas, senón de control de legalidade, de forma que mal pode exercer o concelleiro unha posición de fiscalización política alá onde o principio de oportunidade (que permite á corporación adoptar a decisión politicamente máis acorde coas propias conviccións da maioría de goberno dentro dos marxes que permite o ordenamento xurídico) resulta desprazado polo de legalidade.*

*Doutra banda, entende a sentenza que a posición procesual do codemandado lle permite unha posición de control eficaz fronte a actos de desistencia ou conformidade. Pero o concelleiro ten unha ferramenta de control fronte esta situación, dentro da propia corporación municipal. En efecto, o art. 75.1. LXCA indica que “Os demandados poderán achantar coa demanda cumprindo os requisitos exixidos no punto 2 do artigo anterior”, precepto que sinala que: “Se a Administración pública desistise, terase que presentar testemuño do acordo adoptado polo órgano competente consonte os requisitos exixidos polas leis ou regulamentos respectivos”. Como vimos de recordar, o concelleiro que votase en contra dese acordo pode impugnaloo xudicialmente de forma directa. Aínda neste caso, na vía xudicial corresponderíalle ao xuíz/a unha función de control de legalidade de oficio, cando manifesta o art. 75.2 LXCA que “Producido o achantamento coa demanda, o xuíz ou tribunal, sen máis trámites, ditará sentenza de conformidade coas pretensións do demandante, agás se iso supuxer unha infracción manifesta do ordenamento xurídico, caso en que o órgano xurisdiccional lles comunicará ás partes os motivos que se puideren opoñer á estimación das pretensións e oiraas por un prazo común de dez días, para ditar despois a sentenza que estime axustada a dereito”. En consecuencia, prevé o ordenamento unha posición eficaz para o concelleiro impugnar o acto que sirva de base á conformidade e a maiores encarga ao xuíz/a unha tutela de oficio de control da legalidade, como mínimo en casos de infracción manifesta do ordenamento xurídico, co marxe que a propia expresión deixa ao órgano xudicial.*

*Nesta mesma clave completa a sentenza de instancia que esta intervención coadjuvante tamén evita posicións da administración de falta de actividade procesual en defensa da legalidade do acto, pero este argumento debe ser obxectado con que tamén neste caso o órgano xudicial ten a facultade de practicar de oficio as probas que considere necesarias para a máis acertada decisión do asunto (art. 61.1. LXCA), polo que tampouco neste caso a intervención do concelleiro se antolla necesaria para evitar o decaemento da posición de defensa da legalidade da administración, quen polo demais non esquezamos que ocupa a máis desafogada posición de demandada, cos efectos que en sede de carga de proba comporta, amén da presunción de legalidade do acto coa que parte (...)».*

## 8.2 Determinación de la cuantía en recursos frente a sanciones disciplinarias a funcionarios

El TSJG, en su Sentencia de 15 de octubre de 2021 (rec. 69/2020, ponente: Fernández Conde), conforme a la última jurisprudencia del Tribunal Supremo, califica de “indeterminada” la cuantía del proceso promovido por un funcionario (secretario de un instituto de educación secundaria) frente a la sanción disciplinaria que le impuso la Consellería de Educación de la Xunta de Galicia de suspensión de empleo y sueldo por un mes y 15 días, al conllevar un perjuicio superior al meramente económico. Atendiendo a este criterio, las sentencias dictadas en primera instancia por los

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

juzgados de lo contencioso-administrativo con carácter general son susceptibles de recurso de apelación.

### **8.3 Responsabilidad patrimonial de las mutuas de enfermedades profesionales por asistencia sanitaria deficiente. Competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa**

La Sentencia del TSJG de 15 de septiembre de 2021 (rec. 172/2021, ponente: Seoane Pesqueira) resuelve la controversia sobre si el conocimiento de las reclamaciones indemnizatorias por error sanitario frente a las mutuas de enfermedades profesionales le corresponde a la jurisdicción social o a la contencioso-administrativa, reconociendo finalmente la competencia de esta última:

*«El conflicto entre la jurisdicción contenciosoadministrativa y la social en torno a la atribución de la competencia para el conocimiento de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial frente a las Mutuas ya se ha planteado previamente entre las dos Salas de este Tribunal Superior de Justicia de Galicia, y fue resuelto por la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo en el auto de 26 de septiembre de 2017, que decidió el conflicto negativo de competencia n. 10/2017 en el sentido de que la competencia corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa, por lo que a esa decisión hemos de atenernos».*

## **9 Responsabilidad patrimonial**

### **9.1 Por la anulación judicial de la prórroga de concesiones de transporte de viajeros por carreteras. Actuación administrativa razonada y razonable. Inexistencia de antijuridicidad y de relación de causalidad**

El TSJG, en su Sentencia de 22 de septiembre de 2021 (rec. 27/2019, ponente: Seoane Pesqueira), desestima la reclamación indemnizatoria formulada contra la Xunta de Galicia por una empresa dedicada al transporte de viajeros por carretera por los perjuicios derivados de la imposibilidad de amortizar las inversiones realizadas al anularse por Sentencia del TS de 14 de marzo de 2016 (rec. 585/2016) la prórroga de su concesión.

El tribunal concluye, en primer lugar, que: *«la actuación de la Administración se mantuvo dentro de los márgenes de lo razonable y razonado, pues disponía del respaldo de la Ley 5/2009 e incluso la Comisión Europea avaló su actuación, y a ello cabe añadir que la propia Ley 5/2009, en su disposición final primera (...) excluía la responsabilidad de la Administración en los casos en que los contratos previstos en la propia Ley 5/2009 se resolviesen por normativa de rango superior o por decisión de los órganos jurisdiccionales (en este caso por la STS de 14/3/2016), estableciendo que las ampliaciones de plazos de*

*prestación de servicios que resultasen de la aplicación de la propia Ley no serían tomados en consideración a efectos de eventuales indemnizaciones.*

*Puesto en relación con el artículo 32.3 de la Ley 40/2015, ello da lugar a que no habría derecho a indemnización, porque así lo establece la propia Ley. (...) existe una consolidada doctrina jurisprudencial que deja abierta la vía del margen de tolerancia o apreciación para denegar la indemnización solicitada por ausencia del presupuesto de la antijuridicidad del daño. (...) De la exposición de dicha jurisprudencia se deriva que la aplicación de la doctrina del margen de apreciación no se restringe a los casos de ejercicio de potestades discrecionales o regladas que contengan conceptos jurídicos indeterminados, sino que se amplía a los supuestos en que se trate del ejercicio de potestades absolutamente regladas, ya que en ese caso procederá el sacrificio individual, no obstante la anulación posterior de las decisiones administrativas, cuando éstas se ejerciten dentro de los márgenes de razonabilidad que cabe esperar de una Administración pública llamada a satisfacer los intereses generales. (...)».*

*En segundo lugar, que «tampoco podría prosperar la reclamación por el cauce del artículo 32.5 de la Ley 40/2015 (...) que prevé la responsabilidad de la Administración si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma declarada contraria al Derecho de la Unión Europea, porque el incumplimiento del Derecho Comunitario no puede considerarse suficientemente caracterizado, ya que, como hemos visto antes, la propia Comisión Europea concluyó que no hay motivos para considerar tajante su disconformidad con la normativa comunitaria, por lo que no se cumpliría el requisito del apartado b) de aquel artículo 42.5.b».*

*Y en tercer y último lugar, que «tampoco concurre el del apartado c), relativo a la relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el Derecho de la Unión Europea y el daño sufrido por los particulares (...). Es cierto que la anulación judicial de la resolución de 26/2/2010 trajo consigo la invalidez de la prórroga de la concesión de transporte público regular de personas, y con ello inicialmente hizo ineficaces las inversiones realizadas, pero también lo es que, para dar respuesta a la mencionada STS e 14/3/2016, se aprobó por el Parlamento de Galicia la Ley 10/2016, que dio la oportunidad a la actora, en su artículo 3, para continuar con la concesión, lo que le hubiera permitido rentabilizar todas las inversiones que había realizado, y si no lo aprovechó fue porque renunció a acogerse a esa posibilidad».*

## 10 Tributos

### 10.1 Ordenanza fiscal municipal reguladora de la tasa sobre el ciclo integral del agua. Informe técnico-económico sobre el coste del servicio

La Sentencia del TS de 24 de junio de 2021 (rec. 1076/2020, ponente: Merino Jara) confirma en casación la del TSJG que declaró la nulidad de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Carballo reguladora de las tasas por la prestación de servicios

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

públicos municipales correspondientes al ciclo integral del agua (suministro de agua potable, de red de alcantarillado y de saneamiento y depuración de aguas residuales).

El alto tribunal interpreta lo dispuesto en el artículo 25 del Texto refundido de la Ley de haciendas locales (TRLHL) sobre el informe técnico-económico exigible para la imposición de la tasa, concluyendo que: *«no resulta posible considerar como informe técnico-económico –para la aprobación de la exacción que el Ayuntamiento de Carballo conceptúa como tasa–, el estudio de viabilidad económico-financiera del contrato de gestión del servicio público elaborado por la propia concesionaria, objeto de la propia exacción»*. Ahonda el TS en que:

*«Los informes técnico-económicos no son simples requisitos formales sino requisitos esenciales que han de preceder siempre a los acuerdos de aprobación de las ordenanzas fiscales reguladoras de las tasas, determinando su omisión la nulidad de aquellos acuerdos al no permitir esa omisión el control del cumplimiento del límite global del coste del servicio o actividad y del principio de reserva de ley, la relación existente entre cuantía de la tasa y costes provocados al ente público y el respeto de la capacidad económica de los administrados, bien entendido que la omisión no viene determinada sólo por la total inexistencia de unos documentos calificados como tales informes, sino también por la falta de un mínimo rigor en el planteamiento y formulación de los mismos. El vicio procedimental denunciado es motivo de nulidad de pleno derecho, por aplicación del art. 62.2 de la Ley 30/1992. Y ello es lógico si se tiene en cuenta que el informe técnico económico es esencial en la formación de la voluntad de los órganos de la Administración en este tipo de procedimientos. Y es que no podemos perder de vista que no nos encontramos ante una impugnación de un acto administrativo, sino ante un recurso directo contra una Ordenanza, cuya categoría es la de disposición de carácter general»*.

## 11 Universidades

La Sentencia del TSJG de 1 de diciembre de 2021 (rec. 321/2021, ponente: Sánchez Romero) desestima el recurso interpuesto por una universidad gallega, por el cauce especial de protección de derechos fundamentales, contra la Orden de 26 de marzo de 2021, de la Xunta de Galicia, por la que se regula el procedimiento de aprobación de centros e institutos de investigación del Sistema Universitario de Galicia.

La sentencia analiza en profundidad el derecho fundamental a la autonomía universitaria. Concluye finalmente que la orden impugnada no lo vulnera, toda vez que:

*«(...) como resulta de su articulado, y la remisión que se efectúa a la Ley 6/13 del Sistema Universitario de Galicia, no puede entenderse que en la misma se limite o deje vacía de contenido la potestad legalmente reconocida a las universidades para la creación de estructuras específicas que actúen como soporte de la investigación y de la docencia, o, como se recoge en el artículo 5 de la citada Ley autonómica, de “Cualquier otro centro o unidad diseñada a este fin por cada universidad en sus estatutos o normas de organización y funcionamiento interno”*.

*Y ello por cuanto se parte en la regulación que se hace del procedimiento de aprobación de esas estructuras ya creadas por las universidades, y sin que, al determinar un procedimiento de aprobación se esté innovando respecto a lo que ya se recoge en la Ley 6/13, pues no puede obviarse que en el artículo 17 de ésta se señala “En el caso de las universidades públicas, la creación, modificación y supresión de los centros docentes y unidades de I+D+I, contempladas en el art. 5 de la presente ley, incluidos, en su caso, aquellos centros o estructuras que organicen enseñanzas en la modalidad no presencial, serán aprobadas por la Xunta de Galicia”, y, en coherencia con ello el artículo 2 de la Orden determina su ámbito de aplicación refiriéndose a los centros e institutos de investigación del SUG como “aquellas estructuras de I+D+I mencionadas como tales en el artículo 5 de la Ley 6/2013”; en consecuencia, lo único que hace la Orden ahora recurrida es regular el procedimiento de aprobación, respetando en cualquier caso la iniciativa y las competencias propias de las universidades de acuerdo con el marco legal ya expuesto.*

*Por tanto, no habiéndose impugnado la Ley 6/13, a la que la Orden desarrolla, y sin que se haya percibido una distinción en ésta a los efectos de aprobación, como parece indicarse en la demanda, pues los centros de investigación que como estructuras propias pudieran ser creados por la universidad participan de la definición dada en el artículo 5 de la Ley 6/13, no cabe hablar de la vulneración del derecho fundamental de autonomía universitaria por la orden recurrida.*

*Por lo demás, se manifiesta por la actora que con la norma impugnada se deja vacía de contenido la posibilidad de crear centros de investigación, por ser artificiosa la diferencia entre creación y aprobación, ya que esta última constituiría un pronunciamiento último de la Administración autonómica para determinar lo que han de considerarse centros de investigación a los efectos de optar a financiación, subvenciones, ... Y, ante ello cabe indicar que, como se explica en conclusiones por el Letrado de la Xunta de Galicia, la finalidad de la regulación, pero no sólo la Orden sino también la de la Ley 6/13, que es la que señala la aprobación por la Xunta de Galicia en el artículo 17, es el ejercicio y control de la competencia de fomento de la investigación que se reconoce a la Comunidad Autónoma en el artículo 27.19 del Estatuto de Autonomía, de forma que se pueda financiar o subvencionar por la Comunidad aquellas estructuras de I+D+I que cumplan determinados criterios de excelencia científica e investigadora que se persigue, y de ahí que se configure un procedimiento que permita a la unidad o estructura adquirir la categoría que le hace acreedora de esas vías de financiación adicionales a las ordinarias de la Universidad. Por ello, si las universidades pretenden que las estructuras de I+D+I por ellas creadas accedan a determinados beneficios, han de acreditar que cumplen la finalidad perseguida por la Comunidad Autónoma con ellos, y la forma de acreditarlo es el procedimiento de aprobación que se regula en la Orden impugnada, y sin que ello suponga vulneración alguna de la autonomía universitaria. Así, se manifiesta en el artículo 6 de la Orden “a los efectos de la tramitación de su aprobación por parte de la Xunta de Galicia, los*

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

*centros e institutos de investigación del SUG que se acojan al proceso de aprobación regulado en esta orden tendrán que cumplir unos requisitos, tanto en su solicitud inicial como en sus modificaciones y a lo largo de su existencia, que acrediten una calidad investigadora de alto nivel, comprometida con el desarrollo de Galicia al tiempo que con unos altos niveles de autofinanciamiento y viabilidad científica”.*

*En consecuencia, en atención a lo expuesto, el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Universidad de Santiago de Compostela ha de ser desestimado, al no considerarse que la Orden impugnada vulnera el derecho fundamental a la autonomía universitaria, pues la misma no es más que un desarrollo de la Ley 6/13 de Sistema Universitario de Galicia, articulando el procedimiento para la aprobación que se prevé en la citada norma legal para determinadas estructuras universitarias, entre los que están en general los centros o unidades diseñadas para el fin de la docencia o de la investigación por cada universidad en sus estatutos o normas de organización y funcionamiento interno; y sin que el trámite de aprobación prive a las universidades de la potestad de creación, modificación o supresión de tales centros, siendo por lo demás el procedimiento que se articula un procedimiento voluntario, que ha de partir de la iniciativa de la universidad, pudiendo existir centros de investigación creados por las universidades que no se sometan a este procedimiento de aprobación».*