



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 64_xullo-decembro 2022 | pp. 191-213
Santiago de Compostela, 2022
<https://doi.org/10.36402/regap.v2i64.5013>
© Francisco de Cominges Cáceres
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371
Recibido: 29/11/2022 | Aceptado: 29/11/2022

Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

Xurisprudencia contencioso-administrativa

Jurisprudencia contencioso-administrativa

Contentious-administrative jurisprudence

64 Regap

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

FRANCISCO DE COMINGES CÁ CERES

Maxistrado (Galicia, España)

f.cominges@poderjudicial.es

SUMARIO: 1 Administración local. 1.1 Ordenanza lingüística municipal. 1.2 Cuestión de confianza vinculada a unha modificación orzamentaria. Non permite eludir a fase de información pública preceptiva para a aprobación dos orzamentos municipais. 1.3 Competencia do presidente de deputación provincial para adquirir participacións de Tragsa como medio propio para o servizo de conservación de zonas verdes. 1.4 Policía local. O plus de nocturnidade e festividade debe integrarse no complemento específico do posto, remunerándose mensualmente mesmo en períodos de vacación e permisos ou ausencias xustificadas. 1.5 Encargos verbais de obras ou servizos con omisión absoluta do procedemento de contratación. Só se poderían aboar polo procedemento de revisión de oficio de contrato nulo. Responsabilidade penal da autoridade municipal contratante. 2 Etranxeiría. 2.1 Inmigrantes en situación irregular. Non procede a súa expulsión, nin a súa sanción con multa, se non concorren circunstancias agravantes. Incidencia de informes policiais desfavorables, antecedentes penais e indocumentación. 3 Medio ambiente e urbanismo. 3.1 Costas. Constitucionalidade da Lei de cambio climático no que afecta á extensión das concesións de ocupación do dominio público marítimo-terrestre e as súas prórrogas. 3.2 Edificacións en situación de

fóra de ordenación por caducidade da potestade de disciplina urbanística. O mantemento ou o cambio de uso require do cumprimento da normativa sobre seguridade, salubridade e ornato. 4 Procedemento administrativo. 4.1 Notificacións realizadas en papel polo servizo de correos. Se o destinatario se atopa ausente, debe deixarse un aviso na súa caixa de correo, con constancia fidedigna diso. 4.2 Procedemento de “comunicación previa” para a habilitación de actividades. Non cabe ampliar o prazo para resolver. 4.3 Incumprimento da obriga de realizar por vía electrónica, en lugar de en papel, as notificacións ás persoas xurídicas. Irregularidade formal non invalidante. 5 Proceso contencioso-administrativo. 5.1 Litixios entre administracións públicas. Prazo de interposición do recurso contencioso-administrativo. 5.2 Determinación da contía nos procesos dirixidos fronte a actos da Tesouraría Xeral da Seguridade Social. 5.3 Rehabilitación de prazos no trámite de emenda de deficiencias da fase inicial de interposición dun recurso contencioso-administrativo. 6 Sanidade. 6.1 Vulneración do réxime de incompatibilidades do persoal sanitario facultativo. Falta moi grave. 6.2 Responsabilidade patrimonial sanitaria. 6.3 Instrución sobre continuación do tratamento crónico do farmacéutico de Atención Primaria en situacións especiais. 7 Tributos. 7.1 Ordenanza fiscal municipal reguladora da taxa pola utilización privativa ou aproveitamento especial do dominio público local das instalacións de transporte e distribución de enerxía eléctrica. 7.2 Caducidade do expediente de comprobación de valores. Principio de boa administración. 7.3 Embargo de contas bancarias en réxime de cotitularidade. 7.4 Carácter non automático de recargas por pagamento atrasado da débeda tributaria antes do inicio da fase de constrinximento. 8 Universidades. 8.1 Avaliación virtual dos alumnos do curso académico 2019-2020 durante o estado de alarma da pandemia de coronavirus.

1 Administración local

1.1 Ordenanza lingüística municipal

A Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (TSXG), na súa Sentenza do 7 de novembro de 2022 (rec. 7649/2021, relator: Villares Naveira), desestima o recurso interposto pola asociación Hablamos Español contra a ordenanza municipal de uso da lingua galega, aprobada polo Concello da Coruña en xuño de 2021 (BOP 22/06/2021). A sentenza, de máis de 60 páxinas, analiza de xeito profuso e detallado o réxime xurídico aplicable a este tipo de regulamentacións, concluíndo finalmente a total conformidade a dereito da impugnada no proceso, tanto desde unha perspectiva formal como substantiva, coas seguintes consideracións:

«(...) Empregar e promover o uso do galego por parte da administración coa cidadanía non nega a cada cidadán/á o seu dereito de escolla lingüística relational se así o desexa, simplemente establece un uso normal do galego por parte do Concello, o cal deriva directamente de mandatos de carácter estatutario e legal que apuntan a esta solución como política de normalización lingüística dunha lingua historicamente sometida a un proceso sociolingüístico de diglosia. (...) en ningún destes preceptos, como no texto da Ordenanza, se impide o uso do castelán polo Concello a instancias do cidadán (...). a Ordenanza ten por obxecto regular o uso do galego no Concello, e se ese é o seu cometido, é normal que, na súa técnica normativa, se poña o acento nos aspectos da vida municipal nos que se quere proxectar a súa presenza e a forma ou os medios cos que se quere concretar; primeiro porque é un mandato do propio EAG e o resto de normas legais

de desenvolvemento sectorial, e segundo, porque se a Ordenanza fose un simple corta e pega de normas de rango superior, sería superflua, dado que a súa achega ao ordenamento xurídico consiste precisamente en explicar e desenvolver en que consistirá a promoción e normalización do uso do galego no eido municipal, de xeito que o resto de aspectos relativos ao castelán logo dunha primeira cita de recoñecemento do seu status de oficialidade, poderán ser sobreentendidos pola vixencia do principio de xerarquía normativa (...). Debemos ter en conta especialmente unha clara e constante doutrina constitucional que indica que a omisión en normas desta natureza –é dicir, de regulación de uso e normalización de linguas oficiais do Estado diferentes do castelán– das referencias á outra lingua oficial non implica nin unha exclusión do seu estatuto constitucional nin un menosprezo ou unha pretensión de inseguridade á cidadanía (...)».

1.2 Cuestión de confianza vinculada a unha modificación orzamentaria. Non permite eludir a fase de información pública preceptiva para a aprobación dos orzamentos municipais

O alcalde do Concello de Ourense formulou no pleno municipal unha cuestión de confianza vinculada á aprobación dunha modificación orzamentaria (créditos extraordinarios e suplementos de crédito) de máis de 62 millóns de euros, pola canle procedemental establecida no artigo 197.bis) da Lei orgánica 5/1985, do 19 de xuño, do réxime electoral xeral (LOREX). Rexeitada a cuestión de confianza e transcorrido un mes sen que se presentase unha moción de censura con candidatura alternativa, o alcalde procedeu, mediante decreto, a aprobar definitivamente a modificación orzamentaria, amparándose no artigo 197.bis.5 LOREX.

Varios concelleiros impugnárono. O Xulgado do Contencioso-Administrativo número 2 de Ourense, na súa Sentenza do 13 de maio de 2022, estimou o recurso e anulouno. O TSXG, na posterior Sentenza do 4 de novembro de 2022 (rec. 7108/2022, relator: Paz Eiroa), rexeita a apelación do Concello.

A anulación motivouse, en esencia, no criterio establecido sobre este tipo de procedementos pola Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo (TS) na súa Sentenza do 13 de febreiro de 2015 (rec. 6446/2008). Segundo considerou o Xulgado de Ourense na sentenza obxecto de apelación:

«Con arreglo a dicha doctrina emanada del Tribunal Supremo, podemos llegar a la conclusión de que tras el transcurso del plazo sin presentación de moción de censura estaríamos ante una aprobación inicial de la modificación, tras lo cual restaría tan solo la exposición pública durante 15 días hábiles y el posterior examen de las reclamaciones presentadas por parte del pleno, admitiendo o rechazando las mismas.

Es cierto, como afirma la Administración, que ello podría derivar en una nueva situación de bloqueo, en cuanto que la modificación presupuestaria terminaría nuevamente en el pleno, que podría rechazar definitivamente la misma, por lo

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

que nos situaríamos nuevamente en la casilla de salida y sin que se atisbe una solución futura a la situación de estancamiento.

Ahora bien, no puede ignorarse tampoco que la exposición al público y las posibles alegaciones que los ciudadanos puedan hacer no tienen un contenido ilimitado sino tasado, y el mismo aparece recogido en el artículo 170.2 de la Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (...). Entiendo que el hecho de que las reclamaciones aparezcan extraordinariamente limitadas impediría que, de haberse cumplido los requisitos necesarios para la modificación presupuestaria a que se refiere el citado artículo, en la posterior votación que se produzca en el pleno pueda acogerse alguna de ellas, aunque estando por el medio intereses políticos hipotéticamente podría darse tal situación, ya que podría admitirse cualquier reclamación por peregrina que fuese para que, en tanto en cuanto se tramite el correspondiente proceso judicial contra dicha decisión, se produzca una situación de paralización institucional.

Sin embargo, la sentencia del Tribunal Supremo da prioridad a la participación ciudadana en los asuntos públicos sobre esa posible situación futura, con lo cual debe asumirse ese riesgo.

Por ello, si bien la posición del Concello de Ourense es razonable y está debidamente razonada, lo cierto es que la doctrina del Tribunal Supremo, al menos a día de hoy y aunque manifestada en una sola sentencia, es la que es, y no consta que tras esta conocida sentencia se haya producido algún tipo de modificación legislativa bien encaminada a excluir la participación ciudadana en la aprobación o modificación presupuestaria en casos como el que nos ocupa, tal y como se advertía en la sentencia, o bien dirigida a precisar que la aprobación no es inicial, sino definitiva sin necesidad de ningún trámite adicional (...).»

1.3 Competencia do presidente de deputación provincial para adquirir participacións de Tragsa como medio propio para o servizo de conservación de zonas verdes

A Sentenza do TSXG do 21 de outubro de 2022 (rec. 7102/2022, relator: Fernández López) desestima o recurso interposto fronte á decisión do presidente da Deputación Provincial de Lugo de adquirir unha participación da sociedade mercantil Empresa de Transformación Agraria, SA (Tragsa), como medio propio para atender o servizo de mantemento e conservación das zonas verdes, con esta motivación:

«La resolución del presidente de la Diputación Provincial de Lugo de 13.12.19 que se impugnó (...) se limitó a aprobar la adquisición de una participación de una sociedad mercantil, en este caso pública. (...) En este caso, una de las competencias o potestades con que cuentan las entidades locales, es la de autoorganización a

que se refiere el artículo 4.1.a) de la LRBRL, texto legal que, al referirse a la organización de las diputaciones, dispone en su artículo 33.2.a) que tal competencia le corresponderá a sus órganos plenarios, de conformidad con lo dispuesto en su artículo 33.2.a), al igual que también les corresponde a estos las demás competencias que les atribuyan las leyes, como sucede con la conferida en la disposición adicional segunda de la LCSP, para el caso de que se quieran adjudicar contratos administrativos por encima de un determinado umbral económico, o con la recogida en el artículo 85.2.A.d) de la LRBRL, para el caso de que se quisiera prestar un servicio a través de una empresa pública de capital exclusivamente local, como fue el caso de la que mantenía y conservaba las zonas verdes antes de decidir que pasaran a prestarse por “Tragsa”.

Debe repararse en que el citado artículo 85, al igual que los artículos 85.bis, 85.ter y 86 de la misma ley, no están alojados dentro de un capítulo o sección referidos a la organización local, sino relacionados con el modo de prestar un servicio de competencia local (artículo 85) o de una actividad económica (artículo 86), en este caso la gestión de los propios intereses provinciales a que se refieren sus artículos 1.2 y 2.1, gestión que aquí se manifestaba en el mantenimiento y conservación de los espacios verdes, para lo que se hacía preciso adquirir una acción de la sociedad mercantil pública, en los términos estipulados en el apartado 3 de la disposición adicional décimo cuarta de la LCSP, referido a “Tragsa”, como medio propio de los contemplados en su artículo 32.2, pero sin que ello comportara que se estuviera en presencia de una sociedad mercantil de capital exclusivamente provincial (artículo 85.ter de la LRBRL), como sucedió al comienzo, ni menos aún que esa decisión de participar en la empresa pública tuviera algo que ver con el ejercicio de una potestad de autoorganización.

Así es, ya que las cuestiones de tipo organizativo o estructural que conciernen a las diputaciones se recogen en el artículo 32 de la LRBRL, que enumera sus órganos obligatorios, así como los complementarios que se pueden crear, dentro de la potestad de autoorganización a que se refieren los artículos 4.1.a) de esa ley y 5.2 de la LRJSP, precepto éste que dispone que “corresponde a cada Administración Pública delimitar, en su respectivo ámbito competencial, las unidades administrativas que configuran los órganos administrativos propios de las especialidades derivadas de su organización”, a lo que añade su apartado 3 que la creación de cualquier órgano administrativo exigirá, al menos, que se determine su forma de integración en la Administración Pública de que se trate y su dependencia jerárquica, que se delimiten sus funciones y competencias y que se les dote de los créditos necesarios para su puesta en marcha y funcionamiento.

No era este el caso de la decisión de adquirir una participación societaria para utilizar, de forma legítima, a “Tragsa” como medio propio para prestar un servicio, gasto que en este caso tan sólo ascendió a 8.225,00 euros, que entraba dentro del límite de disposición que al presidente le reconoce el artículo 34.1.f) de

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

la LRBRL, en relación con el 185.2 del texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, de lo que resulta que se tenga que acoger la pretensión revocatoria de la sentencia apelada, lo que comporta que se desestime el recurso principal y que se confirme la adecuación a derecho de la resolución presidencial de 13.12.19, pero también del acuerdo de la Junta de Gobierno Provincial de 27.12.19 que trajo su causa de aquélla, que tampoco tenía contenido organizativo, ni se separó de lo permitido en la disposición adicional vigésimo cuarta de la LCSP».

1.4 Policía local. O plus de nocturnidade e festividade debe integrarse no complemento específico do posto, remunerándose mensualmente mesmo en períodos de vacación e permisos ou ausencias xustificadas

Os axentes da Policía Local do Concello de Vigo, que perciben pluses de nocturnidade e festividade polas xornadas concretas realizadas en franxa nocturna ou en día festivo, solicitaron recibir a parte proporcional dos ditos complementos retributivos en período vacacional, de desfrute de permisos, baixas laborais, etc. Fundaron a súa pretensión no precedente do persoal do Servizo de Extinción de Incendios do Concello de Ourense resolto polo Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo) na súa Sentenza do 1 de outubro de 2020 (rec. 7908/2018).

En fase de apelación, o TSXG admitiu as súas demandas, entre outras nas súas sentenzas do 18 de outubro e 14 de setembro de 2022 (recs. 187/2022 e 173/2022, relatores: Seoane Pesqueira e López González). Nelas a Sala recoñécelles aos policías recorrentes o dereito «Al percibo de los pluses de festividad y nocturnidad durante los períodos de vacaciones, situaciones de incapacidad temporal, días de libre disposición y demás permisos retribuidos». Cunha dobre motivación:

– «lo que el actor percibe por nocturnidad y festividad no remunera prestaciones fuera del turno ordinario, sino las realizadas dentro de la jornada ordinaria y con arreglo a los turnos asignados. (...) Los turnos y horas asignados al actor constituyen el trabajo ordinario y habitual del recurrente y no corresponden a ninguna actividad u organización extraordinaria o especial».

– Na relación de postos de traballo (RPT) do dito Concello, nos complementos específicos dos axentes de policía non se incluíu a penosidade derivada das quendas nocturnas e festivas. Ese concepto quíxose remunerar á parte, como gratificación ou produtividade. «El propio ente local demandado no solo no afirmaba tal inclusión, sino que, amparándose en la doctrina sentada por la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1995 (hoy ya superada) señalaba la imposibilidad de aquella inclusión».

1.5 Encargos verbais de obras ou servizos con omisión absoluta do procedemento de contratación. Só se poderían aboar polo procedemento de revisión de oficio de contrato nulo. Responsabilidade penal da autoridade municipal contratante

A Sentenza do TSXG do 19 de xullo de 2022 (rec. 7016/2022, relator: Villares Naveira) avanza na clarificación do réxime xurídico aplicable a estes supostos de alegaldade contractual, frecuentes en determinadas administracións locais. En pronunciamientos anteriores, citados no número 62 da Regap, o dito tribunal estableceu que non existe a obriga de compensar por “enriquecemento inxusto” o empresario que realiza o encargo con “mala fe”, beneficiándose conscientemente da omisión do procedemento contractual exixible. Nesta sentenza alcanza outra conclusión novidosa (certamente polémica): Non procede realizar o aboamento deste tipo de obras ou servizos directamente mediante o mecanismo do “recoñecemento extraxudicial de créditos” (REC) a que aluden o artigo 60.2 do Real decreto 500/1990, do 20 de abril, e o artigo 23.1.e) do Real decreto legislativo 781/1986, do 18 de abril (TRRL). Antes debe tramitarse un procedemento de “revisión de oficio de contratos nulos”:

«(...) non discutida polas partes a inexistencia absoluta de procedemento de contratación (...) é evidente que concorre unha nulidade de pleno dereito prevista no art. 32 do TRLCSP (análoga á actual do art. 39 LCSP no que agora interesa) e no art. 47.1.e. LPACAP. Ante unha nulidade de pleno dereito, a propia administración tiña como mecanismo de reacción autónomo a revisión de oficio de actos nulos de pleno dereito. Neste sentido, se ben o TRLCSP refire só os actos de preparación e adjudicación, isto faise para establecer determinadas especialidades, sen que impida acudir con carácter xeral ao art. 106.1. LPACAP. É por isto que cando en sede administrativa son consultados os órganos de asesoramento técnico do Concello, Secretaría e Intervención, incidan nesta opción, que é á que se agarra o apelante.

Só unha vez que se declara a nulidade de pleno dereito de todo o actuado, por inexistencia absoluta de procedemento de contratación, é cando hai que reparar as consecuencias que afecten negativamente a terceiros de boa fe, e cuxo contexto normativo pode ser o REC. Pero iso debe corresponder a unha fase ulterior do camiño administrativo.

Esta actuación para emendar o mal feito en casos de ausencia de procedemento de contratación, como presuposto do aboamento das obras ou servizos é o que late na recente STS n. 722/2022, de 13 de xuño, en cuxo FX 3º dá conta da previa revisión de oficio ante ausencia absoluta de procedemento, a partir da cal se fixa unha indemnización polas obras efectivamente realizadas, excluíndose determinadas cantidades coma determinados tipos de xuro ao non se tratar dunha situación contractual. (...).

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

No caso de autos, o Concello obviou non só o procedemento administrativo de contratación de forma groseira, senón o relativo á declaración de nulidade (...) Non pode haber recoñecemento de crédito a favor dun particular se non hai causa que o xustifique. E a causa neste caso non pode ser outra que a inexistencia de contratación administrativa válida, e tal feito tiña que ser declarado pola propia administración pola vía da revisión de oficio de actos nulos de pleno dereito. Esta declaración era necesaria porque daba a medida de cal tiña que ser o ámbito precisamente do recoñecemento extraxudicial de crédito».

A sentenza engade outra consideración interesante. Conclúe que cando afloran estes supostos de omisión total e absoluta do procedemento de contratación, por contía relevante, deben comunicarse á fiscalía ou á xurisdición penal para que se exixan as correspondentes responsabilidades penais:

«O art. 262 LACrim indica que “Os que por razón dos seus cargos, profesións ou oficios tiveren noticia dalgún delito público, estarán obrigados a denuncialo inmediatamente ao Ministerio fiscal, ao Tribunal competente, ao Xuíz de instrución e, na súa falta, ao municipal ou ao funcionario de policía máis próximo ao sitio se se tratar dun delito flagrante”. No presente litixio, entende a Sala que a omisión absoluta de procedemento de contratación administrativa dadas as súas dimensións (máis dun millón e medio de euros e en relación a varias materias diferentes o que implica que se eludiu o procedemento de contratación de forma recalcitrante) e prolongación no tempo (as prácticas abranguen varios anos), unido á multiplicidade de advertencias feitas polos órganos de Intervención e Secretaría do Concello que constan no expediente sobre a ilegalidade das actuacións, revelan a existencia de feitos que poden ser indiciarios de actividade delitiva no eido da prevaricación administrativa (...)».

2 Estranxeiría

2.1 Inmigrantes en situación irregular. Non procede a súa expulsión, nin a súa sanción con multa, se non concorren circunstancias agravantes. Incidencia de informes policiais desfavorables, antecedentes penais e indocumentación

O TS, nas súas sentenzas do 5 e 20 de outubro de 2022 (recs. 270/2022 e 5793/2021, relatores: Herrero Pina e Olea Godoy) clarifica o réxime sancionador aplicable a día de hoxe en España aos residentes estranxeiros en situación irregular, tras as cuestións prexudiciais resoltas polo Tribunal de Xustiza da Unión Europea nas súas sentenzas do 22 de abril de 2015 (C-38/14), 8 de outubro de 2020 (C-568/19) e 3 de marzo de 2022 (C-409/20).

Conclúe, en primeiro lugar, que aos ditos cidadáns non se lles pode expulsar, nin sancionar con multa pecuniaria, se á mera permanencia irregular non se lle engaden determinadas circunstancias agravantes, acreditadas e motivadas no expediente.

En segundo lugar, que «la mera cita genérica de la existencia de condena penal o de antecedentes policiales, cuyas circunstancias y resultado no se justifican por la Administración, no puede servir de fundamento o circunstancia agravante que permita cumplir con el presupuesto de proporcionalidad en la adopción de la decisión de expulsión».

E, en terceiro lugar, que «la falta de documentación como circunstancia agravante ha de ponerse en relación con las dificultades para la correcta identificación del interesado, que impidan conocer su identidad, origen y demás circunstancias personales, comprometiéndose la tramitación del procedimiento, lo que no puede predicarse de supuestos como el presente en el que el recurrente, aunque no aportara documentación en el momento de la detención, no carecía de la misma y de hecho en el propio acuerdo de incoación del procedimiento se refleja el número de su Cédula de Identidad, nombre, lugar y fecha de nacimiento y filiación, indicándose también un domicilio en Madrid. Y posteriormente se aportó el correspondiente pasaporte en la parte que a tales efectos resulta suficiente (...). En tal sentido y contrariamente a lo que se sostiene en la sentencia de apelación, como hemos razonado en la sentencia de 27 de abril de 2022 (rec. 2958/21), si bien la falta de una inicial presentación de documentación e identificación del interesado puede justificar la aplicación del procedimiento preferente, si con posterioridad se aporta y acredita la existencia de tal documentación desaparece como tal causa de agravación a efectos de la adopción de la decisión de expulsión».

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

3 Medio ambiente e urbanismo

3.1 Costas. Constitucionalidade da Lei de cambio climático no que afecta á extensión das concesións de ocupación do dominio público marítimo-terrestre e as súas prórrogas

O Tribunal Constitucional (TC) na súa Sentenza 90/2022, do 30 de xuño (BOE de 29/07/2022, relator: Martínez-Vares García), desestima o recurso de inconstitucionalidade interposto pola Xunta de Galicia fronte ao artigo 20 e a disposición derogatoria única da Lei 7/2021, do 20 maio, de cambio climático e transición enerxética.

No artigo 20.4 da desa lei dispúxose que «Los plazos de duración de los títulos de ocupación del dominio público marítimo-terrestre se computarán desde su otorgamiento e incluirán todas sus prórrogas, de ser estas posibles, sin superar los plazos máximos establecidos en la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas y en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, siendo nulos de pleno derecho los actos administrativos que se dicten tras la entrada en vigor de esta ley en incumplimiento de lo previsto en este artículo».

A Xunta de Galicia esgrimiu no seu recurso que esa norma vulnera o principio constitucional de seguridade xurídica, ao contradicir ou ignorar disposicións legais

anteriores sobre a vixencia e prórrogas destas concesións demaniais, sementándoas de dúbidas interpretativas. A sentenza rexeita os seus argumentos, coa seguinte consideración final:

«(...) cabe concluir que su texto no resultaría contrario al principio de seguridad jurídica, entendido como claridad y certeza del Derecho, ya que su sentido es claro y su aplicabilidad puede determinarse acudiendo a los métodos de interpretación aceptados en Derecho. En efecto, las disposiciones impugnadas, ofrecen elementos suficientes para poder identificar, por una parte, la duración de los títulos de ocupación del dominio público marítimo-terrestre y sus prórrogas en vigor, por aplicación de la Ley de costas y, por otra parte, la forma de computar el plazo máximo de duración de la prórroga extraordinaria de la concesión, resultando nulas las prórrogas otorgadas con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 7/2021.

(...) se deduce que el plazo máximo de duración de las concesiones de ocupación del dominio público marítimo-terrestre, o de cualquier prórroga del mismo, sería a partir de la entrada en vigor de la Ley 7/2021 de setenta y cinco años (desde su concesión o desde su prórroga –según su diverso régimen originario–); conservando los titulares de concesiones (o prórrogas) anteriores a la entrada en vigor de la Ley 7/2021, sus derechos adquiridos conforme a la Ley de costas (incluido el término de prórroga extraordinaria de setenta y cinco años del art. 2 de la Ley 2/2013); no pudiéndose –sin embargo– otorgar ni prorrogar –desde la entrada en vigor de la Ley 7/2021– ninguna ocupación del dominio público marítimo-terrestre por más de esos setenta y cinco años de límite, y resultando nulas las concesiones o prórrogas de más de setenta y cinco años otorgadas tras la entrada en vigor de la Ley 7/2021. Por otra parte, el dies a quo del cómputo del plazo de duración de la concesión y su prórroga es una cuestión casuística, que les corresponderá enjuiciar a los tribunales ordinarios según la heterogeneidad de regímenes. (...).

En definitiva, los preceptos impugnados por quebrantar el principio de seguridad jurídica (art 9.3 CE), no han dado lugar a una oscuridad o insuficiencia hermenéutica, sino que –al contrario– pueden ser objeto de interpretación meridiana por los operadores jurídicos, administraciones y tribunales, no obstante la heterogeneidad de situaciones y títulos de concesión, partiendo, primero, de que la prórroga extraordinaria introducida en el art. 2 de la Ley 2/2013 tenderá a extinguirse en el tiempo (a fin de evitar la perpetuación en la ocupación del dominio público marítimo-terrestre), pero respetando los derechos constituidos antes de la entrada en vigor de la Ley 7/2021; segundo, de que el plazo máximo de ocupación del dominio público marítimo-terrestre se acota a setenta y cinco años, no extensibles (no caben ya las prórrogas sucesivas mencionadas en el art. 2.3 de la Ley 2/2013). Y tercero, que cualquier concesión posterior a la entrada en vigor de la Ley 7/2021 (el 22 de mayo de 2021) que no se ajuste a lo previsto en la misma es nula (incluidas las solicitadas y todavía no otorgadas) (...).»

3.2 Edificacións en situación de fóra de ordenación por caducidade da potestade de disciplina urbanística. O mantemento ou o cambio de uso require do cumprimento da normativa sobre seguridade, salubridade e ornato

Así o considerou o TSXG na súa Sentenza do 18 de outubro de 2022 (rec. 4217/2022, relator: Díaz Casales), sobre a solicitude de cambio de uso (de local comercial a vivenda) nun edificio en situación de fóra de ordenación por caducidade da potestade municipal para ordenar a reposición da legalidade urbanística infrinxida:

«(...) la recurrente prescinde de una obligación que a todos los propietarios impone la Ley del Suelo, que viene establecida en el Art. 135.1 de la misma en su apartado c) conforme a la cual los propietarios deben conservar las construcciones y edificios en condiciones legales de servir al soporte de los usos a los que estuvieren destinados, en todo caso en las de seguridad, salubridad, accesibilidad y ornato, disponiendo en su artículo siguiente que los Ayuntamientos, pueden de oficio o a instancia de cualquier interesado, dictar órdenes de ejecución que obliguen a los propietarios a realizar las actuaciones necesarias para dar el debido cumplimiento al mantenimiento de dichas condiciones, lo que otorga cobertura al requerimiento contenido en la resolución recurrida y ahora discutido, entendiéndose que la referencia al Decreto 29/2010 contenida en el requerimiento entraña una forma de objetivar el cumplimiento de tales requisitos, cabiendo la posibilidad de discutir, con ocasión de presentación del proyecto requerido, en qué medida el espacio generado ilícitamente en el bajo y la entreplanta del edificio resulta habitable.

(...) la caducidad de la acción de reposición otorga al titular del inmueble la facultad de resistir una orden de demolición, pero no determina que la administración haya de respetar su utilización en condiciones que puedan entrañar un riesgo para sus moradores y/o para terceros –recuérdese que como señala la sentencia de instancia no resultan indiferentes las condiciones de ventilación de las estancias, las salidas de humos, emisión e inmisión de ruidos, producción de humedades, servicios e instalaciones o las referentes al ornato público– cuando resulta evidente que las estancias vivideras exigen condiciones mucho más exigentes que las destinadas a trasteros o, como parece ser el caso, las dedicadas a almacenar bicicletas y que las condiciones de habitabilidad no pueden resultar indiferentes para la administración local, por las razones dichas en el anterior fundamento. Así lo advertimos en la St. de 1 de febrero de 2019 –que dictamos en el Recurso de apelación 4177/2017, en relación con la conversión de un trastero en vivienda– (...) podemos extraer la conclusión de que del mismo modo que la caducidad de la acción de reposición de la legalidad no excluye la solicitud de una licencia de primera ocupación (caso de la St. del T.S. de 3 de abril de 2000) y que con ocasión de ésta no cabe discutir los incumplimientos urbanísticos o la ilegalidad de la licencia otorgada (caso de la St. del TSJ de Madrid anteriormente transcrita) que el hecho de que la obra resulte, por el transcurso de 6 años desde su total terminación, incólume a las acciones

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

de reposición no supone que puedan destinarse a cualquier finalidad sino que ha de tratarse de una finalidad permitida por las ordenanzas, por ello también ha de ajustarse a los requisitos mínimos exigibles, esto es a reunir las condiciones mínimas de seguridad, salubridad, ornato y funcionalidad cuyo cumplimiento entendemos es la finalidad perseguida por el requerimiento del Ayuntamiento que la apelante discute. El referido requerimiento no impone solicitar una licencia de primera ocupación, como denuncia la recurrente, sino acreditar, mediante un proyecto, que el local reúne condiciones de habitabilidad».

4 Procedemento administrativo

4.1 Notificacións realizadas en papel polo servizo de correos. Se o destinatario se atopa ausente, debe deixarse un aviso na súa caixa de correo, con constancia fidedigna diso

A Sentenza do TS do 18 de outubro de 2022 (rec. 5517/2020, relator: Montero Fernández), referida a Galicia, estima a casación e ratifica a ineficacia da notificación, mediante publicación de edictos, dunha liquidación tributaria, tras concluír que: «es requisito imprescindible conforme a la reglamentación postal, no ya solo que se expresen los dos intentos de notificación fallidos, sino además que el Servicio de Correos, deje constancia en el casillero del destinatario del aviso de llegada, de todo lo cual debe quedar constancia en la documentación extendida por el personal del operador del Servicio Postal Universal».

Invoca o precedente recente da súa Sentenza do 27 de xullo de 2022 (rec. 5544/2021) e engade a seguinte fundamentación:

«En reiteradas ocasiones este Tribunal, ..., ha proclamado que la notificación edictal debe representar el último remedio para hacer posible el principio básico de eficacia de las Administraciones Públicas, (...). la regularidad formal de la notificación no será suficiente para su validez si el notificado no tuvo conocimiento real del acto que había de comunicársele; y, paralelamente, que los incumplimientos de las formalidades establecidas no serán obstáculo para admitir la validez de la notificación si ha quedado debidamente acreditado que su destinatario tuvo un real conocimiento del acto comunicado. (...)

El artículo 42.2 del Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre, que aprueba el Reglamento de prestación de los servicios postales, expresa, literalmente, que se consignará dicho extremo –con referencia a los intentos de notificación– en la oportuna documentación del empleado del operador postal y, en su caso, en el aviso de recibo que acompañe a la notificación el apartado 3 del mismo precepto exige la constancia del aviso de llegada y que la notificación hasta tal momento fallida se deposite en lista de notificaciones.

Así pues, no solo es esencial la demostración del intento de entrega por dos veces de las cartas certificadas, sino también la prueba de la entrega del “aviso de llegada” mediante su introducción en el buzón o casillero correspondiente, o por otro medio, pues del cumplimiento de ese requisito depende que el destinatario tenga conocimiento del intento de notificación y pueda acudir en plazo a la Oficina de Correos correspondiente a recoger el envío, trámite indispensable para que, en caso de no efectuarse tal recogida, el Servicio de Correos pueda devolver el certificado al remitente como correspondencia caducada. (...) realizados los dos intentos de notificación sin éxito por el personal de Correos –no se ha hecho en este caso por agente notificador de la Administración Tributaria–, se debe proceder, en los términos del art. 4.2.3 del Real Decreto 1829/1999, a dejar al destinatario aviso de llegada en el correspondiente casillero domiciliario, acreditándose fehacientemente dicho extremo en la notificación».

4.2 Procedemento de “comunicación previa” para a habilitación de actividades. Non cabe ampliar o prazo para resolver

A Sentenza do TS do 20 de setembro de 2022 (rec. 7031/2021, relator: Román García), tamén referida a Galicia, analiza o réxime xurídico do sistema de “comunicación previa”, substitutivo da antiga “autorización administrativa”, concluíndo que: «no cabe aplicar a las comunicaciones previas a que se refiere el artículo 69.2 de la Ley 39/2015 la causa de suspensión del plazo máximo para resolver prevista en el artículo 22.1.g) de la misma ley». Por estas razóns:

«(...) tras la implantación normativa del nuevo régimen liberalizador del acceso y ejercicio de las actividades de servicios, concretado –a los efectos que ahora nos interesan– en el artículo 69 de la Ley 39/2015, el inicio de la actividad se condiciona a una manifestación del sujeto que desea ejercer aquélla, comunicando a la Administración que cumple los requisitos exigidos legalmente para ello; y la Administración efectúa un control a posteriori para verificar que, efectivamente, se cumplen aquellos requisitos.

La consecuencia del cambio de planteamiento normativo respecto de la situación anterior es clara: ahora no existe, propiamente, un procedimiento autorizatorio que, iniciado con una solicitud del sujeto, deba concluir con una resolución administrativa “otorgando permiso” a aquél para realizar la actividad pretendida. Al liberalizarse el ejercicio de la actividad, el sujeto puede dar comienzo a ésta, si cumple los requisitos legales, una vez comunique esta circunstancia a la Administración; y será entonces cuando la Administración lleve a cabo su actividad de control para verificar el ajuste de aquélla a la legalidad, de manera que si apreciara deficiencias en la comunicación presentada (o en la documentación correspondiente) podrá requerir del sujeto la oportuna subsanación e, incluso, en los supuestos previstos legalmente –véase el apartado 4 del artículo 69 de la Ley 39/2015– podrá llegar a declarar la ineficacia de la comunicación previa y

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

determinar la obligación del interesado de restituir la situación jurídica al momento previo al reconocimiento o al ejercicio del derecho o al inicio de la actividad correspondiente, así como la imposibilidad de instar un nuevo procedimiento con el mismo objeto durante un período de tiempo determinado por la ley, todo ello conforme a los términos establecidos en las normas sectoriales de aplicación.

Quiere ello decir que si a estos efectos no existe ya, propiamente, un procedimiento sometido al régimen de autorización (esto es, un procedimiento que deba iniciarse con una solicitud del interesado y deba finalizar con una resolución favorable de la Administración), por haber sido sustituido normativamente por el régimen de la declaración responsable y la comunicación previa, lógico será concluir que existe una dificultad conceptual –más bien, imposibilidad– para aplicar directamente a la comunicación previa las causas de suspensión del plazo para resolver, que están previstas para aquellos procedimientos (...).».

4.3 Incumplimento da obriga de realizar por vía electrónica, en lugar de en papel, as notificacións ás persoas xurídicas. Irregularidade formal non invalidante

O TS, en reiteradas sentenzas a partir da do 20 de xullo de 2022 (rec. 3963/2021, relator: Calvo Rojas) analiza o conflito suscitado en Galicia sobre o vicio formal de procedemento consistente na notificación de resolucións a entidades mercantís en soporte papel por vía postal, en lugar de electrónica e telematicamente, concluíndo que é unha irregularidade formal non invalidante:

«(...) Esta Sala no ignora los preceptos de los que resulta la procedencia de la notificación por medios electrónicos cuando se trata de personas jurídicas establecido (artículos 14.2.a/ y 41.1 de la Ley 39/2015). Sin embargo, siendo así que, como ya hemos señalado, en actuaciones anteriores del mismo procedimiento administrativo la entidad Volkswagen había admitido que se practicasen las notificaciones en papel, y no habiendo duda de que la recurrente tuvo pleno conocimiento de la resolución sancionadora notificada por esa vía, no cabe tachar de inválida tal notificación por haberse practicado de ese modo. A tal efecto es obligado tener presente que, según el citado artículo 41.1 de la Ley 39/2015, “(...) Con independencia del medio utilizado, las notificaciones serán válidas siempre que permitan tener constancia de su envío o puesta a disposición, de la recepción o acceso por el interesado o su representante, de sus fechas y horas, del contenido íntegro, y de la identidad fidedigna del remitente y destinatario de la misma. La acreditación de la notificación efectuada se incorporará al expediente”.

En definitiva, no cabe afirmar se haya causado indefensión a la recurrente. Por ello entendemos que el hecho de haberse llevado a cabo la notificación en papel constituye una irregularidad que carece de relevancia invalidante (artículo 48.2 de la Ley 39/2015).».

5 Proceso contencioso-administrativo

5.1 Litixios entre administracións públicas. Prazo de interposición do recurso contencioso-administrativo

A Sentenza do TSXG do 9 de setembro de 2022 (rec. 4043/2021, relator: Martínez Quintanar) analiza en detalle os requisitos procesuais e formais exixibles a un recurso contencioso-administrativo promovido por unha autoridade portuaria (Administración do Estado) fronte á desestimación presunta do requirimento previo formulado a un concello para que realizase determinadas obras de conservación nun paseo marítimo.

O tribunal inadmite finalmente o recurso, por se ter interposto extemporaneamente. Considera que, conforme o disposto nos artigos 44 e 46.6 da Lei xurisdiccional 29/1998, do 13 de xullo (LXCA), cando a Administración actora formula un requirimento previo que non se responde con acto expreso, o prazo para acudir á vía xudicial contencioso-administrativa conclúe aos tres meses desde a data de presentación do requirimento:

«(...) no es de aplicación el plazo de 6 meses de que trata el 46.1 LJCA para la interposición del recurso contencioso administrativo contra los actos presuntos, pues dicha regulación se refiere a los recursos administrativos y cede ante la específicamente prevista para los supuestos en que medie el requerimiento interadministrativo del artículo 46.6 LJCA, sin que sea de aplicación la doctrina jurisprudencial sobre equiparación entre los actos presuntos y los notificados defectuosamente, a efectos del cómputo del plazo para recurrir, al ser aplicable en los supuestos de actos presuntos a que se refiere el artículo 46.1 LJCA».

5.2 Determinación da contía nos procesos dirixidos fronte a actos da Tesouraría Xeral da Seguridade Social

O TSXG, na súa Sentenza do 25 de novembro de 2022 (rec. 4213/2022, relator: Martínez Quintanar), constata que no artigo 41 da Lei xurisdiccional 29/1998 (LXCA) se establecen dúas regras diferentes e complementarias para a determinación da contía do preito, distinguíndose a primeira instancia da fase de apelación ou casación. En primeira instancia a contía virá determinada pola “suma do valor económico das pretensións”. En cambio, na apelación e casación a contía considérase separadamente, respecto de cada unha das accións acumuladas. O efecto práctico desta conclusión é que o TSXG asume a partir de agora a súa competencia para coñecer en primeira e única instancia dos litixios fronte a resolucións da Tesouraría Xeral da Seguridade Social (TXSS) que lle requiran ao interesado o pagamento dunha contía global superior a 60.000 euros, con independencia de que esa cantidade resulte da suma de distintas débedas ou conceptos acumulados (artigo 8.3 p.º 2.º LXCA). Con

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

este cambio de criterio ábrese a porta do recurso de casación a numerosos asuntos que ata agora o tiñan vetado na práctica xudicial galega.

A dita sentenza complementábase coa do TS do 18 de xullo de 2022 (rec. 2389/2020, relator: Espín Templado), referida a Galicia, na cal se conclúe que as resolucións da TXSS sobre cambios de grupos de cotización son de contía indeterminada, resultando en consecuencia susceptibles de recurso de apelación.

5.3 Rehabilitación de prazos no trámite de emenda de deficiencias da fase inicial de interposición dun recurso contencioso-administrativo

A Sentenza do TS do 27 de xullo de 2022 (rec. 7727/2020, relator: Román García), tamén referida a Galicia, consolida o seu criterio interpretativo sobre o disposto no artigo 128.1 (rehabilitación de prazos procesuais), no sentido de que:

«en el procedimiento abreviado, una vez expirado el plazo de subsanación de 10 días concedido por el Juzgado para presentar la demanda sin haberlo hecho, cuando hubiere sido iniciado el procedimiento por un escrito presentado en plazo y el órgano judicial hubiere dictado una resolución declarando la caducidad del plazo para formalizar la demanda, deberá admitir el escrito que la formule si se presenta dentro del día en que se notifica aquella resolución».

6 Sanidade

6.1 Vulneración do réxime de incompatibilidades do persoal sanitario facultativo. Falta moi grave

A Sentenza do TSXG do 14 de setembro de 2022 (rec. 532/2021, relator: Seoane Pesqueira) confirma en apelación a sanción disciplinaria de dous anos de suspensión de emprego e soldo imposta pola Xunta de Galicia a un médico do Sergas (persoal estatutario fixo, delegado sindical liberado) por ter incumprido o seu réxime de incompatibilidades. Concretamente por traballar mediante contrato mercantil cunha clínica privada concertada que tamén atende pacientes do Sergas. Conclúe o Tribunal que:

«queda demostrado que la clínica IVI ha de ser incluida en el concepto al que se refiere el artículo 2 del Real Decreto 598/1985, de 30 de abril, sobre incompatibilidades del personal al servicio de la Administración del Estado, de la Seguridad Social y de los Entes, Organismos y Empresas dependientes, cuando establece que “a los efectos exclusivos del régimen de incompatibilidades, se entenderán entidades colaboradoras y concertadas de la Seguridad Social en la prestación sanitaria, incluidas en el sector público que delimita el artículo primero de la Ley 53/1984, aquellas entidades de carácter hospitalario o que realicen actividades

propias de estos centros, que mantengan concierto o colaboración con alguna de las entidades gestoras de la Seguridad Social, siendo su objeto precisamente la asistencia sanitaria que estas están obligadas a prestar a los beneficiarios de cualquiera de los regímenes de la Seguridad Social". En consecuencia, está plenamente justificada la calificación de la conducta por vía del artículo 72.2.l de la Ley 55/2003».

6.2 Responsabilidade patrimonial sanitaria

Nos últimos anos incrementáronse exponencialmente as reclamacións indemnizatorias de pacientes fronte á Administración autonómica por supostos defectos na prestación do servizo público sanitario. No último semestre de 2022 o TSXG ditou numerosas sentenzas de condena por responsabilidade patrimonial. Poden así mencionarse, nun intervalo breve de tempo, as sentenzas do 14 de setembro (dous: recs. 6127/2022 –relator: López González– e 310/2021 –relator: Bolaño Piñeiro–), 13 de outubro (dous: recs. 553/2021 e 608/2021 –relator: López González–), 26 de outubro (rec. 523/2021 –relator: López González–) e 23 de novembro de 2022 (rec. 312/2022 –relator: Seoane Pesqueira–), entre outras. Nelas condénase a consellería a aboar indemnizacións de, respectivamente, 97.000 euros, 200.000 euros, 40.000 euros, 122.000 euros, 475.000 euros e 100.000 euros, por erros de diagnóstico-tratamento médico, ou perda de oportunidade, cometidos nos complexos hospitalarios públicos de Pontevedra, Vigo, Lugo, A Coruña e Santiago de Compostela. Na última das citadas realízase unha interesante análise do criterio de imputación por “perda de oportunidade”:

«La Sala coincide con el juzgador de primera instancia en que concurre la incertidumbre causal propia de la pérdida de oportunidad, porque no puede afirmarse, con la necesaria seguridad y contundencia, que la causa del fallecimiento de la señora Gabriela fue la inadecuada actuación sanitaria al demorar injustificadamente la práctica de la cesárea. Con tal modo de actuar se privó a la paciente de determinadas expectativas de supervivencia, pues al verse abocada al parto vaginal, dada la fibrosis quística que le aquejaba y que había condicionado el seguimiento de todo el embarazo, se concretó el riesgo de que no podría superarlo, además de que fue necesario el alumbramiento manual determinante de una masiva hemorragia. (...).

cuando se aplica la doctrina de la pérdida de oportunidad el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera, es decir, en la pérdida de oportunidad hay una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable, para lo que hay que tomar en consideración el grado de probabilidad de que la actuación

REGAP



COMENTARIOS E CRÓNICAS

médica omitida hubiera podido producir un resultado beneficioso y el alcance o entidad del mismo (STS de 3 de julio de 2012, recurso casación 6787/2010); en definitiva, ha de otorgarse una suma que tenga en cuenta el daño antijurídico derivado de la privación de expectativas, puesto que, como ha razonado la STS de 20/11/2012 (RC 4598/2011), aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina, los ciudadanos deben contar con la garantía de que van a ser tratados con diligencia aplicando los medios e instrumentos que la ciencia médica pone a disposición de las Administraciones sanitarias, a que no se produzca una “falta de servicio” (STS de 7 de noviembre de 2008, RC 4776/2004) en sentido concordante de “defecto de pericia y pérdida de actividad” (STS 24/11/2009, RC 1592/2008)».

6.3 Instrucción sobre continuación do tratamento crónico do farmacéutico de Atención Primaria en situacións especiais

A Sentenza do TSXG do 18 de novembro de 2022 (rec. 7812/2021, relator: Fernández López) estima o recurso promovido polo Consello Galego de Colexios Médicos de Galicia contra a “Instrucción sobre continuación del tratamiento crónico del farmacéutico de Atención Primaria en situaciones especiales” aprobada polo xerente do Servizo Galego de Saúde en outubro de 2021, “dirigida a los farmacéuticos de la Atención Primaria para decidir continuar el tratamiento crónico de los pacientes”.

Na citada sentenza analízase, en primeiro lugar, a natureza xurídica da instrucción, concluíndose que non se trata dunha disposición regulamentaria *stricto sensu*, polo que non se lle poden exixir os requisitos procedementais establecidos nos artigos 127 e ss. da Lei 39/2015, do 1 de outubro (LPAC). Pero tamén que é un acto que afecta a unha pluralidade de cidadáns (os pacientes con tratamentos farmacolóxicos), con vixencia indefinida cara ao futuro, acto para cuxa aprobación deben emitirse previamente os informes necesarios, que motiven e xustifiquen as súas determinacións:

«(...) una cosa es que se relaje el procedimiento para aprobar la instrucción, y otra es que ésta esté huérfana de cualquier trámite precedente, pues no consta informe, estudio, memoria o propuesta alguna que avale la necesidad de su contenido, más aún cuando se ha aprobado en el ejercicio de una auténtica potestad discrecional, para cuya fiscalización no basta con examinar su motivación (artículo 35.1.i) de la LPACAP), sino también los hechos determinantes de tal decisión, que en este caso no constan por ningún lado. (...)».

En segundo lugar, a sentenza considera que, en canto ao fondo, a instrucción vulnera a repartición de competencias profesionais entre médicos e farmacéuticos establecida na lexislación sectorial sanitaria:

«(...) no debe ignorar las funciones que a cada profesional le asigna su artículo 6.1, que en el caso de los médicos es el diagnóstico, tratamiento, terapia y rehabilitación de los pacientes (apartado 2.a), lo que comprende la prescripción de los medicamentos, en tanto que a los farmacéuticos les corresponde su producción,

conservación y dispensación, sin que se diferencie según que los pacientes sean o no crónicos.

La claridad de esos preceptos no admite duda alguna a la hora de averiguar las funciones que les corresponde a cada sanitario, por lo que no procede jugar con la terminología para extenderlas a quien no las tiene, que es lo que la instrucción litigiosa ha hecho a la hora de habilitar a los farmacéuticos para comprobar la necesidad o no de dar continuidad, pero también la de revisar la prestación farmacéutica que sólo los médicos pueden prescribir, aún en el caso de pacientes que cuenten ya con una medicación indicada para su enfermedad

crónica, todo ello de conformidad con lo estipulado en el artículo 79 del texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, y en el Real Decreto 1718/2010, de 17 de diciembre, sobre receta médica y órdenes de dispensación, que lo desarrolla (...)».

7 Tributos

7.1 Ordenanza fiscal municipal reguladora da taxa pola utilización privativa ou aproveitamento especial do dominio público local das instalacións de transporte e distribución de enerxía eléctrica

A Sentenza do TSXG do 14 de outubro de 2022 (rec. 15216/2020, relator: Selles Ferreiro) resolve o recurso interposto por Red Eléctrica de España contra a Ordenanza fiscal do Concello de Ordes (A Coruña), reguladora da “Taxa pola utilización privativa ou aproveitamento especial do dominio público local das instalacións de transporte e distribución de enerxía eléctrica, gas, auga e hidrocarburos” (BOP do 11/03/2020). Anula o réxime de cuantificación da taxa e o anexo de tarifas «por fijar un tipo de gravamen anual único del 5 por 100 sin distinguir el tipo de aprovechamiento del demanio efectuado por el contribuyente».

Motívase, en esencia, no criterio establecido polo TS na súa Sentenza do 17 de decembro de 2020 (rec. 3637/2019), consistente en que:

«a) En los supuestos de aprovechamiento especial de bienes del dominio público no cabe imponer un tipo de gravamen del 5 por 100 sobre la base de la tasa que tomará, a su vez, como referencia, la utilidad que reporte el aprovechamiento cuando nos hallemos irrefutablemente ante un caso de aprovechamiento especial, no de uso privativo y

b) La Ordenanza Fiscal –en los casos en que coincidan aprovechamiento especial y uso privativo– deberá justificar la intensidad o relevancia de cada uno de ellos a la hora de cuantificar la tasa conforme a la legislación vigente, especialmente



teniendo en cuenta el artículo 64 de Ley 25/1998, de 13 de julio, de modificación del Régimen Legal de las Tasas Estatales y Locales y de Reordenación de las Prestaciones Patrimoniales de Carácter Público».

7.2 Caducidade do expediente de comprobación de valores. Principio de boa administración

O TSXG, na súa Sentenza do 5 de outubro de 2022 (rec. 15641/2021, relator: Rivera Frade), anula unha liquidación do imposto de transmisións patrimoniais (Axencia Tributaria de Galicia) por ditarse nun expediente de comprobación de valores caducado, ao transcorreren máis de seis meses entre a data da súa incoación e a de notificación da resolución definitiva.

A Administración sostivo no litixio a tese de que o prazo de caducidade se suspendeu coa petición inicial do contribuínte de que se lle traducise ao castelán a resolución de incoación. O TSXG rexéitaa, ao constatar que a Axencia Tributaria demorou a partir de aí un ano en notificar a resolución traducida. A sentenza realiza unha interesante e prolixa análise do principio de “boa administración” conforme o que debía actuar a demandada, con estas conclusións:

«(...) El procedimiento ya estaba iniciado formalmente. Y aunque, en efecto, el inicio del plazo de caducidad debe computarse desde la notificación de este acuerdo al contribuyente, hacerlo un año después amparándose la Administración en que con la segunda notificación se ha evitado indefensión al contribuyente, convierte el ejercicio de un derecho (el derecho del obligado tributario a utilizar a las lenguas oficiales en el territorio de su comunidad autónoma, previsto en el ámbito tributario, en el artículo 34.1 LGT, y en el artículo 15.1 de la Ley 39/2015 en el ámbito del procedimiento administrativo común) en una excusa para paralizar el procedimiento, contraviniendo la ATRIGA el principio de buena administración y el de buena fe que debe presidir las relaciones entra la Administración y los ciudadanos.

Ambos principios (principio de buena administración y el de buena fe que debe presidir las relaciones entra la Administración y los ciudadanos) como se ha encargado de señalar el Tribunal Supremo en la sentencia de 15 de octubre de 2020 abonan una interpretación que acentúe la diligencia en el actuar administrativo y también la deferencia y el respeto con los que las autoridades y empleados públicos deben tratar a los ciudadanos (artículo 13 de la actual Ley del Procedimiento Administrativo Común). Y desde luego no se puede calificar de actuación administrativa diligente y respetuosa del contribuyente, la que espera un año para hacer efectivo un derecho reconocido por la ley a favor del ciudadano, aprovechando la Administración a su favor el retraso que ella misma provocó (...)».

7.3 Embargo de contas bancarias en réxime de cotitularidade

A Sentenza do TSXG do 10 de novembro de 2022 (rec. 14410/2021, relator: Rivera Frade) anula o embargo dunha conta bancaria, ao constatar que se acha en réxime de cotitularidade e que os seus únicos ingresos proceden dunha cotitular allea á débeda tributaria:

«El artículo 171.2 LGT al regular el embargo de bienes o derechos en entidades de crédito o de depósito, establece que: “Cuando los fondos o valores se encuentren depositados en cuentas a nombre de varios titulares sólo se embargará la parte correspondiente al obligado tributario. A estos efectos, en el caso de cuentas de titularidad indistinta con solidaridad activa frente al depositario o de titularidad conjunta mancomunada, el saldo se presumirá dividido en partes iguales, salvo que se pruebe una titularidad material diferente”.

Esta última salvedad es la que impide trabar embargo del saldo, total o parcial, de una cuenta bancaria por deudas de uno de los titulares, si se demuestra, bien que la titularidad no es por parte iguales, bien que la titularidad material pertenece en exclusiva al otro cotitular.

Y esto es lo que sucede en el presente caso en el que, a la vista de los extractos bancarios aportados por la recurrente –ya en la vía administrativa–, y a la vista de los movimientos que tuvieron lugar desde el día 5 de diciembre de 2016 hasta la fecha en la que se practicó el embargo –en el mes de abril del año 2019–, resulta que el único ingreso que se hace en ella, y, por tanto, el único ingreso con el que se nutre el saldo de la cuenta bancaria es la pensión que la actora percibe mensualmente por importe de 637,70 € (...). Los depósitos indistintos no presuponen comunidad de dominio sobre los objetos depositados, por lo que habrá de estarse a las relaciones internas entre los titulares, y más concretamente a la originaria procedencia del dinero que nutre la cuenta para calificar el carácter dominical de los fondos».

7.4 Carácter non automático de recargas por pagamento atrasado da débeda tributaria antes do inicio da fase de constrinximento

O TSXG, na súa Sentenza do 10 de novembro de 2022 (rec. 15005/2021, relator: Rivera Frade), incide en que non é de imposición automática a recarga executiva do 5 % establecido no artigo 28.2 da Lei xeral tributaria para supostos de aboamento da débeda fóra do prazo do período voluntario antes da notificación da providencia de constrinximento. Incide o tribunal en que:

«cuando se impugna la exigencia de un recargo vinculado a un retraso, lo que corresponde analizar es si en el retraso existe un componente de voluntariedad del obligado tributario, si la realización tardía de la obligación debida obedece

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

a su voluntad, y si existe por su parte una disposición de cumplir la obligación tributaria que se le impone. En este análisis, las circunstancias en las que se ha producido el retraso juegan un papel decisivo.

(...) no se puede despreciar la voluntad del legislador expresada en el artículo 38.3 del Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 939/2005, de no aplicar los recargos cuando el cargo en cuenta no se realice o se realice fuera de plazo por causa no imputable al obligado al pago.

(...) las certificaciones bancarias son valoradas por esta Sala como documentos que justifican que el retraso en el ingreso de la liquidación ha sido ajeno a la voluntad de la parte recurrente, que su voluntad ha sido ingresar la autoliquidación dentro de plazo –aunque lo fuese el último día–, y que solo por circunstancias ajenas a su voluntad, por motivos técnicos que certifica la propia entidad bancaria, el ingreso se retrasó dos días».

8 Universidades

8.1 Avaliación virtual dos alumnos do curso académico 2019-2020 durante o estado de alarma da pandemia de coronavirus

A Sentenza do TSXG do 26 de outubro de 2022 (rec. 570/2021, relator: Bolaño Piñeiro) resolve o recurso interposto por un profesor de dereito contra a resolución do 14 de abril de 2020 do reitor da Universidade de Vigo, na que se dispuxo que a avaliación continuada restante e as avaliacións finais do curso académico 2019-2020 se realizasen de forma virtual.

O actor esgrimiou no seu recurso, en esencia, que esa universidade carecía de medios electrónicos e telemáticos aptos para garantir a avaliación virtual dos alumnos cunha mínima calidade e evitación da fraude. Na fase de exames finais de maio-xuño de 2020 xa non existía a obriga de confinamento domiciliario, achándose en fase de “desescalada” das medidas máis restritivas do primeiro estado de alarma. Malia iso, prolongouse innecesariamente ese deficiente sistema de avaliación non presencial, incorrendo os alumnos, de xeito masivo, en prácticas fraudulentas (non se podía impedir que se valesen de axudas externas á marxe dos seus coñecementos, non se garantía a identidade do examinando, non activaban as cámaras dos ordenadores, desconectábase a aula virtual, copiábanse e pegábanse textos literais nas respostas dos exames, etc.).

O TSXG rexeita o recurso atendendo á situación excepcional, imprevista, sobrevida coa pandemia, que obrigou a improvisar a solución virtual, como mal menor, fronte á alternativa de perder o curso académico. Alcanza estas conclusións finais:

«En cuanto a las incidencias que refiere la parte recurrente, debe señalarse, por una parte, que, los programas informáticos facilitados por las Administraciones públicas, presentaron numerosas incidencias en todos los ámbitos, no sólo en el educativo que, fueron solucionadas con mayor o menor dificultad.

En cuanto a los problemas relativos a la realización de los exámenes, debe señalarse que el recurrente, al ser profesor titular y como refiere la resolución recurrida, pudo establecer la mejor forma de celebrar el examen y de garantizar la identidad de los alumnos. No debe olvidarse que la resolución recurrida, como no podía ser de otra manera, respeta expresamente: “Cuarto: que el desarrollo de las pruebas de evaluación virtual se efectúe según lo dispuesto por cada centro, con respeto a la libertad de cátedra del profesorado y conforme al marco general que pueda proporcionar la Vicerrectoría de Ordenación Académica y profesorado a tal efecto”. Es decir, la resolución administrativa no exigía que tuviese que celebrarse con todos los alumnos a la vez, podía la parte recurrente no examinar a aquel alumno que manifestarse que la cámara no funcionaba precisamente porque uno de los requisitos de los exámenes on line es que la persona esté en todo momento identificada, previa exposición a cámara de su DNI, que es la mejor forma de identificación.

Por último, debe concluirse que no se ha acreditado que la resolución administrativa recurrida hubiese vulnerado la dignidad del recurrente ni ningún derecho fundamental. Lo que existió fue una situación de pandemia mundial que supuso una quiebra de la realidad conocida hasta ese momento».

REGAP



COMENTARIOS E CRÓNICAS

