



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 64_ julio-diciembre 2022 | pp. 419-441
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 bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

Xurisprudencia contencioso-
administrativa

**Jurisprudencia contencioso-
administrativa**

Contentious-administrative
jurisprudence

64 Regap

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

FRANCISCO DE COMINGES CÁ CERES

Magistrado (Galicia, España)

f.cominges@poderjudicial.es

SUMARIO: 1 Administración local. 1.1 Ordenanza lingüística municipal. 1.2 Cuestión de confianza vinculada a una modificación presupuestaria. No permite eludir la fase de información pública preceptiva para la aprobación de los presupuestos municipales. 1.3 Competencia del presidente de diputación provincial para adquirir participaciones de Tragsa como medio propio para el servicio de conservación de zonas verdes. 1.4 Policía local. El plus de nocturnidad y festividad debe integrarse en el complemento específico del puesto, remunerándose mensualmente incluso en períodos de vacación y permisos o ausencias justificadas. 1.5 Encargos verbales de obras o servicios con omisión absoluta del procedimiento de contratación. Solo se podrían abonar por el procedimiento de revisión de oficio de contrato nulo. Responsabilidad penal de la autoridad municipal contratante. 2 Extranjería. 2.1 Inmigrantes en situación irregular. No procede su expulsión, ni su sanción con multa, si no concurren circunstancias agravantes. Incidencia de informes policiales desfavorables, antecedentes penales e indocumentación. 3 Medio ambiente y urbanismo. 3.1 Costas. Constitucionalidad de la Ley de cambio climático en lo que afecta a la extensión de las concesiones de ocupación del dominio público marítimo-terrestre y sus prórrogas. 3.2 Edificaciones en situación

de fuera de ordenación por caducidad de la potestad de disciplina urbanística. El mantenimiento o el cambio de uso requiere del cumplimiento de la normativa sobre seguridad, salubridad y ornato. 4 Procedimiento administrativo. 4.1 Notificaciones realizadas en papel por el servicio de correos. Si el destinatario se halla ausente, debe dejarse un aviso en su buzón, con constancia fidedigna de ello. 4.2 Procedimiento de “comunicación previa” para la habilitación de actividades. No cabe ampliar el plazo para resolver. 4.3 Incumplimiento de la obligación de realizar por vía electrónica, en lugar de en papel, las notificaciones a las personas jurídicas. Irregularidad formal no invalidante. 5 Proceso contencioso-administrativo. 5.1 Litigios entre administraciones públicas. Plazo de interposición del recurso contencioso-administrativo. 5.2 Determinación de la cuantía en los procesos dirigidos frente a actos de la Tesorería General de la Seguridad Social. 5.3 Rehabilitación de plazos en el trámite de subsanación de deficiencias de la fase inicial de interposición de un recurso contencioso-administrativo. 6 Sanidad. 6.1 Vulneración del régimen de incompatibilidades del personal sanitario facultativo. Falta muy grave. 6.2 Responsabilidad patrimonial sanitaria. 6.3 Instrucción sobre continuación del tratamiento crónico del farmacéutico de Atención Primaria en situaciones especiales. 7 Tributos. 7.1 Ordenanza fiscal municipal reguladora de la tasa por la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local de las instalaciones de transporte y distribución de energía eléctrica. 7.2 Caducidad del expediente de comprobación de valores. Principio de buena administración. 7.3 Embargo de cuentas bancarias en régimen de cotitularidad. 7.4 Carácter no automático de recargos por pago retrasado de la deuda tributaria antes del inicio de la fase de apremio. 8 Universidades. 8.1 Evaluación virtual de los alumnos del curso académico 2019-2020 durante el estado de alarma de la pandemia de coronavirus.

1 Administración local

1.1 Ordenanza lingüística municipal

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (TSJG), en su Sentencia de 7 de noviembre de 2022 (rec. 7649/2021, ponente: Villares Naveira), desestima el recurso interpuesto por la asociación Hablamos Español contra la ordenanza municipal de uso de la lengua gallega, aprobada por el Ayuntamiento de A Coruña en junio de 2021 (BOP 22/06/2021). La sentencia, de más de 60 páginas, analiza de manera profusa y detallada el régimen jurídico aplicable a este tipo de reglamentaciones, concluyendo finalmente la total conformidad a derecho de la impugnada en el proceso, tanto desde una perspectiva formal como sustantiva, con las siguientes consideraciones:

«(...) 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 una modificación presupuestaria. No permite eludir la fase de información pública preceptiva para la aprobación de los presupuestos municipales

El alcalde del Ayuntamiento de Ourense planteó en el pleno municipal una cuestión de confianza vinculada a la aprobación de una modificación presupuestaria (créditos extraordinarios y suplementos de crédito) de más de 62 millones de euros, por el cauce procedimental establecido en el artículo 197.bis) de la Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general (LOREG). Rechazada la cuestión de confianza y transcurrido un mes sin que se presentase una moción de censura con candidatura alternativa, el alcalde procedió, mediante decreto, a aprobar definitivamente la modificación presupuestaria, amparándose en el artículo 197.bis.5 LOREG.

Varios concejales lo impugnaron. El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Ourense, en su Sentencia de 13 de mayo de 2022, estimó el recurso y lo anuló. El TSJG, en la posterior Sentencia de 4 de noviembre de 2022 (rec. 7108/2022, ponente: Paz Eiroa), rechaza la apelación del Ayuntamiento.

La anulación se motivó, en esencia, en el criterio establecido sobre este tipo de procedimientos por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (TS) en su Sentencia de 13 de febrero de 2015 (rec. 6446/2008). Según consideró el Juzgado de Ourense en la sentencia objeto 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

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

nuevamente en el pleno, que podría rechazar definitivamente la misma, por lo 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 del presidente de diputación provincial para adquirir participaciones de Tragsa como medio propio para el servicio de conservación de zonas verdes

La Sentencia del TSJG de 21 de octubre de 2022 (rec. 7102/2022, ponente: Fernández López) desestima el recurso interpuesto frente a la decisión del presidente de la Diputación Provincial de Lugo de adquirir una participación de la sociedad mercantil Empresa de Transformación Agraria, SA (Tragsa), como medio propio para atender el servicio de mantenimiento y conservación de las 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

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

dentro del límite de disposición que al presidente le reconoce el artículo 34.1.f) de la LRRL, 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. El plus de nocturnidad y festividad debe integrarse en el complemento específico del puesto, remunerándose mensualmente incluso en períodos de vacación y permisos o ausencias justificadas

Los agentes de la Policía Local del Ayuntamiento de Vigo, que perciben pluses de nocturnidad y festividad por las jornadas concretas realizadas en franja nocturna o en día festivo, solicitaron recibir la parte proporcional de dichos complementos retributivos en período vacacional, de disfrute de permisos, bajas laborales, etc. Fundaron su pretensión en el precedente del personal del Servicio de Extinción de Incendios del Ayuntamiento de Ourense resuelto por el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) en su Sentencia de 1 de octubre de 2020 (rec. 7908/2018).

En fase de apelación, el TSJG estimó sus demandas, entre otras en sus sentencias de 18 de octubre y 14 de septiembre de 2022 (recs. 187/2022 y 173/2022, ponentes: Seoane Pesqueira y López González). En ellas la Sala les reconoce a los policías recurrentes el derecho «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». Con una doble 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».

– En la relación de puestos de trabajo (RPT) de dicho Ayuntamiento, en los complementos específicos de los agentes de policía no se incluyó la penosidad derivada de esos turnos nocturnos y festivos. Dicho concepto se quiso remunerar aparte, como gratificación o productividad. «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 verbales de obras o servicios con omisión absoluta del procedimiento de contratación. Sólo se podrían abonar por el procedimiento de revisión de oficio de contrato nulo. Responsabilidad penal de la autoridad municipal contratante

La Sentencia del TSJG de 19 de julio de 2022 (rec. 7016/2022, ponente: Villares Naveira) avanza en la clarificación del régimen jurídico aplicable a estos supuestos de alegalidad contractual, frecuentes en determinadas administraciones locales. En pronunciamientos anteriores, reseñados en el número 62 de la REGAP, dicho tribunal estableció que no existe la obligación de compensar por “enriquecimiento injusto” al empresario que realiza el encargo con “mala fe”, beneficiándose conscientemente de la omisión del procedimiento contractual exigible. En esta sentencia alcanza otra conclusión novedosa (ciertamente polémica): No procede realizar el abono de este tipo de obras o servicios directamente mediante el mecanismo del “reconocimiento extrajudicial de créditos” (REC) al que aluden el artículo 60.2 del Real decreto 500/1990, de 20 de abril, y el artículo 23.1.e) del Real decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril (TRRL). Antes debe tramitarse un procedimiento 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 adxudicación, 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 Y 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».

La sentencia añade otra consideración interesante. Concluye que cuando afloran estos supuestos de omisión total y absoluta del procedimiento de contratación, por cuantía relevante, deben comunicarse a la fiscalía o a la jurisdicción penal para que se depuren las correspondientes responsabilidades penales:

«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 Extranjería

2.1 Inmigrantes en situación irregular. No procede su expulsión, ni su sanción con multa, si no concurren circunstancias agravantes. Incidencia de informes policiales desfavorables, antecedentes penales e indocumentación

El TS, en sus sentencias de 5 y 20 de octubre de 2022 (recs. 270/2022 y 5793/2021, ponentes: Herrero Pina y Olea Godoy) clarifica el régimen sancionador aplicable a día de hoy en España a los residentes extranjeros en situación irregular, tras las cuestiones prejudiciales resueltas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sus sentencias de 22 de abril de 2015 (C-38/14), 8 de octubre de 2020 (C-568/19) y 3 de marzo de 2022 (C-409/20).

Concluye, en primer lugar, que a dichos ciudadanos no se les puede expulsar, ni sancionar con multa pecuniaria, si a la mera permanencia irregular no se le añaden determinadas circunstancias agravantes, acreditadas y motivadas en el 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»*.

Y, en tercer 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 Y CRÓNICAS

3 Medio ambiente y urbanismo

3.1 Costas. Constitucionalidad de la Ley de cambio climático en lo que afecta a la extensión de las concesiones de ocupación del dominio público marítimo-terrestre y sus prórrogas

El Tribunal Constitucional (TC) en su Sentencia 90/2022, de 30 de junio (BOE de 29/07/2022, ponente: Martínez-Vares García), desestima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Xunta de Galicia frente al artículo 20 y la disposición derogatoria única de la Ley 7/2021, de 20 mayo, de cambio climático y transición energética.

En el artículo 20.4 de dicha ley se dispuso 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»*.

La Xunta de Galicia esgrimió en su recurso que esa norma vulnera el principio constitucional de seguridad jurídica, al contradecir o ignorar disposiciones legales anteriores sobre la vigencia y prórrogas de estas concesiones demaniales, sembrándolas de dudas interpretativas. La sentencia rechaza sus argumentos, con la siguiente 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 Edificaciones en situación de fuera de ordenación por caducidad de la potestad de disciplina urbanística. El mantenimiento o el cambio de uso requiere del cumplimiento de la normativa sobre seguridad, salubridad y ornato

Así lo consideró el TSJG en su Sentencia de 18 de octubre de 2022 (rec. 4217/2022, ponente: Díaz Casales), sobre la solicitud de cambio de uso (de local comercial a vivienda) en un edificio en situación de fuera de ordenación por caducidad de la potestad municipal para ordenar la reposición de la legalidad urbanística infringida:

«(...) 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

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

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 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 Procedimiento administrativo

4.1 Notificaciones realizadas en papel por el servicio de correos. Si el destinatario se halla ausente, debe dejarse un aviso en su buzón, con constancia fidedigna de ello

La Sentencia del TS de 18 de octubre de 2022 (rec. 5517/2020, ponente: Montero Fernández), referida a Galicia, estima la casación y ratifica la ineficacia de la notificación, mediante publicación de edictos, de una liquidación tributaria, tras concluir 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 el precedente reciente de su Sentencia de 27 de julio de 2022 (rec. 5544/2021) y añade la siguiente 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. 42.3 del Real Decreto 1829/1999, a dejar al destinatario aviso de llegada en el correspondiente casillero domiciliario, acreditándose fehacientemente dicho extremo en la notificación».

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

4.2 Procedimiento de “comunicación previa” para la habilitación de actividades. No cabe ampliar el plazo para resolver

La Sentencia del TS de 20 de septiembre de 2022 (rec. 7031/2021, ponente: Román García), también referida a Galicia, analiza el régimen jurídico del sistema de “comunicación previa”, sustitutivo de la antigua “autorización administrativa”, concluyendo 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 razones:

«(...) 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 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 Incumplimiento de la obligación de realizar por vía electrónica, en lugar de en papel, las notificaciones a las personas jurídicas. Irregularidad formal no invalidante

El TS, en reiteradas sentencias a partir de la de 20 de julio de 2022 (rec. 3963/2021, ponente: Calvo Rojas) analiza el conflicto suscitado en Galicia sobre el vicio formal de procedimiento consistente en la notificación de resoluciones a entidades mercantiles en soporte papel por vía postal, en lugar de electrónica y telemáticamente, concluyendo que es una irregularidad formal no 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 Litigios entre administraciones públicas. Plazo de interposición del recurso contencioso-administrativo

La Sentencia del TSJG de 9 de septiembre de 2022 (rec. 4043/2021, ponente: Martínez Quintanar) analiza en detalle los requisitos procesales y formales exigibles a un recurso contencioso-administrativo promovido por una autoridad portuaria (Administración del Estado) frente a la desestimación presunta del requerimiento previo formulado a un ayuntamiento para que realizase determinadas obras de conservación en un paseo marítimo.

El Tribunal inadmite finalmente el recurso, por haberse interpuesto extemporáneamente. Considera que, conforme a lo dispuesto en los artículos 44 y 46.6 de la Ley Jurisdiccional 29/1998, de 13 de julio (LJCA), cuando la Administración actora formula un requerimiento previo que no se responde con acto expreso, el plazo para acudir a la vía judicial contencioso-administrativa concluye a los tres meses desde la fecha de presentación del requerimiento:

«(...) 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 de la cuantía en los procesos dirigidos frente a actos de la Tesorería General de la Seguridad Social

El TSJG, en su Sentencia de 25 de noviembre de 2022 (rec. 4213/2022, ponente: Martínez Quintanar), constata que en el artículo 41 de la Ley jurisdiccional 29/1998 (LJCA) se establecen dos reglas diferentes y complementarias para la determinación de la cuantía del pleito, distinguiéndose la primera instancia de la fase de apelación o casación. En primera instancia la cuantía vendrá determinada por “la suma del valor económico de las pretensiones”. En cambio, en la apelación y casación la cuantía se considera separadamente, respecto de cada una de las acciones acumuladas. El efecto

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

práctico de esta conclusión es que el TSJG asume a partir de ahora su competencia para conocer en primera y única instancia de los litigios frente a resoluciones de la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) que le requieran al interesado el pago de una cuantía global superior a 60.000 euros, con independencia de que esa cantidad resulte de la suma de distintas deudas o conceptos acumulados (artículo 8.3 p.º 2.º LJCA). Con este cambio de criterio se abre la puerta del recurso de casación a numerosos asuntos que hasta ahora lo tenían vetado en la práctica judicial gallega.

Dicha sentencia se complementa con la del TS de 18 de julio de 2022 (rec. 2389/2020, ponente: Espín Templado), referida a Galicia, en la que se concluye que las resoluciones de la TGSS sobre cambios de grupos de cotización son de cuantía indeterminada, resultando en consecuencia susceptibles de recurso de apelación.

5.3 Rehabilitación de plazos en el trámite de subsanación de deficiencias de la fase inicial de interposición de un recurso contencioso-administrativo

La Sentencia del TS de 27 de julio de 2022 (rec. 7727/2020, ponente: Román García), también referida a Galicia, consolida su criterio interpretativo sobre lo dispuesto en el artículo 128.1 (rehabilitación de plazos procesales), en el 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 Sanidad

6.1 Vulneración del régimen de incompatibilidades del personal sanitario facultativo. Falta muy grave

La Sentencia del TSJG de 14 de septiembre de 2022 (rec. 532/2021, ponente: Seoane Pesqueira) confirma en apelación la sanción disciplinaria de dos años de suspensión de empleo y sueldo impuesta por la Xunta de Galicia a un médico del Sergas (personal estatutario fijo, delegado sindical liberado) por haber incumplido su régimen de incompatibilidades. Concretamente por trabajar mediante contrato mercantil con una clínica privada concertada que también atiende a pacientes del Sergas. Concluye el 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 Responsabilidad patrimonial sanitaria

En los últimos años se han incrementado exponencialmente las reclamaciones indemnizatorias de pacientes frente a la Administración autonómica por supuestos defectos en la prestación del servicio público sanitario. En el último semestre de 2022 el TSJG ha dictado numerosas sentencias de condena por responsabilidad patrimonial. Pueden así mencionarse, en un intervalo breve de tiempo, las sentencias de 14 de septiembre (dos: recs. 6127/2022 –ponente: López González– y 310/2021 –ponente: Bolaño Piñeiro–), 13 de octubre (dos: recs. 553/2021 y 608/2021 –ponente: López González–), 26 de octubre (rec. 523/2021 –ponente: López González–) y 23 de noviembre de 2022 (rec. 312/2022 –ponente: Seoane Pesqueira–), entre otras. En ellas se condena a la consellería a abonar indemnizaciones de, respectivamente, 97.000 euros, 200.000 euros, 40.000 euros, 122.000 euros, 475.000 euros y 100.000 euros, por errores de diagnóstico-tratamiento médico, o pérdida de oportunidad, cometidos en los complejos hospitalarios públicos de Pontevedra, Vigo, Lugo, A Coruña y Santiago de Compostela. En la última de las citadas se realiza un interesante análisis del criterio de imputación por “pérdida de oportunidad”:

«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

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

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 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 del tratamiento crónico del farmacéutico de Atención Primaria en situaciones especiales

La Sentencia del TSJG de 18 de noviembre de 2022 (rec. 7812/2021, ponente: Fernández López) estima el recurso promovido por el Consello Galego de Colexios Médicos de Galicia contra la “Instrucción sobre continuación del tratamiento crónico del farmacéutico de Atención Primaria en situaciones especiales” aprobada por el gerente del Servizo Galego de Saúde en octubre de 2021, “dirigida a los farmacéuticos de la Atención Primaria para decidir continuar el tratamiento crónico de los pacientes”.

En dicha sentencia se analiza, en primer lugar, la naturaleza jurídica de la instrucción, concluyéndose que no se trata de una disposición reglamentaria *stricto sensu*, por lo que no se le pueden exigir los requisitos procedimentales establecidos en los artículos 127 y ss. de la Ley 39/2015, de 1 de octubre (LPAC). Pero también que es un acto que afecta a una pluralidad de ciudadanos (los pacientes con tratamientos farmacológicos), con vigencia indefinida hacia el futuro, acto para cuya aprobación deben emitirse previamente los informes necesarios, que motiven y justifiquen sus determinaciones:

«(...) 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, la sentencia considera que, en cuanto al fondo, la instrucción vulnera el reparto de competencias profesionales entre médicos y farmacéuticos establecido en la legislación 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 (...).»

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

7 Tributos

7.1 Ordenanza fiscal municipal reguladora de la tasa por la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local de las instalaciones de transporte y distribución de energía eléctrica

La Sentencia del TSJG de 14 de octubre de 2022 (rec. 15216/2020, ponente: Selles Ferreiro) resuelve el recurso interpuesto por Red Eléctrica de España contra la Ordenanza fiscal del Concello de Ordes (A Coruña), reguladora de la “Tasa por la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local de las instalaciones de transporte y distribución de energía eléctrica, gas, agua e hidrocarburos” (BOP de 11/03/2020). Anula el régimen de cuantificación de la tasa y el 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».

Se motiva, en esencia, en el criterio establecido por el TS en su Sentencia de 17 de diciembre 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 Caducidad del expediente de comprobación de valores. Principio de buena administración

El TSJG, en su Sentencia de 5 de octubre de 2022 (rec. 15641/2021, ponente: Rivera Frade), anula una liquidación del impuesto de transmisiones patrimoniales (Axencia Tributaria de Galicia) por haberse dictado en un expediente de comprobación de valores caducado, al haber transcurrido más de seis meses entre la fecha de su incoación y la de notificación de la resolución definitiva.

La Administración sostuvo en el litigio la tesis de que el plazo de caducidad se suspendió con la petición inicial del contribuyente de que se le tradujese al castellano la resolución de incoación. El TSJG la rechaza, al constatar que la Axencia Tributaria demoró a partir de ahí un año en notificar la resolución traducida. La sentencia realiza un interesante y prolijo análisis del principio de “buena administración” conforme al que debía haber actuado la demandada, con estas conclusiones:

«(...) 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 entre la Administración y los ciudadanos.

Ambos principios (principio de buena administración y el de buena fe que debe presidir las relaciones entre 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 cuentas bancarias en régimen de cotitularidad

La Sentencia del TSJG de 10 de noviembre de 2022 (rec. 14410/2021, ponente: Rivera Frade) anula el embargo de una cuenta bancaria, al constatar que se halla en régimen de cotitularidad y que sus únicos ingresos proceden de una cotitular ajena a la deuda 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 no automático de recargos por pago retrasado de la deuda tributaria antes del inicio de la fase de apremio

El TSJG, en su Sentencia de 10 de noviembre de 2022 (rec. 15005/2021, ponente: Rivera Frade), incide en que no es de imposición automática el recargo ejecutivo del 5 % establecido en el artículo 28.2 de la Ley general tributaria para supuestos de

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

abono de la deuda fuera del plazo del período voluntario antes de la notificación de la providencia de apremio. Incide el 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 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 Evaluación virtual de los alumnos del curso académico 2019-2020 durante el estado de alarma de la pandemia de coronavirus

La Sentencia del TSJG de 26 de octubre de 2022 (rec. 570/2021, ponente: Bolaño Piñeiro) resuelve el recurso interpuesto por un profesor de derecho contra la resolución de 14 de abril de 2020 del rector de la Universidad de Vigo, en la que se dispuso que la evaluación continuada restante y las evaluaciones finales del curso académico 2019-2020 se realizasen de forma virtual.

El actor esgrimió en su recurso, en esencia, que dicha universidad carecía de medios electrónicos y telemáticos aptos para garantizar la evaluación virtual de los alumnos con una mínima calidad y evitación del fraude. En la fase de exámenes finales de mayo-junio de 2020 ya no existía la obligación de confinamiento domiciliario, hallándose en fase de “desescalada” de las medidas más restrictivas del primer estado de alarma. Pese a ello, se prolongó innecesariamente ese deficiente sistema de evaluación no presencial, incurriendo los alumnos, de manera masiva, en prácticas fraudulentas (no se podía impedir que se valiesen de ayudas externas al margen de sus conocimientos, no se garantizaba la identidad del examinando, no activaban las

cámaras de los ordenadores, se desconectaba el aula virtual, se copiaban y pegaban textos literales en las respuestas de los exámenes, etc.).

El TSJG rechaza el recurso atendiendo a la situación excepcional, imprevista, devenida con la pandemia, que obligó a improvisar la solución virtual, como mal menor, frente a la alternativa de perder el curso académico. Alcanza estas conclusiones finales:

«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 Y CRÓNICAS

