



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 66_junio-diciembre 2023 | pp. 441-479
Santiago de Compostela, 2023
<https://doi.org/10.36402/regap.v2i66.5170>
© Francisco de Cominges Cáceres
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371
Recibido: 02/01/2024 | Aceptado: 19/12/2023

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

Xurisprudencia contencioso-administrativa

Jurisprudencia contencioso-administrativa

Contentious-administrative jurisprudence

66 Regap

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

FRANCISCO DE COMINGES CÁ CERES
Magistrado (Galicia, España)

f.cominges@poderjudicial.es

SUMARIO: 1 Administración local. 1.1 Procedimiento de aprobación de las ordenanzas locales no tributarias. Obligatoriedad de la consulta previa, salvo cuando concurren motivos urgentes y graves de interés público. 1.2 Modificación presupuestaria de diputación provincial mediante generación de crédito. Fraude de ley. 1.3 Obligación de reservar plazas de aparcamiento para personas con movilidad reducida en lugar próximo a sus domicilios. Potestad reglada, no discrecional. 1.4 Expropiación forzosa por un ayuntamiento del bajo de un edificio de viviendas, en beneficio de la comunidad de propietarios, para poder instalar un ascensor. 1.5 En las pruebas de acceso a la función pública en las administraciones locales debe utilizarse con carácter general y preferente el sistema de oposición, sobre el de concurso-oposición. 1.6 Procedimientos de consolidación de personal temporal en las administraciones locales: sujeción a los principios de igualdad, mérito y capacidad. Titulación exigible al puesto de "coordinador deportivo". 2 Contratos públicos. 2.1 Posibilidad de participación en la licitación de entidades financiadas mayoritariamente con fondos públicos. 2.2 Reequilibrio concesional por las pérdidas derivadas de las restricciones impuestas

durante la pandemia de COVID-19. Constitucionalidad del artículo 25 del Real decreto-ley 26/2020, de 7 de julio. 3 Educación y universidades. 3.1 Obligación de la Administración educativa de prestar auxilio y apoyo al alumnado afectado por dificultades de aprendizaje (TDAH). 3.2 Obligación del personal docente de redactar con carácter general en lengua gallega cualquier escrito relativo a su desempeño profesional. 3.3 Anulación directa de matrícula por incorrección de los datos registrados en la aplicación Nerta por aspirante de acceso al sistema universitario de Galicia. No es necesario tramitar un expediente de revisión de oficio. 3.4 Anulación de procedimiento selectivo en universidad pública por incumplimiento de la tasa de reposición establecida en la Ley de presupuestos generales del Estado. Cese obligado de quienes superaron la oposición, al no haber transcurrido más de dos años desde su nombramiento. 4 Extranjería. 4.1 Sanción de expulsión por permanencia irregular en España, con la agravante de indocumentación. 4.2 Posibilidad de plantear simultáneamente una solicitud de protección internacional (asilo) con otra de autorización de residencia por arraigo laboral. 5 Medio ambiente y urbanismo. 5.1 Parques eólicos. Requisitos del trámite de información pública del proyecto de obras y de su estudio ambiental. 5.2 Plan rector de uso y gestión del Parque Nacional Marítimo-Terrestre de las Islas Atlánticas de Galicia. Inexistencia de la inclusión en él de medidas restrictivas de actividades económicas para proteger a las aves. 5.3 Revisión de plan general de ordenación municipal. Requisitos formales. 5.4 Proyecto de estación de suministro de carburantes vrs. competencia técnica universal de los arquitectos superiores. 6 Personal. 6.1 Relación de puestos de trabajo. Las jefaturas de servicio de especial responsabilidad deben reservarse al subgrupo "A.1", con exclusión del "A.2". 6.2 Equiparación de retribuciones (complemento específico) de puestos que en la realidad desempeñan las mismas funciones. 6.3 Abuso de los nombramientos temporales en la sanidad pública gallega. 7 Proceso contencioso-administrativo. 7.1 Requisitos formales del expediente administrativo que se debe remitir al juzgado o tribunal. 7.2 Inejecución de sentencia por imposibilidad legal o material: Establecimiento simultáneo de indemnización sustitutiva. 8 Responsabilidad patrimonial. 8.1 Reclamación indemnizatoria por los perjuicios derivados de la suspensión de actividad de hostelería y restauración por las medidas sanitarias adoptadas durante la pandemia de COVID-19. 9 Tributos. 9.1 Constitucionalidad de la legislación estatal que obliga a tributar en el IRPF los pactos o contratos sucesorios (apartación). 9.2 Obligación de los ayuntamientos de actualizar anualmente la tasa de servicios de suministro de agua y saneamiento en cumplimiento del compromiso contractual de revisión de precios suscrito con la concesionaria. 9.3 Impuesto de plusvalía. Devolución de ingresos indebidos. Agotamiento de la vía administrativa previa. Efectos de la STC 182/2021. 9.2 Obligación de los ayuntamientos de actualizar anualmente la tasa de servicios de suministro de agua y saneamiento en cumplimiento del compromiso contractual de revisión de precios suscrito con la concesionaria.

1 Administración local

1.1 Procedimiento de aprobación de las ordenanzas locales no tributarias. Obligatoriedad de la consulta previa, salvo cuando concurren motivos urgentes y graves de interés público

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (TS), en su sentencia de 16 de noviembre de 2023 (rec. 7629/2021, ponente: Berberoff Ayuda), resuelve la controversia suscitada sobre «si en la elaboración de las ordenanzas locales reguladoras de prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias, ha de observarse el trámite previsto en el artículo 133.1 de la Ley 39/2015, con carácter previo a su aprobación inicial o, por el contrario, es suficiente, en la confección de este tipo de disposiciones, atender al procedimiento previsto en el artículo 49 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, a los efectos

de discernir, en caso de no cumplir con el trámite del artículo 133, si se está ante un defecto formal insubsanable constitutivo de nulidad de pleno derecho o no».

Finalmente, estima la casación, revoca la sentencia de instancia y desestima el recurso interpuesto frente a una modificación de la Ordenanza reguladora de la prestación patrimonial de carácter público no tributaria por los servicios vinculados al ciclo integral del agua del Ayuntamiento de Cangas do Morrazo (BOP de 13/02/2020), con los siguientes argumentos:

«(...) En nuestra sentencia 108/2023 de 31 de enero, rec. 4791/2021, concluimos que la consulta previa del art. 133.1 LPACAP no resultaba exigible en el procedimiento de elaboración de las ordenanzas fiscales. Sin embargo, en el presente recurso de casación, las razones eventualmente existentes para prescindir del trámite no tienen por qué coincidir con el criterio de la referida sentencia 108/2023 de 31 de enero, al concurrir aquí una circunstancia –no cuestionada– y que, en definitiva, perfila otro escenario. En efecto, a diferencia de lo que ocurría en aquella ocasión, en la que se impugnaba una ordenanza fiscal, en el presente recurso, la Ordenanza carece de naturaleza fiscal, por cuanto regula una prestación patrimonial de carácter público no tributaria por servicios vinculados al ciclo integral del agua (...).

La sentencia del Tribunal Constitucional 55/2018 se pronunció, entre otros preceptos, respecto del art. 133 LPACAP (...). La lectura de este pronunciamiento del Tribunal Constitucional permite arribar a una primera conclusión: únicamente responden al concepto de bases del régimen jurídico de las administraciones públicas (art. 149.1.18 CE), el artículo 133 LPACAP, en sus apartados primero, primer inciso (“Con carácter previo a la elaboración del proyecto o anteproyecto de ley o de reglamento, se sustanciará una consulta pública”) y cuarto, primer párrafo, de modo que “las demás previsiones del artículo 133 descienden a cuestiones procedimentales de detalle desbordando el ámbito de lo básico”. En otras palabras, el artículo 133 LPACAP se aplica por completo en el ámbito estatal (tanto sus previsiones de carácter básico como las demás previsiones), y así lo corrobora la sentencia del Tribunal Constitucional 55/2018, de 24 de mayo de 2018. Sin embargo, a los efectos de la elaboración de disposiciones reglamentarias, autonómicas o locales, únicamente se aplicarán las referidas previsiones de carácter básico. Esta es la conclusión que, por lo demás, consignamos en nuestra sentencia 108/2023 de 31 de enero rec. 4791/2021 (...).

A efectos metodológicos, partiendo de la obligatoriedad de la consulta previa del art. 133.1 LPACAP, habrá que indagar si es posible apreciar, también en el caso que nos ocupa, tal especialización por razón de la materia (a partir de la Disposición adicional primera de la LPACAP) y, de no resultar procedente, si cabe justificar o avalar su preterición por alguna de las excepciones establecidas por el ordenamiento jurídico (...). A diferencia del recurso de casación resuelto por nuestra sentencia 108/2023 de 31 de enero –relativo a una ordenanza fiscal– en el presente caso, el principio de especialidad, proclamado en la Disposición Adicional Primera de

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

la LPACAP, no permite excepcionar la consulta pública en el procedimiento de elaboración de la ordenanza local (...). A juicio de esta Sala no es posible extender la especialidad prevista para las ordenanzas fiscales con relación a la elaboración de otras ordenanzas o disposiciones generales sobre cualesquiera otras materias que no aparezcan comprendidas en la referida Disposición Adicional primera de la LPACAP. (...) Habrá que indagar el régimen de las excepciones legalmente previstas recordando que, a los efectos del artículo 133 LPACAP, únicamente tienen carácter básico las del primer párrafo de su apartado cuarto, que es el único que concierne también a la Administración autonómica y local: “[p]odrá prescindirse de los trámites de consulta, audiencia e información públicas previstos en este artículo en el caso de normas presupuestarias u organizativas de la Administración General del Estado, la

Administración autonómica, la Administración local o de las organizaciones dependientes o vinculadas a éstas, o cuando concurren razones graves de interés público que lo justifiquen”.

(...) La sentencia de instancia omite cualquier consideración en torno al primer párrafo del apartado 4 del art 133 LPACAP –este sí, de carácter básico– en el que se encuentra la excepción relativa a que concurren razones graves de interés público para prescindir del trámite de consulta pública. (...). Estimamos que concurre un marcado interés público en la regularidad y prestación de los servicios a los que se refiere la Ordenanza impugnada –los servicios vinculados al ciclo integral del agua–, interés público que debió considerarse a los efectos de ponderar la ausencia de dicha consulta previa. Resultan muy ilustrativos los términos de la LRBRL cuando, con relación al abastecimiento de agua potable a domicilio y a la evacuación y tratamiento de aguas residuales, el artículo 25.2.c) considera el abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales como una materia respecto de la cual el municipio ejercerá en todo caso competencias propias; o asimismo, cuando con relación, nuevamente, al abastecimiento domiciliario de agua potable, su artículo 26 conmina a los municipios a prestar, en todo caso, ese servicio; o, en fin, cuando el segundo apartado del artículo 86 LRBRL declara la reserva en favor de las Entidades Locales, entre otros, del abastecimiento domiciliario y depuración de aguas, que considera como una actividad o servicio esencial. Y es aquí, cuando cobra razón la argumentación del Ayuntamiento recurrente que enfatiza en la necesidad de garantizar el funcionamiento diario de un servicio esencial, señalando explícitamente en su escrito de interposición del recurso, que el trámite de la consulta previa “retrasaría en exceso la entrada en vigor de normativa de gran relevancia para garantizar el correcto funcionamiento de la actividad municipal”».

1.2 Modificación presupuestaria de diputación provincial mediante generación de crédito. Fraude de ley

La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (TSJG) de 21 de julio de 2023 (rec. 7077/2023, ponente: Fernández López) confirma la anulación del contrato formalizado por la Diputación Provincial de Ourense para la adquisición del archivo histórico del diario La Región por el precio de 2.700.000 euros, al considerar nula de pleno derecho la modificación presupuestaria aprobada previamente para financiarlo:

«(...) En orden a verificar si la autoridad local aprobó o no debidamente la modificación presupuestaria mediante la generación de crédito, es necesario tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 44 del citado Real decreto 500/1990, que señala que, en el caso de aportación o compromiso firme, es indispensable “la existencia formal del compromiso firme de aportación”, mientras que en el caso del reintegro, es indispensable “la efectividad del cobro del reintegro”, que es lo mismo que exige el artículo 53.3 de la LGP.

Para aclarar lo que se debe entender como aportación o compromiso como forma de generar crédito, señala el artículo 45 del Real decreto 500/1990 que debe entenderse como tal “el acto por el que cualesquiera entes o personas públicas o privadas, se obligan, mediante un acuerdo o concierto con la entidad local, a financiar total o parcialmente un gasto determinado de forma pura o condicionada”, en cuyo caso, “cumplidas por la entidad local o el organismo autónomo correspondiente las obligaciones que, en su caso, hubiese asumido en el acuerdo, el compromiso de ingreso dará lugar a un derecho de cobro exigible por la entidad local o el organismo correspondiente”.

Como bien indicó el juzgador de instancia, fue esta la vía elegida para generar el crédito, según advirtió de forma clara la interventora provincial en su informe de 13.10.20, lo que también corroboró en su declaración en juicio, vía que no se ajustó a las determinaciones que exigía el artículo 43.1.a) del citado reglamento, pues no hubo aportación alguna por parte de una persona física o jurídica para financiar una determinada actuación propia junto con la Diputación Provincial de Ourense, ni tampoco compromiso firme de hacerlo, ya que lo que se pretendía era adquirir unos archivos del diario “La Región” a cambio de un precio, esto es, adquirir unos bienes mediante una contratación administrativa, una vez frustrada una operación idéntica anterior anulada por sentencia de esta sala.

En modo alguno cuestiona esta sala la posibilidad que tenía el organismo provincial de volver a adquirir ese equipamiento a financiar con créditos del capítulo 6 de gastos, pero si lo que quería era aprovechar el crédito de la aplicación NUM000 con arreglo a la cual abonó la anterior adquisición, lo que podía hacer sin problema era tramitar un expediente de modificación presupuestaria con arreglo a lo dispuesto

REGAP



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

en los artículos 181.e) del TRLRHL y 43.1.e) del Real decreto 500/1990, esto es, una generación de crédito por reintegro de un pago indebido, pero con el añadido de que era necesario que tal reintegro se hubiera satisfecho, lo que no fue el caso; por el contrario, lo que

hizo la autoridad provincial fue acudir a la modificación presupuestaria contemplada en los artículos 181.a) del TRLRHL y 43.1.a) del Real decreto 500/1990, también de generación de crédito, pero debida a aportaciones o compromisos firmes de aportación de alguna persona jurídica (al parecer) para financiar de forma conjunta un determinado gasto, que era claro que se trataba de la adquisición del archivo del diario “La Región”.

También acertó el juzgador de instancia cuando afirmó que ni hubo aportación económica alguna, ni compromiso firme de hacerla; pero tampoco el ingreso que de ahí se derivaría iba destinado a cofinanciar un determinado gasto, ya que el propósito de la Diputación Provincial de Ourense fue volver a adquirir de la sociedad mercantil “La Región, S.A.” el archivo histórico del diario del mismo nombre desde el año 1910 hasta 2016, a cambio de los 2.700.000,00 euros que ya le había entregado tres años antes con cargo a la aplicación NUM000, amparada en una resolución que luego anuló esta sala.

Y tal propósito lo enmascaró aquel organismo provincial bajo la apariencia de que quien todavía no había sido adjudicatario del contrato había realizado una aportación o suscrito un compromiso firme de hacerla, para cofinanciar una inversión que tenía que pagarse exclusivamente con fondos públicos. En realidad lo que se hizo fue una burda compensación de créditos que no reunía los requisitos de ser líquidos, vencidos y exigibles a que se refiere el artículo 1196 del Código civil, al que se remite el artículo 22.1 de la LGP, compensación que tampoco tenía encaje en la normativa contractual que exige el abono del precio cierto.

Pero menos aún quedaba amparada esa anómala modificación presupuestaria por la vía de generación de crédito en el supuesto comprendido en los artículos 181.a) del TRLRHL y 43.1.a) del Real decreto 500/1990, por lo que, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 173.1 y 24 de cada uno de esos textos, respectivamente, al igual que en el artículo 21.1 de la LGP, no tenía cobertura la decisión de modificación del crédito indebidamente generado, lo que arrastraba de forma automática a la nulidad del contrato después adjudicado, tal y como de forma unánime establecen los artículos 46 de la LGP, 173.5 del TRLRHL y 39.2.b) de la LCSP, que fue lo que de forma acertada declaró el juzgador de instancia cuando anuló la resolución impugnada, pronunciamiento que esta sala comparte en su integridad».

1.3 Obligación de reservar plazas de aparcamiento para personas con movilidad reducida en lugar próximo a sus domicilios. Potestad reglada, no discrecional

El TS, en su sentencia de 20 de julio de 2023 (rec. 1144/2022, ponente: Teso Gamella), a propósito de un conflicto suscitado con el Ayuntamiento de Monforte de Lemos, examina prolijamente el derecho de los ciudadanos discapacitados titulares de tarjeta de estacionamiento a la reserva de plazas de aparcamiento próximas a sus domicilios, en estos términos:

«(...) La reserva de plaza de aparcamiento para las personas con discapacidad es un derecho previsto en el citado artículo 7.1.a) del citado Real decreto de 2014. El expresado precepto establece que los titulares de la tarjeta de estacionamiento tendrán una serie de “derechos” en todo el territorio nacional, siempre y cuando exhiban de forma visible la tarjeta en el interior del vehículo. Entre estos derechos, por lo que hace al caso examinado, está el previsto en la letra a), que se refiere a la reserva de plaza de aparcamiento, previa la oportuna solicitud a la Administración correspondiente y justificación de la necesidad de acuerdo con las condiciones que establezcan las Administraciones autonómica o local, en lugar próximo al domicilio o puesto de trabajo. (...).

La acción de las Administraciones debe promover “las medidas necesarias para que el ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos de las personas con discapacidad sea real y efectivo” en todos los ámbitos de la vida, según establece el artículo 7 del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por Real decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre. (...) Al tiempo, el artículo 30 establece como medidas de acción positiva que los ayuntamientos adoptarán las medidas adecuadas para facilitar el estacionamiento de los vehículos automóviles pertenecientes a personas con problemas graves de movilidad, por razón de su discapacidad. Recordemos, a estos efectos, que el artículo 49 de la CE ordena a los poderes públicos que presten la atención especializada que requieran las personas con discapacidad, y los amparen especialmente para el disfrute de los derechos que el Título I otorga a todos los ciudadanos. (...).

La cercanía al domicilio es esencial para que la reserva de la plaza cumpla con su función al servicio de la integración social y de la igualdad de las personas con movilidad reducida como consecuencia de su discapacidad. De modo que sus derechos se resienten cuando se cambia tal ubicación, se lleva a un lugar que está 50 metros más lejos, tratándose de una persona próxima a cumplir 90 años, que al dictarse el acto administrativo estaría sobre los 85 años, y con una minusvalía del sesenta y cinco por ciento, que, además, según señala la sentencia del Juzgado, el nuevo emplazamiento de

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

la plaza se hace a un lugar más peligroso, por encontrarse en la salida de un estacionamiento privado.

La decisión administrativa, por tanto, ha de tener en cuenta la proximidad y la facilidad de acceso de la reserva de plaza respecto del domicilio, de manera que su denegación únicamente podría hacerse ante la concurrencia de poderosas razones de interés general debidamente justificadas. Pero nunca primando la mera conveniencia de algún vecino que alega esgrimir el beneficio de todos. No puede abordarse el tratamiento de la ubicación cercana al domicilio como si se tratara de una mera comodidad de la persona con movilidad reducida por discapacidad. Se trata, insistimos, de remover los obstáculos que impiden que la libertad y la igualdad de estas personas sean reales y efectivas, favoreciendo su integración social. (...).

De manera que la decisión municipal sobre la concreta localización de la reserva de plaza de estacionamiento ha de tomar en consideración la cercanía al domicilio, siempre que no se aprecien situaciones que puedan incluirse entre las prohibiciones que establece el artículo 7.2 del Real decreto de 2014.

No hay, en definitiva, un interés general de las personas con movilidad reducida y un interés general de los demás. No se oponen, sino que se complementan. El interés es general porque es el interés de todos los vecinos, en el que se incluye el de aquellos que son vulnerables debido a sus graves limitaciones motoras, y precisan, además del reconocimiento de sus derechos, de esa decidida acción de los poderes públicos tendente a hacerlos efectivos, evitando desigualdades que conduzcan a crear o mantener zonas de exclusión.

No estamos, en consecuencia, en respuesta a la cuestión de interés casacional, ante una decisión discrecional, por cuya virtud el Ayuntamiento pueda elegir entre diversas opciones igualmente válidas, sino que nos encontramos ante el examen del cumplimiento del supuesto de hecho previsto en la norma, con la consiguiente descripción de sus exclusiones, a cuya concurrencia se anuda la consecuencia jurídica de la concreta localización de la reserva de aparcamiento. Se emplean, por tanto, conceptos jurídicos indeterminados que han de ser interpretados, junto al interés general que resulta consustancial en cualquier decisión administrativa, en el caso concreto, atendidas las circunstancias que hemos señalado en esta sentencia».

1.4 Expropiación forzosa por un ayuntamiento del bajo de un edificio de viviendas, en beneficio de la comunidad de propietarios, para poder instalar un ascensor

La sentencia del TSJG de 7 de julio de 2023 (rec. 7087/2023, ponente: Fernández López) analiza los requisitos formales y sustantivos necesarios para que un ayuntamiento

pueda expropiar, en beneficio de la comunidad de propietarios de un edificio de viviendas, los elementos necesarios para poder instalar un ascensor por su interior.

La sentencia comienza desgranando los presupuestos normativos de esta peculiar expropiación:

«(...) al no poder iniciar las obras para instalar el ascensor que se pactó en el seno de la comunidad de propietarios, se dirigió ésta a la corporación municipal para que expropiara la porción del bajo (...).

Tal posibilidad se recogió en el artículo 111 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible, que facultaba a la administración competente para ordenar, en la forma, los términos y plazos que establezca la legislación aplicable, la realización de las obras necesarias, en especial las recogidas en la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal, imposición que comportaría la declaración de la utilidad pública o, en su caso, el interés social, a los efectos de la expropiación forzosa de los bienes y derechos necesarios para su ejecución. Aquél precepto fue derogado por la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, que lo reemplazó por su artículo 14, sobre los derechos de realojamiento y retorno, para pasar finalmente por regularse en el artículo 59 del texto refundido de la Ley de suelo y rehabilitación urbana, aprobado por Real decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, que faculta a los ayuntamientos a utilizar la ejecución forzosa y la vía de apremio para exigir el cumplimiento de sus deberes a los propietarios, individuales o asociados, que no hubieren cumplido sus obligaciones, actuación que también podrán ejercer a solicitud de la asociación contra los propietarios que incumplieren los compromisos contraídos con ella.

El primero de los tres preceptos citados ya fue desarrollado por el artículo 99 de la Ley 8/2012, de 29 de junio, de vivienda de Galicia, que dispone en su apartado 1 que “para la administración municipal competente será causa de expropiación forzosa por razón de interés social que en un edificio en régimen de propiedad horizontal no se realicen, tras los oportunos requerimientos, las obras necesarias o las instalaciones precisas para el cumplimiento de la normativa en materia de accesibilidad y supresión de barreras arquitectónicas”; en este supuesto –prosigue su apartado 2– “la expropiación afectará únicamente a aquellos elementos privativos o comunes necesarios para realización de dichas actuaciones, y podrán ser beneficiarias de la misma las propias comunidades de propietarios”; finalmente, establece su apartado 3 que “en todo caso, la persona beneficiaria deberá justificar la necesidad de llevar a cabo las obras de adecuación con un informe técnico y una memoria en los que se contenga la información precisa sobre la obra que se va a ejecutar, así como la acreditación de la imposibilidad de acudir a otras alternativas que resulten menos gravosas al derecho a la propiedad”.

Así pues, si –como es el caso– la “Comunidad de propietarios del edificio situado en el número XXX de la calle YYYY, de Noia, acordó instalar un ascensor en el bajo,

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

tal decisión tenía que cumplirse en sus propios términos, si bien dejando a salvo la posibilidad de que los afectados pudieran acudir a la jurisdicción civil para dirimir sus controversias, ya fuera porque no se cumplió el régimen de mayorías, ya porque no fuera obligatoria la instalación del ascensor, ya por discrepar de su ubicación, ya por disconformidad con la indemnización, o ya por otras cuestiones”.

No obstante, hay un supuesto en el que el legislador ha acordado que sean las administraciones públicas, y no la jurisdicción civil, las que deban intervenir, que es en el caso singular a que se refiere el artículo 99 de la LVG, que requiere, por parte de la beneficiaria, que justifique la necesidad de ejecutar las obras de accesibilidad en el edificio en régimen de propiedad horizontal, así como que acredite que tal ejecución ha sido imposible, pese a haber realizado los oportunos requerimientos; verificados por la entidad local esos extremos, tiene lugar la causa expropiandi a que se refiere el artículo 1 de la Ley de expropiación forzosa, de 16 de diciembre de 1954, en este caso por razón de interés social en beneficio de la comunidad de propietarios, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 2.3 y 9 de la LEF y 99.1 de la LVG».

Y concluye finalmente que en este caso en concreto el ayuntamiento no cumplió los presupuestos formales mínimos necesarios para poder culminar la expropiación:

«No comparte esta sala tales decisiones, y ello por estos cinco motivos: el primero, porque en ninguna de las tres actas de los acuerdos adoptados el 23.01.19, el 16.10.19 y el 28.07.20 se concretó fecha alguna para que la propietaria del bajo pusiera a disposición la porción necesaria para iniciar y culminar las obras, por lo que no se pudo dar por cierto que aquélla se había negado a la instalación del ascensor, como se afirmó en la resolución de 27.12.21; el segundo, porque si bien en la última de las actas citadas se acordó requerir a esa propietaria que comunicara el día de inicio de los trabajos en su local, tan solo consta en el expediente la remisión de un burofax en ese sentido el 20.08.20, pero no su recepción por la destinataria, ni tampoco consta que la entidad local hubiera requerido la subsanación de tal omisión antes de dar por cierta la negativa que propició su intervención forzosa; el tercero, porque se prescindió del requisito previo para iniciar el procedimiento expropiatorio, que era la indispensable previa declaración del interés social a que se refiere el artículo 9 de la LEF; el cuarto, porque, con independencia de lo que pudiera resultar en la demanda civil sobre la indemnización, el requerimiento de intervención de la entidad local exigía tramitar el procedimiento expropiatorio por su cauce, lo que ésta ignoró al dar por buena la resolución de 27.12.21 el valor expropiatorio que fijó una de las partes sin seguir los pasos para determinarlo con arreglo a lo dispuesto en los artículos 24 y siguientes de la LEF; y, finalmente, y en línea con lo que se acaba de indicar, porque esa resolución no podía acordar la ocupación del local sin que antes se hubiera abonado el justiprecio fijado legalmente, (artículo 51 de la LEF), salvo que se hubiera declarado la urgente ocupación conforme lo dispuesto en el artículo 52 de esa misma ley, que es lo que solicitó la beneficiaria y a lo que no se dio respuesta».

1.5 En las pruebas de acceso a la función pública en las administraciones locales debe utilizarse con carácter general y preferente el sistema de oposición, sobre el de concurso-oposición

El TS, en su sentencia de 18 de julio de 2023 (rec. 4284/2021, ponente: Requero Ibáñez), confirma la anulación del procedimiento selectivo utilizado por un ayuntamiento gallego para la cobertura, por el sistema de acceso libre, de una plaza de auxiliar administrativo, al haberse realizado mediante “concurso-oposición”, en lugar de por “oposición”. Concluye declarando que:

«(...) en el ámbito del régimen local se mantiene la vigencia del artículo 2 del Real decreto 896/1991, como norma de desarrollo, conforme a la cual se da preferencia a la oposición. Tal preferencia es la que la Administración del Estado establece para seleccionar a su propio funcionariado: en desarrollo de la Ley 30/1984, el artículo 4, segundo inciso, del Reglamento de Ingreso aprobado por Real decreto 364/1995, de 10 de marzo, fija la oposición como sistema selectivo prioritario.

5. En consecuencia y a los efectos del artículo 93.1 de la LJCA, declaramos que se mantiene la vigencia del artículo 2 del Real decreto 896/1991 como norma especial aplicable a la selección de los funcionarios de carrera de la Administración Local, por lo que el sistema de oposición es el general y el concurso-oposición será el aplicable cuando así se justifique por ser más adecuado atendiendo a la naturaleza de las plazas o de las funciones a desempeñar».

1.6 Procedimientos de consolidación de personal temporal en las administraciones locales: sujeción a los principios de igualdad, mérito y capacidad. Titulación exigible al puesto de “coordinador deportivo”

La sentencia del TSJG de 14 de noviembre de 2023 (rec. 476/2022, ponente: Sánchez Romero) desestima el recurso interpuesto frente a las bases de un procedimiento selectivo convocado por la Diputación Provincial de Ourense para la consolidación de personal temporal.

Considera, en primer lugar, que:

«De las normas transcritas no se deriva en modo alguno que en el proceso de consolidación hayan de incluirse normas que impliquen ventajas para quien viniese ocupando de forma interina la plaza ofertada, sino que, por el contrario, se recuerda la vigencia en tal proceso de los principios de igualdad, mérito y capacidad, y se ponen límites a la hora de valorar determinados méritos, como la indicación de que en tal valoración rija el principio de proporcionalidad de forma que la puntuación que pueda darse no determine en ningún caso el resultado del proceso selectivo.

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

Cuestión distinta es que, en efecto, exista una jurisprudencia desarrollada en la materia que señala que no es contrario a derecho introducir en esos procesos elementos o criterios a valorar que vengan a otorgar en la práctica ventaja a quien viniese ocupando la plaza en interinidad, como es el propio hecho de valorar en mayor medida el tiempo de servicio prestado en la concreta plaza que en otra análoga en otra Administración, siempre que para ello pueda haber justificación y se respeten los límites legales ya citados, pero sin que introducir tales criterios diferenciadores sea obligatorio para la Administración convocante quien, dentro de su potestad de autoorganización, podrá considerar los méritos y puntuaciones que estime más adecuados para obtener la mejor cobertura de la plaza (...).».

En segundo lugar concluye, con profusa fundamentación, que el desempeño de las funciones de “coordinador de deportes” no requiere ostentar la titulación de “Licenciado en Ciencias de la Educación Física y el Deporte”.

2 Contratos públicos

2.1 Posibilidad de participación en la licitación de entidades financiadas mayoritariamente con fondos públicos

El TS, en su sentencia de 2 de octubre de 2023 (rec. 787/2023, ponente: Córdoba Castroverde), confirma en casación la validez de la adjudicación por la Xunta de Galicia al Institut Cartografic i Geologic de Catalunya, por procedimiento abierto, del contrato de servicio de obtención de imágenes aéreas para la posterior elaboración de la cartografía de los planes básicos municipales. La sentencia, profusamente motivada, alcanza esta conclusión:

«En respuesta a la cuestión de interés casacional planteada consistente en determinar si la participación en la licitación de un contrato por quien percibe dotaciones presupuestarias que suponen más del 80 % de sus recursos, coloca al licitador en una situación ventajosa incompatible con el principio de libre concurrencia en contratación pública, en comparación con la de otros operadores económicos privados., ha de afirmarse lo siguiente.

i) las empresas que reciban fondos públicos pueden participar en procesos de licitación para la adjudicación de un contrato público, concurriendo con otras entidades privadas sin que ello lesione, en principio, la libre competencia.

ii) únicamente resulta posible excluir una entidad que recibe financiación pública de un procedimiento de licitación en caso de que realizase una oferta anormalmente baja debido a la obtención de una ayuda de Estado o en caso de recibir subvenciones o ayudas no conformes a derecho.

iii) el hecho de que dicha entidad pública mantenga una contabilidad separada entre sus actividades realizadas como operador económico en el “mercado privado” y sus restantes actividades es un elemento relevante a los efectos de descartar la existencia de ayudas que desvirtúen la competencia».

2.2 Reequilibrio concesional por las pérdidas derivadas de las restricciones impuestas durante la pandemia de COVID-19. Constitucionalidad del artículo 25 del Real decreto-ley 26/2020, de 7 de julio

La sentencia del TS de 18 de julio de 2023 (rec. 159/2022, ponente: Córdoba Castroverde) confirma la desestimación por el Consejo de Ministros de la solicitud de reequilibrio concesional formulada por una entidad mercantil por la pérdida de ingresos en la autopista de peaje “Santiago de Compostela-Ourense”, de la que es concesionaria, por el periodo comprendido entre el 13 de marzo y el 15 de julio de 2020.

La sala analiza con profusión el régimen de las “Condiciones de reequilibrio económico de los contratos de concesión para paliar las consecuencias del COVID-19” establecidas en el Real decreto-ley 26/2020, de 7 de julio, de medidas de reactivación económica para hacer frente al impacto del COVID-19 en los ámbitos de transportes y vivienda, concluyendo su constitucionalidad, con esta motivación:

«(...) La entidad recurrente considera que se ha producido una expropiación legislativa porque el art. 25 del Real decreto-ley 26/2020 suprime los derechos que el art. 34.4 del Real decreto Ley 8/2020 otorgaba a la sociedad concesionaria, a saber: a) La exigencia del requisito del margen bruto de explotación negativo excluye automáticamente el derecho al reequilibrio económico del contrato; b) Al establecer que la única vía posible para proceder al reequilibrio es la ampliación del plazo de duración de la concesión, se priva del derecho al reequilibrio vía “modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato” que establece el artículo 34.4 del Real decreto-ley 8/2020 y de cualquier derecho al reequilibrio, en el caso de los titulares de contratos de concesión a lo que ya se les ha ampliado el plazo hasta el máximo permitido legalmente (como ocurre en el caso de la Sociedad); c) Las distintas normas de contratación aprobadas en las últimas décadas han concedido un derecho a los titulares de contratos de concesión al reequilibrio económico del contrato ante la concurrencia de un supuesto de fuerza mayor, como la crisis de la COVID-19. (...).

El adecuado análisis de estas normas exige partir de que tanto el Real decreto-ley 8/2020 como el Real decreto-ley 26/2020 son leyes singulares y especiales que se dictan ante una situación extraordinaria de pandemia y que tratan de paliar las consecuencias negativas que ésta y las medidas adoptadas por las diferentes Administraciones públicas para combatirla tuvieron sobre una parte del tejido productivo y su incidencia en los contratos públicos existentes. Este escenario

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

excepcional requiere la adopción de previsiones adecuadas y proporcionales para hacer frente a esta situación que además tiene una vigencia temporal limitada de unos tres meses (desde el 14 de marzo al 21 de junio de 2020). (...).

Este Tribunal, desde la perspectiva que nos ocupa, no aprecia que el artículo 25 del Real decreto-ley 26/2020 haya “despojado” al concesionario de ningún derecho “consolidado” reconocido el artículo 34.4 del Real decreto-ley 8/2020, por las razones que pasamos a exponer: (...)

El art. 34.4 del Real decreto-ley 8/2020 ya estableció que los mecanismos de compensación sobre los contratos públicos estaban vinculados a la suspensión de estos contratos o a la imposibilidad de prestación o ejecución del mismo, excluyendo en muchos de sus apartados las previsiones de la Ley de Contratos del Sector público referidas a las indemnizaciones por fuerza mayor. (...) Pero dicha norma establecía que para poder reconocer el derecho a la compensación era necesario apreciar “la imposibilidad de ejecución del contrato como consecuencia de la situación descrita”, lo cual planteaba problemas interpretativos y de aplicación dado que las autopistas de peaje debieron permanecer abiertas a la circulación sin que llegara a interrumpirse ni la ejecución del contrato ni la prestación del servicio. Fue el artículo 25 del Real decreto-ley 26/2020 el que se encarga de aclarar y especificar cuando no se aprecia esa imposibilidad de ejecución del contrato –cuando “el margen bruto de explotación durante el período de vigencia del estado de alarma haya sido positivo”, entendiendo por margen bruto de explotación la diferencia entre ingresos generados y gastos ocasionados, sin incluir amortizaciones ni provisiones por las actividades de explotación de la concesión–. La compensación por esta circunstancia excepcional trataba de evitar que no se pudiera prestar el servicio por lo que la norma tan solo tuvo en consideración que los ingresos cubriesen, al menos, los costes necesarios para prestarlo (personal, mantenimiento, etc. ...).

Como acertadamente señala el Abogado del Estado no se puede confundir la “imposibilidad” con la dificultad de ejecutar un contrato, máxime en este tipo de contratos en los que la duración de la concesión se prolonga durante años y el periodo tomado en consideración queda reducido a unos pocos meses, pues el equilibrio ha de ser valorado en el conjunto de la prestación, lo contrario implicaría que la Administración tendría que asegurar al concesionario frente a toda contingencia que alterara los términos de su prestación. (...).

La sociedad recurrente entiende, sin embargo, que se le priva de las expectativas de obtener una compensación superior, reconocida en el art. 34 del Real decreto-ley 8/2020, que incluiría todos los gastos que la concesionaria debería asumir, incluyendo los gastos financieros y de amortización. Tampoco esta afirmación puede ser compartida, pues lo cierto es que el artículo 34.4 del Real decreto-ley 8/2020 establecía que la compensación incluiría “la pérdida de ingresos y el incremento de los costes soportados, entre los que se considerarán los posibles gastos adicionales

salariales que efectivamente hubieran abonado, respecto a los previstos en la ejecución ordinaria del contrato de concesión de obras o de servicios durante en el período de duración de la situación de hecho creada por el COVID-19”. De modo que tampoco el art. 34.4 se refería, como pretende la entidad recurrente, a la inclusión de todos los costes soportados por la entidad sino tan solo sino al “incremento” de los soportados respecto a los previstos en la ejecución ordinaria del contrato antes de la pandemia, lo cual no es lo mismo. (...).

En tercer lugar, la recurrente sostiene que el art. 25 del Real decreto-ley 26/2020 al establecer como la única vía posible para proceder al reequilibrio la ampliación del plazo de duración de la concesión, le priva del derecho al reequilibrio vía “modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato” que establecía en el artículo 34.4 del Real decreto-ley 8/2020 y de cualquier derecho al reequilibrio, en el caso de los titulares de contratos de concesión a lo que ya se les ha ampliado el plazo hasta el máximo permitido legalmente, como ocurre en el caso de la sociedad recurrente.

Tampoco esta consideración nos hace albergar dudas sobre la inconstitucionalidad de este precepto porque el hecho de que una ley posterior altere las modalidades por las que se puede hacer efectiva una compensación económica no implica una expropiación sino una mera regulación de los mecanismos de compensación legalmente previstos. Y el hecho de que se fije como única posibilidad la ampliación del plazo de duración de la concesión tampoco le priva de compensación a las sociedades que hubiesen alcanzado el plazo máximo permitido, pues ha de entenderse que esta modificación legal posterior amplía el plazo hasta entonces previsto en los términos regulados en dicha norma».

3 Educación y universidades

3.1 Obligación de la Administración educativa de prestar auxilio y apoyo al alumnado afectado por dificultades de aprendizaje (TDAH)

La sentencia del TSJG de 29 de noviembre de 2023 (rec. 589/2022, ponente: Fernández Barrio) concluye declarando el incumplimiento por un centro público de enseñanza primaria de su obligación de aplicarle a un alumno determinado «las adecuadas medidas de refuerzo y apoyo estipuladas en el Protocolo de Consenso sobre TDAH [Trastorno por Déficit de Atención e Hiperactividad] en la infancia y en la adolescencia en los ámbitos educativo y sanitario». Protocolo «elaborado por un grupo de trabajo compuesto por especialistas de diversas áreas de la Administración, bajo la coordinación de la Dirección Xeral de Asistencia Sanitaria, Subdirección Xeral de Planificación e Programación Asistencial, Dirección Xeral de Educación, Formación

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

Profesional e Innovación Educativa y Subdirección Xeral de Ordenación e Innovación Educativa e Formación do Profesorado». De libre acceso en: <https://www.edu.xunta.gal/portal/node/13546#:~:text=Conscientes%20desa%20situaci%C3%B3n%20e%20da%20necesidade%20dunha%20coordinaci%C3%B3n,vida%20de%20moitas%20nenas%2C%20nenos%20e%20persoas%20adolescentes>.

Tras analizar el régimen jurídico aplicable, alcanza las siguientes conclusiones:

«(...) no es descabellado plantear que se hacía necesario, al menos preliminarmente, implementar medidas de apoyo educativo, sin perjuicio de derivar el examen de la situación personal del menor a los especialistas que pudieran ofrecer un diagnóstico concreto y certero, a partir del cual ahondar en ese soporte en el aula.

De lo que no cabe duda es de que, en enero, recién comenzado el segundo trimestre, se contaba con el informe preliminar del Dr. XXX, en el cual se recomienda, en todo caso, que se adopten medidas de refuerzo y acomodación propias a las necesidades educativas de apoyo específico.

Por parte del centro se asignaron al menor 2 horas de Pedagogía (PT) y 1 hora de Audición y Lenguaje (AL), únicas medidas que se mantuvieron durante todo el curso escolar. Medidas de atención, que, como se razona en la sentencia recurrida, no fueron todo lo deseablemente completas que podría exigirse, o a las que podría aspirar el alumno en términos teóricos. (...) Se desconoce cuál habría sido el resultado de la implementación tempestiva de esas medidas de apoyo, siquiera a partir del mes de enero, pero lo que se considera relevante es que no se pusieron los medios precisos para mejorar el rendimiento académico del niño, derivando en una repetición de curso que, ante esa omisión, resultó inevitable.

Es un hecho incontrovertido que en el centro escolar se conocía la dificultad en el aprendizaje que presentaba el alumno, aunque hasta el mes de enero no se le adjudicase un diagnóstico que, aun preliminar, resultaba suficientemente expresivo: TDAH.

A partir de ese conocimiento, recae sobre la Administración educativa la carga de acreditar que se activaron los mecanismos previstos en el Protocolo más arriba descrito en aras a potenciar las capacidades del menor, a mejorar su rendimiento académico y a lograr su integración en el aula. Porque, como expone el art. 72.2 de la LO 2/2006, corresponde a las Administraciones educativas dotar a los centros de los recursos necesarios para atender adecuadamente a este alumnado.

No en vano, el art. 71.3 de la LO 2/2006 indica que la atención integral al alumnado con necesidad específica de apoyo educativo se iniciará desde el mismo momento en que dicha necesidad sea identificada y se regirá por los principios de normalización e inclusión.

Esa demostración no puede cabalmente reputarse satisfecha con la asignación de 2 horas de Pedagogía (PT) y 1 hora de Audición y Lenguaje (AL), cuando ni siquiera consta que se elaborase la evaluación psicopedagógica prevista en el punto 5.3.1.

Tampoco está probado que se dispusieran a favor de un alumno que requería una atención educativa diferente a la ordinaria los medios y recursos necesarios para que alcanzase el máximo desarrollo personal, intelectual, social y emocional (art. 71 de la LO 2/2006); ni que se realizasen adaptaciones del currículo (arts. 3.8 y 20.5 del mismo texto). (...)».

3.2 Obligación del personal docente de redactar con carácter general en lengua gallega cualquier escrito relativo a su desempeño profesional

La sentencia del TS de 20 de noviembre de 2023 (rec. 7406/2021, ponente: Lucas Murillo de la Cueva) confirma la desestimación del recurso interpuesto por un profesor de un centro educativo público frente a la imposición por la Xunta de Galicia de la obligación de que todos los escritos que redacte en el ejercicio de su función se expresen en lengua gallega:

«(...) Estamos, en efecto, ante el desempeño de su cometido por un funcionario con capacidad para desenvolverse en las dos lenguas y que pretende imponer su criterio sobre el de la Administración, la cual a partir de las previsiones de la Ley gallega 3/1983 quiere contribuir a la normalización del uso del gallego con las pautas sentadas por el artículo 3 del Decreto 79/2010. (...). El objetivo de normalizar el uso de las lenguas españolas distintas del castellano es plenamente conforme con la Constitución y así lo han declarado reiteradamente el Tribunal Constitucional y esta Sala. Así, en nuestra sentencia n. 1642/2020, de 1 de diciembre (casación n. 1968/2019), lo hicimos por última vez.

También sucede que el auto de 4 de diciembre de 2008 inadmitió el recurso de casación n. 685/2008 interpuesto por la Asociación Gallega por la Libertad del Idioma, precisamente, contra la sentencia de la Sala de La Coruña de 21 de noviembre de 2007 (recurso 3/2007), la cual así ganó firmeza. La recurrente consideraba contrarios al ordenamiento jurídico, además del artículo 12, el artículo 2 del Decreto 124/2007, de 8 de junio, por el que se regula el uso y la promoción del gallego en el sistema educativo, cuyo contenido es sustancialmente el mismo que el del artículo 3 del Decreto 79/2010. Y la sentencia de esta Sala de 11 de marzo de 2015 (casación n. 598/2013) ha confirmado la legalidad de esta disposición, si bien eran otros los preceptos discutidos y ha dicho que el equilibrio que establece en el uso en la enseñanza del gallego y del castellano es conforme al ordenamiento jurídico.

No tiene razón la Letrada de la Junta de Galicia al sostener que, habiéndose juzgado con anterioridad por la Sala de La Coruña la conformidad a Derecho del artículo

REGAP



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

3 del Decreto 79/2010, ya no cabe enjuiciarlo. No es así, pero el Sr. XX no nos ha ofrecido argumentos que justifiquen llegar ahora a una solución contraria a la adoptada en su día por aquélla. En definitiva, en las singulares circunstancias concurrentes que hemos señalado antes, la sentencia de la Sala de La Coruña no es disconforme con el ordenamiento jurídico. (...) en el supuesto de autos, no se ha quebrado el principio de cooficialidad previsto en los artículos 3 de la Constitución y 5 del Estatuto de Autonomía de Galicia».

3.3 Anulación directa de matrícula por incorrección de los datos registrados en la aplicación Nerta por aspirante de acceso al sistema universitario de Galicia. No es necesario tramitar un expediente de revisión de oficio

El TSJG, en su sentencia de 4 de octubre de 2023 (rec. 280/2023, ponente: Bolaño Piñeiro), clarifica el procedimiento a seguir cuando una universidad gallega detecta que ha aceptado incorrectamente la matrícula de un alumno procedente de fuera de Galicia, por haber inscrito en la aplicación “Nerta” datos inveraces o erróneos. Concluye que se puede efectuar la revocación de la matrícula directamente, con un mero trámite de audiencia previo, sin necesidad de incoar un procedimiento de revisión de oficio:

«(...) De las notas que realmente tiene el recurrente, se constata claramente que no alcanza la puntuación necesaria para el grado de enfermería en Lugo. El recurrente tiene la obligación de conocer sus notas, y de introducirlas correctamente en el sistema.

No se afirma en la Sentencia apelada que se hayan falseado las notas, sino que existe una clara discrepancia entre lo que consta en la aplicación NERTA, y las notas que tiene el recurrente. Pero la realidad es que el recurrente no alcanza la nota de corte.

No debe olvidarse que el acceso a las Universidades es un procedimiento competitivo en el que únicamente pueden acceder los alumnos que alcanzan las notas de corte, y que el acceso se realiza por estricto orden de puntuación. El apelante no cuestiona que no tenga la nota mínima para el acceso al grado de enfermería en Lugo, y la realidad es que no tiene la nota exigida.

No puede compartirse tampoco la alegación del recurrente respecto a que se trataba de un acto definitivo, que solamente puede modificarse por vía de revisión.

De la normativa aplicable expuesta detalladamente en la resolución recurrida, se constata que cabe legalmente la revocación de la matrícula bien de oficio, como ocurrió en el presente caso, bien a petición de parte.

No es un acto definitivo, hasta que se comprueba la veracidad de los datos grabados por el interesado. No debe olvidarse que se trata de una declaración responsable. Por ello la actuación de la Administración no incurre en causa de nulidad.

En cuanto a la reclamación por daños y perjuicios, debe señalarse que es la propia conducta del recurrente, el cual tiene obligación de grabar correctamente sus datos y de conocer la nota de corte de la carrera seleccionada, la que causó sus desplazamientos.

Por ello no existiendo un acto nulo no puede entenderse que se hayan generado perjuicios al recurrente.

En cualquier caso, no se han acreditado los perjuicios reclamados, ni los morales, ni tampoco el abono del sueldo de un año como enfermero».

3.4 Anulación de procedimiento selectivo en universidad pública por incumplimiento de la tasa de reposición establecida en la Ley de presupuestos generales del Estado. Cese obligado de quienes superaron la oposición, al no haber transcurrido más de dos años desde su nombramiento

La sentencia del TSJG de 29 de noviembre de 2023 (rec. 444/2022, ponente: Fernández Barrio) estima el recurso interpuesto por la Administración del Estado frente a la resolución de la Universidad de Santiago de Compostela, de octubre de 2019, de convocatoria de pruebas selectivas de acceso a la escala técnica superior de la Administración, subgrupo A1 (DOG 14/10/2019).

Concluye, en primer lugar, que no es admisible que en un procedimiento selectivo de personal las plazas reservadas a promoción interna que queden vacantes acrezcan a las de libre acceso, cuando con ello se vulnera la tasa de reposición impuesta en la Ley de presupuestos generales del Estado:

«(...) Es sabido que la tasa de reposición de efectivos es una ratio que determina el número de funcionarios de nuevo ingreso que pueden incorporarse a una administración pública, en función de las bajas que se hayan producido en el año inmediatamente anterior, cuantificando las jubilaciones, retiros, fallecimientos, renuncias, declaraciones en situación de excedencia sin reserva de puesto de trabajo, pérdidas de la condición de funcionario de carrera, extinciones de contratos de trabajo o cualquier otra situación administrativa que no conlleve reserva de puesto de trabajo o la percepción de retribuciones con cargo a la administración en la que se cesa.

La Administración, en todo caso, no está obligada a incluir en la OEP la totalidad de las plazas que quedaron vacantes en el anterior ejercicio, sino aquellas que, figurando en el Cuadro de Personal y contando con dotación presupuestaria, se conceptúen

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

como más necesarias para el funcionamiento adecuado de los servicios públicos, respetando siempre el límite establecido por la tasa de reposición de efectivos.

No cabe confundir el cómputo de las vacantes a efectos del cálculo de la tasa de reposición con la oferta efectiva de las plazas en un ejercicio.

Como tuvo oportunidad de exteriorizar esta Sala en la sentencia de 27.2.2023, hay que tener en cuenta que la tasa de reposición de efectivos es una institución jurídica de carácter excepcional y temporal en materia de empleo público, normalmente condicionada por restricciones presupuestarias que emanan de la Ley de presupuestos generales del Estado y que tiene como finalidad evitar el continuo incremento de efectivos en las Administraciones Públicas. Como consecuencia de ello, la Administración tiene la obligación de respetar la legislación presupuestaria básica del Estado aprobada al amparo de los artículos 149.1.13ª y 156.1 de la Constitución española, como nuevo límite en la aprobación de la oferta de empleo público y en la selección de personal de nuevo ingreso.

La aplicación de lo decidido en la sentencia apelada ha propiciado un incumplimiento de la normativa básica, porque ha otorgado carta de naturaleza a que se rebasase la tasa de reposición de efectivos establecida legalmente, ya que en el cálculo no computan las plazas de promoción interna, y, por el contrario, sí cuentan en el turno libre, de modo que si se acumulan al turno libre –como así ha acontecido– las plazas desiertas en el turno de promoción interna, el resultado es que ha superado el número de efectivos de nuevo ingreso que se podían incorporarse a la función pública, que es precisamente el objetivo que se persigue con el establecimiento de aquella tasa de reposición de efectivos.

Piénsese que la promoción interna vertical consiste en el acceso a un grupo o subgrupo superior por parte de personal funcionario perteneciente a cuerpos o escalas del subgrupo o grupo inmediatamente inferior (artículo 80.1 de la Ley 2/2015, de 29 de abril, del empleo público de Galicia), de modo que quien accede de ese modo ocupa una plaza del grupo superior pero deja libre la plaza que ocupaba en el grupo inferior, y sin embargo en el turno libre quien supera el proceso selectivo genera un nuevo ingreso en el empleo público con la consiguiente repercusión presupuestaria.

Es decir, personal de nuevo ingreso es el derivado del turno libre, no el procedente de promoción interna, que es la razón de que no compute este último en la tasa de reposición.

En definitiva, si se permite la acumulación al turno libre de las plazas desiertas del turno de promoción interna se hace factible el incumplimiento de la tasa de reposición (así, si se incluyen en la OEP plazas reservadas para promoción interna a sabiendas de que no se van a cubrir y posteriormente se acumulan a las del turno libre se produce un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a

él: artículo 6.4 del Código Civil y Leyes de Presupuestos Generales del Estado para 2016 y 2017).

En cada una de las OEP ya se tienen en cuenta las limitaciones presupuestarias, pero para aplicarlas en cada convocatoria ya hemos visto que ha de impedirse que acrezcan a un turno (el libre), que computa para la tasa de reposición, las desiertas en otro turno (el de promoción interna) que no computa para dicha tasa, porque si no se hace así no se consigue el objetivo de las Leyes de Presupuestos de impedir el mayor gasto público derivado de la incorporación al empleo público de personal de nuevo ingreso en cantidad mayor al máximo establecido (...)».

En segundo lugar considera que no le resulta aplicable a los cuatro candidatos que superaron el proceso selectivo por las plazas “acrecidas” la jurisprudencia sobre “conservación” de nombramientos en oposiciones anuladas judicialmente:

«Analizando las resoluciones judiciales dictadas por el Tribunal Supremo acerca de la aplicación de ese principio, comprobamos que ninguna de ellas se refiere a un supuesto como el aquí analizado, en el que se ha conculcado la normativa estatal atinente a la estabilidad presupuestaria; y además en ellas se tomaba en consideración el largo tiempo transcurrido desde el nombramiento como funcionarios y la sentencia dictada. (...) Nuestro caso es distinto: se anula una de las bases de la convocatoria, de modo que ninguna de las cuatro plazas obtenidas por los codemandados tendría que haberse ofrecido, dado que eran fruto de un acrecimiento ilícito; se ha quebrantado la legislación presupuestaria nacional; solo han transcurrido dos años desde el ingreso de los codemandados en la Universidad».

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

4 Extranjería

4.1 Sanción de expulsión por permanencia irregular en España, con la agravante de indocumentación

El TS, en su sentencia de 29 de noviembre de 2023 (rec. 7090/2020, ponente: Huet de Sande), referida a Galicia, repasa el último cambio jurisprudencial sobre la diatriba entre expulsión o multa suscitada respecto de la sanción imponible por la infracción administrativa cometida por inmigrantes por su permanencia irregular en España. Concluye que, si no concurren circunstancias agravantes, solo se debe imponer, en un primer momento, la sanción de multa pecuniaria. Pero también que, de acreditarse agravantes, procede la expulsión directa. Respecto de la agravante consistente en “hallarse indocumentado”, efectúa las siguientes consideraciones de interés:

«(...) la STS 1247/2022, de 5 de octubre, rec. 270/2022, ha precisado 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, comprometiendo la tramitación del procedimiento [...] [C]omo 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”.

Se añade a la situación de carecer de documentación, la circunstancia de ignorar por esa ausencia no solo los datos personales, sino la forma de entrada en territorio nacional (sentencias de 26 de diciembre de 2007; 14 de junio de 2007; y de 5 de junio de 2007). En relación con esta circunstancia, lo cierto es que la jurisprudencia también apreció como agravante únicamente la de ignorarse cuándo y por donde se efectuó la entrada en España, STS de 28 de febrero de 2007, recurso 10263/2003, ratificando este criterio la más reciente STS de 12 de enero de 2022, recurso 7746/2020, –FD 3.º párrafo penúltimo–. (...).

Este hecho, estar indocumentado, ha sido calificado por nuestra jurisprudencia como circunstancia de agravación que justifica la imposición de la sanción de expulsión. Ya hicimos referencia a esta cuestión anteriormente.

Y esta circunstancia de la indocumentación del recurrente, constatada en la resolución impugnada, no ha sido posteriormente subsanada, como se alega, siendo a este respecto contundentes las objeciones que se reflejan en la sentencia del Juzgado sobre la defectuosa acreditación de la identidad del recurrente, así como de su relación de parentesco con quien afirma ser su tío, a la vista de la insuficiente y confusa documentación aportada por éste sobre tales extremos en vía administrativa y judicial (no aporta pasaporte, no presenta la tarjeta de identidad senegalesa en el acto del juicio, la documentación sobre la identidad de la madre, con la finalidad de acreditar el parentesco con su tío residente legal, es deficiente, etc.). (...) Constatada la existencia de una circunstancia de agravación, la indocumentación del recurrente, y no concurriendo otras circunstancias relevantes, al no poder tenerse por acreditado arraigo en España, la decisión adoptada, tanto por el Juzgado como por la Sala de Galicia, de confirmar la resolución administrativa de expulsión debe ser asimismo confirmada, con desestimación del recurso de casación interpuesto».

4.2 Posibilidad de plantear simultáneamente una solicitud de protección internacional (asilo) con otra de autorización de residencia por arraigo laboral

Así lo concluye el TSJG, entre otras, en su sentencia de 18 de octubre de 2023 (rec. 180/2023, ponente: Bolaño Piñeiro), insistiendo en que:

«(...) Aun cuando existen pronunciamientos judiciales contrarios, esta Sala considera que aunque haya de calificarse como regular la situación del demandante, con estatuto de solicitante de protección internacional, ello no implica un derecho de permanencia estable y análogo al que otorga una autorización de residencia, como pudiera ser la pretendida, siendo lógico que el extranjero en la situación de pendencia sobre su solicitud de protección internacional tenga interés en regularizar de forma estable su situación, lo cual no puede serle vetado si alcanza realmente un arraigo en el país entretanto, como puede ser el arraigo laboral referido, y más si se considera que la situación de pendencia viene derivada de la demora de la propia Administración al resolver sobre la situación inicialmente interesada de protección internacional».

5 Medio ambiente y urbanismo

5.1 Parques eólicos. Requisitos del trámite de información pública del proyecto de obras y de su estudio ambiental

El TSJG, en una serie continuada de sentencias (relacionadas en números anteriores de esta revista), anuló diversas autorizaciones de la Xunta de Galicia otorgadas para la instalación o ampliación de parques eólicos. Entre otros motivos, al apreciar en la mayoría de los casos la concurrencia de tres defectos cumulativos:

En primer lugar, por la necesidad –a su entender– de que los informes preceptivos se recaben y obtengan antes del inicio del trámite de información pública del proyecto y estudio de evaluación ambiental (no subsanándose el defecto si se emiten después).

En segundo lugar, al considerar que la reducción de la fase de exposición pública del proyecto y estudio ambiental a solo 15 días, amparada en la disposición adicional 1ª.4 Ley 8/2009, de 22 de diciembre, reguladora del aprovechamiento eólico en Galicia (actuaciones declaradas de “interés especial”), vulnera el artículo 6.7 de la Directiva 2011/92, de 13 de diciembre, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente (modificada por la Directiva 2014/52), en el que –con efecto directo– se exige un plazo mínimo de 30 días.

En tercer lugar, por la indebida segregación en fraude de ley, como parques independientes de pequeña entidad aparente, de ámbitos mucho más amplios que realmente conforman una unidad, sometida a normativa ambiental más restrictiva.

El TS, en su sentencia de 21 de diciembre de 2023 (rec. 3303/2022, ponente: Huet de Sande), resuelve las dos primeras cuestiones controvertidas, en sentido discrepante con la sala de instancia. Estima así la casación, confirmando la autorización previa y de construcción del parque eólico de Corme G-3 (modificación sustancial por repotenciación), en el término municipal de Ponteceso.

Rechaza el argumento del TSJG sobre el momento en el que se deben solicitar e incorporar los informes preceptivos, fijando la siguiente doctrina jurisprudencial:

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

«La Directiva 2011/92/UE (...), y la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental, no imponen que, en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental ordinaria de proyectos, antes de la información pública deba realizarse el trámite de consultas a las autoridades, sin que ello excluya que las particularidades que puedan concurrir reclame la puesta a disposición del público de alguna información que haya debido ser recabada previamente de las Administraciones afectadas por el proyecto, por demandarlo, en las circunstancias del caso, la efectividad de su participación; ello demandará el imprescindible esfuerzo argumental sobre la incidencia de la omisión de tal información en la efectividad del derecho a la participación del público en el procedimiento ambiental».

Y rebate también el criterio de la sala de instancia sobre la extensión mínima de la exposición pública del proyecto eólico con su estudio ambiental:

«porque los dos preceptos en los que sustenta la improcedencia de la reducción del plazo del trámite de información pública, el art. 36.1 LEA y el art. 6.7 de la Directiva, no resultan de aplicación al supuesto analizado.

El art. 36.1 de la LEA, establece, efectivamente, que “El promotor presentará el proyecto y el estudio de impacto ambiental ante el órgano sustantivo, que los someterá a información pública durante un plazo no inferior a treinta días hábiles[...]”, pero este precepto no tiene carácter básico en cuanto al plazo, de conformidad con su disposición final octava, apartado 2.b, por lo que sólo resulta de aplicación a la Administración General del Estado y a sus organismos públicos, según en ella misma se indica.

Y el art. 6.7 de la Directiva 2011/92/UE, en la redacción dada por la Directiva 2014/52/UE, al disponer que “el plazo fijado para la consulta del público interesado sobre el informe de evaluación del impacto ambiental a que se refiere el artículo 5, apartado 1, no será inferior a 30 días”, se refiere al “público interesado” y no al “público”, conceptos diferentes, según se encarga de definir la propia Directiva en su art. 1.2, apartados d) y e), (en términos similares, el Convenio Aarhus, art. 2, apartados 4 y 5) (...). También en parecidos términos (no muy diferentes de los que utiliza la Ley 27/2006, art. 2, apartados 1 y 2) se pronuncia la LEA en su art. 5.1, apartados f) y g) (...).

La participación del “público” y la de las “personas interesadas” son dos formas de participación de la sociedad en la evaluación ambiental que no son exactamente coincidentes. La información pública es una modalidad de participación ciudadana en la que el público interviene sin necesidad de justificar la condición de interesado, como simple miembro de la comunidad, al ser el medio ambiente un bien de interés colectivo cuya protección a todos incumbe, no sólo a los poderes públicos. En cambio, la participación de las “personas interesadas” –en palabras de la LEA– o “público interesado” –en palabras de la Directiva– responde a la protección de un interés o círculo de intereses más específico que abarca a quienes se consideran interesados

en el procedimiento administrativo y a las organizaciones ambientales, interés, individual o colectivo, que ha de justificarse».

5.2 Plan rector de uso y gestión del Parque Nacional Marítimo-Terrestre de las Islas Atlánticas de Galicia. Inexigencia de la inclusión en él de medidas restrictivas de actividades económicas para proteger a las aves

La sentencia del TS de 21 de noviembre de 2023 (rec. 1334/2022, ponente: Lesmes Serrano) confirma la desestimación del recurso promovido por la Sociedade Galega de Ornitoloxía para o Estudo e Conservación das Aves Silvestres frente al Decreto 177/2018, de 27 de diciembre, aprobatorio del Plan rector de uso y gestión del Parque Nacional Marítimo-Terrestre de las Islas Atlánticas de Galicia (DOG 18/02/2019). Incide en que:

«(...) El art. 20 de la vigente Ley 30/2014, de 3 de diciembre, de Parques Nacionales, en su apartado 6 contempla como contenido optativo de un Plan Rector de Uso y Gestión de un Parque Nacional las medidas de compatibilidad entre las actividades económicas tradicionales a desarrollar en el interior del espacio protegido objeto de planificación y las medidas de conservación de las especies y ecosistemas concernidos, pudiendo tal determinación realizarse en otros instrumentos normativos siempre que tengan una finalidad protectora de esas especies y ecosistemas, como singularmente acontece en nuestro caso con el Plan Director de la Red Natura 2000 de Galicia y sus instrumentos de desarrollo.

En definitiva, la Administración en el ejercicio de sus potestades discrecionales puede incluir en el PRUG aquellas medidas por las que aboga la parte actora para la mejor protección de aquellas especies de aves que pudieran estar en peligro de extinción, pero no está obligada a hacerlo por nuestro ordenamiento jurídico máxime cuando dispone de otros instrumentos con los que puede cumplir con esa finalidad protectora aunque respetando siempre el marco regulatorio establecido en el PRUG».

5.3 Revisión de plan general de ordenación municipal. Requisitos formales

El TSJG, en su sentencia de 13 de noviembre de 2023 (rec. 4165/2021, ponente: Recio González), desestima un recurso interpuesto frente a la revisión del Plan general de ordenación municipal de Pontearreas aprobada definitivamente en septiembre de 2021, en su totalidad. Respecto del régimen transitorio aplicable a esta revisión estima que:

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

«(...) no puede considerarse que proceda la anulación del Plan porque se tramitara conforme a la LOUGA, atendida la circunstancia de que ya se había producido una primera aprobación provisional en la fecha de entrada en vigor de la LSG, habiéndose alcanzado el trámite previsto en el artículo 85.7 de la LOUGA, aunque con posterioridad fueran necesarias otras dos aprobaciones provisionales atendida la circunstancia de que por la Administración autonómica se impusieron ciertas correcciones que impidieron la aprobación definitiva; y por aplicación de la normativa transitoria, se garantiza que el plan no nace obsoleto (...)».

Considera también, con extensa fundamentación, que no constituye vicio determinativo de la nulidad del plan la omisión durante su tramitación del informe en materia de suelos contaminados y sobre calidad del suelo exigido en el artículo 47 de la derogada Ley 10/2008, de residuos de Galicia, así como del informe de protección civil requerido en la disposición adicional 5ª de la Ley 5/2007, de 7 de mayo, de emergencias de Galicia. Analiza la solvencia del informe de sostenibilidad ambiental, con especial referencia a las zonas inundables y a las incendiadas delimitadas en el plan básico autonómico. Examina las diferencias entre el estudio económico y la memoria de sostenibilidad económica del plan, concluyendo la suficiencia de ambos. También la innecesariedad de abrir un segundo trámite de información pública por los cambios operados entre la aprobación inicial y la última provisional, dado que:

«(...) puede haber modificaciones por las alegaciones en el trámite de información pública, por los informes sectoriales o como consecuencia de que se impongan correcciones por la Administración autonómica para su aprobación definitiva; de forma que no responden a una decisión potestativa de cambio de criterio respecto del modelo escogido, y los cambios impuestos no conceden margen de discrecionalidad sino que son cambios impuestos por la legalidad, como resulta de los informes técnicos municipales. Y que de los cambios a que hace referencia la parte demandante, los que estaban incorporados a la versión aprobada provisionalmente por el Pleno de 07.10.2016, son los referentes a la reducción del suelo urbanizable no delimitado.

Así, y con relación al suelo de núcleo rural y alternativa elegida, entre la versión inicial y la definitiva hubo un cambio cuantitativo del 41 % de la superficie clasificada como suelo de núcleo rural, cuya explicación viene dada por el incumplimiento de parámetros reglados del artículo 13 de la LOUGA relativo a los criterios para la delimitación de la clase de suelo de núcleo rural, dando lugar al requerimiento por la Consellería para eliminar 8 bolsas de suelo por no responder a la definición de suelo de núcleo rural; el ajuste del perímetro a las huellas físicas de diez núcleos rurales y otros diez polinucleares; el reajuste del perímetro de los núcleos histórico tradicionales a la distancia máxima de 50 metros a las edificaciones tradicionales de unos 75 núcleos y otros 50 polinucleares; subsanar el incumplimiento de la consolidación mínima en 46 núcleos y otros 25 polinucleares; eliminación de la parcelas vacantes en el perímetro de los núcleos sin crecimiento de 34 núcleos y

otros 17 polinucleares. Y todos ellos son cambios tasados, corregidos en el documento definitivo según las indicaciones dadas.

Ello da lugar a que se clasifique como suelo rústico, igualmente reglado y no discrecional.

Y además la Consellería indicó el incumplimiento vinculado al cálculo de la capacidad residencial del PGOM, atendida la disparidad entre las viviendas previstas y las computadas en la justificación de la capacidad residencial, considerando los coeficientes no justificados y rechazando los métodos utilizados para el cálculo».

5.4 Proyecto de estación de suministro de carburantes vrs. competencia técnica universal de los arquitectos superiores

El TSJG clarifica esta cuestión en su sentencia de 29 de septiembre de 2023 (rec. 4040/2023, ponente: Díaz Casales), concluyendo que los proyectos de estaciones de servicio que incluyan usos comerciales, aunque sean suscritos por un titulado en arquitectura superior, necesitan del complemento de un ingeniero industrial, no bastando el ingeniero técnico industrial.

«(...) En la sentencia recurrida el juzgador transcribe ampliamente la sentencia que dictamos el 27 de junio de 2022 (recaída en el recurso de apelación 4026/2022) y en la que confirmamos en criterio sentado por la St. del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de los de Pontevedra, señalando que los Ingenieros Técnicos Industriales no resultan competentes para redactar proyectos de instalación de gasolineras o estaciones de suministro de combustibles y en la que, a su vez, reiteramos lo mantenido en la St. de 3 de julio de 2020 (dictada en el recurso de apelación núm. 4023/2019). (...) una vez decretada la incompetencia de los INGENIEROS TÉCNICOS la admisión por parte de la interesada, de que el proyecto de edificio comercial fue redactado por una ARQUITECTA, y que el mismo fue complementado por lo que hace a la estación de suministro por el redactado por el INGENIERO TÉCNICO INDUSTRIAL, resulta determinante de la desestimación de los recursos de apelación, ya que si el proyecto de la Arquitecta debió ser complementado es porque resultaba insuficiente por sí mismo y, siendo así, solo podría ser completado por un profesional con la habilitación suficiente que, como advertimos en la sentencia transcrita por el juez de instancia –confirmada por el TS– un ingeniero técnico no lo es».

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

6 Personal

6.1 Relación de puestos de trabajo. Las jefaturas de servicio de especial responsabilidad deben reservarse al subgrupo “A.1”, con exclusión del “A.2”

El TSJG, en su sentencia de 29 de noviembre de 2023 (rec. 469/2021, ponente: Seoane Pesqueira), anula en parte la relación de puestos de trabajo (RPT) de la Consellería de Sanidad y Sergas aprobada por el Consello de la Xunta de Galicia el 29 de julio de 2021 (DOG 18/08/2021) por no motivar debidamente la apertura al subgrupo “A.2” de determinadas jefaturas de servicio para las que hasta entonces se exigía titulación universitaria del subgrupo “A.1”.

La sentencia insiste, en primer lugar, en que en la modificación de una RPT «la potestad de autoorganización ha de respetar en todo caso los principios constitucionales de mérito y capacidad, que rigen en materia de función pública (artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución española), de modo que pueda seleccionarse a las personas más idóneas para desempeñar los puestos que se convoquen». Y sobre el supuesto concreto analizado concluye que:

«Según el artículo 76 del EBEP, la inclusión en cada uno de los subgrupos A1 y A2 ha de realizarse en fusión de dos criterios cuales son el nivel de responsabilidad a desempeñar en el puesto de trabajo y las características de las pruebas de acceso. La justificación que se invoca hace referencia a algo puntual y no estructural, y además desvinculado del mérito y la capacidad, así como de la alteración de la responsabilidad del puesto, cual es la dificultad para cubrir las vacantes, ya que los destinatarios encuentran en el sistema asistencial puestos más atractivos, atendidas las condiciones de trabajo, lo cual se une al objetivo de enriquecer el desarrollo de las actividades en salud pública y aumentar el carácter multidisciplinar de los puestos. Se atiende, pues, a los principios de eficacia y eficiencia, pero se desconocen los básicos de mérito y capacidad, pues no se persigue la cobertura de las jefaturas de servicios con quienes ofrezcan mejores condiciones de idoneidad, sino de asegurar esa cobertura en todo caso. Tal como afirma la actora, se prescinde de las titulaciones universitarias de grado y se apela a una hipotética formación y experiencia profesional del eventual ocupante del puesto para suplir la carencia de titulación. Y ello sin que se hayan modificado previamente las funciones de dichos puestos, pues continúan siendo las mismas que cuando la exigencia era del grupo A1. (...).

Lleva razón el demandante cuando alega que las aperturas propuestas tienen como objetivo acomodar los puestos a quien se pretende que los ocupen más que adecuar los perfiles profesionales de los cuerpos y escalas que deben proveer estos puestos a las funciones y responsabilidades de los mismos, ya que en ningún momento se realizó un estudio previo de las funciones y responsabilidades concretas de los puestos.

Tampoco puede servir como motivo justificativo que la Administración considere que la Ley 17/1989, de 23 de octubre, de Creación de Escalas del Personal Sanitario al Servicio de la Comunidad Autónoma, tiene cada vez menos efectivos sin posibilidades de recambio, porque ello se habrá producido por falta de previsión, al no haber convocado los procesos selectivos necesarios. En todo caso, esa no puede ser una razón para forzar la cobertura con personal que no presente las condiciones de idoneidad exigibles.

Hay que pensar que si se permite a funcionarios con menor titulación el acceso a puestos para los que no demuestren idoneidad, no sólo se perjudicará a quienes poseen estudios superiores, sino que se orillará la exigencia de seleccionar a los funcionarios que acrediten mayores mérito y capacidad, ello sin perjuicio de las menores garantías de cara a la observancia de las exigencias de cumplimiento del interés público. (...).

Frente a los anteriores argumentos no cabe acoger la alegación, por la Letrada de la Xunta de Galicia, de la prevalencia del invocado principio de libertad con idoneidad, porque en el caso presente no se ha justificado que ostenten la idoneidad exigida quienes puedan acceder a las jefaturas de servicio como consecuencia de la apertura producida. De hecho, en la RPT de 2016 sólo se consideraba idóneos a quienes perteneciesen al subgrupo A1, y, sin que se acredite una modificación de funciones ni alteración del nivel de responsabilidad, se abre ahora la posibilidad al subgrupo A2, con una débil justificación derivada de las dificultades de cobertura por la inexistencia de candidatos, unido al objetivo, tampoco acreditado, de enriquecer el desarrollo de las actividades en salud pública y aumentar el carácter multidisciplinar de los puestos».

6.2 Equiparación de retribuciones (complemento específico) de puestos que en la realidad desempeñan las mismas funciones

La sentencia del TSJG de 2 de noviembre de 2023 (rec. 307/2022, ponente: Seoane Pesqueira) estima el recurso promovido por varios funcionarios de la Xunta de Galicia que exigen la equiparación, al alza, de sus complementos específicos retributivos con los de otros puestos comparables que realizan –en la realidad– las mismas funciones, considerando que:

«(...) tanto los trabajadores sociales del equipo de Pontevedra como los de Vigo realizan las mismas funciones, sin que se reseñe diferencia alguna entre los puestos desempeñados por unos y otros por razón de especial dificultad técnica, dedicación, incompatibilidad, responsabilidad, peligrosidad o penosidad, que son los parámetros que, según el artículo 23.3 de la Ley 30/1984, y 137 de la Ley 2/2015, de 29 de abril,

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

del empleo público de Galicia, constituyen las condiciones particulares de los puestos de trabajo que determinan la fijación del complemento específico. Es decir, según el informe mencionado, los miembros de los órganos de valoración y asesoramiento de la discapacidad de los equipos de Vigo y Pontevedra desempeñan las mismas funciones recogidas en el artículo 7 de la Orden de 25/11/2015, y no consta diferencia alguna en las condiciones particulares de dichos puestos en contraste. Por ello, es lógico que el médico y psicólogo (que constituyen el otro personal de los EVO) tengan el mismo complemento específico, y sin embargo no se explica racionalmente la razón de la diferencia en el caso de los trabajadores sociales quienes, como hemos visto, desarrollan los mismos cometidos y no consta que los desempeñan en distintas condiciones, siendo así que sería carga de la prueba de la Administración, con arreglo al principio de facilidad probatoria (artículo 217.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), la demostración de esos distintos parámetros de especial dificultad técnica, dedicación, incompatibilidad, responsabilidad, peligrosidad o penosidad».

6.3 Abuso de los nombramientos temporales en la sanidad pública gallega

El TS, en su sentencia de 12 de julio de 2023 (rec. 641/2021, ponente: Pico Lorenzo), reafirma, respecto del Servicio Galego de Saúde –SERGAS–, su jurisprudencia consolidada, consistente en que:

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

Es decir, hasta que se cree la correspondiente plaza estructural y se provea en la forma legalmente establecida.

7 Proceso contencioso-administrativo

7.1 Requisitos formales del expediente administrativo que se debe remitir al juzgado o tribunal

El TS, en su interesante sentencia de 28 de noviembre de 2023, desestimatoria del recurso interpuesto por el Ayuntamiento de Granada contra el acuerdo del Consejo de Ministros de 5 de diciembre de 2022 por el que se eligió a A Coruña como futura sede de la Agencia Española de Supervisión de Inteligencia Artificial –AESIA–, insiste en la obligación de las administraciones públicas de enviar sus expedientes al órgano judicial por vía electrónica, en formato digital y con un índice detallado que permita acceder de manera sencilla y ágil a cada uno de sus contenidos (rec. 78/2023, ponente: Pico Lorenzo, FD “cuarto”):

«(...) Conviene recordar que el artículo 70 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, nos dice lo que se entiende por expediente administrativo, esto es un conjunto ordenado de documentos que sirven de antecedente a la resolución administrativa, o en el caso de impugnación de disposiciones generales, los antecedentes de aquellas.

El mismo precepto nos indica en su apartado segundo que tendrá formato electrónico con un índice de todos los documentos en línea con las previsiones de la derogada Ley 11/2007, de 22 de junio, sobre Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos.

Añade que, cuando en virtud de una norma –en lo que a la jurisdicción contencioso-administrativa concierne el artículo 48 LJCA–, sea preciso remitir el expediente electrónico se hará de acuerdo con lo previsto en el Esquema Nacional de Interoperabilidad y en las correspondientes Normas Técnicas de Interoperabilidad y acompañado de un índice que garantiza su integridad e inmutabilidad. El que pueda editarse un documento no significa que pueda ser mutado. Aquí incluso se indica la referencia a un algoritmo que impide tal conducta.

El artículo 48 de la LJCA en su apartado cuarto exige también un índice, aunque los tribunales de justicia en demasiados casos para no causar perjuicios al ciudadano acepten los expedientes remitidos por las Administraciones sin el precitado índice como aquí acontece. (...). Ha de insistirse en que la exigencia legal del índice resulta no solo razonable sino también por cuestión de diligencia y eficacia a la hora de permitir una consulta ordenada de toda la documentación obrante.

Ese índice lateral izquierdo cuando el expediente es electrónico o de la Administración digital ha de permitir su consulta desplegando las hojas sin necesidad de visualizar todas las páginas cada vez que se opte por comprobar o contrastar un dato. Lo

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

anterior es lo que permiten los documentos digitalizados en PDF con el servicio de índice, es decir, al colocar el cursor sobre el apartado correspondiente se abre en la página buscada, aunque el documento en PDF tenga miles de páginas (un ejemplo el código electrónico COVID-19 Derecho Europeo y Estatal del Boletín Oficial del Estado y los demás códigos electrónicos editados por el Boletín Oficial del Estado, otro ejemplo es la Memoria del Tribunal Supremo 2022, recientemente repartida a los Magistrados en un dispositivo pen drive).

No se trata solo de que el Ministerio de Justicia cree un Espacio Digital como la solución tecnológica que la Dirección General de Transformación Digital pone a disposición de la Administración de Justicia para acceder al servicio de acceso remoto seguro a la información y resto de soluciones que se usan en las distintas sedes judiciales. Es preciso que los expedientes administrativos remitidos por las administraciones públicas cumplan los parámetros necesarios para una consulta ordenada, rápida y eficiente. El remitido por el Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática no es uno de ellos.

Y no está de más reproducir lo reiterado en las sentencias más arriba indicadas que se dijo en el fundamento octavo de la STS de 8 de mayo de 2015, recurso 422/2014 respecto a que: “es el Juez quien tiene la última y definitiva palabra tanto sobre el contenido e integración del expediente como sobre su ordenación y confección.”».

7.2 Inejecución de sentencia por imposibilidad legal o material: Establecimiento simultáneo de indemnización sustitutiva

La sentencia del TS de 29 de noviembre de 2023 (rec. 7947/2021, ponente: Requero Ibáñez), referida a Galicia, establece los siguientes criterios respecto de la indemnización abonable al recurrente en sustitución de una sentencia declarada inejecutable:

«1º Que una vez declarada la imposibilidad total o parcial de ejecutar la sentencia en sus propios términos, salvo que el ejecutante renuncie o no ejercite su derecho expresa o tácitamente, el juez o tribunal deberá procurar sustituir la ejecutoria por un equivalente económico. Así lo ordenan los artículos 105.2 de la LJCA en relación con el artículo 18.2 de la LOPJ.

2º Procedimentalmente, del artículo 105.2 de la LOPJ no se deduce que una inejecutabilidad de lugar a dos incidentes: uno para juzgar si, realmente, es imposible la ejecución total o parcial de la sentencia; y, seguidamente, firme la declaración de imposibilidad, un segundo incidente para concretar el alcance de la ejecución en el equivalente. El artículo 105.2 de la LJCA sólo prevé que la Administración plantee la inejecutabilidad en el plazo del artículo 104.2 y que con audiencia de las partes o, en su caso, interesados, el juez o tribunal juzgue sobre la imposibilidad, adopte las medidas para la mayor efectividad de lo juzgado y, en su caso –en el sentido expuesto–, fije una indemnización.

3º La improcedencia de los conceptos o de las cuantías que invoque el ejecutante para integrar su derecho a ser resarcido no extingue su pretensión expresa: que se le resarza. Esto apodera al juez o tribunal para concretarla, llegado el caso, en una cuantía a tanto alzado o global que, ponderadamente, entienda procedente. Cómo se califique el daño resarcible –moral, pérdida de oportunidad, etc.– es en buena medida secundario, pues declarada la imposibilidad de ejecutar lo sentenciado, por mandato legal debe resarcirse al ejecutante.

4º De resarcirse por “daño moral”, en puridad no es preciso probarlo pues va implícito en la frustración del derecho fundamental a la ejecución de la sentencia en los propios términos; ahora bien, al concretar el resarcimiento en una cantidad a tanto alzado, el juez o tribunal debe dar razón de cómo llega a esa cuantía y que con ella como equivalente, no obtiene el ejecutante ni un beneficio superior al que se derivaría de la ejecución de la sentencia en sus propios términos, ni superior a lo que pretendió como equivalente».

8 Responsabilidad patrimonial

8.1 Reclamación indemnizatoria por los perjuicios derivados de la suspensión de actividad de hostelería y restauración por las medidas sanitarias adoptadas durante la pandemia de COVID-19

El TS, en su sentencia de 20 de noviembre de 2023 (rec. 274/2022, ponente: Lesmes Serrano), desestima la demanda formulada por una mercantil dedicada a la explotación de un área de servicio (con hotel-restaurante, cafetería y gasolinera) frente a la Administración del Estado y la Xunta de Galicia, por los perjuicios padecidos como consecuencia de las restricciones sanitarias de la primera fase de la pandemia de COVID-19. El alto tribunal concluye que el funcionamiento de la Administración, al establecer dichas medidas, no fue “anormal”, sino adecuado y proporcionado, no incurriendo en antijuridicidad, debiendo los ciudadanos soportarlas. Niega también que dichas restricciones ostentasen naturaleza expropiatoria. Analiza con profusión la institución de la responsabilidad patrimonial del estado legislador, así como las peculiaridades del “estado de alarma” contemplado en nuestra Constitución. Finalmente concluye que:

«A juicio de la Sala, la pandemia producida por el virus denominado técnicamente SARS-COV-2 se ajusta a esa definición de fuerza mayor porque constituyó un acontecimiento insólito e inesperado en el momento en el que surgió y por la forma en la que se extendió por todo el planeta en sus primeros momentos, inicio y desarrollo completamente ajeno a la actividad de las Administraciones Públicas. (...) [Pero] los daños que ahora se reclaman no se imputan a la pandemia, aunque esta sea causa remota de esos daños, sino a las medidas adoptadas por los poderes

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

públicos para tratar de frenar su desarrollo. (...) Por ese motivo el juicio sobre esas medidas no puede quedar descartado por el hecho de calificar la pandemia con las características de la fuerza mayor en relación con determinados daños. No habrá ruptura del nexo causal y nacerá la responsabilidad patrimonial cuando los daños no fueren directamente imputables a la enfermedad sino a las medidas adoptadas para hacerla frente, medidas que pueden ser juzgadas desde la perspectiva de la responsabilidad por su razonabilidad, grado de intensidad, proporcionalidad o duración (...).

Ahora bien, para juzgar el acierto o desacierto de las medidas adoptadas por los poderes públicos en los primeros meses de pandemia, entre ellas las contempladas en los Reales Decretos de estado de alarma, no podemos estar a los conocimientos científicos actuales sino a los existentes cuando la pandemia comienza a desplegar sus efectos. Así lo ha sostenido el Tribunal Constitucional en la STC 148/2021, al señalar que las medidas que se tomaron lo fueron de acuerdo con el conocimiento científico de la epidemia habido entonces, no resultando desproporcionadas esas medidas a la vista de la situación existente. Añadiendo el Tribunal que su procedencia o eventual desacierto no pueden ni deben considerarse o enjuiciarse conforme a lo conocido con posterioridad –la denominada cláusula hindsight o sesgo retrospectivo de la jurisprudencia anglosajona–, ni genera responsabilidad incluso cuando fueren mejorables a la vista de los conocimientos adquiridos luego. Mismo criterio de no retrospección mantenido por nuestro Tribunal Supremo cuando ha declarado la prohibición del regreso lógico desde acontecimientos futuros (sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fechas 14 y 15 de febrero de 2006; 7 de mayo de 2007 y 10 de junio de 2008 y Sala Tercera en Sentencia de fecha 14 de noviembre de 2001, Rec. 8397/1997) –contagios de Hepatitis C– y otras muchas, como se encarga de recordar el Abogado del Estado en su escrito de contestación a la demanda. (...).

Pues bien, no cabe duda de que el conjunto de medidas adoptadas por las Administraciones Públicas durante la gestión de la crisis sanitaria estuvo condicionado por los conocimientos científicos existentes en cada momento, muy escasos de certezas, tanto en lo relativo a la forma de transmisión del coronavirus y al impacto real de la propagación, como a las consecuencias a medio y largo plazo sobre la salud de las personas afectadas en mayor o menor medida por el virus. Con arreglo a esos conocimientos, las medidas de distanciamiento social, el confinamiento domiciliario y la limitación extrema de los contactos y actividades grupales fueron las únicas medidas que se acreditaron como eficaces para limitar los efectos de una pandemia completamente imprevisible y de dimensiones desconocidas hasta entonces. Como sabemos, esas fueron precisamente las medidas principalmente contempladas en los Reales Decretos de alarma, que fue el instrumento normativo adoptado por el poder público para minimizar los enormes daños que se estaban produciendo.

No resulta ocioso recordar ahora, que el Tribunal Constitucional desde su prematuro auto 40/2020, de 30 de abril –ya analizado– y sus posteriores Sentencias asimismo estudiadas en el Fundamento Quinto de esta resolución, haya validado por sus notas de necesidad, proporcionalidad e idoneidad según cada hito de evolución de la pandemia en el país –esto es, de forma dinámica– las medidas controvertidas, pese a incidir, limitando el ejercicio de los derechos fundamentales implicados por mor de la finalidad legítima de salvaguardar bienes jurídicos esenciales, –en ese momento expuestos a un riesgo efectivo y desconocido en sus implicaciones– que exigió que se postergara a un momento más propicio, según los índices epidemiológicos conocidos en el devenir diario de la evolución de la pandemia, su pleno ejercicio. (...).

Como hemos ya razonado ampliamente, los daños se imputan a las normas jurídicas dictadas para frenar la expansión de la pandemia, muy especialmente los Reales Decretos de estado de alarma, y esas disposiciones han sido juzgadas por el Tribunal Constitucional desde la perspectiva de los principios y valores constitucionales, llegándose a unas conclusiones diferentes de las sostenidas por la parte. La actuación administrativa ha sido calificada de razonable, proporcional y adecuada a la situación existente, y eficaz para frenar la expansión de la pandemia, como se ha valorado ampliamente en esta sentencia, como lo fue en la STC 148/2021 con el mismo resultado».

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

9 Tributos

9.1 Constitucionalidad de la legislación estatal que obliga a tributar en el IRPF los pactos o contratos sucesorios (apartación)

La Sentencia del Tribunal Constitucional (TC) 62/2023, de 24 de mayo (BOE de 24/06/2023, ponente: Balaguer Callejón, contiene votos particulares) desestima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Xunta de Galicia contra determinados preceptos de la Ley estatal 11/2021, de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, en los que se sujetan al IRPF pactos o contratos sucesorios (apartación), cuando se vende el inmueble en los cinco años siguientes a su otorgamiento. Considera el tribunal que:

«(...) La demanda sostiene que nos hallamos ante un supuesto de “doble imposición tributaria” contrario al art. 31.1 CE, al quedar sometida a tributación la misma capacidad económica, primero por el ISD y, luego, por el IRPF.

Dicho argumento no puede acogerse. El ISD somete a tributación la “adquisición” del bien por el causahabiente, mientras que el IRPF grava la ganancia patrimonial generada con la posterior transmisión del mismo, lo que revela que nos hallamos

ante diferentes manifestaciones de capacidad económica. Como se ha indicado, la norma impugnada no hace sino aplicar a los contratos o pactos sucesorios incluidos en ella un régimen análogo al de las donaciones, en las que cabe distinguir las capacidades económicas señaladas.

(...) Respecto a la supuesta desigualdad de trato entre las transmisiones por contrato o pacto sucesorio y el resto de transmisiones por causa de muerte, no estamos ante situaciones comparables, que es la premisa de partida de todo juicio de igualdad. Aunque en el contrato o pacto sucesorio la entrega del bien traiga causa de una herencia futura, el efecto traslativo se produce ahora (“con efectos de presente”) y esta sola circunstancia permite al adquirente disponer de él inmediatamente, lo que entraña una diferencia sustancial con la transmisión hereditaria “típica”.

De hecho, el legislador ha ido modificando el tratamiento en el IRPF de las ganancias afloradas en las transmisiones lucrativas, en atención al tipo de bien transmitido o a la naturaleza de la operación, conforme a las opciones de política tributaria de cada momento. Al respecto, no debe olvidarse que en la Ley 44/1978, de 8 de septiembre, del IRPF, sí tributaba la llamada “plusvalía del muerto”. Así, conforme a su art. 20.3, eran “incrementos o disminuciones de patrimonio, y como tales se computarán en la renta del transmitente, las diferencias de valor que se pongan de manifiesto con motivo de cualquier transmisión lucrativa” (la cursiva es añadida). De esta forma, con dicha Ley

la ganancia patrimonial generada en las transmisiones lucrativas estaba sometida a gravamen tanto si era inter vivos (donación o asimilada) como si era mortis causa (herencia o título análogo), aunque en el segundo caso, lo hacía al “tipo de gravamen más bajo de la escala” (art. 28.3). Por tanto, no es consustancial a la “plusvalía del muerto” el quedar libre de tributar en el IRPF –como asume la demanda–, sino que dependerá de la opción legislativa adoptada.

En concreto, fue la Ley 18/1991, de 6 de junio, del IRPF la que exceptuó de gravamen “las ganancias patrimoniales derivadas de las transmisiones lucrativas por causa de muerte del sujeto pasivo” [art. 44.5 a)], conservándolo para las ganancias en actos inter vivos, con la salvedad de las generadas con los donativos que gozaban de deducción en el impuesto [art. 44.5 b) en relación con el art. 77.6 c)].

La vigente Ley 35/2006 mantiene sin gravamen la “plusvalía del muerto” y, respecto de las afloradas en actos inter vivos, amplía la excepción a las donaciones de empresas o participaciones a las que se refiere el art. 20.6 LISD (la denominada “empresa familiar”). Con el matiz de que, según hemos dicho antes, para estas el régimen no es de exención (como sí lo es en los donativos a entidades fiscalmente protegidas, previstos en el art. 68.3 LIRPF), sino de diferimiento del gravamen.

En definitiva, según afirmó la STC 14,6/1994, de 12 de mayo, FJ 3 C), al enjuiciar la deducción por rendimientos del trabajo en el IRPF, “en el marco de su libertad normativa, puede el legislador decidirse por el establecimiento o la supresión de una deducción de esta naturaleza [aquí, exención] y, una vez establecida, regularla con la extensión que considere adecuada”».

9.2 Obligación de los ayuntamientos de actualizar anualmente la tasa de servicios de suministro de agua y saneamiento en cumplimiento del compromiso contractual de revisión de precios suscrito con la concesionaria

El TSJG, en su sentencia de 27 de octubre de 2023 (rec. 7096/2023, ponente: Villares Naveira), declara la obligación del Ayuntamiento de Sarria de revisar anualmente, conforme al IPC, la tasa del referido servicio público, que en definitiva se abonará a la mercantil concesionaria como precio de su contrato, en el que se prevé su actualización anual conforme al IPC:

«(...) Este contido contractual de cláusulas e pregos é coherente e desenvolve o contido do art. 104 do Real decreto Lexislativo 2/2000, do 16 de xuño, polo que se aproba o texto refundido da Lei de Contratos das Administracións Públicas.

En consecuencia, o contido contractual, respectando a lei imperativa, integra á súa vez a coñecida como “lei do contrato” e é plenamente vinculante para ambas partes, como lembra a invocada STS 511/2018, de 23 de marzo, entre moitas outras.

O réxime que fixan tanto a Lei como as previsións contractuais sitúannos no marco da revisión anual e automática dos prezos nos termos establecidos no art. 9.4., que ademais funciona ope legis, sen necesidade de requirimento polo contratista.

Por outra banda, como tamén lembran a demanda e máis o informe de Tesourería do Concello de Sarria, a Lei 2/2015, do 30 de marzo, de desindexación da economía española indica na súa DT, logo de excluír os contratos que se rexen polo TRLCSP de 2011, que “2. O disposto nesta Lei será de aplicación ao resto de contratos celebrados por organismos e entidades do sector público que se perfeccionen a partir da súa entrada en vigor”. En consecuencia non resulta de aplicación a prescripción desta norma para os efectos litixiosos.

Neste estado de cousas, resulta evidente que dado que a última revisión tivo lugar en 2015, a solicitude feita en 2020 e posteriormente a de 2021, que é a que interesa para os efectos litixiosos, que recolle a proposta de actualización dun 6,5 % pola variación do IPC dende 2015 a 2021 resulta coherente coas previsións legais e contractuais, e que ademais nin sequera tiña que ser solicitada polo interesado para ser efectiva, posto que se prevé a súa actualización automática por parte do Concello.

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

(...) en nome da potestade discrecional o Concello non pode decidir non levar a cabo a revisión de prezos cando esta está prevista legal e contractualmente, agás que se revele causa legal para iso, o que non foi alegado nin moito menos acreditado. Esa interpretación que parece desprenderse da oposición formulada implicaría que as circunstancias da devindicación do prezo quedasen ao albur dunha das partes contratantes, algo que contraviría directamente a Lei (art. 11.2.d., 14.1. –que impón o pago do prezo convidado–) e é negado por constante xurisprudencia.

Con esta premisa, debe afirmarse que a potestade tarifaria é, como mecanismo de revisión de prezos, unha potestade regrada, que non admite unha negativa á marxe das disposicións legais. En consecuencia, nos supostos contractual e legalmente previstos debe ser exercida para dar cabo ao cumprimento exacto do contrato. Restará á administración local un marxe para decidir de que xeito confeccionar o instrumento municipal de exercizo da devandita potestade, pero os seus elementos substantivos veñen determinados pola Lei e o contrato, ao non estar neste caso a administración facultada contractualmente a facer nada diferente. Así o recoñeceu a STS 1703/2019, de 12 de decembro de 2019 no seu FX 5º, invocando xurisprudencia que perfila a potestade tarifaria e poñéndoa en relación a dous casos que se citan como resoltos de forma diferente, expoñendo as diferenzas entre eles e xustificándose, por razón do caso concreto, que a potestade tarifaria só permite non realizar a actualización prevista no contrato cando unha cláusula lle dá esa facultade excepcional á administración –algo que por suposto haberá que motivar e xustificar suficientemente–, pero que en todo caso non concorre no caso de autos, onde a regra non admite excepcións. (...).

Sobre o que poda ser obxecto de condena, a Sala pode condenar ao Concello a cumprir o contrato, e polo tanto a que en exercizo da potestade tarifaria regrada que lle asiste, tramite o expediente para aprobar a revisión de prezos prevista na Lei e no contrato. Non corresponde á Sala determinar a forma na que ha quedar configurado o acto ou disposición en que se recolla, pero si a condena a facelo, co que se acolle substancialmente a pretensión principal. (...) condenamos ao Concello de Sarria a ditar a ordenanza que aprobe a revisión de prezos prevista legal e contractualmente e ao mesmo tempo recoñecemos o dereito do recorrente a obter a diferenza económica entre o percibido pola prestación do servizo a partir de 2016 e o que tería percibido de se ter realizado a revisión de forma regular, máis os xuros correspondentes á cantidade resultante (artigos 71.1.a e b LXCA)».

9.3 Impuesto de plusvalía. Devolución de ingresos indebidos. Agotamiento de la vía administrativa previa. Efectos de la STC 182/2021

La sentencia del TSJG de 19 de septiembre de 2023 (rec. 15004/2023, ponente: Rivera Frade) aborda dos cuestiones de interés acerca de las solicitudes de rectificación de

autoliquidación del impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana (plusvalía) desestimadas por silencio administrativo.

Concluye, en primer lugar, que en tales supuestos de desestimación presunta, para poder acudir a la vía jurisdiccional no es preceptivo agotar previamente la administrativa mediante la interposición de reclamación económico-administrativa o recurso de reposición. Ni siquiera en el caso de que sobrevenidamente se produzca la resolución expresa después de iniciado el proceso contencioso-administrativo (sentencia del TS de 3 de mayo de 2023 –rec. 4792/2021–). Sobre el fondo del asunto, confirma la desestimación de la reclamación de devolución de ingresos indebidos, al considerarle inaplicables los efectos de la sentencia del Tribunal Constitucional 182/2021 por razones cronológicas:

«(...) la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de octubre de 2021 que declaró inconstitucional el método de cálculo del Impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana, declaró su irretroactividad al recoger que no pueden considerarse situaciones susceptibles de ser revisadas con fundamento en dicha sentencia aquellas obligaciones tributarias devengadas por este impuesto que, a la fecha de dictarse la misma, hayan sido decididas definitivamente mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada o mediante resolución administrativa firme. Añadiendo que a estos exclusivos efectos, tendrán también la consideración de situaciones consolidadas: las liquidaciones provisionales o definitivas que no hayan sido impugnadas a la fecha de dictarse esta sentencia y las autoliquidaciones cuya rectificación no haya sido solicitada ex art. 120.3 LGT a dicha fecha.

En consecuencia como quiera que en el presente caso el día 29 de octubre de 2021 don XXXX presentó solicitud de rectificación de la liquidación de plusvalía generada a raíz de la escritura de pacto de mejora de fecha 27 de diciembre de 2017 autorizado por el notario don YYYYYY solicitando la devolución en concepto de ingresos indebidos del importe de 2.133,73 €, no cabría la devolución de ingresos indebidos impetrada»

REGAP



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

