



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 67_enero-junio 2024 | pp. 311-334
Santiago de Compostela, 2024
<https://doi.org/10.36402/regap.v67i1.5211>
© Francisco de Cominges Cáceres
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371
Recibido: 03/07//2024 | Aceptado: 03/12/2024
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

Xurisprudencia contencioso-
administrativa

**Jurisprudencia contencioso-
administrativa**

Contentious-administrative
jurisprudence

67 Regap

regap



COMENTARIOS

FRANCISCO DE COMINGES CÁ CERES
Magistrado (Galicia, España)

f.cominges@poderjudicial.es

1 ADMINISTRACIÓN LOCAL

1.1 Contaminación acústica por las fiestas navideñas organizadas por un ayuntamiento. Afectación a los derechos fundamentales de los vecinos a la salud, intimidad e inviolabilidad de domicilio.

La Sentencia del TSJG de 29 de mayo de 2024 (rec. 7144/2023, ponente: Braña López) estima la demanda de protección de derechos fundamentales interpuesta por varios vecinos frente a la inactividad del Ayuntamiento de Vigo ante sus quejas por la

contaminación acústica generada por el parque de atracciones instalado en el centro de la ciudad entre los meses de noviembre de 2022 y enero de 2023 en el contexto de las celebraciones navideñas.

La Sala concluye, en primer término, que el carácter temporal y tradicional de dichas fiestas no excusa del obligado cumplimiento de los límites de emisión de ruido en espacios públicos. Y en segundo, que la prueba pericial practicada demostró que la contaminación acústica sufrida por los demandantes era excesiva e intolerable:

<<En definitiva, el ruido padecido por la apelante tuvo carácter persistente ya que su continuidad perduró (en los horarios permitidos) prácticamente dos meses si tenemos en cuenta el programa que para estas fiestas obraba publicado en la web del Ayuntamiento, y fue intenso, porque superó los límites legales permitidos, lo que podría conllevar una afectación potencial a la salud de las personas e implica un menoscabo del desarrollo de la personalidad al imposibilitar el desarrollo de la vida diaria, lo que vulnera los derechos fundamentales denunciados como violados (arts. 18.1 y 2 de la CE). Lo anterior nos lleva a concluir que el Ayuntamiento apelado se mantuvo inactivo al respecto de la contaminación acústica que se estaba produciendo la cual es achacable exclusivamente al Ente Local, Administración que es la que tuvo el control del foco emisor en todo momento, como dador de las correspondientes autorizaciones para celebrar la actividad de ocio y responsable de su supervisión, y es que, no sólo se considera inactividad la total dejación de potestades reconocidas a la Administración Pública en materia de control de la contaminación acústica, sino también hay que considerar inactividad, cuando la actividad administrativa no es lo suficientemente efectiva y contundente como para conseguir el respeto a los límites fijados por la normativa sectorial reguladora, como ha sucedido en este caso, pues existe un deber de los poderes públicos de garantizarnos el disfrute de nuestro descanso y tranquilidad mínima, según las circunstancias, no debiendo caber duda al Ente Local de que el interés jurídico que ha de resultar prevalente, el más digno de protección, es el derecho de los ciudadanos a la no recepción de ruidos molestos, en cuanto expresión de calidad de vida digna. No hay que olvidar que la Administración, como proclaman los arts. 103 y 106 de la CE, debe servir con objetividad y debe actuar con eficacia (la cual no es compatible con la inactividad) y con sometimiento pleno a la ley y al derecho>>.

1.2 Denegación a una entidad asociativa del uso del auditorio municipal para conferencias polémicas en materia de salud pública. Potestad discrecional. Motivación suficiente.

La Sentencia del TSJG de 26 de abril de 2024 (rec. 7013/2024, ponente: López López) estima que el Concello de Vilagarcía de Arousa no vulneró el derecho fundamental de igualdad en el ejercicio de la libertad de expresión e ideológica (artículos 14.1, 16 y 20 CE) al denegarle a la agrupación “Soberanía y Salud” el uso del auditorio municipal para una charla-coloquio crítica con las recomendaciones de la Organización Mundial

de la Salud (OMS) sobre las pandemias víricas. Ratifica la sentencia de instancia apelada, en la que se efectuaron las siguientes consideraciones:

<<(…) a las Corporaciones municipales les corresponde también una competencia relevante en la materia sanitaria, reforzada legislativamente a raíz de la reciente pandemia del Covid-19 (artículos 33, 38, 45.2, 45.bis y 80 Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia, modificada por Ley 8/2021, de 25 de febrero). Entre dichas competencias sobresalen las de “desarrollo de programas de promoción de la salud, educación sanitaria”, y otras propias de las “autoridades sanitarias”, como la adopción de “medidas preventivas en materia de salud pública” y el ejercicio de la potestad sancionadora por el incumplimiento de determinadas medidas preventivas de la propagación de virus y enfermedades.

Conforme a doctrina y jurisprudencia consolidadas las autorizaciones demaniales tienen un cierto contenido discrecional. (...) Para poder discernir si la “discrecionalidad” se ha ejercido o no de manera arbitraria, irracional o desproporcionada resulta fundamental la motivación del acto en cuestión. (...).

La denegación del uso del auditorio municipal (bien de dominio público) para la concreta actividad pretendida por el demandante se motivó en que “se trata dunha charla-coloquio na que o tema a tratar contempla unha revisión das recomendacións das autoridades sanitarias oficiais”.

(...) El Ayuntamiento de Vilagarcía de Arousa, que es una “autoridad sanitaria”, a la que se le han atribuido relevantes competencias en materia preventiva de propagación de enfermedades, en el contexto de la pandemia vírica recientemente padecida, no ha vulnerado los derechos fundamentales invocados en la demanda, por su negativa a ceder el Auditorio municipal para un acto público dirigido a cuestionar las recomendaciones sanitarias oficiales al respecto. (...). Las excepciones contempladas expresamente en el artículo 6 del referido Reglamento municipal a las actividades autorizables en el Auditorio no conforman una lista cerrada, sino meramente ejemplificativa. A dichas excepciones se le pueden añadir los usos especiales de esos espacios para actividades que contradigan los propios fines de la Administración municipal. Sin duda es incompatible con su función de “autoridad pública sanitaria” destinar sus propios locales al cuestionamiento de las recomendaciones preventivas emitidas por organismos sanitarios oficiales.

Esta restricción tampoco vulnera los derechos fundamentales a la libertad ideológica y de expresión (artículos 16 y 20 CE). La decisión municipal no impide que el demandante pueda organizar la misma jornada divulgativa en otros locales no pertenecientes al ayuntamiento. Desde luego resultaría paradójico, incoherente y generador de confusión en la ciudadanía, que el ayuntamiento, que es una de las principales autoridades sanitarias públicas, encargadas de llevar a la práctica las recomendaciones para la prevención de epidemias y enfermedades emitidas por entidades sanitarias oficiales, como la Organización Mundial de la Salud, facilite

Regap



COMENTARIOS

la realización en su propia sede (Auditorio municipal) de una actividad destinada a cuestionar los planteamientos de dicho organismo internacional>>.

1.3 Incumplimiento por un alcalde de su deber de abstención en asunto que le genera un conflicto de interés personal. Irregularidad no invalidante al no haber influido en la resolución definitiva.

El TSJG en su Sentencia de 8 de mayo de 2024 (rec. 4107/2023, ponente: Díaz Casales) concluye en primer lugar que cuando un alcalde puede incurrir en conflicto personal de intereses en un asunto de su competencia, no se satisface su deber legal de abstención mediante una delegación especial en determinado concejal. Debe sustituirle automáticamente, en todo caso, el primer teniente de alcalde. No obstante, concluye también que en el concreto supuesto examinado, la irregularidad formal cometida carece de efecto invalidante al no haber influido en el resultado final del procedimiento administrativo:

<<conforme al Art. 23.4 de la Ley 40/2015 y el Art. 76 de la Ley de Bases de Régimen Local –y en el mismo sentido el Art. 230 de la Ley 5/1997 de Administración Local de Galicia y el Art. 185 del Reglamento de organización, funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales– que limitan la invalidez de los actos cuando se incumpliera el deber de abstención por parte de autoridades y funcionarios a aquellos supuestos en los que la intervención del que debió abstenerse fuera determinante de la resolución dictada>>.

1.4 Repercusión de los costes de inversión y mantenimiento de una infraestructura hidráulica supramunicipal en los ayuntamientos que se benefician de ella. Límite temporal en la revisión de oficio de actos firmes.

La Sentencia del TSJG de 19 de abril de 2024 (rec. 7032/2024, ponente: Fernández López) analiza la desestimación de la solicitud planteada por un ayuntamiento de revisión de oficio de una resolución dictada por otro ayuntamiento en el año 1998 fijando las sumas económicas que debe abonar para compensar los gastos de inversión y mantenimiento de la infraestructura hidráulica supramunicipal cuyo uso comparten.

La Sala desestima el recurso. Considera que la corporación municipal demandante dejó transcurrir demasiado tiempo para instar la revisión de oficio del acto firme (artículo 106 Ley 39/2015 LPAC). Y que los distintos defectos esgrimidos por el actor frente al acto impugnado (falta de competencia, omisión de trámite de audiencia, etc.) podrían calificarse, en su caso, como vicios de anulabilidad, pero no de nulidad de pleno derecho.

2 CONTRATOS Y SUBVENCIONES

2.1 Reequilibrio económico de contratos de concesión de servicios por las restricciones adoptadas frente a la pandemia del Covid-19. No procede, en principio, abonar una indemnización por lucro cesante, sino solo prorrogar la concesión, revisar las tarifas o minorar el canon.

El TSJG en su Sentencia de 24 de noviembre de 2023 (rec. 7147/2023, ponente: Fernández López) analiza el mecanismo compensatorio establecido en el artículo 34.4 del Real decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, respecto de un contrato del Ayuntamiento de Ferrol de concesión para la explotación de la piscina climatizada municipal.

Concluye, en primer lugar, que las medidas de reequilibrio concesional reguladas en dicho precepto resultan aplicables a supuestos en los que el contrato, una vez finalizado su período máximo de vigencia, se hubiese continuado ejecutando con la conformidad tácita de las partes. También que *<<la remisión que ese precepto hace de la vigente ley contractual del año 2017 tiene tan sólo por finalidad identificar a las entidades contratantes, que son las definidas como sector público en esa ley, pero en modo alguno supone que no se aplique a los contratos celebrados con arreglo a textos legales anteriores, siempre que se encuentren en vigor>>*.

Pero, en segundo lugar, deniega la pretensión de la concesionaria de recibir una indemnización en metálico por la pérdida de beneficios del período de cierre obligatorio de la piscina de la concesión entre el 14 de marzo y el 21 de junio de 2020 (primer estado de alarma en la pandemia del Covid-19), con las siguientes consideraciones:

<<lo que no procede en modo alguno es reconocerle a la concesionaria el derecho a percibir una indemnización cifrada en 130.062,31 euros, por más que ampare ese importe en un informe pericial, ya que deberá estarse a lo que el artículo 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020 reconoce, esto es, bien ampliar el contrato, o bien modificar las cláusulas de contenido económico (según proceda), para compensarles por “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”, siempre que se acredite de forma fehaciente “la realidad, efectividad e importe por el contratista de dichos gastos”>>.

regap



COMENTARIOS

2.2 Contrato de gestión de los servicios municipales de abastecimiento y saneamiento de agua. Incumplimiento de la obligación de revisión anual de las tarifas. Plazo de prescripción de la reclamación indemnizatoria de la concesionaria.

La Sentencia del TS de 21 de mayo de 2024 (rec. 2524/2021, ponente: Del Riego Valledor) confirma en casación la desestimación por el Concello de Monforte de Lemos de la indemnización solicitada por la entidad mercantil concesionaria de la gestión integral del servicio municipal de abastecimiento de agua y saneamiento por no haberse actualizado las tarifas del servicio conforme a lo previsto en los pliegos del contrato. El alto tribunal concluye señalando que a estas obligaciones contractuales se les aplica el plazo prescriptivo de 4 años de la Ley general presupuestaria, y no el general del artículo 1964 del Código civil (antes 15 años, ahora 5). También que dicho plazo de 4 años inicia su cómputo en el momento en el que se debió efectuar cada actualización. Y que, tras la desestimación presunta de la correspondiente reclamación, se reinicia el plazo prescriptivo:

<<1.- En la contratación administrativa el plazo de prescripción es el determinado en la L.G.P., y no se aplica el Código Civil (...). el indicado contrato administrativo de gestión de servicios públicos se regirá por la citada LCAP y sus disposiciones de desarrollo y supletoriamente por las restantes normas de derecho administrativo, en este caso, el artículo 25.1 de la LGP en cuanto al plazo de prescripción, lo que hace innecesario acudir a las normas de derecho privado.

(...) debemos reiterar el criterio de esta Sala expresado en las sentencias 201/2019, de 22 de mayo y 1079/2019, de 16 de julio y, en consecuencia, confirmar el criterio de la sentencia impugnada sobre la aplicación en el presente caso del plazo de prescripción de 4 años, establecido por el artículo 25.1 de la L.G.P. (...)

3.- Por lo que se refiere al día inicial del cómputo del plazo de prescripción, (...) La parte recurrente mantiene que, en la hipótesis de que se admitiera que el plazo de prescripción es el de 4 años del artículo 25.1 LGP, entonces el plazo debería comenzar a contarse desde la fecha de liquidación por la Administración en 2018 o, en su defecto, desde la fecha de la resolución del contrato. (...) La tesis de la parte recurrente sería admisible en un contrato de prestación unitaria, como es el caso del contrato de obras, en el que existen pagos a cuenta y una liquidación final, pero no en contratos que tienen por objeto prestaciones continuadas o duraderas o de tracto sucesivo como son los de gestión de servicios público. (...) el plazo de prescripción de las acciones de reclamación relacionadas con las prestaciones ya realizadas comienza a correr desde el momento en el que la Administración debió hacer cada pago parcial (...)

la reclamación de la parte recurrente puede hacerse efectiva cada vez que finalice el ejercicio correspondiente (...) Así resulta del contrato administrativo de

concesión del servicio de abastecimiento de agua, que en el artículo 30.2 del pliego de condiciones establece, con la finalidad de garantizar el equilibrio económico financiero de la concesión, que “el Concello revisará anualmente las tarifas vigentes”, revisión que tomará como referencia, de acuerdo con el artículo 34.1 del pliego de condiciones, “el incremento experimentado por el índice de referencia en el período de julio a julio”.

Estimamos, por tanto, de aplicación la regla del artículo 25.1.a) LGP que establece que el plazo de prescripción de que se trata “...se contará desde la fecha en que se concluyó el servicio o la prestación determinante de la obligación o desde el día en que el derecho pudo ejercitarse”.

(...). 5.- (...) plantea ahora la parte recurrente que la falta de respuesta a las anteriores reclamaciones, esto es el silencio administrativo, también interrumpe el plazo de prescripción. (...) El criterio contrario a estimar que la falta de respuesta o silencio administrativo interrumpe el plazo de prescripción de las acciones es el que ha venido manteniendo la Sala y ha sido mantenido últimamente en las sentencias 1394/2021, de 29 de noviembre (recurso 7680/2019) y 464/2022, de 20 de abril (recurso 3905/2020), que consideran que la tesis contraria de atribuir efectos interruptivos al silencio administrativo es incompatible con la finalidad de proporcionar seguridad a las relaciones jurídicas que persigue la prescripción (...)>>.

Regap



COMENTARIOS

2.3 Reintegro de subvención por incumplimiento de obligaciones tributarias o con la Seguridad Social.

El TS, en su Sentencia de 5 de abril de 2024 (rec. 5279/2022, ponente: Córdoba Castroverde), referida a Galicia, clarifica, en materia de subvenciones, si el incumplimiento por el beneficiario de sus obligaciones tributarias o de seguridad social puede justificar su revocación, con estas conclusiones:

<<los artículos 34.5 y 37 de la LGS han de interpretarse con arreglo a los criterios siguientes:

1.- El artículo 34.5 LGS exige para el pago de la subvención en todos los casos, bien se trate de un pago anticipado, un pago a cuenta o un pago posterior al cumplimiento de las condiciones, que el beneficiario se halle al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social.

2.- Sin embargo, una vez producido el pago de la subvención, las causas que pueden fundamentar el reintegro de la subvención son las enumeradas en el artículo 37 de la LGS, entre las que no figura la de no hallarse el beneficiario al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social.

3.- Cuestión distinta es que, una vez producido el pago de la subvención, el hallarse al corriente el beneficiario en las obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social forme parte de las condiciones que fundamentaron la concesión de la subvención y a cuyo cumplimiento se obligó el concesionario, como es el caso de las obligaciones de creación y mantenimiento por un tiempo estipulado de un determinado número de puestos de trabajo, que requiere, obviamente, el alta y la cotización a la Seguridad Social por los trabajadores empleados. En tales casos, el incumplimiento por el beneficiario de las obligaciones frente a la Seguridad Social inherentes a la creación y mantenimiento de los puestos de trabajo puede fundamentar una revocación de la ayuda, pero no en virtud del artículo 34.5 de la LGS, pues el pago de la subvención se efectuó cuando concurrían los requisitos exigidos para ello, sino en virtud de la causa de reintegro descrita en el artículo 37.1.b) de la LGS>>.

3 MEDIO AMBIENTE Y URBANISMO

3.1 Constitucionalidad de la Ley 4/2023, de 6 de julio, de ordenación y gestión integrada del litoral de Galicia.

El Tribunal Constitucional (TC), en su Sentencia 68/2024, de 23 de abril (suplemento BOE 30/05/2024, ponente: Tolosa Tribiño, incluye voto particular) desestima en su práctica totalidad el recurso interpuesto por el Presidente del Gobierno contra la Ley autonómica 4/2023, de 6 de julio, de ordenación y gestión integrada del litoral de Galicia (LOLGA).

La sentencia descarta que la Comunidad Autónoma de Galicia deba modificar su Estatuto de Autonomía para poder asumir la competencia autorizatoria del uso y ocupación del dominio público marítimo-terrestre (DPMT). Concluye que dicha potestad, ejecutiva, se inserta en la competencia exclusiva sobre ordenación del territorio y del litoral, asumida por Galicia en el artículo 27.3 de su Estatuto de Autonomía. Asimismo, rechaza que la regulación de los instrumentos de ordenación del litoral y de sus concretos usos contenida en la LOLGA sea incompatible con la legislación estatal dirigida a la preservación del DPMT (art. 132 CE). Incide en que la Administración del Estado no pierde su potestad para reaccionar, en defensa del DPMT, si la autorización o el plan aprobado por la Xunta de Galicia infringiese la normativa básica estatal en materia de costas.

Únicamente declara inconstitucional la posibilidad, establecida en el artículo 60.3 LOLGA, de implantar estaciones depuradoras de aguas residuales en el DPMT, al resultar incompatible con lo dispuesto en el artículo 44.6 de la Ley 22/1988, de Costas. También censura el trato privilegiado que el artículo 59.2 LOLGA les otorga a las embarcaciones gallegas frente a las del resto del país. Y por último, interpreta que los establecimientos de la cadena mar-industria alimentaria podrán ocupar terrenos de DPMT o comprendidos en la zona de servidumbre de protección (ZSPC),

única y exclusivamente cuando requieran la captación y retorno de agua de mar para el desarrollo de sus procesos productivos o comerciales. Siempre que además se justifique que por su naturaleza no puedan tener otra ubicación (si ocupan DPMT), o que prestan servicios necesarios o convenientes para el uso de dicho dominio (si se sitúan en ZSPC).

3.2 Inconstitucionalidad de la ley gallega que estableció un plazo máximo de reacción frente a las obras ilegales realizadas en zona de servidumbre de protección de costas.

En el artículo 92 de la Ley estatal 22/1988, de Costas -LC- (versión originaria, vigente entre los años 1988 y 2013) se regularon las consecuencias de la demora de la reacción de la Administración frente a las obras realizadas en zona de dominio público marítimo-terrestre (DPMT), o en servidumbre de protección de costas (ZSPC). Desde la perspectiva del procedimiento sancionador (que concluiría con una multa), se establecieron en él determinados plazos de prescripción de las infracciones (cuatro años para las graves y un año para las leves). Y, respecto de la reposición de la legalidad (demolición de las obras ilícitas), se dispuso en el mismo precepto que habría de ordenarse “cualquiera que sea el tiempo transcurrido”.

La Ley estatal 2/2013, de 29 de mayo, modificó, entre otros, el referido artículo 92 LC, circunscribiéndolo al procedimiento sancionador (multa). Redujo a la mitad los plazos de prescripción de las infracciones (quedando en dos años para las graves y seis meses para las leves). E introdujo, *ex novo*, un plazo de prescripción para la ejecución forzosa de las multas (dos años para las graves y un año para las leves). Al mismo tiempo suprimió la referencia expresa de la versión primitiva del precepto sobre la exigencia de reposición de las cosas a su estado anterior “cualquiera que sea el tiempo transcurrido”.

Lo relativo a la reposición física de los terrenos pasó a regularse con carácter exclusivo en el artículo 95.1 LC, con el siguiente texto definitivo:

<<Sin perjuicio de la sanción penal o administrativa que se imponga, el infractor estará obligado a la restitución de las cosas y reposición a su estado anterior, con la indemnización de daños irreparables y perjuicios causados, en el plazo que en cada caso se fije en la resolución correspondiente. Esta obligación prescribirá a los quince años desde que la Administración acuerde su imposición, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 10.2 de esta Ley>>.

Es decir, tras la modificación operada por la Ley 2/2013, de 29 de mayo, los límites temporales para el ejercicio de la potestad de reposición física de los terrenos en dominio público o en zona de servidumbre afectados por una obra ilegal se compendiaron en el artículo 95 LC, en estos términos:

- La obligación de “restitución de las cosas y reposición a su estado anterior” continuó sin someterse a plazo determinado. [De haberse establecido un plazo máximo concreto para la incoación del procedimiento de reposición sería de

Regap



COMENTARIOS

“caducidad” y no de “prescripción”, conforme al asentado criterio doctrinal y jurisprudencial establecido al respecto en la materia urbanística].

- Una vez concluido el procedimiento con la resolución definitiva de reposición de la legalidad, el infractor deberá restaurar los terrenos, o indemnizar subsidiariamente, “en el plazo que en cada caso se fije en la resolución correspondiente”.
- Tras la imposición de la orden de demolición o restauración, la Administración dispondrá del plazo máximo de quince años para proceder a su ejecución forzosa (prescripción de la resolución de reposición).

Este nuevo plazo de 15 años se inspiró en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (S^a de lo Cont.-Ad.), consolidada para integrar la laguna existente en la normativa sectorial urbanística sobre la prescripción de las órdenes de demolición firmes. Dicha jurisprudencia había fijado el criterio de aplicarles supletoriamente el plazo de prescripción de las acciones personales regulado en el artículo 1964 del Código Civil (CC). Plazo que en aquella época, anterior a la reforma del CC por Ley 42/2015, de 5 de octubre, era de 15 años [SSTS 05/06/1987 –núm. 822–; 17/02/2000 –rec. 5038/1994–; 25/11/2009 –rec. 6237/2007–; y 29/12/2010 –rec. 500/2008–. Puede también citarse, en el mismo sentido, la S del TSJ Galicia, S^a de lo Cont.-Ad., de 20/11/2014 –rec. 4074/2014–].

En la Comunidad Autónoma de Galicia la competencia para reaccionar frente a las construcciones ilegales erigidas en ZSPC le corresponde a la Axencia de Protección da Legalidade Urbanística (APLU), perteneciente a la Xunta de Galicia [artículo 35 del Decreto de la Xunta de Galicia 97/2019, de 18 de julio, por el que se regulan las competencias de la Comunidad Autónoma de Galicia en la ZSPC (DOG de 09/08/2019)]. Desde la entrada en vigor de la referida reforma de la LC por la Ley 2/2013 y hasta la aprobación de la Ley gallega 7/2022 en cuestión, la APLU sostuvo de manera firme y vehemente, tanto en la vía administrativa como en la judicial, que aquella no modificó el plazo indefinido o permanente de reacción frente a las obras construidas ilegalmente en ZSPC. Concluyó la APLU que el nuevo plazo de prescripción, de 15 años, del artículo 95.1 LC modificado, se refiere exclusivamente a la ejecución forzosa de las órdenes de demolición ya dictadas y notificadas. De manera que no afecta a la potestad administrativa de incoación del procedimiento de restauración de la legalidad frente a la edificación ilegal.

La APLU, y los letrados de la Xunta de Galicia que la defienden en juicio, han sostenido esta interpretación, continuadamente, ante la jurisdicción cont.-ad. en todos los litigios en los que se ha planteado el conflicto. Y el TSJG les ha dado siempre la razón, en innumerables sentencias (ad. ex. SS TSJG 14 de enero de 2019 (rec. 4251/2018), 31 de mayo de 2019 (rec. 4072/2018), 2 de diciembre de 2022 (rec. 4299/2022), 23 de septiembre de 2022 (rec. 4102/2022), 14 de mayo de 2021 (rec. 4025/2021), 9 de abril de 2021 (rec. 4143/2020), 26 de marzo de 2021 (rec. 4283/2020), 1 de diciembre de 2020 (rec. 4207/2019), 23 de noviembre de 2020 (rec. 4087/2019), 19 de octubre de

2020 (rec. 4052/2020), 18 de septiembre de 2020 (rec. 4095/2019), 11 de septiembre de 2020 (rec. 4367/2019), 26 de junio de 2020 (rec. 4270/2019), 19 de junio de 2020 (rec. 4200/2019), 18 de junio de 2020 (rec. 4012/2019), 25 de enero de 2019 (rec. 4381/2017), 20 de junio de 2019 (rec. 4054/2018), 20 de septiembre de 2019 (rec. 4151/2018), 21 de noviembre de 2019 (rec. 4306/2019). El TS confirmó en casación el criterio del TSJG, en sus sentencias de 11 de julio de 2018 (RC 953/2017) y 2 de diciembre de 2020 (RC 7404/2019), fijando la siguiente doctrina jurisprudencial:

<<Que la obligación de imposición de las obligaciones de restitución y reposición de las cosas a su estado anterior a la infracción, como consecuencia de una condena penal o una sanción administrativa, se mantienen en la LC en la misma situación que antes de la reforma de la LMC, sin que de esta se derive novedad alguna>>.

De manera que la reforma de la LC por Ley 2/2013 no afectó en Galicia al principio de “seguridad jurídica” en lo referente a los plazos máximos de reacción frente a estas obras ilegales. Tanto la Administración competente (APLU-Xunta de Galicia), como los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa concluyeron desde el primer momento, conforme a su interpretación gramatical y sistemática, que se mantienen abiertos indefinidamente.

En esta tesitura se promulgó la Ley del Parlamento de Galicia 7/2022, de 27 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas. En su artículo 10.1 se estableció *ex novo* un plazo específico de caducidad o perención de la potestad administrativa para reaccionar frente a las obras ilícitas realizadas en ZSPC mediante un procedimiento de reposición de la legalidad. Concretamente un plazo de quince años [plazo que ya no coincide con el residual o supletorio de prescripción de acciones personales previsto en el artículo 1.964 CC, tras su minoración a cinco años por Ley 42/2015, de 5 de octubre]. Y en su disposición transitoria primera se ordenó la aplicación retroactiva de este beneficio a todas las construcciones ilícitas preexistentes.

El Juzgado Cont.-Ad. núm. 1 de Pontevedra, mediante Auto de 19 de junio de 2023, formuló frente a dichos preceptos la cuestión de inconstitucionalidad núm. 4409/2023 (BOE 18/12/2023), con las siguientes consideraciones:

<<(…) la Comunidad Autónoma de Galicia ha sobrepasado el ejercicio legítimo de sus competencias al establecer “ex novo” un plazo límite de reacción frente a las obras realizadas ilícitamente en ZSPC. Esa medida no constituye una “norma adicional de protección” del dominio público marítimo-terrestre (artículo 149.1.23 CE). Por el contrario, prima el interés particular de quien ha incumplido el régimen básico esencial de protección del dominio costero, sobre el general medioambiental y paisajístico respecto de una zona especialmente sensible y vulnerable (la franja litoral), que los poderes públicos deben preservar (artículo 45 de la Constitución). El legislador estatal, en el artículo 95 LC, decidió no someter a límite temporal la potestad administrativa (...). Esa medida protectora (plazo permanente de reacción frente a obras ilegales ejecutadas en suelo de propiedad privada con determinada afección pública) no es anómala en nuestro Derecho administrativo. Así, por ejemplo, la legislación urbanística (en todas las CCAA)

regap



COMENTARIOS

también la prevé cuando se edifica ilícitamente en suelo calificado por el planeamiento para futuras zonas verdes, espacios libres y dotaciones o equipamientos públicos (ad. ex. artículo 155 Ley 2/2016, de 10 de febrero, del Suelo de Galicia; o, indirectamente, artículo 55 del Texto Refundido de la Ley de Suelo aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre). También se encuentra una habilitación semejante en otras legislaciones sectoriales, como la de carreteras: en el artículo 64 de la Ley 8/2013, de 28 de junio, de carreteras de Galicia se dispone, para las obras ilícitamente realizadas en la zona de servidumbre del vial, que: “ La obligación de restitución y reposición de las cosas a su estado anterior se les exigirá a las personas responsables de la infracción en cualquier momento, independientemente de la eventual prescripción de ésta o de las sanciones que se deriven de ella “.

De lo que no cabe duda es de que las comunidades autónomas carecen de competencia legislativa para innovar a la baja el régimen estatal de protección de la ZSPC, en beneficio de los infractores, bien modificando lo dispuesto al respecto en el artículo 95 LC (como aparentemente ha hecho esta Ley 7/2022); bien –en la última interpretación del Letrado de la Xunta– colmando una supuesta “laguna” del legislador estatal. Se produce con ello, además de un menoscabo relevante en la protección del medio ambiente y del paisaje litoral, una desigualdad esencial en las obligaciones y derechos de los ciudadanos sobre dicho espacio en el conjunto del territorio español.

Tal y como se ha indicado, la Ley aquí cuestionada no se dirige en puridad a salvaguardar el “principio de seguridad jurídica” (artículo 9.3 CE), porque en Galicia la reforma de la LC por la Ley 2/2013 no le llegó a generar dudas interpretativas, sobre la continuidad del plazo permanente de reacción, ni a la Administración autonómica que la había de aplicar (la APLU), ni al Tribunal de Justicia que supervisa su actuación.

No es difícil deducir que dicha norma autonómica tiene como única finalidad la de beneficiar a quienes han infringido la Ley de Costas en la zona de servidumbre de protección del litoral gallego, otorgándoles un privilegio singular frente a los que cometen la misma infracción en el resto del litoral español. Y ello invadiendo la competencia estatal en materia de costas, en detrimento de los valores medioambientales y paisajísticos que su legislación básica pretende preservar>>.

Posteriormente, el Presidente del Gobierno interpuso el recurso de inconstitucionalidad núm. 6243/2023 contra los mismos preceptos autonómicos, provocando su suspensión cautelar (BOE de 30/10/2023 y 03/04/2024). La Sentencia del TC 76/2024, de 8 de mayo (BOE de 10/06/2024, ponente: Díez Bueso, contiene voto particular) estima este último recurso y declara nulos los artículos 10.1, 10.2, 10.3, así como la disp. trans. primera de la referida Ley gallega 7/2022, de 27 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas, con los siguientes razonamientos:

<<El precepto autonómico, al regular un plazo cuya expiración impide a las autoridades competentes imponer la reposición de la legalidad en relación con las obras y actuaciones contrarias a las limitaciones y prohibiciones que rigen en la zona de servidumbre de protección, contraviene la regla de imprescriptibilidad prevista en el art. 21.1 LC, al permitir que, por el transcurso del tiempo, pierdan su eficacia y obligatoriedad las limitaciones que, para el uso y la ocupación de los terrenos colindantes con el dominio público marítimo-terrestre, se derivan de la regulación de la servidumbre de continua referencia. De esta manera, producida la prescripción de la potestad administrativa para imponer la obligación de reposición de la legalidad, los titulares de los terrenos colindantes con el dominio público marítimo-terrestre pasarían a poder ejercer su derecho de propiedad sobre los mismos como si estuvieran libres del gravamen que constituye la sujeción al régimen jurídico de la servidumbre de protección, generándose un efecto que en poco o en nada se diferencia del que obtendrían en el caso de ser posible –en ausencia de la regla del art. 21.1 in fine LC– la extinción de la servidumbre por prescripción derivada del no uso de la misma durante un determinado período de tiempo.

Frente a ello, no puede aducirse que el precepto impugnado pueda hallar cobertura en la competencia autonómica para dictar normas adicionales sobre protección del medio ambiente (art. 27.Treinta EAG). La regulación de un plazo para el ejercicio de las acciones dirigidas a hacer valer las normas reguladoras de la servidumbre de protección más reducido que el que resulta de las previsiones de la legislación básica estatal, que no sujeta la acción para la reposición de la legalidad a plazo alguno, no otorga una mayor protección a los intereses medioambientales y paisajísticos del dominio público marítimo terrestre, a cuya preservación se ordena precisamente la servidumbre de protección (art. 2o LC). Por el contrario, esta previsión supone una merma del régimen legal de protección de la zona de servidumbre, al introducir ex novo una regla cuya aplicación puede llegar a producir el efecto de impedir la actuación de la Administración frente a obras y actuaciones ilegalmente ejecutadas sobre la referida franja de terreno>>.

Regap



COMENTARIOS

3.3 Evaluación ambiental de explotaciones mineras.

La Sentencia de 7 de junio de 2024 del TSJG (rec. 7240/2022, ponente: Cambón García) estima el recurso promovido por una asociación ecologista frente a la autorización de explotación de la mina de coltán “Penouta”, en Viana do Bolo, por la insuficiencia de su evaluación ambiental, al no ponderar adecuadamente la incidencia de dicha actividad en los entornos protegidos inmediatos (Pena Trevinca), ni su afectación a la salud de los vecinos de los núcleos más próximos:

<<la insuficiencia del estudio de afectación ambiental aparece cumplidamente acreditada de lo considerado (...), toda vez que la Rede Natura 2000 no ha sido objeto de un estudio de afectación, sin que la promotora hubiese realizado una oportuna y adecuada evaluación sobre el espacio “Peña Trevinca”, limitándose

a indicar que el proyecto no afecta a ningún espacio protegido, cuando la ZEC y la ZEPA Pena Trevinca se encuentran a cero metros del enclave minero, constándose que las masas de aguas superficiales superan la normativa permitida para arsénico, mercurio, cadmio y plomo y de haberse realizado tal evaluación de afectación es dudoso que se hubiese aprobado, dados los antecedentes de la mina “San Rafael”, T.m. “O Pino-Touro” con DIA negativa por posibles impactos a LICA “Sistema Fluvial Vela-Deza” y “Ría de Arousa”, a más de 40 kms, apareciendo acreditado impacto del polvo resultante de voladuras y movimientos, así como grietas en viviendas y afectadas las aguas destinadas a consumo humano, que motivó denuncias de la empresa municipal de Aguas de Viana do Bolo, con actuaciones de la CHMS, Guardia Civil y Comisaría de Aguas>>.

3.4 Planeamiento urbanístico. Es posible promover, por iniciativa particular, la modificación puntual de un plan especial de protección de conjunto histórico.

Así lo declara el TS, en su Sentencia de 12 de marzo de 2024 (rec. 5723/2022, ponente: Lesmes Serrano), sobre la modificación del PEPRI del conjunto histórico de la ciudad de Lugo. La sentencia realiza un exhaustivo análisis de la normativa estatal y gallega reguladora del patrimonio histórico y cultural, concluyendo finalmente que:

<<el que se trate de Planes de exclusiva iniciativa pública no significa que los particulares no puedan tener ninguna participación o iniciativa en una modificación puntual del planeamiento una vez aprobado el Plan Especial de Protección del Conjunto Histórico. (...) Los particulares interesados tienen el derecho a promover una modificación puntual de un Plan Especial de protección de un área afectada por la declaración de Conjunto Histórico, sin perjuicio de que es a la Administración municipal a quien corresponde la aprobación inicial y definitiva de dicha modificación>>.

3.5 Requisitos urbanísticos de las viviendas y apartamentos de uso turístico.

El TSJG, en sus sentencias de 7 de febrero y 20 de marzo de 2024 (recs. 4295/2023, ponentes: Parada López y Díaz Casales), en primer lugar ratifica su criterio de que las viviendas dedicadas a alojamiento turístico desarrollan un uso de especial intensidad equiparable al de hospedaje, que en el caso de Santiago de Compostela sólo se puede implantar en la planta primera en edificios residenciales. La segunda sentencia concluye que las viviendas preexistentes que se pretendan dedicar a uso turístico deben cumplir íntegramente las prescripciones del Código Técnico de la Edificación en materia de accesibilidad y supresión de barreras arquitectónicas vigentes a día de hoy.

3.6 Disciplina urbanística. La APLU no puede ordenar directamente la demolición de edificaciones erigidas conforme a licencia de obras municipal. Previamente debe revisarse y anularse la licencia.

La Sentencia del TS de 19 de enero de 2024 (rec. 3815/2022, ponente: Olea Godoy) ratifica el criterio consolidado del TSJG conforme al cual la Administración autonómica carece de la posibilidad de exigir el derribo de edificaciones que se construyeron al amparo de licencia municipal. Antes debe impugnarse y anularse la licencia (Sentencias del TSJG de 2 de noviembre de 2020 -rec. 4163/2019-; 13 de julio de 2021 -rec. 4074/2021-; 17 de enero de 2022 -rec. 4284/2021-; y 15 de noviembre de 2023 -rec. 4147/2023-).

4 PERSONAL

4.1 Procedimiento selectivo para nuevo ingreso en las Administraciones locales. No es preceptivo ofrecerles previamente las plazas vacantes a los funcionarios de carrera mediante concurso de traslados.

Resuelve la diatriba el TSJG en su sentencia de 15 de febrero de 2024 (rec. 452/2023, ponente: Seoane Pesqueira) con esta argumentación:

<<(…) Hay que tener en cuenta que en esta materia rige la regulación contenida en el artículo 18.4 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, en la redacción derivada de la modificación operada por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre (...), que al regular las ofertas de empleo público contiene un precepto específico que habilita la oferta al titular de nuevo ingreso, al establecer que “Las vacantes correspondientes a las plazas incluidas en las convocatorias para ingreso de nuevo personal no precisarán de la realización de concurso previo entre quienes ya tuvieren la condición de funcionarios”.

Este precepto mantiene su vigencia porque, si bien es cierto que los apartados 1 a 5 de dicho artículo 18 de la Ley 30/1984 fueron derogados por la disposición derogatoria única.b) de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, en ella se añadía que continuaban vigentes en tanto no se opongán a lo establecido en el mismo hasta que se dicten las Leyes de Función Pública y las normas reglamentarias de desarrollo, según establece su disposición final 4.2.

Por tanto, tiene respaldo normativo la actuación del Concello de Lugo de haber convocado la plaza litigiosa sin haberla incluido previamente en un concurso entre quienes ya tuvieran la condición de funcionarios. Y esa cobertura es a través de una norma con rango de ley. La demandante pretende que, frente a

Regap



COMENTARIOS

dicha norma, prevalezca lo recogido en el apartado 6.3 del plan de ordenación de recursos humanos del Concello de Lugo, para lo que invoca la potestad de autoorganización de las Corporaciones Locales y se apoya en la disposición adicional 21ª de la propia Ley 30/1984, según la cual “ Las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales, de acuerdo con su capacidad de autoorganización, podrán adoptar, además de Planes de Empleo, otros sistemas de racionalización de los recursos humanos, mediante programas adaptados a sus especificidades, que podrán incluir todas o alguna de las medidas mencionadas en los apartados 2 y 3 del artículo 18 de la presente Ley , así como incentivos a la excedencia voluntaria y a la jubilación anticipada”.

Esta disposición adicional 21ª de la Ley 30/1984 no permite a las Corporaciones Locales alterar cuanto se recoge en el apartado 4 del artículo 18, pues expresamente se refiere a la posibilidad de inclusión de las medidas contenidas en los apartados 2 y 3, pero no a la del apartado 4, la cual no tiene nada que ver con los incentivos a la excedencia voluntaria y a la jubilación anticipada (...).

La lectura detenida de dicho apartado pone de manifiesto que a su amparo no se permite que la Corporación Local incluya una medida que vaya en contra de lo que establece el apartado 4 del mismo precepto. Tampoco lo permite el apartado 3 del propio artículo 18, con arreglo al cual “ El personal afectado por un Plan de Empleo podrá ser reasignado en otras Administraciones Públicas en los términos que establezcan los convenios que, a tal efecto, puedan suscribirse entre ellas”.

Para fundar su pretensión de anulación de la resolución administrativa impugnada también invoca la apelante el título X de la Ley 2/2015, de 29 de abril, de empleo público de Galicia, que se refiere a la planificación del personal al servicio de las Administraciones Públicas, y el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, que contempla, en su artículo 69 (no lo cita expresamente la recurrente) que los planes de ordenación de recursos humanos pueden incluir, entre otras medidas, el análisis de las disponibilidades y necesidades de personal, tanto desde el punto de vista del número de efectivos, como del de los perfiles profesionales o niveles de cualificación de los mismos, y medidas de movilidad.

El examen de una y otra regulación evidencia que entre esas medidas de planificación para la ordenación de recursos humanos no cabe incluir la que se recoge en el apartado 6.3 del plan de ordenación de recursos humanos del Concello de Lugo, por lo que ni la normativa que se menciona puede servir de apoyo a la pretensión de fondo que se invoca ni a su amparo puede prevalecer aquel apartado sobre el artículo 18.4 de la Ley 30/1984 que, como hemos visto, continúa vigente>>.

5 PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

5.1 Legitimación activa de la junta de personal de una corporación municipal para impugnar un procedimiento selectivo. Vinculación de la Administración por sus actos propios.

La Sentencia del TSJG de 15 de febrero de 2024 (rec. 452/2023, ponente: Seoane Pesqueira) revoca la de instancia apelada, reconociéndole legitimación activa a la junta de personal del Ayuntamiento de Lugo para impugnar resoluciones dictadas en materia de selección de personal, con estos planteamientos:

<<(…) el artículo 4o.1.e del EBEP establece, como una de las funciones de las Juntas de personal, la de vigilar el cumplimiento de las normas vigentes en materia de condiciones de trabajo, prevención de riesgos laborales, Seguridad Social y empleo y ejercer, en su caso, las acciones legales oportunas ante los organismos competentes, mientras que el apartado 2 del propio artículo 4o dispone que “ Las Juntas de Personal, colegiadamente, por decisión mayoritaria de sus miembros y, en su caso, los Delegados de Personal, mancomunadamente, estarán legitimados para iniciar, como interesados, los correspondientes procedimientos administrativos y ejercitar las acciones en vía administrativa o judicial en todo lo relativo al ámbito de sus funciones”.

Con esa norma se permite que la Junta de personal defienda lo que pueda constituir un interés colectivo de los empleados públicos que afecta a sus condiciones de empleo.

Al ejercitar el recurso promovido en el caso que ahora se analiza la Junta de personal está defendiendo las condiciones de empleo de los empleados públicos del Concello de Lugo (...). En consecuencia, el artículo 4o.1.e del EBEP respalda la legitimación ad causam de la Junta de personal para la promoción del recurso contencioso-administrativo frente a una resolución del Concello de Lugo en la que se decide ofertar dos plazas de auxiliar administrativo, y posteriormente adscribir, al personal de nuevo ingreso sin dar la posibilidad de provisión por quienes ya tienen la condición de funcionarios de carrera del Concello.

Al anterior argumento se añade que en vía administrativa ya se reconoció a la Junta de personal legitimación, pues se dio respuesta al recurso de reposición que planteó sin ponerla en cuestión, por lo que resulta invocable la doctrina del Tribunal Supremo según la cual la Administración no puede ignorar en vía judicial una legitimación ya reconocida en vía administrativa (sentencias de 8 de noviembre de 1995 y 18 de enero de 1996, 19 de enero y 21 de marzo de 2020). Esa línea jurisprudencial no se ha visto modificada por la más reciente sentencia de 28 de enero de 2019, porque esta se refiere al tema específico de la legitimación

regap



COMENTARIOS

del denunciante en un procedimiento sancionador y para acudir a la vía judicial frente a la resolución final del mismo>>.

6 SANIDAD.

6 Programa de citación en atención primaria “Xide”.

En el año 2021 la Consellería de Sanidade de la Xunta de Galicia implantó el programa “Xide”, de “gestión integral de la demanda en equipo en la atención primaria”. Es un sistema de citas médicas automatizado consistente, básicamente, en que el paciente le proporciona una serie de datos a un administrativo, el cual los introduce en un programa que, mediante un algoritmo, determina la prioridad y tipo de consulta, así como el profesional que debe atenderla.

El “Consello Galego de Médicos” solicitó su retirada. Frente a la consiguiente desestimación presunta interpuso ante el TSJG el rec. 7092/2023, el cual fue desestimado por Sentencia de 22 de marzo de 2024 (ponente: López Fernández). Concluyó la Sala, en primer lugar, que la implantación de dicho programa se aprobó mediante un acto administrativo, por lo que no le eran exigibles los trámites de las disposiciones generales. Sobre el fondo del asunto, realiza las siguientes consideraciones de interés:

<<(…) se trata de un instrumento que sustituye al sistema tradicional de citas a los pacientes por su turno de llegada al Centro de Salud, para pasar a otro previamente diseñado por una comisión de expertos que ha elaborado un manual de ayuda y orientación para la adecuada y eficaz gestión de las citas previas de los pacientes, lo que no se agota con su exclusivo examen por el facultativo o sanitario no facultativo para su diagnóstico, pronóstico y tratamiento, sino que requiere de la intervención de todos los profesionales y empleados que integran el Equipo de Salud, entre ellos los estatutarios del área administrativa (personal de servicios generales), que son los que reciben en primer lugar a los pacientes y que se limitan a incorporar al programa los datos sobre los motivos de la consulta que aquéllos les facilitan, sin que en modo alguno realicen una valoración clínica de su estado, ni de sus signos o sintomatología, ni realicen interpretación alguna de lo que solicitan, ya que –previa la formación facilitada al efecto– se limitan a incorporar al programa los síntomas que los pacientes les declaran, para hacerlos concordar con los que los autores de tal programa han preestablecido (en la fecha de la práctica de la prueba unos 800).

En suma, la ejecución de la programación de citas “Xide” por el personal estatutario de servicios generales ni es un triaje, ni un sistema “encubierto” de triaje, como sostiene el letrado de la actora, pues no va encaminado a valorar o diagnosticar al paciente, función que tan sólo se le encomienda al personal sanitario, ya sea no facultativo, pero no al de servicios generales creado por Decreto 160/1996, de 25

de abril, de configuración e introducción en el Estatuto de personal no sanitario de instituciones sanitarias de la Seguridad social de la categoría de personal de servicios generales, cuyo artículo 3 enumera funciones como las administrativas y apoyo a la gestión, recepción, atención e información al paciente y de materialización o consecución del programa de cita previa, que es a lo que se refiere el programa discutido, sin que se le permita a ese personal extralimitarse en tales funciones, y de ahí que la testigo-perito haya declarado que tal personal ha sido instruido para cubrir los datos, así como para recabar de los médicos el auxilio que demanden cuando tengan dudas. (...).

El algoritmo del programa, no es sino un patrón o documento de uso interno que recoge operaciones básicas para la solución de un problema, en este caso mediante la recopilación de datos previamente definidos por un comité de expertos, sobre los motivos de la consulta que interesa el paciente, con la finalidad de hacer más eficaz el sistema de citación para que reciban asistencia a cargo de quien tiene facultad para ello: el personal sanitario. (...).

[Respecto] de la confidencialidad de los datos médicos de los pacientes (...), el paciente siempre puede pedir consulta telefónica, sin que venga obligado a hacerlo de forma presencial, ni a facilitar datos o información de índole sanitaria que no quiera aportar, sino tan sólo el motivo de la consulta para proceder a su debida atención por los profesionales sanitarios, lo que no sólo sucede con la asistencia primaria, sino también con la especializada y la de urgencia; ello no quiere decir que aquellos ciudadanos no tengan derecho a la confidencialidad de los datos que figuren en los ficheros, sistemas y aplicaciones de las administraciones públicas (...). Pues bien, como se ha advertido, no ha quedado acreditado en modo alguno que la confidencialidad haya quedado comprometida con la metodología que impuso la ejecución del programa “Xide”; otra cosa sería que en algún caso se pudiera contravenir esa obligación, pero esto no se enjuicia en este caso>>.

Regap



COMENTARIOS

7 TRIBUTOS.

7.1 Impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana (IIVTNU). Inconstitucionalidad de su regulación. Responsabilidad patrimonial del estado legislador.

El TS, en su Sentencia de 5 de abril de 2024 (rec. 302/2023, ponente: Huet de Sande) confirma la desestimación por el Consejo de Ministros de la reclamación indemnizatoria formulada por una mercantil inmobiliaria gallega, mediante el cauce de la “responsabilidad patrimonial del estado legislador”, motivada en la declaración de nulidad de la regulación del IIVTNU por la sentencia del TC 182/2021, de 26 de octubre.

El alto tribunal considera que en este caso en concreto no se cumple el requisito de la “antijuridicidad” del daño, al no haber acreditado la actora haber padecido un decremento patrimonial entre las dos transmisiones determinantes del tributo:

<<(…) La expulsión del ordenamiento jurídico de determinados preceptos del TRLHL por la STC 182/2021 no conduce necesariamente –como pretende el recurrente– a calificar de antijurídico el abono de determinadas cantidades en concepto del IIVTNU o que esas cantidades, por equivalencia, constituyan un daño efectivo desde la perspectiva de la responsabilidad patrimonial. Para llegar a tal conclusión es preciso que se acredite a través de los medios de prueba establecidos en el ordenamiento tributario que el hecho imponible no se ha producido o que se ha producido en cuantía distinta a la establecida por la Administración con su método de estimación objetiva, o que las reglas de cálculo aplicadas eran incorrectas. Ninguno de estos extremos resultó acreditado en el presente caso pese a la utilización de diferentes medios de prueba por parte del actor.

Aunque de una declaración de inconstitucionalidad puede extraerse la presunción de la antijuridicidad de los daños derivados de los actos de aplicación, lo cierto es que tal presunción no es absoluta y puede ser desvirtuada por las circunstancias que concurren en el caso concreto, como aquí acontece. No existe, pues, el automatismo pretendido por la parte actora, que deduce su derecho a la indemnización del simple hecho de haber abonado el tributo, obviando la existencia de unos procesos previos en los que se tuvo en cuenta la doctrina constitucional emanada de las SSTC 59/2017, de 11 de mayo de 2017, y 126/2019, de 31 de octubre de 2019, y que facilitaron una prueba del hecho imponible en línea con lo declarado por la STC 182/2021, sin que se pusiera de manifiesto una realidad patrimonial que sometida a tributación contraviniera el principio de capacidad económica. Esa insuficiencia probatoria se hace ahora extensiva, en este proceso, a la determinación de la efectividad del daño y a su cuantía, circunstancias que tampoco podemos presumir obviando los resultados de los procesos judiciales previos>>.

7.2 El tipo autonómico del impuesto sobre hidrocarburos es contrario a la Directiva 2003/96/CE sobre imposición de los productos energéticos y de la electricidad.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en su sentencia de 30 de mayo de 2024 (C-743/22), en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por el TS, concluye que:

<<La Directiva 2003/96/CE del Consejo, de 27 de octubre de 2003, por la que se reestructura el régimen comunitario de imposición de los productos energéticos y de la electricidad, en su versión modificada por la Directiva 2004/74/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, y por la Directiva 2004/75/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, en particular su artículo 5, debe interpretarse en el sentido de

que se opone a una normativa nacional que autoriza a regiones o comunidades autónomas a establecer tipos del impuesto especial diferenciados para un mismo producto y un mismo uso en función del territorio en que se consuma el producto fuera de los casos previstos a tal efecto>>.

Con la siguiente motivación:

<<(…) 50 (…) para aplicar tipos diferenciados en el territorio de un Estado miembro, para un mismo producto y un mismo uso, cuando tal posibilidad no está prevista en las propias disposiciones de la Directiva 2003/96, sigue siendo necesaria una autorización en virtud de esta Directiva, con independencia del respeto de los niveles mínimos de imposición.

51 Por consiguiente, tanto del artículo 5 como del análisis del conjunto de las disposiciones de la Directiva 2003/96 que prevén reducciones o exenciones fiscales se desprende que, aunque es cierto que el ámbito de la imposición de los productos energéticos y de la electricidad solo está parcialmente armonizado y esta Directiva reconoce a los Estados miembros cierto margen de maniobra para que puedan aplicar políticas adaptadas a los contextos nacionales, no lo es menos que este margen de maniobra está delimitado. De ello se deduce que, con independencia del respeto de los niveles mínimos de imposición impuestos por dicha Directiva, las facultades ofrecidas a los Estados miembros para establecer tipos impositivos diferenciados y exenciones o reducciones de los impuestos especiales solo pueden ejercerse en el estricto cumplimiento de los requisitos establecidos por las disposiciones pertinentes de la Directiva 2003/96. (...)

53 En el caso de autos, es preciso señalar que ninguna de las excepciones previstas por la Directiva 2003/96 autoriza expresamente al Reino de España a aplicar, para un mismo producto y un mismo uso, tipos del impuesto especial diferenciados según las comunidades autónomas en las que se consuman dichos productos. Este extremo no ha sido discutido por el Gobierno español, que tampoco niega que no ha obtenido una excepción específica en virtud del artículo 19 de dicha Directiva para permitir a esas comunidades autónomas fijar tipos autonómicos diferenciados del impuesto especial sobre hidrocarburos.

(…) el hecho de reconocer a cada Estado miembro la posibilidad de aplicar tipos diferenciados en sus regiones para un mismo producto y un mismo uso, sin ninguna delimitación o mecanismo de control, podría perjudicar el buen funcionamiento del mercado interior, fragmentándolo en mayor medida, y, de este modo, comprometer la libre circulación de mercancías>>.

regap



COMENTARIOS

7.3 Nulidad de ordenanza fiscal municipal por defecto grave de tramitación al no haberse publicado en el tablón de anuncios del ayuntamiento el contenido íntegro de la versión aprobada provisionalmente, durante la fase de exposición pública.

Las Sentencias del TSJG de 1 y 8 de febrero de 2024 (recs. 15267/2023 y 15225/2023, ponentes: Fernández Leiceaga y Pérez Pliego) declararon la nulidad, por este defecto formal, de sendas ordenanzas fiscales aprobadas en 2022 por, respectivamente, los Ayuntamientos de Guitiriz y Baleira (Lugo) por el defecto formal consistente en que en la fase de exposición pública de la ordenanza aprobada provisionalmente, no se publicó su texto íntegro en el tablón de anuncios municipal. Considera la Sala que la posterior publicación en el BOP del texto aprobado definitivamente no subsana dicho vicio de forma.

7.4 Sanciones tributarias. Ausencia de culpabilidad por errores razonables cometidos en la autoliquidación del IRPF.

El TSJG, en Sentencia de 28 de noviembre de 2023 (rec. 15081/2023, ponente: Rivera Frade) anula las sanciones impuestas por la Agencia Tributaria tras la regularización de una autoliquidación de IRPF errónea, al considerar ausente el elemento de “culpabilidad” en el supuesto infractor. Reconoce así el “derecho al error”, con estas consideraciones:

<<(…) el abogado del Estado admite la complejidad de las operaciones en las que ha participado el actor, pero resta importancia a este dato en base a que el obligado tributario ha contado con asistencia de representantes y colaboradores, según dice desprenderse de la autoliquidación del IRPF del ejercicio 2014. Con estos argumentos pretende responder a las alegaciones que hace la parte actora en su escrito de demanda, alegando que sus conocimientos tributarios son limitados. Ello entronca con lo que se conoce como “derecho al error” (el droit à l’erreur del derecho francés), que no ha pasado desapercibido para el Consejo para la Defensa del Contribuyente en la “Propuesta 3/2022, sobre la incorporación del derecho al error al Ordenamiento tributario español”, sobre todo teniendo en cuenta la generalización del régimen de autoliquidaciones como expresión del traspaso de la responsabilidad de aplicación de los tributos de la Administración, según señala el Consejo. Y aunque esa propuesta todavía no ha tenido reflejo en la LGT, quizá se haya iniciado un camino que conduzca a evitar sanciones por incumplimientos involuntarios de las normas fiscales.

Con lo que se acaba de decir, se quiere llamar la atención de que la complejidad de las normas y de los procedimientos, al que quedaría vinculada la regulación de aquel derecho, opera como factor a tener en cuenta a la hora de valorar la culpabilidad del obligado tributario; y al mismo tiempo llamar la atención de que el necesario análisis del elemento de culpabilidad no desaparece, sino que

se mantiene en toda su extensión, cuando el obligado tributario cuenta con la asistencia de asesores en las gestiones de naturaleza fiscal>>.

8 UNIVERSIDADES

8.1 Derecho del profesorado asociado a tiempo parcial a la evaluación de su actividad docente (quinquenios).

La Sentencia del TSJG de 2 de mayo de 2024 (rec. 87/2024, ponente: Seoane Pesqueira) confirma en apelación la revocación de una resolución de una universidad gallega que había inadmitido la solicitud de evaluación de los méritos docentes del año 2020 (quinquenios) presentada por un profesor asociado con dedicación parcial. Declara el derecho a la evaluación docente del profesorado no permanente contratado, a tiempo completo o parcial, conforme a lo dispuesto en el artículo 4 del Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre trabajo de duración determinada, de 18 marzo de 1999 (Directiva 1999/70/CE, de 28 de junio), así como en la Directiva 97/81/CE, de 15 de diciembre de 1997, que incorpora el Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial:

<<En definitiva, no se aprecia ninguna justificación objetiva y razonable para el trato desigual, por lo que el profesorado asociado, como el demandante, por mucho que su contrato sea con dedicación a tiempo parcial, tiene derecho igualmente a ser admitido para la evaluación de sus méritos docentes. Frente a ello no cabe argumentar en base al artículo 5.2 del RD 1086/1989, ya que estamos en presencia de una condición de empleo y no puede tratarse al trabajador a tiempo parcial de manera menos favorable que al trabajador a tiempo completo en virtud del principio de primacía del Derecho comunitario>>.

8.2 Sanción disciplinaria a profesor universitario por vejar a una de sus alumnas con comentarios machistas durante las clases.

La Sentencia del TSJG de 18 de octubre de 2023 (rec. 470/2022, ponente: Bolaño Piñeiro) confirma las sanciones principales de suspensión de funciones impuestas por la Universidad de Santiago de Compostela a uno de sus profesores por haber insultado a una alumna en clase con comentarios sexistas. Incide la Sala en que:

<<(…) No se trata en absoluto de cuestionar la labor académica del recurrente durante 30 años en la Universidad, que, de hecho, no se cuestiona en la resolución administrativa recurrida. Tampoco se trata de abordar cuestiones personales del recurrente con otros compañeros de profesión. De lo que se trata es de analizar la conducta del recurrente, profesor universitario con años de experiencia, un día concreto.

regap



COMENTARIOS

En el presente caso nos encontramos con una sanción impuesta al recurrente por unos hechos concretos, que tuvieron lugar el 22 de octubre de 2.019 mientras el recurrente impartía a varios alumnos una de sus clases. Ni la libertad de cátedra ni la libertad de expresión amparan que el recurrente se dirija a sus alumnos haciendo comentarios respecto a su aspecto físico. En este caso se ha sancionado la conducta del recurrente que se concretó en unas expresiones, cuyo contenido es claro, no siendo relevantes esos matices que pretende realizar la parte apelante, y que fueron dirigidas expresa y específicamente a una de sus alumnas. En esas expresiones, totalmente inadecuadas, el recurrente menciona los pechos de la alumna, manifestando su desagrado por la vestimenta y el escote que llevaba en ese momento dicha alumna. Efectivamente esa conducta es constitutiva de la infracción por la que fue sancionado el recurrente, pues realizó comentarios totalmente impropios referidos al aspecto físico de una mujer, conducta del recurrente que constituye la discriminación que sanciona el precepto legal.

No se sabe si el recurrente le hubiese dicho lo mismo a un alumno varón, o no, dado que lo que compete a esta Sala es analizar los hechos por los que se sancionó al recurrente, no cualquier otra situación hipotética.

Por supuesto que un docente puede exigir respeto en su clase, pero proferir expresiones inadecuadas y referidas al aspecto físico de una alumna, no es una conducta aceptable>>.