

Xurisprudencia contencioso-administrativa

Jurisprudencia contencioso-administrativa

Contentious-administrative jurisprudence



FRANCISCO DE COMINGES CÁCERES

Maxistrado (Galicia, España)
f.cominges@poderjudicial.es

Recibido: 18/12/2018 | Aceptado: 20/12/2018

Regap



NOTAS

Sumario: 1 Administración local. 1.1 Área metropolitana de Vigo. Suspensión cautelar da súa constitución por falta de integración efectiva do transporte urbano de Vigo no Plan de Transporte Metropolitano de Galicia. 1.2 Execución forzosa en vía administrativa do crédito que un concello posúe fronte a outro, mediante a vía da retención das transferencias por participación en tributos do Estado. 1.3 Provisión de xefaturas de servizo mediante o sistema de “concurso específico”. Omisión de informe do interventor municipal. 1.4 Disolución de organismos autónomos municipais. Integración do seu persoal na estrutura xeral do concello, sen necesidade de superar un procedemento selectivo de concorrencia competitiva. 1.5 Provisión da xefatura de persoal dun concello. Posto de perfil eminentemente xurídico. Desviación de poder. 2 Contratos públicos. 2.1 Resolución de contrato de construción e explotación de aparcadoiro subterráneo por liquidación concursal da concesionaria. Reclamación de indemnización polo investimento non amortizado. 3 Expropiación forzosa. 3.1 Determinación da indemnización polos danos e perdas xerados pola nulidade do expediente expropiatorio. 4 Medio ambiente, urbanismo e vivenda. 4.1 Anulación de proxecto sectorial de incidencia supramunicipal de acuicultura por omisión de estudo de alternativas na avaliación de impacto ambiental. Posibilidade de instalar depuradora de augas residuais a menos de 20 metros da ribeira do mar. 4.2 Obras ilegais en zona de servidume de protección de costas. A Administración dispón dun prazo indefinido para ordenar a súa demolición. 4.3 Parcelación e uso residencial ilegal en solo rústico protexido, desconforme coa licenza de hotel concedida. A negativa do propietario a axustarse á licenza implica a demolición das edificacións. 4.4 Vivendas de protección autonómica de prezo concertado. Infracción moi grave por cobramento de sobrepazos na venda a terceiros. Principios do procedemento administrativo sancionador. 5 Persoal. 5.1 Cesamento de funcionarios interinos. Carecen do dereito a percibir a indemnización de 20 días de salario por ano traballado establecida no Estatuto dos traballadores para os despedimentos por causas obxectivas. 5.2 Persoal funcionario do corpo de extinción de incendios. Retribucións. Plus de nocturnidade e festividade. Non son complemento de produtividade. Deben integrarse no complemento específico. 5.3 Obriga de prover os postos de traballo por concurso. Excepcionalidade do sistema de libre designación. 5.4 Nomeamento de xefe de servizo polo sistema de libre designación. Deber de abstención do órgano de selección polo seu estreito vínculo co candidato seleccionado. Falta de motivación. Desviación de poder. 6 Proceso contencioso-administrativo. 6.1 Determinación da contía

en procesos promovidos fronte a multas coercitivas para a execución de ordes de demolición. 7 Responsabilidade patrimonial. 7.1 Prazo de prescrición da reclamación indemnizatoria formulada pola anulación xudicial de licenza que leva consigo a demolición da edificación autorizada. 7.2 Responsabilidade dos servizos autonómicos de emerxencias pola “perda de oportunidade” derivada da demora na localización dun motorista accidentado con teléfono móbil operativo. 8 Tributos. 8.1 Imposto sobre o incremento de valor de bens de natureza urbana (plusvalía). Devolución de ingresos indebidos tras a declaración de inconstitucionalidade parcial da súa regulación. O reclamante debe acreditar que non se produciu un incremento do valor do ben. 9 Universidades. 9.1 Distribución equitativa e proporcionada da carga docente entre o profesorado.

1 Administración local

1.1 Área metropolitana de Vigo. Suspensión cautelar da súa constitución por falta de integración efectiva do transporte urbano de Vigo no Plan de Transporte Metropolitano de Galicia

Na Sentenza da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (TSXG) do 11 de outubro de 2018 (rec. 4263/2017, relator: Martínez Quintanar), confirmase en apelación un auto dun xulgado contencioso-administrativo que dispuxo a suspensión cautelar da constitución, en decembro de 2016, da Área Metropolitana de Vigo. Motívase a sentenza nos seguintes argumentos:

«(...) A valoración do “*periculum in mora*” require prestar especial atención ao contido dos acordos obxecto de recurso, adoptados na sesión constitutiva da Área Metropolitana de Vigo (AMV) (...). E débese pór en relación cos motivos polos cales a Administración autonómica recorrente considera viciadas de nulidade tales actuacións relacionadas coa convocatoria e constitución dos órganos do AMV, relacionados coa falta de integración efectiva do transporte urbano de Vigo no Plan de Transporte Metropolitano de Galicia, o cal considera que é un impedimento á válida constitución e funcionamento do AMV, por mandato da disposición adicional décimo primeira da Lei 4/2012, do 27 de xullo, da Área Metropolitana de Vigo, introducida pola Lei 14/2016, do 27 de xullo, que estableceu o seguinte: “A efectiva posta en funcionamento da Área Metropolitana de Vigo requirirá a integración efectiva previa do transporte urbano de Vigo no Plan de transporte metropolitano de Galicia, tras a formalización do correspondente convenio de adhesión entre a Xunta de Galicia e o municipio. Esta incorporación realizarase nas mesmas condicións que o resto dos municipios galegos adheridos ao plan, garantindo a igualdade de tratamento de todas as persoas usuarias”.

(...) A Xunta de Galicia entende que ata ese momento en que a integración efectiva do transporte se faga realidade –momento que indubidablemente non chegou, no que se refire á dimensión fáctica da integración do transporte no plano material– por imperativo legal, non cabe a constitución e funcionamento do AMV, mentres que o Concello de Vigo sostén o contrario. A cuestión xurídica relativa ao alcance da interpretación da disposición adicional 11.ª da Lei 4/2012, do 27 de xullo, debe ser remitida á sentenza. Pero de todo este contexto si se deduce que a non adopción da medida cautelar-suspensiva ou a súa revogación comportaría anticipar os efectos dunha sentenza desestimatoria, privando de efectividade a tutela xudicial impetrada dos órganos xurisdiccionais, cuxo contido substantivo se orientaba á pretensión de impedir o funcionamento do AMV ata que se producisen determinadas condicións fácticas relativas ao transporte metropolitano (integración efectiva), condicións que indubidablemente non se produciron. Ese contido da pretensión veríase irremediabilmente

frustrado se se revogase a adopción da medida preventiva suspensiva, e en termos gráficos podería dicirse que a sentenza chegaría demasiado tarde, isto é, cando o efecto que se quería impedir xa se tería producido e consumado.

(...) Neste xuízo cautelar basta constatar que o proceso de implantación do transporte metropolitano coa integración efectiva neste do transporte urbano de Vigo non finalizou, que a Administración autonómica recorrente, aquí apelada, pretende que o AMV non entre en funcionamento ata que finalice ese proceso de integración efectiva e que a suspensión cautelar pretendida e acordada en primeira instancia é a medida indispensable para garantir que unha futura sentenza estimatoria puidese dar satisfacción completa ao pretendido.

Polo demais, resulta evidente o risco para a seguridade xurídica de permitir o funcionamento dunha entidade local que viu recorridos todos os acordos da súa sesión constitutiva e respecto á que se cuestiona que se cumpran os presupostos para a súa constitución e para o seu funcionamento, e que ademais non parece ter garantido o exercicio das funcións esenciais de tesouraría, secretaría e intervención, tendo en conta a resolución do 16 de xaneiro de 2017 da directora xeral de Administración local, que denegou a exención e acumulación de postos de secretario, interventor e tesoureiro do AMV, “dado que estes non existen por non ter sido creados conforme o procedemento establecido na normativa correspondente”. (...)

O risco para a seguridade xurídica acentúase se se ten en conta que viu inadmitida a solicitude de inscrición no Rexistro de Entidades Locais de Galicia, precisamente, entre outros motivos, pola valoración da imposibilidade da súa constitución e posta en funcionamento a consecuencia da disposición adicional 11.ª da Lei 4/2012, ademais de polo cuestionamento da lexitimación do solicitante da inscrición, por non poder recoñecérselle a condición de presidente da Área Metropolitana nestes momentos. Todas estas cuestións relacionadas coa interpretación desa disposición deberán ser resoltas na sentenza que poña fin ao recurso contencioso-administrativo interposto pola Administración autonómica. (...).

A ponderación de intereses en conflito non enerva as anteriores conclusións. Todas as partes do procedemento son Administracións públicas, e todas por igual están chamadas á defensa do interese xeral. Non se acreditaron prexuízos certos polo feito de demorar o funcionamento dunha entidade cuxa lei de creación se remonta ao ano 2012, o que evidencia o transcurso de varios anos desde esa lei sen que se puidese materializar un funcionamento efectivo, e iso antes da sesión constitutiva do ano 2016 obxecto de impugnación xurisdiccional, o que debe ser valorado para considerar máis débiles os prexuízos derivados da medida cautelar suspensiva que os que puidesen derivar da súa revogación, ao postergarse en sede cautelar ese funcionamento efectivo ata que a resolución xudicial sobre o fondo do asunto dilucide con carácter firme a legalidade (ou nulidade) do proceso constitutivo e permita que sobre ese funcionamento, cando sexa posible por existir esa resolución firme, non ameacen as dúbidas existentes sobre a súa validez, dúbidas que na data de hoxe se proxectarían sobre todas as actuacións da entidade (...).».

Regap



NOTAS

1.2 Execución forzosa en vía administrativa do crédito que un concello posúe fronte a outro, mediante a vía da retención das transferencias por participación en tributos do Estado

Un concello galego débelle a outro limítrofe a cantidade de 2.800.000 euros. Para a execución forzosa da débeda, o concello acredor solicítalle á Secretaría Xeral de Financiamento Autonómico e Local do Ministerio de Facenda a retención das transferencias por participación en tributos do Estado destinadas á corporación municipal debedora. O ministerio desestima a petición esgrimindo o principio de suficiencia financeira das administracións locais e a inaplicabilidade da institución da compensación de débedas a esta relación triangular entre o Estado e os dous entes locais en conflito.

O TSXG, secc. 4.^a, na súa Sentenza do 15 de novembro de 2018 (rec. 15557/2017, relator: Fernández Leiceaga, contra a que se recorreu en casación), desestima o recurso interposto polo concello acredor contra a resolución desestimatoria do Ministerio de Facenda, tras interpretar o disposto para o efecto no artigo 74 da Lei 58/2003, xeral tributaria, coa seguinte fundamentación:

«(...) O feito de que os entes locais teñan as mesmas prerrogativas –para efectos de cobramento– que a facenda do Estado non posibilita que en calquera suposto en que se establece unha previsión para o Estado poida, sen máis, substituír a mención por ENTE LOCAL, e isto é o que acontece no caso de autos. O artigo 74.1 LXT establece: Extinción de débedas das entidades de dereito público mediante deducións sobre transferencias. 1. As débedas tributarias vencidas, líquidas e exixibles que as comunidades autónomas, entidades locais e demais entidades de dereito público teñan co Estado poderán extinguirse coas deducións sobre as cantidades que a Administración do Estado deba transferir ás referidas entidades. (...)

Entendemos que isto non é posible dada a literalidade do art. 74 LXT; o precepto distingue entre as competencias/potestades do Estado para facer a dedución sobre as transferencias, que xorden directamente da LXT, das que lle corresponden ás comunidades autónomas/entes locais, que se cinguen aos supostos e procedementos que establezan as leis específicas. Esta remisión obriga a acudir á lexislación que regula as PTE.

Debemos observar, polo tanto, dado que falamos dunha dedución sobre o PTE –art. 87 Lei 47/2003– a regulación específica desta materia, e a remisión obriga a acudir á Lei xeral orzamentaria 47/2003 e á Lei de orzamentos do ano 2017 –Lei 3/2017– sección 1.^a, título VII, arts. 79 a 82, que só autoriza a facer a retención sobre os PTE cando é acordada por órganos de recadación da AEAT, da TXSS, do ICO e do Fondo de Financiamento ás Entidades Locais –art. 101– e non estende a posibilidade aos órganos de recadación dos entes locais. Tampouco o art. 60 RD 939/2005 prevé que se aplique aos entes locais.

Esta regulación legal non é arbitraria, xa que é consecuenta co fin das PTE. Como indica a STC 45/2007: é preciso ter en conta que, se o poder lexislativo opta por unha configuración legal dunha determinada materia ou sector do ordenamento, non é suficiente a mera discrepancia política para tachar a norma de arbitraria, confundindo o que é arbitrio lexítimo con capricho, inconsecuencia ou incoherencia creadores de desigualdade ou distorsión nos efectos legais (SSTC 99/1987, do 11 de xuño, FX 4.a; 227/1988, do 29 de novembro, FX

5; 239/1992, do 17 de decembro, FX 5; 233/1999, do 16 de decembro, FX 12; e 73/2000, do 14 de marzo, FX 4)“.

Estamos ante unha previsión legal específica (por omisión) que non pode modificarse coa aplicación do art. 2.2 RDL 2/2004 e entender que, se o Estado pode facer a dedución por débedas que con el ten un ente local, a mesma potestade ten calquera ente local por débedas doutro ente local. Estamos ante unha norma especial aplicable a un suposto especial de compensación de débedas, e todas as excepcións á norma xeral deben preverse de xeito expreso e non implícito. Proba desta imposibilidade é o propio art. 134.5 RDL 2/2004, que prevé, expresamente, a dita posibilidade para as débedas dun ente local con outra entidade local (Deputación) a conta da recarga provincial do IAE, previsión que sería innecesaria de entender que o art. 2.2 RDL 2/2004 xa dá abeiro á dita pretensión».

1.3 Provisión de xefaturas de servizo mediante o sistema de “concurso específico”. Omisión de informe do interventor municipal

O TSXG, na súa Sentenza firme do 2 de xullo de 2014 (rec. 289/2012, relator: Díaz Casales), anulou a Relación de Postos de Traballo do Concello de Ourense por ter establecido sen a necesaria xustificación o sistema de “libre designación” en lugar do de “concurso” para a provisión dun gran número de postos de traballo (xefaturas de servizo na súa maior parte). Na súa posterior Sentenza do 20 de xuño de 2017 (rec. 32/2017, relator: Seoane Pesqueira) censurou a práctica xeneralizada da dita Administración local de cubrir as súas xefaturas de servizo mediante nomeamentos urxentes e provisionais en comisión de servizos. O concello procedeu a modificar a súa RPT atribuíndo o mecanismo do concurso para o acceso á maior parte dos seus postos. Despois convocou a provisión de 14 xefaturas de servizo mediante “concurso específico” (artigo 91.1 p.º 2.º da Lei 2/2015, do 29 de abril, do emprego público de Galicia) –BOP de Ourense núm. 270, do 24/11/2016–. Os concelleiros dun determinado partido político impugnaron a convocatoria e bases ao considerar que se debía ter realizado por “concurso ordinario” e que ademais se omitira o preceptivo informe do interventor municipal.

O TSXG, na súa recente Sentenza do 11 de xullo de 2018 (rec. 126/2018, relator: Seoane Pesqueira), desestima o recurso, en fase de apelación. Considera en primeiro lugar que o concello estaba obrigado a utilizar o método do “concurso específico” para a provisión das xefaturas, coas seguintes consideracións:

«(...) cando a xustificación do sistema de provisión vén considerada nunha norma con rango de lei non é preciso que na convocatoria específica se conteña unha referencia ou defensa particularizada do sistema de provisión elixido. Neste caso a opción polo sistema de concurso específico respecto ás xefaturas de servizo nos concellos contense no artigo 91 da Lei 2/2015, do 29 de abril, de emprego público de Galicia. Segundo o artigo 4.1.b da dita norma legal, esta será de aplicación ao persoal funcionario das entidades locais galegas, mentres que o artigo 91.1 parágrafo segundo establece que “As xefaturas de servizo ou postos de nivel equivalente se proverán por este sistema (concurso específico), salvo aqueles que, polas súas especiais características, deban proverse polo sistema de libre designación, con convocatoria pública”. En consecuencia, desde a entrada en vigor da dita Lei 2/2015, que tivo lugar aos vinte días da súa publicación no Diario Oficial de Galicia (disposición derradeira quinta, apartado 1), publicación que se produciu o 4 de maio de 2015, a regra xeral é que

Regap



NOTAS

as xefaturas de servizo se deben prover polo sistema de concurso específico, sendo evidente que esa forma de provisión é preferente á que figure na respectiva relación de postos de traballo anterior, que é o que sucede neste caso, en que a relación de postos de traballo é previa á promulgación daquela normativa.

Ante a previsión concreta do concurso específico como sistema normal de provisión para as xefaturas de servizo naquela Lei 2/2015, resulta fóra de lugar a mención que se fai no recurso de apelación ao Real decreto estatal 364/1995, do 10 de marzo, do mesmo xeito que non pode ser operativa a cita de sentenzas doutras comunidades autónomas (en concreto da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Castela e León), que teñen a súa normativa específica na materia. (...) Loxicamente, se o lexislador autonómico establece, no artigo 91 da Lei 2/2015, o concurso específico como sistema xeral de provisión das xefaturas de servizo, é porque entende que os ditos postos presentan unhas peculiaridades que os fan merecedores daquela forma de cobertura, sen que sexa preciso esperar a que a relación de postos de traballo especifique as singularidades da función encomendada. E é que, tal como argumenta o xulgador “a quo”, é de toda lóxica e acorde co sentido común que, por exemplo, ao titular dunha xefatura de servizo de urbanismo se lle exixa formación e experiencia na devandita materia sectorial, do mesmo xeito que a un xefe de servizo de facenda e recadación se lle impoña un coñecemento profundo das materias tributaria e orzamentaria. En efecto, se o concurso específico “consiste na valoración dos méritos e as capacidades, coñecementos ou aptitudes determinados en cada convocatoria, e relacionados co posto de traballo a prover” (artigo 91.3 da Lei 2/2015), é lóxico e idóneo que para a provisión das xefaturas de servizo, xunto á fase de concurso de méritos, estean previstas outras probas de carácter práctico, memorias, entrevistas ou tests profesionais, a valoración de informes de avaliación ou outros sistemas similares que deben gardar relación directa co perfil do posto de traballo a prover (art. 91.5 Lei 2/2015) (...)».

En segundo lugar, considera o tribunal galego que a omisión do preceptivo informe do interventor municipal durante a tramitación da convocatoria e bases non constitúe neste caso un defecto invalidante, polas seguintes razóns:

«(...) O xulgador de primeira instancia rexeita este motivo co argumento de que, aínda que o informe do interventor municipal de fiscalización previa debeu ser solicitado e incluído no expediente, a súa omisión neste caso concreto constitúe unha irregularidade formal non invalidante (artigo 48.2 da Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas) porque: 1.º É un feito incontrovertido que as xefaturas de servizo convocadas figuran na vixente relación de postos de traballo e persoal municipal, coa correspondente cobertura orzamentaria, concretamente incluíronse nos orzamentos de 2014 (BOP do 10/1/2015), aprobados pola anterior corporación municipal co informe de fiscalización do interventor, orzamentos que se foron prorrogando anualmente, mentres que as indicadas xefaturas están a ser ocupadas desde tempo atrás por funcionarios nomeados en comisión de servizos, de xeito que este proceso selectivo carece na práctica de transcendencia económica efectiva na corporación local, pois non supón nin un incremento nin unha diminución do gasto de persoal que xa implicaban as citadas xefaturas antes da convocatoria; 2.º O propio interventor municipal recoñeceu que existe crédito adecuado e suficiente para as ditas xefaturas na declaración testifical que prestou (...), e 3.º Tampouco se dubida da competencia do órgano municipal que aprobou a convocatoria e bases impugnadas.

No recurso de apelación os recorrentes aférranse á exigencia formal contida nos artigos 213 e 214 do Real decreto legislativo 2/2004, do 5 de marzo, polo que se aproba o texto refundido da Lei reguladora das facendas locais, pero non critican nin tratan de rebater as argumentacións esgrimidas polo xulgador de primeira instancia, que teñen un peso específico indubidable, xa que, malia que se parte de que a omisión do informe do interventor municipal constitúe unha irregularidade formal, négase que neste caso teña a operatividade de invalidar todo o proceso, porque finalmente se constata que as xefaturas de servizo convocadas, ademais de figuraren na RPT e persoal municipal, dispoñen de cobertura orzamentaria e non deben significar incremento do gasto de persoal, existindo crédito suficiente para aqueles postos, polo que é nula a súa relevancia económica na corporación local. A sala móstrase de acordo cos argumentos e co rexeitamento deste motivo, porque, á parte de que non se discute o carácter incontrovertido do feito fixado na sentenza apelada, a anulación por esta razón neste caso implicaría outorgar excesivo peso a un trámite que, aínda que con carácter xeral ten unha transcendencia económica e orzamentaria indubidable, neste caso non engade a información de importancia que se obtén por outras vías, como son a cobertura orzamentaria previa das catorce xefaturas, coa súa inclusión nos orzamentos de 2014 prorrogados e a admisión polo propio interventor da existencia de crédito suficiente e axeitado, con todo o cal evidénciase que a convocatoria daqueles postos non dá lugar a un incremento de gasto de persoal».

Regap



NOTAS

1.4 Disolución de organismos autónomos municipais. Integración do seu persoal na estrutura xeral do concello, sen necesidade de superar un procedemento selectivo de concorrencia competitiva

A Asociación Profesional de Persoal do Concello de Ferrol impugnou o acordo do 27 de decembro de 2012 do Pleno municipal que dispuxo a extinción de varios organismos autónomos municipais (Instituto de Facenda, Padroado de Deportes e Padroado de Música e Artes Escénicas) coa simultánea integración do seu persoal e servizos na estrutura funcional do dito concello (BOP 07/02/2013). O TSXG en primeira instancia estimou o recurso e anulou a integración do persoal na Administración municipal considerando que unha parte deste accederá aos seus postos de traballo sen superar un procedemento selectivo de concorrencia competitiva conforme os principios de publicidade, igualdade, mérito e capacidade. A Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo (TS), na súa Sentenza do 19 de decembro de 2018 (rec. 720/2016, relator: Lucas Murillo de la Cueva), estima o recurso de casación interposto polo sindicato CIG, revoga a referida sentenza e desestima o recurso contencioso-administrativo, coa seguinte fundamentación:

«(...) A sección sétima desta sala pronunciouse repetidamente sobre a consideración como sucesión de empresas –e, polo tanto, sobre a aplicabilidade do artigo 44 do Estatuto dos traballadores– de supostos de extinción de entidades instrumentais públicas ou privadas e de subrogación de axencias públicas empresariais de nova creación nas relacións xurídicas de que aquelas eran titulares coa conseguinte integración do seu persoal non funcionario. (...) Nesas ocasións, non se apreciou que tal operación, levada a cabo no marco dun proceso de reorganización administrativa do sector público, disposta polo lexislador autonómico, comportase infracción dos preceptos constitucionais e legais que rexen o acceso ao emprego público nin dos preceptos que reservan a funcionarios determinados postos de traballo.

Tales pronunciamentos fixéronse en recursos promovidos por sindicatos e organizacións de funcionarios, así como por diversos funcionarios. En particular, subliñouse que a integración non afectaba ao seu dereito a acceder ao emprego público, pois xa formaban parte del, igual que o persoal das entidades suprimidas, isto último de conformidade cos artigos 2.1, 8.1 c) e coa disposición adicional primeira do Estatuto básico do empregado público. E, aínda que si se considerou que podía incidir no dereito a desenvolver a carreira funcional dos recorrentes na instancia, tamén se advertiu que os principios de mérito e capacidade operan con máis intensidade no acceso ao emprego público que cando se trata da carreira administrativa e, en todo caso, observouse que a afectación a esta última era eventual e futura, polo que non podía fundamentar a nulidade da disposición impugnada.

Pola súa banda, a Sentenza do Tribunal Constitucional n.º 236/2015 non tivo por inconstitucional a regulación legal que consideraba a dita integración de persoal laboral das entidades suprimidas nas novas axencias públicas empresariais no marco das normas reguladoras da sucesión de empresas e subordinándose o seu acceso á condición de persoal da Administración da comunidade autónoma á superación dun proceso selectivo convocado en execución de ofertas de emprego público.

As semellanzas entre os supostos considerados por esas sentenzas e este son manifestas. Estamos, en efecto, ante a supresión de entidades públicas –pois non se discute que o fosen o instituto e os padroados– no marco dunha reorganización do sector público municipal como consecuencia do cal o concello pasa a xestionar directamente os servizos antes prestados por aquelas e acorda a súa subrogación nas relacións xurídicas que ligaban as devanditas entidades cos seus empregados, algúns dos cales eran funcionarios e outros laborais pero, na medida en que traballaban para esas entidades públicas e desde que pasaron a facelo –cosa que para os traballadores do anterior recadador de tributos sucedeu no ano 2000– xa tiñan a condición de empregados públicos, conforme os artigos 2.1, 8.1 c) e a disposición adicional primeira do Estatuto básico do empregado público. Doutro lado, a integración en nada afecta ao dereito a acceder ao emprego público dos recorrentes, todos eles persoal do concello, e a incidencia que puidese ter na súa carreira administrativa é eventual e, en todo caso, algo que, de producirse, tería lugar no futuro e poderían ser impugnadas as actuacións que menoscabasen tal carreira.

Polo tanto, da xurisprudencia que expresan as sentenzas indicadas resulta, sen lugar a dúbidas, que, en contra do sostido pola sala da Coruña, era aplicable ao caso o artigo 44 do Estatuto dos traballadores e que a integración por si soa non afecta aos dereitos dos recorrentes. Polo tanto, o motivo debe prosperar e a sentenza de instancia debe ser anulada.

(...) Pois ben, de canto se dixo resulta que é correcta a decisión da corporación municipal de subrogarse na posición que mantiñan co seu persoal as súas entidades públicas suprimidas. Tamén son axustadas a dereito por razóns obvias as previsións sobre a integración dos funcionarios e do persoal laboral que tiver superado un proceso selectivo e estiveren destinados nelas. Polo que atinxe ao resto do persoal, o xogo da sucesión de empresas implica o mantemento do réxime a que estaban suxeitos e iso significa que o concello debe adoptar as medidas necesarias para facer fronte ás obrigas que os seus organismos autónomos contraeron cos seus restantes empregados non funcionarios con vínculo temporal ou indefinido non fixo. (...)».

1.5 Provisión da xefatura de persoal dun concello. Posto de perfil eminentemente xurídico. Desviación de poder

O TSXG, na súa Sentenza do 19 de setembro de 2018 (rec. 37/2018, relator: Seoane Pesqueira), confirma en apelación a anulación da resolución dun concello que, polo sistema de concurso, lle adxudicou o posto de xefe de persoal a un funcionario licenciado en farmacia estreitamente vinculado ao partido político do equipo de goberno. O alto tribunal galego ratifica nesta sentenza a concorrencia do vicio de “desviación de poder” no nomeamento recorrido, considerando en especial o perfil esencialmente xurídico do posto convocado. Admite tamén a posibilidade da impugnación indirecta das bases da convocatoria con motivo do recurso directo interposto fronte ao nomeamento final.

2. Contratos públicos

2.1 Resolución de contrato de construción e explotación de aparcadoiro subterráneo por liquidación concursal da concesionaria. Reclamación de indemnización polo investimento non amortizado

Na súa Sentenza do 17 de decembro de 2018 (rec. 4302/2017, relator: Martínez Quintanar), o TSXG desestima en fase de apelación a reclamación indemnizatoria formulada contra o Concello de Verín pola concesionaria dun aparcadoiro subterráneo en proceso de liquidación concursal. Considera o tribunal, en primeiro lugar, que a apertura polo Xulgado do Mercantil da fase de liquidación da empresa contratista (en situación de concurso por causa fortuíta) non produce automaticamente a resolución da concesión administrativa, senón que é necesario que se solicite no concello e que este a declare mediante a correspondente resolución. En segundo lugar, a sala conclúe que a falta de rendibilidade do aparcadoiro se insire nos principios de risco e ventura típicos destas concesións, non producíndose un desequilibrio económico-financiero. E, en terceiro e último lugar, que neste caso concreto a contratista carece do dereito a recuperar os gastos do investimento non amortizado (recoñecido no artigo 170 da Lei 13/1995 de contratos das administracións públicas –LCAP–), porque nunha cláusula do prego que integra o contrato se dispuxo a renuncia a percibir indemnizacións pola resolución do contrato motivado na quebra da adxudicataria. Conclúe, así, a sentenza que:

«(...) A literalidade da cláusula 25 do prego reitor da concesión non ampara a distinción realizada pola demandante. Nesta non se renuncia a unha indemnización por “prexuízos ou perdas sufridas pola concesionaria durante o tempo de explotación do aparcadoiro”. De feito, o dereito a tal indemnización, como tal, non lle correspondería nunca á demandante, xa que as perdas derivadas da explotación forman parte do risco e ventura asumido polo contratista, polo que non podería renunciar a unha indemnización á que nunca podería ter dereito. A literalidade da cláusula non admite dúbidas sobre o seu alcance, ao establecer que é causa de terminación da concesión, ademais das establecidas legalmente, por disolución ou quebra da sociedade concesionaria, sen que exista dereito a indemnización ningunha. Isto é, renúnciase á indemnización por calquera concepto e, polo tanto, ao prezo das obras e instalacións que, executadas polo contratista, deban pasar a propiedade da Administración, tendo en conta o seu estado e o tempo que restase para a súa reversión. A Sentenza do Tribunal Supremo do 10 de maio de 2004, recurso de casación 138/1999, transcrita pola

Regap



NOTAS

sentenza apelada, confirma a posibilidade de renuncia ao dereito indemnizatorio polo valor das obras e instalacións, e non cabe considerar que a efectividade desa renuncia implique un resultado confiscatorio ou un enriquecemento inxusto para a Administración e á custa do contratista, como alega a apelante, xa que non se desvirtuou a conclusión á que chega a sentenza de primeira instancia respecto á perda de boa parte do valor inicial da concesión; e o pretendido pola apelante, en definitiva, implicaría desvirtuar o principio de risco e ventura que deben ser asumidos polo contratista na súa dobre vertente, sen que se lle poida asegurar, custe o que custe, a rendibilidade da concesión nin a amortización dos investimentos realizados, cando a terminación anticipada de contrato non se produce por causa imputable á Administración, senón por un risco ordinario de cuxas consecuencias debe responder o contratista. Basta a lectura do recurso de apelación para comprobar que esa estimación da pretensión actora comportaría trasladar todo o risco inherente ao contrato á Administración, en contravención do principio reitor da execución do contrato administrativo (...)».

3 Expropiación forzosa

3.1 Determinación da indemnización polos danos e perdas xerados pola nulidade do expediente expropiatorio

O TS, na súa Sentenza do 24 de setembro de 2018 (rec. 2356/2017, relator: Trillo Alonso), consolida o cambio de criterio xurisprudencial conforme o cal nos supostos de expropiacións anuladas xudicialmente en que xa non é posible a devolución do ben (ocupado por unha obra pública) había que indemnizar o afectado cun importe fixo, cun incremento do 25 % do xusto prezo. Conclúe así o tribunal que:

«(...) seguindo tamén a Sentenza do 12 de xuño de 2018, consideramos “[...] razoable a interpretación que defende a Administración recorrente da disposición adicional da Lei de expropiación forzosa na redacción dada pola disposición derradeira segunda da Lei 17/2012, do 27 de decembro, de orzamentos xerais do Estado, no sentido de que, sen prexuízo da devolución do ben ocupado ou a fixación da correspondente indemnización substitutoria ao abeiro do art. 105. 2.º da Lei reguladora da xurisdición contencioso-administrativa, para o recoñecemento do dereito do expropiado a ser indemnizado no caso de nulidade do expediente expropiatorio dos danos e perdas derivados da actividade anulada, cómpre que se xustifique a realidade do dano efectivo e indemnizable na forma e condicións do art. 139 da Lei 30/92 (arts. 32 e ss. Lei 40/2015)”, e con estimación da pretensión do letrado da Administración “[...] xa que a interpretación efectuada na sentenza obxecto de recurso non se axusta á que se acaba de expor, recoñecendo unha indemnización de danos e perdas pola ocupación ilegal, vía de feito, cuxa realidade e efectividade non foi xustificada pola parte recorrente, sen que poida exonerarse da dita exixencia pola presunción de dano moral ou aflitivo que a sala entende derivado do recoñecemento legal para o efecto do 5% na fixación do prezo xusto, pois, ademais de que a dita porcentaxe xa se ten en conta ao fixar o valor dos bens e figura na liquidación efectuada na sentenza, se se pretende unha indemnización máis aló da prevista na norma, necesariamente deberá xustificarse esa maior aflición ou dano moral cuxa indemnización se pretende”, casamos e deixamos sen efecto a sentenza obxecto de recurso no extremo en que recoñece un incremento do prezo xusto nun 25%».

4 Medio ambiente, urbanismo e vivenda

4.1 Anulación de proxecto sectorial de incidencia supramunicipal de acuicultura por omisión de estudo de alternativas na avaliación de impacto ambiental. Posibilidade de instalar depuradora de augas residuais a menos de 20 metros da ribeira do mar

O TS (secc. 5.^a), na súa Sentenza do 12 de xuño de 2018 (rec. 263/2017, relator: Trillo Alonso), anula o proxecto sectorial de incidencia supramunicipal *Parque de Tecnoloxía Alimentaria de Mougás, Oia, Pontevedra*, aprobado polo Consello da Xunta de Galicia no ano 2009 para a construción dunha piscifactoría no dito lugar, ao terse omitido na súa tramitación unha avaliación de impacto ambiental cun estudo de alternativas rigoroso. Considera o alto tribunal que o proxecto tiña que ter sido sometido a todos os trámites da avaliación de impacto ambiental, malia que previamente co plan de ordenación do territorio que lle daba cobertura (Plan Galego de Acuicultura) xa se tramitara a avaliación ambiental estratéxica:

«(...) En fin, sentando como punto de partida que a debida coordinación e coherencia dos distintos instrumentos ambientais exige que os datos ou información facilitados no precedente non deban ser novamente achegados, o que sostemos é que na avaliación ambiental dos proxectos, polas súas características singulares, o promotor deberá facilitar as alternativas e xustificar a decisión adoptada nos termos do artigo 2.1.b) do Real decreto legislativo 1302/1986, na súa redacción dada por Lei 6/2001, salvo que o precedente plan ou programa que lle dea cobertura conteña, con rigorosidade, as características específicas do proxecto (...).

Pois ben, se se observan as específicas determinacións que o plan contén respecto ao parque de Mougás (páxina 159), comprenderase sen maior esforzo que non contén, como é lóxico, unha descrición das alternativas que refiren os apartados transcritos. O detalle das alternativas, segundo a propia normativa do plan, corresponde ao proxecto. O plan sectorial de parques de tecnoloxía alimentaria comprende un total de 23 parques situados ao longo da costa galega, sen especificar, incluídos aqueles que non son de novas instalacións, as singularidades de cada un.

Así, con relación ao parque de Mougás, limitase a expresar que o parque está situado en solo rústico de protección de costas e en solo non urbanizable sen especial protección; que o plan sectorial propón cualificar os terreos sobre os que se implantará o parque como solo rústico de protección de costas, contendo determinados parámetros urbanísticos, como son a ocupación da parcela, a altura máxima das instalacións, a separación mínima a lindeiros e o peche da parcela, así como que o parque está destinado á ampliación das instalacións existentes e que a superficie é de 57.000 m². Ningunha referencia hai aos requisitos singulares do apartado a-6-6-j cuxa concorrencia exige o plan. E esa ausencia de alternativas que observamos no plan e que cualificamos, dada a natureza da disposición, como lóxica, tampouco se observa no proxecto presentado (...).»

Por outra banda, o Tribunal Supremo resolve nesta sentenza a posible contradición existente entre o disposto nos artigos 25.2 e 44.6 da Lei 22/1988, de costas, concluíndo que é posible autorizar unha instalación depuradora de augas residuais a menos de 20 metros da ribeira do mar, asociada a unha piscifactoría.

Regap



NOTAS

4.2 Obras ilegais en zona de servidume de protección de costas. A Administración dispón dun prazo indefinido para ordenar a súa demolición

O TS, na súa Sentenza do 11 de xullo de 2018 (rec. 953/2017, relator: Fernández Valverde), aclara as dúbidas xurdidas tras a modificación da Lei 22/1988, do 28 de xullo, de costas, pola Lei 13/2003, do 23 de maio, respecto dos prazos de que dispón a Administración para reaccionar fronte ás obras ilegais construídas en zona de servidume de protección, confirmando o criterio do TSXG na sentenza recorrida, coas seguintes conclusións:

«1º. Que a obriga de imposición das obrigas de restitución e reposición das cousas ao seu estado anterior á infracción, como consecuencia dunha condena penal ou unha sanción administrativa, se manteñen na LC na mesma situación que antes da reforma da LMC, sen que desta derive ningunha novidade.

2º. Que, en consecuencia –e respondendo á segunda das cuestións que en concreto se nos formulan–, non resultan de aplicación ás obrigas de restitución e reposición das cousas ao seu estado anterior á infracción os prazos de prescrición previstos (antes e despois da LMC) para as infraccións (no artigo 92.1 LC), polo que, insístese, estas non se someten aos prazos de prescrición establecidos para declaración de prescrición das infraccións e sancións.

3º. Que, impostas polo tribunal penal ou pola Administración de costas as citadas obrigas, a LC, tras a súa reforma pola LMC de 2013, si establece (artigo 95.1.2.º) un prazo máximo de prescrición de quince anos para a execución e o cumprimento de tales obrigas de restitución e reposición das cousas ao seu estado anterior á infracción. E dicimos máximo porque se deberá observar, con carácter previo, o prazo que, en cada caso, se estableza na resolución (penal ou administrativa) que impoña as citadas obrigas, co dito límite legal. Respondemos, con iso, á primeira das cuestións suscitadas).

4º. Que, malia o anterior, e como excepción, o dito prazo de prescrición da obriga imposta, co máximo de quince anos, a LC deixa a salvo, e non é polo tanto de aplicación a estes, aos supostos de recuperación de oficio dos bens e dereitos integrantes do dominio público marítimo terrestre –potestade distinta das obrigas que nos ocupan, que derivan do exercicio da potestade sancionadora– de conformidade coa remisión que o inciso final do novo parágrafo segundo do artigo 95.1 realiza ao artigo 10.2 da mesma LC.

Se ben se observa, a LC conecta esta facultade de recuperación de oficio do artigo 10.2 cos bens integrantes do dominio público marítimo terrestre, concreción territorial que non se produce –ao dito ámbito de protección constitucional– cando o que se regulan son as tan citadas obrigas de restitución e reposición das cousas ao seu estado anterior á infracción, pois non se esqueza que o ámbito “territorial” das infraccións é máis amplo que o do dominio público marítimo terrestre, como se deduce da simple lectura dalgunhas das infraccións que se tipifican nos artigos 90 e 91 da LC, que, territorialmente, non se concretan –só– ao dominio público marítimo-terrestre, senón que tamén se estenden –algunhas delas– ás zonas de servidume lindeiras co dominio público.

Esta, pois, é a doutrina que, con carácter xeral, resulta procedente establecer».

4.3 Parcelación e uso residencial ilegal en solo rústico protexido, desconforme coa licenza de hotel concedida. A negativa do propietario a axustarse á licenza leva consigo a demolición das edificacións

A Sentenza do TSXG do 26 de novembro de 2018 (rec. 4388/2017, relator: Martínez Quintanar) confirma a orde de demolición ditada pola Axencia de Protección da Legalidade Urbanística da Xunta de Galicia (APLU) sobre 52 chalés construídos en solo rústico protexido no termo municipal do Grove, cunha parcelación ilegal e vulnerando a licenza para uso de hotel que previamente se concedera. Afirmo o tribunal que:

«(...) o vixente artigo 27.1 do texto refundido da Lei do solo e rehabilitación urbana, aprobado polo Real decreto lexislativo 7/2015, do 30 de outubro, establece que a transmisión de predios non modifica a situación do titular respecto dos deberes do propietario de conformidade con esta lei e os establecidos pola lexislación da ordenación territorial e urbanística aplicable ou exixibles polos actos de execución desta. O novo titular queda subrogado nos dereitos e deberes do anterior propietario (...). Como consecuencia desa subrogación real, e do carácter propter rem que teñen os deberes asociados á reposición da legalidade urbanística, que concirnen aos que en cada momento sexan os titulares dos inmobles sobre os que se proxecta esa obriga de reposición, non pode dicirse que os actores fosen uns terceiros alleos a esa obriga, xa que se subrogan na posición xurídica da mercantil transmitente da titularidade sobre os inmobles litixiosos. E, polo tanto, non se pode dicir que, aínda que sexan persoas distintas da dita mercantil, non as alcancen as mesmas obrigas, xa que se trata de persoas ás cales, por disposición legal, lles son exixibles os mesmos deberes de reposición da legalidade urbanística que os exixidos á mercantil INPROIN, S.L., tanto na resolución do 30 de abril de 2007 como na posterior do 2 de marzo de 2010.

(...) unha vez transcorridos de forma sobrada os prazos outorgados para restaurar a legalidade, conculcada cunha parcelación ilegal, cunhas obras autorizadas pero ás que se lles deu un uso residencial non autorizado e non autorizable, hai que ter en conta a inefectividade das multas coercitivas impostas e que neste caso o cambio de uso e a disolución da división horizontal e a eliminación da existencia rexistral dos predios como unidades independentes non pode ser realizada pola vía da execución subsidiaria pola Administración, senón polos propietarios, tratándose, polo tanto, do cumprimento dunha obriga persoalísima que estes incumpriron. (...)

Por iso, o estado actual do complexo inmobiliario conculca a legalidade urbanística, e a orde de demolición eríxese na única medida posible á disposición da Administración para eliminar a parcelación urbanística ilegal producida (...) sendo a única alternativa ao mantemento desa situación a da súa demolición.

(...) En canto á denunciada falta de coherencia da confirmación da orde de demolición co feito de entender que o que procede é a restitución xurídica, non física, debemos dicir que non hai tal falta de coherencia, e que a confirmación da orde de demolición responde á constatación de que a restitución xurídica, entendida no plano rexistral e no ámbito do uso, non se materializou, e a esta non pode ser realizada pola Administración (...), o cal determina que as edificacións comporten unha vulneración da legalidade urbanística que, ao non ser emendada polos que podían facelo, aboca á demolición, tanto por aplicación do artigo 209.5 como por aplicación do artigo 211 da LOUGA 9/2002.

Regap



NOTAS

En definitiva, non é aceptable a argumentación da parte apelante de que carece de sentido que se ordene a demolición dunhas edificacións que contan con licenza e se axustan a ela por unha cuestión de uso, e que o procedente é que se ordene o axuste ao uso autorizado. E non é aceptable por dúas razóns: a primeira, porque esa orde de axuste xa se produciu hai anos, e non se acredita de forma plena e efectiva o cumprimento; a segunda, porque o autorizado era a construción dun hotel apartamento, e actualmente o que consta é a existencia de 52 apartamentos acaroados, articulados ao redor dunha zona central onde se sitúan piscinas, edificio de servizos, vías interiores, muros de contención e grandes movementos de terra, inscritos como predios independentes no Rexistro da Propiedade, e sometidos a un réxime de división horizontal, o cal é un estado fáctico e xurídico que non se corresponde co autorizado. É este estado fáctico e xurídico o que xustifica a orde de demolición, por teren transcorrido máis de nove anos sen que se realizasen voluntariamente as actuacións precisas para que a obra executada se axuste ao autorizado, en canto a usos e eliminación da parcelación ilegal e distribución do edificio de servizos, inacción ante a cal a Administración non pode permanecer pasiva esperando indefinidamente a que a restitución ordenada no ano 2007 sexa cumprida polos seus destinatarios, debendo proceder a acordar a única medida non persoalísima, susceptible de execución subsidiaria, que permite eliminar a vulneración urbanística, sen prexuízo de volver recordarlles aos propietarios a forma de enervar a executividade desa forma de reposición da legalidade, “adaptando coas actuacións pertinentes a utilización do complexo ao uso autorizado”».

4.4 Vivendas de protección autonómica de prezo concertado. Infracción moi grave por cobramento de sobreprezos na venda a terceiros. Principios do procedemento administrativo sancionador

O TS, na súa Sentenza do 8 de xuño de 2018 (rec. 1506/2016, relator: Bandrés Sánchez-Cruzat), confirma en fase de casación a sanción de varios millóns de euros que a Xunta de Galicia lle impuxo a unha construtora de Pontevedra pola comisión da infracción moi grave tipificada no artigo 54.1 m) da Lei 4/2003, do 29 de xullo, de vivenda de Galicia, ao vender fraudulentamente, con sobreprezo, vivendas de protección autonómica, coas seguintes conclusións:

«(...) esta sala considera que o artigo 7.2 do Regulamento do procedemento para o exercicio da potestade sancionadora, que establece que “recibida a comunicación, e se se estima que existe identidade de suxeito, feito e fundamento entre a infracción administrativa e a infracción penal que puidese corresponder, o órgano competente para a resolución do procedemento acordará a súa suspensión ata que se dite resolución xudicial”, debe interpretarse en consonancia coa doutrina xurisprudencial deste Tribunal Supremo, no sentido de que o criterio que debe seguirse para determinar en que momento se debe retomar o cómputo do prazo de caducidade cando se acordou a suspensión do procedemento, debido á existencia de actuacións penais polos instrutores, contra o presunto responsable de cometer unha infracción administrativa, é, de conformidade co principio de seguridade xurídica, cando se lle notifique á Administración a firmeza da resolución xudicial penal de que se trate e se reciba o testemuño desta.

(...) compartimos o criterio do tribunal de instancia de que esta manifestación da fundamentación xurídica non ten carácter invalidante, a teor do disposto no artigo 63.2 da Lei 30/1992,

do 26 de novembro, en canto a adopción do acordo de ampliación do prazo máximo para resolver estaba xustificada pola «especial complexidade tanto cuantitativa como cualitativa do asunto», que evidencia que concorre o presuposto habilitante establecido no artigo 42.6 do citado texto legal (a circunstancia de que o procedemento, debido ao número de persoas afectadas, non pode concluír no prazo legalmente previsto para resolver). (...).

De acordo coa referida regra de prioridade do procedemento penal, o exercicio da potestade sancionadora da Administración debe agardar ao resultado da sentenza penal e, se é condenatoria coa concorrencia da tripla identidade subxectiva, obxectiva e de fundamento sancionador, a Administración resulta vinculada ao pronunciamento, devindo improcedente a sanción administrativa como consecuencia material ou positiva do principio de prohibición que incorpora o principio non bis in idem. Pola contra, no suposto de que a sentenza penal sexa absolutoria, non cabe soste, como consecuencia do principio de que se trata, a prohibición xenérica dun pronunciamento administrativo sancionador, porque o que exclúe é a dobre sanción e non o dobre pronunciamento. Pero non cabe dúbida de que a relación que o principio supón entre as dúas manifestacións do ius puniendi estatal determina un condicionamento pola vía dos feitos que se declaran probados na sentenza penal. Ou, dito noutros termos, a sentenza penal absolutoria non bloquea as posteriores actuacións administrativas sancionadoras, pero as súas declaracións sobre os feitos probados inciden necesariamente sobre a resolución administrativa mediante a vinculación a que se refire o artigo 137.2 da Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico de administracións públicas e de procedemento administrativo común. (...)

O feito determinante da concorrencia do tipo infractor, segundo prevé o artigo 54.1 m) da Lei 4/2003, do 29 de xullo, de vivenda de Galicia, é a percepción de prezo por enriba do que figura na cédula de cualificación definitiva, que non pode ser modificado “nin por escusa de melloras”, “nin aínda que figure nun documento privado”, xa que –segundo se razoa– “o Regulamento VPO prohibe calquera sobreprezo”. (...)

Esta sala considera acertado o criterio do tribunal de instancia que aprecia que é procedente a adopción da medida complementaria de reintegro porque, de acordo co previsto no artigo 57.2 da Lei 4/2003, do 29 de xullo, de vivenda de Galicia, deben ser reintegradas todas as cantidades indebidamente percibidas, sen que a existencia de melloras poida ser escusa para exonerar de responsabilidade a empresa construtora pola imposición de sobreprezos. (...).

Esta sala rexeita que o tribunal de instancia vulnerase o principio de presunción de inocencia, que constitúe un dereito fundamental de todo suxeito sometido a un procedemento sancionador, garantido polo artigo 24.2 da Constitución, por avalar unha presunta inversión da carga da proba, xa que a sentenza impugnada parte da constatación de que se acredita a existencia de sobreprezo na venda das vivendas por parte da construtora -----
--- en contravención do disposto no artigo 34.2 da Lei 4/2003, do 29 de xullo, de vivenda de Galicia, o que non se desvirtuou coas probas de descargo practicadas en sede xudicial».

Regap



NOTAS

5 Persoal

5.1 Cesamento de funcionarios interinos. Carecen do dereito a percibir a indemnización de 20 días de salario por ano traballado establecida no Estatuto dos traballadores para os despedimentos por causas obxectivas

O TSXG, na súa Sentenza do 24 de outubro de 2018 (rec. 175/2018, relator: Rivera Frade), conclúe en primeiro lugar que nos supostos en que a Administración non incorreu en fraude ou en práctica irregular no nomeamento dun funcionario interino, este no momento do seu cesamento carece do dereito de reclamar a indemnización establecida para a extinción de contratos indefinidos por causas obxectivas no artigo 53.1.b) do Estatuto dos traballadores (20 días por ano de servizo con límite de 12 mensualidades). Este criterio coincide co das dúas sentenzas posteriores do Tribunal de Xustiza da Unión Europea de data 21 de novembro de 2018 referidas especificamente a España (asuntos C-619/17 e C-245/17).

O tribunal galego establece tamén, en segundo lugar, que conforme a máis recente xurisprudencia do Tribunal Supremo (S.^a 3.^a), representada en dúas sentenzas do 26 de setembro de 2018 (recs. 785/2017 e 1305/2017), mesmo na hipótese de que se tivese demostrado a concorrencia de fraude no vínculo interino, o interesado tampouco podería reclamar esa indemnización por importe fixado (20 días de salario por ano traballado), pois debe acreditar o prexuízo padecido concreto e a súa cuantificación atendendo ás circunstancias concretas do caso, de xeito análogo a como sucede coas reclamacións de indemnización por responsabilidade patrimonial da Administración.

5.2 Persoal funcionario do corpo de extinción de incendios. Retribucións. Plus de nocturnidade e festividade. Non son complemento de produtividade. Deben integrarse no complemento específico

O TSXG, na súa Sentenza do 26 de setembro de 2018 (secc. 1.^a, rec. 193/2018, relator: López González), alcanza a conclusión de que os complementos de produtividade atribuídos polo Concello de Ourense ao persoal do Servizo de Extinción de Incendios (bombeiros), que presta quendas de 24 horas de traballo continuado con tres días de descanso a continuación, refírense a conceptos permanentes e característicos do posto de traballo, de maneira que en realidade deberían formar parte do “complemento específico” das súas retribucións, percibíndose por igual durante o período de vacacións e de desfrute de días de asuntos propios. Afirmar así o tribunal que:

«(...) É evidente que, ao formar parte as horas de actividade realizadas de noite e en días festivos do traballo normal, ordinario e habitual do recorrente, non poden considerarse estas como comprendidas no complemento de produtividade que ten por obxecto, conforme dispón o artigo 23.3.c) da Lei 30/1984, do 2 de agosto, de medidas para a reforma da función pública, retribuír o especial rendemento, a actividade extraordinaria e o interese ou iniciativa con que o funcionario desempeña o traballo. Trátase, en suma, dunha retribución obxectiva á percepción da cal ten dereito o traballador polo mero feito de desenvolver un determinado posto de traballo, polo que o seu réxime xurídico debe ser o mesmo que o das retribucións fixas na súa contía e periódicas na súa divindicación. Tampouco o aboamento

de tales plus responde ao concepto de gratificación ou ao de complemento de desempeño, por non ter os servizos retribuídos a condición de extraordinarios nin levarse a cabo fóra da xornada regulamentaria; trátase de servizos que forman parte da xornada normal e habitual do demandante. Certo é, como sostén o concello demandado, que no período de vacacións o actor non realiza traballos de noite nin en días festivos, polo que carece de dereito a percibir plus por eses conceptos, pero non o é menos que tal valoración sería aceptable se eses plus formasen parte do complemento de produtividade, o que non sucede neste caso, por máis que o dito concello así trate de aparentalo ao incluílos no complemento aludido (artigo 25 do Acordo regulador das condicións de traballo dos seus empregados públicos), pois con iso estaríase a alterar, en prexuízo dos traballadores públicos municipais, a natureza e finalidade que a propia Lei 30/1984 outorga ao complemento de produtividade no seu artigo 23.3.c)».

5.3 Obriga de prover os postos de traballo por concurso. Excepcionalidade do sistema de libre designación

A Sentenza do TSXG do 3 de outubro de 2018 (rec. 277/2017, relator: Seoane Pesqueira) anula unha modificación da relación de postos de traballo da Consellería de Sanidade da Xunta de Galicia por atribuírle o sistema de “libre designación” en lugar do de “concurso” á provisión de catro xefaturas de servizo, coa seguinte argumentación:

«(...) O artigo 90.1 da Lei 2/2015, do 29 de abril, do emprego público de Galicia, establece que “O concurso ordinario é o procedemento xeral de provisión dos postos de traballo que non teñan establecida outra forma de provisión na relación de postos de traballo”, tendo relevancia para este caso que o segundo parágrafo do artigo 91.1 dispón que “As xefaturas de servizo ou postos de nivel equivalente se proverán por este sistema, salvo aqueles que, polas súas especiais características, deban proverse polo sistema de libre designación, con convocatoria pública”.

(...) declara o Tribunal Supremo, xa baixo a vixencia do Estatuto básico do empregado público, aprobado pola Lei 7/2007, do 12 de abril, que a elección do procedemento de libre designación para a provisión de determinados postos de traballo incluídos na RPT do persoal funcionario da Administración autonómica e dos seus organismos e entes públicos dependentes exige unha motivación específica, unha xustificación concreta das razóns polas que, a partir dos labores propios do posto de traballo, concorren os requisitos legalmente establecidos para que se provea por este procedemento de libre designación, xustificación que é necesaria desde o momento en que o Estatuto básico do empregado público non altera a consideración que merecen o concurso e a libre designación como mecanismos de provisión de postos de traballo. O concurso, di o artigo 79.1 dese texto legal, é a regra, o xeito normal de provelos, mentres que a libre designación é a excepción. Como toda excepción á regra, debe ser interpretada estritamente e a Administración, cando se queira servir dela por entender que o posto de traballo é de especial responsabilidade ou de confianza, deberá xustificalo de forma específica. (...)

Neste caso, a única xustificación que se ofrece para a elección do sistema de libre designación para as catro xefaturas de servizo mencionadas é a especial responsabilidade para garantir a protección dos datos persoais.

Regap



NOTAS

A decisión desta controversia exige dilucidar se o argumento esgrimido pola Administración, de cara a xustificar a opción polo procedemento de libre designación para a provisión das xefaturas de unidade operativa, respecta o teor do artigo 92 da Lei 2/2015 e da xurisprudencia antes mencionada, ao conter unha motivación razoable baseándose nas funcións que foron encomendadas aos ditos postos. Nese sentido xa vimos que na xurisprudencia se exige que a xustificación concreta das razóns xustificativas que se ofrezan debe partir dos labores propios do posto ou postos de traballo de que se trate.

Neste caso, non se analizan as funcións concretas dos diferentes xefes de servizo, nin se acode ao exame dos labores que lle corresponden a cada un deles. Enúnciase o criterio xenérico de excepcionalidade (especial responsabilidade), pero non se realiza unha análise das funcións dos postos nin se xustifican as razóns polas que, a partir dos labores propios dos postos de traballo, concorren os requisitos legalmente establecidos para que se provea por este procedemento de libre designación, o cal implica que está ausente unha xustificación concreta da elección do sistema de libre designación. Resulta evidente que a mera mención á garantía da protección dos datos persoais resulta insuficiente, en primeiro lugar porque, segundo o artigo 74.ñ da Lei 2/2015, é deber de todos os empregados públicos gardar segredo sobre as materias clasificadas e as demais de difusión prohibida legalmente, e manter a debida discreción sobre aqueles asuntos que coñezan por razón do seu cargo, o que implica non facer uso da información obtida para beneficio propio ou de terceiros, ou en prexuízo do interese público, e en segundo lugar porque non se poñen en relación os labores propios de cada un dos postos para argumentar a especial responsabilidade que neles representa a garantía da protección dos datos persoais á cal se alude.

Ao anterior cómpre engadir que tampouco serviu de orientación para a elección do sistema de libre designación a resolución do 25 de febreiro de 2016, da Dirección Xeral da Función Pública, no preámbulo da cal se fai referencia expresa a xefaturas de servizo, e séguense as liñas marcadas pola xurisprudencia. Dise no dito preámbulo: "Tendo en conta que ata este momento a forma de provisión dos postos de traballo de xefatura de servizo era a libre designación, procede, en aplicación da citada Lei 2/2015, adaptar as relacións de postos de traballo á nova forma de provisión, é dicir, modificar os postos de libre designación a concurso específico.

Polo tanto, o sistema de libre designación debe estar debidamente xustificado para os postos non tipificados especificamente nas relacións de postos de traballo, sen que haxa ningunha razón para que, con carácter xeral, se lles adxudique esta condición a todos os postos de traballo que superen determinado nivel de complemento de destino. Con esta medida conseguírase unha función pública máis profesionalizada e seleccionada de forma máis obxectiva, sen prexuízo da súa capacitación e preparación para o desempeño do posto.

A elección do sistema de libre designación comporta a necesidade de que a Administración achegue os elementos obxectivos que permitan apreciar a pertinencia da súa utilización. Son as funcións dos postos as que deben revelar as características especiais que motiven a "Especial responsabilidade ou a cualificación profesional" e determinen, polo tanto, a súa configuración como de libre designación. Pero é preciso acreditarlo xustificadamente, de xeito que o exercicio dunha potestade discrecional por parte da Administración utilice elementos regulados que garantan a ausencia de arbitrariedade".

Neste caso nin se achegan os elementos obxectivos que permitan apreciar a pertinencia do emprego daquela forma excepcional de provisión, nin se analizan as funcións dos postos que revelen as características que motiven a especial responsabilidade, de modo que non existe xustificación suficiente da elección pola que se optou.

A disposición cuarta da dita resolución do 25/2/2016 establece: “Entenderase que concorren criterios de excepcionalidade naqueles postos de traballo, de nivel 28 ou inferior, con funcións que impliquen o cumprimento dalgunha das seguintes atribucións: ... 5.1. Responsabilidade directa sobre os sistemas de protección de datos persoais de niveis medio e alto segundo a clasificación establecida nos apartados 2 e 3 do artigo 81 do Regulamento de desenvolvemento da Lei orgánica 15/1999, do 13 de decembro, de protección de datos de carácter persoal, aprobado polo Real decreto 1720/2007, do 21 de decembro”.

A especial responsabilidade que se menciona por parte da Xunta de Galicia parece aludir á mencionada, pero sería necesario o exame das funcións propias de cada unha das catro xefaturas de servizo para xustificar a súa concorrencia no caso concreto, o cal non se fai nin no informe complementario dos folios 56 a 58 do expediente nin na propia relación de postos de traballo, e nin sequera no acordo do Consello da Xunta de Galicia do 15 de setembro de 2016 (DOG do 28 de setembro), ao que se refire o citado informe complementario.

En definitiva, debe prosperar o recurso no relativo á cobertura das catro xefaturas de servizo impugnadas, para a provisión do cal debe acudirse ao sistema xeral do concurso específico para as xefaturas de servizo a que se refire o artigo 91.1 da Lei 2/2015».

5.4 Nomeamento de xefe de servizo polo sistema de libre designación.

Deber de abstención do órgano de selección polo seu estreito vínculo co candidato seleccionado. Falta de motivación. Desviación de poder

O TSXG, na súa Sentenza do 29 de xuño de 2018 (secc. 1.ª, rec. 129/2016, relator: Seoane Pesqueira), anula o nomeamento, polo sistema de libre designación, da xefatura do servizo de administración e persoal da Valedora do Pobo, tras apreciar a concorrencia de desviación de poder, considerando que:

«(...) A ausencia de real motivación da elección, nos termos que o artigo 80 RDL 5/2015 e a xurisprudencia exixen, o feito de que só se emitise informe de valoración respecto da aspirante que resultou adjudicataria, a intervención da Valedora posterior á abstención, a selección dos méritos relevantes en función dos CV e os presentados pola candidata elixida, e o nulo contraste entre os méritos dos candidatos, son datos reveladores de arbitrariedade na decisión e desviación de poder na actuación administrativa, que deben obrigar á anulación da resolución impugnada pola canle do artigo 63 da Lei 30/1992, sendo evidente a indefensión que se lle xera ao demandante polo descoñecemento das razóns polas que se considerou que a señora ----- posúe maiores méritos que o actor e os demais candidatos, cos que non se leva a cabo unha mínima comparación, aínda que a infracción dos principios de igualdade, mérito e capacidade tamén permiten incardinar a nulidade na causa recollida no artigo 62.1.a da mesma norma».

REGAP



NOTAS

6 Proceso contencioso-administrativo

6.1 Determinación da contía en procesos promovidos fronte a multas coercitivas para a execución de ordes de demolición

O TSXG (secc. 2.^a), no seu Auto do 25 de setembro de 2018 (recurso de queixa 4192/2018, relator: Martínez Quintanar), establece que, nun litixio promovido fronte a unha multa coercitiva de 350 euros ditada por un concello para a execución forzosa da orde de demolición dunha vivenda unifamiliar, a contía do preito (para os efectos de determinar se cabe ou non recurso de apelación contra a sentenza de instancia) debe considerarse superior a 30.000 euros (en función do valor da vivenda), con este razoamento:

«(...) Aínda que como regra xeral cando se recorre en vía contencioso-administrativa a imposición dunha multa coercitiva é o importe da multa imposta o que determina a contía do procedemento (neste caso, 350,51 euros), sen que se deba atender ao valor económico de pretensións exercidas fronte a actos previos (como a resolución do procedemento administrativo de reposición da legalidade), neste caso particular cómpre ter en conta que o acto recorrido en vía contencioso-administrativa daba resposta a unha serie de pretensións do executado, en relación coa caducidade da acción para o restablecemento da legalidade urbanística, a caducidade do procedemento de execución forzosa e a improcedencia da execución, así como a suspensión desta última, que determinan que o valor económico da pretensión deba considerarse como de contía indeterminada, en congruencia coa tramitación que se lle deu ao procedemento contencioso-administrativo como procedemento ordinario, sen que sexa presumible que esa contía indeterminada sexa inferior a 30.000 euros, senón todo o contrario.

É certo que a elección do procedemento (ordinario ou abreviado) non impide reconsiderar na sentenza a valoración definitiva da contía do recurso contencioso-administrativo para os efectos de determinar o carácter apelable desa sentenza; pero neste caso tanto no acto recorrido como na demanda suscítanse como cuestións controvertidas unha serie de aspectos que concirnen non só á procedencia da imposición da multa coercitiva recorrida, senón que van máis alá ao cuestionar a procedencia mesma da execución forzosa na súa globalidade, o que nos obriga a atender, seguindo o criterio máis recente desta sala, como valor económico da pretensión, ao valor das obras de construción sobre as que se proxecta a orde de demolición que se trata de executar forzosamente. E este valor debe considerarse superior a 30.000 euros, na medida en que se trata da execución dunha reposición da legalidade pola construción dunha vivenda unifamiliar sen licenza.

Iso é así neste caso, xa que o núcleo da controversia resolta polo acto recorrido e formulada na demanda xira arredor da restitución das cousas ao estado anterior á obra, isto é, sobre a procedencia da execución forzosa da demolición das obras de construción de vivenda unifamiliar; por iso a contía do recurso debe vir determinada polo valor da construción que debe ser demolida, neste caso unha vivenda unifamiliar.

A demandante fixaba na súa demanda a valoración das obras en 43.080,55 euros, por ser esta a valoración das obras que figuraba no expediente; e afirma que a parte demandada considerou no seu escrito de contestación á demanda como indeterminada a contía.

O exposto debe ser interpretado a favor do dereito á tutela xudicial efectiva, e a ausencia de concreción do importe concreto e determinado, unido ao contido do acto recorrido na primeira instancia, posto en relación coas pretensións da demanda, leva a considerar que contra a sentenza recaída nas actuacións si que cabe recurso de apelación».

7 Responsabilidade patrimonial

7.1 Prazo de prescrición da reclamación indemnizatoria formulada pola anulación xudicial de licenza que leva consigo a demolición da edificación autorizada

O TS, na súa Sentenza do 10 de xullo de 2018 (rec. 1548/2017, relator: Fernández Valverde), conclúe que o prazo anual de prescrición, nas reclamacións de responsabilidade patrimonial polos prexuízos derivados da anulación xudicial de licenzas urbanísticas con consecuencias demolitorias, debe computarse non desde a data do derrubamento da edificación, senón desde a moi anterior en que adquiriu firmeza a sentenza anulatoria:

«(...) confirmamos a interpretación realizada pola Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia considerando como interpretación máis acertada dos artigos 139.2, e 142.4 e 5 da LRXPA –nos supostos en que a execución da sentenza implica a demolición do construído– a que sinala que, como regra xeral, debe ser a data da firmeza da sentenza anulatoria do acto ou disposición impugnados a que determina o inicio do prazo anual previsto para a reclamación de responsabilidade patrimonial derivada de tal anulación, sen que poida ser considerada como tal a data da demolición do inmovible construído ao abeiro do acto ou disposición impugnado».

regap



NOTAS

7.2 Responsabilidade dos servizos autonómicos de emerxencias pola “perda de oportunidade” derivada da demora na localización dun motorista accidentado con teléfono móbil operativo

A Sentenza do TSXG do 12 de decembro de 2018 (rec. 312/2018, relator: Seoane Pesqueira) confirma a condena á Xunta de Galicia ao pagamento dunha indemnización aos familiares dun mozo que faleceu como consecuencia dun accidente de circulación. Saíu da estrada nun lugar boscoso e deshabitado, quedando tendido consciente no chan, cun teléfono móbil operativo desde o que pediu socorro. Tardaron varias horas en localizalo, cando acababa xa de falecer desangrado. O tribunal confirma a responsabilidade da Administración demandada por non ter actuado con dilixencia na localización da vítima aproveitando o sinal do seu teléfono móbil:

«(...) o esencial é determinar se o dito operativo se desenvolveu dentro dos estándares de seguridade exhibibles ao 112, empregando os medios que a Administración tiña á súa disposición para a localización do accidentado, que non se habían de reducir ao sistema automático “POSIC112”, porque neste caso a proba pericial do enxeñeiro de telecomunicacións don ----- puxo de manifesto que: 1.º no teléfono móbil da vítima estaban dispoñibles os sistemas GSM, UMTS e GPS; 2.º no punto do accidente o dito perito xudicial comprobou que a operadora Vodafone, á que correspondía o móbil do accidentado, tiña non menos de

seis estacións base GSM e UMTS, aínda que na data do contratempo mesmo podía haber máis, porque coa introdución posterior do sistema LTE puido haber unha substitución de bases UMTS por LTE; 3.º tanto mediante a localización por parte do operador como polo uso do GPS do móbil, a posición da vítima podía ter sido estimada con precisión suficiente como para localizalo rapidamente; 4.º polo uso da localización GSM/UMTS o erro de posicionamento nunca debería ser superior a 200 metros e polo GPS nunca superior a 50 metros, restrinxíndose notablemente a área a buscar debido a que se tratou dun accidente de tráfico, de xeito que só se podía atopar o accidentado a poucos metros dunha estrada (o que se confirmaba coa información proporcionada a través do seu teléfono móbil polo señor -----); 5.º dado que o accidentado era usuario do servizo de WhatsApp, tamén era posible enviar a posición GPS de maneira que a localización fose inmediata, sen máis que axudarlle ao usuario (que aínda estaba consciente cando estaba en comunicación co 112) cunhas instrucións sinxelas; 6.º dado que o teléfono móbil que portaba o accidentado era un Samsung con sistema Android, tiña preinstalada a aplicación Google Maps, o que permitía compartir a posición de forma inmediata e precisa, así mesmo dándolle ao accidentado unhas sinxelas instrucións cando aínda estaba consciente, e o mesmo cabe dicir da aplicación Hangouts; e 7.º utilizando o protocolo POSIC112 podería terse solicitado do operador a posición do teléfono móbil da vítima, para o que nin sequera se necesitaba que o teléfono móbil tivese instalada ningunha aplicación nin se precisaba a colaboración do usuario. (...) aínda que se incluíse como risco ordinario, ao afectar a máis dun municipio (inicialmente non se sabía o lugar exacto en que tivera lugar o contratempo), o CAE 112 Galicia tiña como labor a atención da chamada realizada polo cidadán ante a situación de emerxencia (sen dúbida afectaba á seguridade do accidentado), darlles o tratamento correspondente e a mobilización dos recursos, polo que non basta con que se puxese en marcha o dispositivo de emerxencia en seis minutos, pois no operativo está incluída a procura do sinistrado, e de feito o CAE 112 implicouse desde o primeiro momento nesta, tratando de coordinar todos os recursos dispoñibles, polo que é perfectamente factible que se analice e axuice a actuación daquel servizo autonómico, coincidindo a sala na valoración de que non se revelou a presenza dun estándar mínimo de calidade no dispositivo de procura, achacable ao CAE 112, porque, tal como se puxo de manifesto na proba pericial xudicial, non se puxo en marcha un mecanismo de comunicación directa coa operadora do móbil e non se revelou unha mínima formación en quen atende as chamadas do 112 co fin de poder indicarlle á vítima os sinxelos pasos precisos para conectar o Google Maps do seu móbil ou para enviar a súa posición por WhatsApp.

(...) Ninguén dubida de que o dispositivo de emerxencia (urxencias médicas, Garda Civil de Tráfico, GRUMIR de Ribadavia e Beade, e agrupación de voluntarios de protección civil de Castrelo de Miño) a puxese en marcha nun tempo axeitado, pero con iso non basta, pois na súa actuación non se cumpríu co estándar mínimo de calidade que cabía exixir para localizar o ferido, xa que tiña ao seu alcance o CAE 112 Galicia medios suficientes para unha busca máis eficiente, podendo comunicar directamente con Vodafone para unha correcta localización, e formar axeitadamente os operarios ao seu servizo (...).

Polo demais, non se aprecia o erro que o apelante lle atribúe á sentenza apelada, porque das tres primeiras funcións que lle atribúe o artigo 18 da Lei 5/2007 á Axencia Galega de Emerxencias dedúcese que lle corresponde a coordinación dos medios de localización, e, de feito, operarios do CAE 112 interviñeron directamente na busca, pódose en comunicación telefónica co accidentado polo menos en tres ocasións, sen que lle chegasen a indicar as

instrucións precisas para activar o Google Maps ou enviar a súa posición por WhatsApp. O feito de que o último parágrafo do artigo 37.2 da Lei 5/2007, para o caso de xestión de riscos ordinarios (xa vimos que é dubidoso que este se poida incluír no dito precepto), estableza que “O Centro de Atención ás Emerxencias 112 Galicia non comprenderá a prestación material da asistencia requirida” non impide que interveña e coordine o dispositivo de localización e procura, como de feito sucedeu, porque a prestación material mencionada máis parece referirse á asistencia no salvamento, rescate, médica, etc., unha vez localizado. Resulta revelador de que o CAE 112 tiña entre os seus labores o da localización do accidentado a implantación do protocolo “POSIC112v2”, cuxa finalidade é localizar o lugar de orixe das chamadas entrantes, cos datos telemáticos da propia chamada. Malia iso, a Xunta de Galicia tardou máis dunha hora en indicarlle ao accidentado que colgase o teléfono e chamase el directamente ao 112 (pois ata entón chamábase desde o 061 ou 112 ao accidentado, e non ao revés), malia o cal non apareceron os datos para a súa localización, e tampouco se puxo en práctica, ao non existir ou non constar, un plan de actuación alternativo (como foi recoñecido testificalmente polo seu xefe) que permitise aquela localización, mediante os sinxelos mecanismos xa descritos. (...)

O apelante alega que non se lle pode exixir á Administración autonómica a aplicación dun plan específico, porque alega que non era un caso de emerxencia colectiva. Non obstante, si cabe imporlles ao CAE 112 e á Xunta de Galicia o cumprimento dun estándar mínimo nas tarefas do operativo de cara á procura e localización do accidentado cun plan alternativo de actuación, sobre todo en casos, como este, en que se revela como insuficiente a mera xestión de chamadas con outros integrantes do dispositivo, máxime cando a execución daquelas accións que se botan en falta (comunicación coa operadora, instrucións ao accidentado para a activación do Google Maps e actuación do WhatsApp para trasladar a súa localización) estaban ao alcance dos membros do 112».

REGAP



NOTAS

8 Tributos

8.1 Imposto sobre o incremento de valor de bens de natureza urbana (plusvalía). Devolución de ingresos indebidos tras a declaración de inconstitucionalidade parcial da súa regulación. O reclamante debe acreditar que non se produciu un incremento do valor do ben

Así o establece o TS na súa Sentenza do 21 de novembro de 2018, referida a Galicia (rec. 4983/2017, relator: Toledano Cantero), con estes argumentos:

«(...) é evidente que, tras a declaración de inconstitucionalidade dos artigos 107.1, 107.2 a) e 110.4 do TRLFL contida na STC 59/2017, o principio de igualdade tributaria non “obriga en todo caso –reproducimos neste punto a interrogante formulada na cuestión casacional obxectiva fixada no auto de admisión– á anulación das liquidacións e ao recoñecemento do dereito á devolución de ingresos indebidos nas solicitudes de rectificación de autoliquidacións polo imposto sobre o incremento de valor dos terreos de natureza urbana, sen entrar a valorar a existencia ou non en cada caso dunha situación inexpressiva de capacidade económica”. E é que, se así fose, estaríase a atribuír a mesma consecuencia xurídica –isto é, a non-aplicación do imposto– a supostos disímiles –nuns casos someteríanse a tributación

no IIVTNU manifestacións de riqueza existentes (plusvalías reais) e noutros non (minusvalías efectivas)– e, polo tanto, estariase a aplicar o corolario que dimana do mandato constitucional de igualdade en casos en que este principio, simplemente, non resulta aplicable. Como reiterou incesantemente o Tribunal Constitucional, nin a igualdade que reclama o artigo 14 CE, nin a que impón o artigo 31.1 CE se aplican a supostos de falta de identidade dos termos de comparación. E resulta obvio que no caso que nos ocupa os termos de comparación serían disímiles” (...).

En consecuencia, conforme os fundamentos expostos na recente sentenza do 9 de xullo de 2018, cit., e segundo ordena o artigo 93.1 LXCA, procede fixar a seguinte interpretación dos preceptos legais concernidos neste litixio:

1.º) Os artigos 107.1 e 107.2 a) do TRLFL, a teor da interpretación que fixemos da decisión e do fundamento xurídico 5 da STC 59/2017, presentan só dunha inconstitucionalidade e nulidade parcial. Neste sentido, son constitucionais e resultan, pois, plenamente aplicables, en todos aqueles supostos en que o obrigado tributario non logrou acreditar, por calquera dos medios que expresamos no fundamento de dereito quinto, que a transmisión da propiedade dos terreos por calquera título (ou a constitución ou transmisión de calquera dereito real de desfrute, limitativo do dominio, sobre os referidos terreos), non puxo de manifesto un incremento do seu valor ou, o que é igual, unha capacidade económica susceptible de ser gravada con fundamento no artigo 31.1 CE.

2.º) O artigo 110.4 do TRLFL, non obstante, é inconstitucional e nulo en todo caso (inconstitucionalidade total) porque, como sinala a STC 59/2017, “non permite acreditar un resultado diferente ao resultante da aplicación das regras de valoración que contén”, ou, dito doutro xeito, porque “imp[ide] aos suxeitos pasivos que poidan acreditar a existencia dunha situación inexpressiva de capacidade económica (SSTC 26/2017, FX 7, e 37/2017, FX 5)”. Esa nulidade total do dito precepto, precisamente, é a que posibilita que os obrigados tributarios poidan probar, desde a STC 59/2017, a inexistencia dun aumento do valor do terreo ante a Administración municipal ou, seu é o caso, ante o órgano xudicial, e, no caso contrario, é a que habilita a plena aplicación dos artigos 107.1 e 107.2 a) do TRLFL.

(...) A lóxica consecuencia do ata aquí exposto non pode ser outra que a estimación do recurso de casación núm. 4983/2017, promovido polo Concello da Coruña (...). É na resolución das cuestións suscitadas neste recurso de casación onde esta sentenza debe diferir –por pura coherencia, fundada na inversión das posicións procesuais, froito á súa vez do sentido das respectivas decisións– da resposta contida na sentenza á que continuamente nos vimos referindo, pois, como arriba indicamos, a aquí impugnada anula a liquidación do IIVTNU, por considerar que o imposto non podía ser exixido por ter perdido vixencia total o precepto legal habilitante do gravame. Noutras palabras, a sentenza aquí impugnada é o expoñente claro da que viñemos considerar a mal chamada tese maximalista, pois mesmo descartando o uso da expresión, recollémola polo menos para facilitar a comprensión do seu sentido e alcance.

Iso condúcenos ás declaracións seguintes, que imos fundamentar no declarado con valor de doutrina, e amplamente transcrito, na nosa sentenza do 9 de xullo de 2018, pronunciada no recurso de casación 6226/2017:

A sentenza ditada polo Xulgado do Contencioso-Administrativo (...) debe ser casada e anulada, dado que contén un criterio contrario ao que establecemos, xa que considera

erroneamente que os artigos 107.1 e 107.2 a) do TRLFL, sobre determinación da base imponible do imposto municipal que nos ocupa, foron expulsados de xeito absoluto e incondicional do ordenamento xurídico, o que rexeitamos formalmente, ao afirmar que tales artigos “[...]a teor da interpretación que fixemos da decisión e do fundamento xurídico 5 da STC 59/2017, presentan só unha inconstitucionalidade e nulidade parcial”.

En canto á resolución sobre as pretensións da parte actora, debemos desestimar o recurso contencioso-administrativo interposto, xa que a demandante non negou a existencia de incremento de valor dos terreos obxecto de transmisión mortis causa, limitándose a cuestionar desde un punto de vista puramente especulativa a inviabilidade, ao seu xuízo, de acreditar unha situación de inexistencia de plusvalía baixo a aplicación do sistema previsto no art. 107 TRLFL, pero sen achegar o menor indicio de que tal circunstancia puidese acontecer, nin intentar proba ningunha ao respecto. Antes ben, dos datos que constan no expediente e proba documental achegada, e atendida a duración do período transcorrido entre transmisións, que neste caso é o máximo legal de 20 anos previsto no art. 107.1 TRLFL, non cabe albergar dúbidas sobre a existencia dunha situación de incremento do valor dos terreos que, en consecuencia, determina o nacemento do feito imponible gravado. Procede, en consecuencia, desestimar o recurso contencioso-administrativo».

9 Universidades

9.1 Distribución equitativa e proporcionada da carga docente entre o profesorado

O TSXG, na súa Sentenza do 18 de xullo de 2018 (rec. 136/2018, relator: López González), desestima o recurso promovido por unha profesora da Universidade de Vigo fronte ao incremento de horas de clase que se lle impuxo na última modificación do plan de ordenación docente do seu departamento, coa seguinte argumentación:

«(...) Sostiña a parte demandante que o Plan de Ordenación Docente impugnado, apartándose da inicial proposta da Área de Botánica do Campus de Ourense, e ante a xubilación de varios dos seus compañeiros, acordou incrementar o seu tempo de docencia presencial de 182 a 280 horas e de tres a cinco materias. Consideraba ese incremento arbitrario, excesivo, desigual e inasumible, pois non resultaba comprensible que, en lugar de repartir esa carga de traballo entre o profesorado, se lle atribuíse a ela con carácter exclusivo, o que non só menoscababa a súa saúde pola situación de estrés que lle producía, senón que lle impedía, tamén, o desenvolvemento do seu labor de investigación por falta do tempo preciso para tal fin.

(...) A sentenza apelada incorre nun dobre erro ao considerar, por un lado, que se produciu un incremento da carga docente da actora que cualifica de arbitrario, desproporcionado e desigual, cando en realidade a Universidade de Vigo, a través do Plan de Ordenación Docente aprobado, non fixo outra cousa que completar a capacidade docente da demandante para axustala á establecida para o resto de profesores e ás necesidades docentes desa universidade; e, por outro, en canto a dita sentenza aprecia ausencia de motivación que xustifique aquela decisión, cando do contido das actuacións e, especialmente, da propia resolución impugnada se deduce todo o contrario.

Regap



NOTAS

(...) O artigo 68 da Lei orgánica de universidades, no que afecta ao réxime de dedicación, establece (...) A Universidade de Vigo conta, ademais, con normativa propia e específica de cara ao recoñecemento de actividades docentes do persoal docente e investigador, que foi aprobada polo Consello de Goberno o 12 de febreiro de 2016.

(...) discriminatorio sería acoller a pretensión actora en detrimento dos seus compañeiros. Xustificar como fai a demandante unha minoración da súa capacidade docente, respecto destes, en razóns de idade, próxima á xubilación, ou no seu estado físico de saúde derivado do estrés que a fai ser tributaria de diversas baixas laborais ou, por último, no que ela considera mellora do sistema docente universitario, como vía para lograr a excelencia, non resulta de recibo. Se a súa idade ou a súa condición psicofísica non lle permiten desenvolver a súa actividade ao nivel dos seus compañeiros no profesorado, tales circunstancias poderán xustificar a súa anticipada xubilación ou as súas baixas temporais por enfermidade ou mesmo, se procedese, a súa declaración de incapacidade, pero nunca o trato privilexiado que pretende obter; e a alusión á excelencia universitaria pola canle da mellora do sistema docente universitario é un fin loable pero que escapa do seu ámbito de competencia».