



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 65_xaneiro-xuño 2023 | pp. 155-189
Santiago de Compostela, 2023

<https://doi.org/10.36402/regap.v1i65.5109>

© Francisco de Cominges Cáceres

ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371

Recibido: 05/06/2023 | Aceptado: 01/06/2023

Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

Xurisprudencia contencioso-administrativa

Jurisprudencia contencioso-administrativa

Contentious-administrative jurisprudence

65 Regap

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

FRANCISCO DE COMINGES CÁ CERES
Maxistrado (Galicia, España)

f.cominges@poderjudicial.es

SUMARIO: 1 Administración local. 1.1 Dereitos económicos dos membros non adscritos integrados na xunta de goberno local. 1.2 Potestade municipal para denominar as rúas da cidade. 1.3 Incompetencia dos concellos para sancionar o incumprimento da obriga de utilización de máscara durante a pandemia do COVID-19, ata a modificación en febreiro de 2021 da Lei de saúde de Galicia. 1.4 Prazo máximo de interposición de recursos administrativos polas corporacións locais. Interrupción coa súa presentación no rexistro electrónico da propia entidade recorrente. 1.5 Responsabilidade de concello por defectuosa depuración das augas residuais que a rede municipal verte nunha canle fluvial. Non debeu conceder novas licenzas de obras ou actividade sen resolver previa ou simultaneamente o problema técnico da súa depuradora. 2 Medio ambiente e urbanismo. 2.1 Costas. Prórroga de concesión de dominio público marítimo-terrestre para fábrica de pasta de papel (Ence). 2.2 Parques eólicos. Fragmentación de proxectos sobre ámbitos vinculados para eludir unha avaliación ambiental rigorosa. Requisitos do período de información pública. 2.3 Contaminación acústica xerada por un local de negocio. Réxime xurídico aplicable. Posibilidade de supervisión, por tempo indefinido, da súa comunicación previa/declaración responsable. 2.4 Urbanismo. Licenza de obras. A instalación en solo rústico protexido de equipamentos e dotacións require

da aprobación previa dun plan especial de infraestruturas e dotacións. Revisión de oficio das licenzas concedidas sen o dito plan especial. 3 Persoal. 3.1 Non cabe recoñecerlle a un funcionario interino a condición de empregado público fixo sen ter superado antes un procedemento selectivo, con concurrencia e publicidade, convocado *ex professo* para prazas de funcionario de carreira. 3.2 Persoal dos grupos de emerxencias supramunicipais. Vínculo laboral temporal. 3.3 Ampliación de licenza por nacemento en familias monoparentais. Exclusión das seis semanas inmediatas ao parto. 3.4 Inexistencia de colexiación dos profesionais da sanidade pública. 3.5 Suspensión provisional de funcións de empregado público procesado ante a xurisdición penal. Non pode superar os seis meses. 4 Proceso contencioso-administrativo. 4.1 Requisitos das medidas cautelares. *Fumus boni iuris*. Excepción á exigencia de caución. 4.2 Recurso de casación autonómico. Requisitos de procedibilidade. Necesidade de que existan criterios contraditorios dentro dunha mesma sala ou dunha sección especializada. 4.3 Competencia da xurisdición contencioso-administrativa para a impugnación de resolucións das universidades públicas de avaliación dos méritos docentes de persoal laboral. 4.4 Lexitimación activa de corporación local para impugnar o plan xeral doutro municipio. Debe acreditar a existencia dun dereito ou interese lexítimo afectado polo plan impugnado. 5 Responsabilidade patrimonial. 5.1 Reclamación indemnizatoria de centro sanitario concertado polos prexuízos derivados da reordenación asistencial imposta pola Xunta de Galicia durante o primeiro estado de alarma na pandemia de coronavirus. 5.2 Responsabilidade pola anulación xudicial dunha licenza provisional de obras e actividade. 6 Transportes terrestres. 6.1 Transporte de viaxeiros por estrada. Prácticas colutorias da libre competencia (cártel). Deixamento de funcións pola Comisión Galega da Competencia. 7 Tributos. 7.1 Valoración de inmobles. Recorribilidade de liquidación derivada de taxación pericial contradictoria que aceptou a valoración do perito terceiro. 7.2 Imposto de bens inmobles. Exención de inmobles afectos á defensa nacional. 8 Universidades. 8.1 Valoración de tramos de investigación pola Comisión Nacional Avaliadora da Actividade Investigadora. 8.2 Denegación de defensa do traballo de fin de máster de avogacía por informe desfavorable do titor. 8.3 Medidas cautelares fronte a profesor que, presuntamente, incorreu en comportamento inadecuado coas súas alumnas. Nivel de motivación exixible.

1 Administración local

1.1 Dereitos económicos dos membros non adscritos integrados na xunta de goberno local

A Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (TSXG), na súa Sentenza do 20 de decembro de 2022 (rec. 7114/2022, relator: Paz Eiroa, inclúe voto particular), insiste en que aos membros da xunta de goberno local (XGL) dun concello que non se integren no grupo político da formación electoral pola que foron elixidos, ou que abandonen o seu grupo de procedencia (membros “non adscritos”) non se lles poden recoñecer máis dereitos económicos que os que lles terían correspondido de permaneceren no grupo de procedencia. Non admite excepcións. Aplica esa regra xeral nun suposto no que en puridade o membro non adscrito integrado na XGL, coa súa baixa no grupo político de procedencia, non alterou o réxime de maiorías. Por outra banda, ratifica a obriga da afectada, establecida na sentenza de instancia, de reintegrarlle ao erario todo o que segundo este criterio tería cobrado de máis desde a súa integración na XGL.

1.2 Potestade municipal para denominar as rúas da cidade

A Sentenza do TSXG do 14 de abril de 2023 (rec. 7007/2023, relator: Fernández López) analiza a natureza xurídica da potestade municipal para asignar nomes ás rúas e espazos libres públicos do municipio. Confirma a desestimación da solicitude dun veciño de Pontevedra de atribución a unha vía determinada do nome dun cidadán ilustre recentemente falecido. Considerando que:

«(...) no se trataba de exercitar un derecho subjetivo que pudiera ostentar, sino un mero derecho de petición consagrado en el artículo 29 de la CE y desarrollado en la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del derecho de petición, sobre el cual ha señalado la STC 242/1993 que “la petición en que consiste el derecho en cuestión tiene un mucho de instrumento para la participación ciudadana, aun cuando lo sea por vía de sugerencia, y algo del ejercicio de la libertad de expresión como posibilidad de opinar”, a lo que ha añadido que se trata de un concepto residual, pero no residuo histórico, que cumple una función reconocida constitucionalmente, para cuya individualización sea, quizás, más expresiva una delimitación negativa, y, “en tal aspecto excluye cualquier pretensión con fundamento en la alegación de un derecho subjetivo o un interés legítimo especialmente protegido”, sin que la petición en el sentido estricto que aquí interesa sea una reclamación en la vía administrativa.

(...) dar a una calle o glorieta un nombre concreto supone un reconocimiento honorífico que exalta, dignifica y realza a su destinatario, como reconoce la reciente STS de 15.12.22, rec. 5577/2021, cuando afirma que “dar a una calle el nombre de una persona concreta supone destacarla frente a todos: son solamente unos pocos los distinguidos de ese modo”. (...) la petición que hizo el vecino luego demandante y ahora apelante no tenía que dar derecho a un procedimiento riguroso con especiales cautelas, como la de darle audiencia previa a la terminación, en este caso mediante una resolución motivada.

(...) recordará esta sala que cualquier medida de fomento, como sin duda lo es la exaltación, dignificación y realce de los méritos de un procurador vecino de la ciudad de Pontevedra y ya fallecido, tiene que ser también compatible con el interés general de los vecinos, en la medida en que se proyecta o materializa en un bien de dominio público local, como lo es la glorieta que el apelante desea que sea denominada como xxxxx, por lo que debe ir encaminada al servicio del interés general a que se refiere el artículo 103.1 de la CE, en relación con los artículos 25.2.d) y 79.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, y 264 de la Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración Local de Galicia, de modo que es el Ayuntamiento de Pontevedra el que debe decidir el nombre que se le da a sus viales, plazas, glorietas, parques y demás elementos estructurales de su localidad, según lo que disponen los artículos 10.2 de la Ley 3/1983, de 15 de junio, de normalización lingüística de Galicia, y 75.1 del Reglamento de población

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

y demarcación territorial de las entidades locales, aprobado por Real Decreto 1690/1986, de 11 de julio. En cuanto a la competencia para ello, nada disponen esos preceptos, como tampoco los artículos 121 y siguientes de la LRBRL, relativos a los municipios de gran población, como lo es el de Pontevedra (artículo 121.1.c), cuestión que la sentencia apelada derivó al órgano plenario, pese a quien resolvió fue una concejala, pero sobre este extremo no se plantea objeción alguna a la decisión adoptada el 18.10.21. (...). lo que no obsta para recordar que es lógico que la nueva asignación de nombres al callejero municipal se haga respetando la debida participación ciudadana, ya a través de organizaciones vecinales o corporativas (lo que sería el caso del colegio profesional de procuradores), ello sin olvidar que el artículo 128.1 de la LRBRL obliga a los ayuntamientos como el de Pontevedra a crear distritos, que son “divisiones territoriales propias, dotadas de órganos de gestión desconcentrada, para impulsar y desarrollar la participación ciudadana en la gestión de los asuntos municipales y su mejora”, lo que sería el caso de la pretensión que promovió el abogado aquí recurrente».

1.3 Incompetencia dos concellos para sancionar o incumprimento da obriga de utilización de máscara durante a pandemia do COVID-19, ata a modificación en febreiro de 2021 da Lei de saúde de Galicia

A Sentenza do TSXG do 24 de marzo de 2023 (rec. 7146/2022, relator: Villares Naveira) resolve en apelación a controversia suscitada sobre a Administración competente para sancionar o non uso da máscara obrigatoria a partir do Real decreto-lei 21/2020, do 9 de xuño, de medidas urxentes de prevención, contención e coordinación para facer fronte á crise sanitaria ocasionada polo COVID-19 (art. 6). Confirma a anulación da Resolución da Delegación Territorial da Consellería Sanidade de Lugo da Xunta de Galicia do 29 de outubro de 2020 pola que se declarou incompetente para impor as ditas sancións, requiríndolle ao Concello de Monforte de Lemos a tramitación dos correspondentes expedientes.

Conclúe que ata a entrada en vigor da modificación da Lei 8/2008, do 10 de xullo, de saúde de Galicia, operada pola Lei 8/2021, do 25 de febreiro, lle correspondía á Xunta de Galicia, con carácter exclusivo e excluínte, a potestade para sancionar esa infracción leve.

«(...) Ata ese momento [Lei 8/2021], a administración autonómica tiña que facer o razoamento interpretativo de que un título habilitante da competencia equivalía a unha regulación concreta da competencia, o que en puridade é un erro, porque a habilitación o que fai é dotar de capacidade de regular ao lexislador autonómico, pero non lle confire á administración autonómica a presupoñer que o contido do título habilitante vai ser un en concreto. Por iso a reforma legal non é unha simple aclaración de dúbidas, senón unha contundente regulación legal da competencia sancionadora en uso das competencias autonómicas da CA en

materia de sanidade e saúde pública no marco da lexislación básica que se expón na propia reforma. (...)».

A sentenza de instancia (do Xulgado Cont. -Ad. 2 de Lugo, 29 de xullo de 2022, rec. 76/2021, relator: Tudela Guerrero), confirmada en apelación, fundouse entre outras consideracións en que:

«(...) la competencia sancionadora del Concello, a día de los hechos, se limita a las infracciones previstas en sus ordenanzas municipales y dentro del área de responsabilidad mínima sobre las cuales ejercen competencias de control sanitario.

Si bien el artículo 25 LRBRL atribuye competencia a los Ayuntamientos en cuestiones de salud pública, no se recoge ésta en las competencias mínimas del artículo 26 LRBRL, ni consta una delegación de competencias en los términos del artículo 27 LRBRL.

Aun cuando los municipios carecen de competencias directas en materia de sanidad y salud pública, sí son competentes en diversas materias estrechamente relacionadas con ellas: protección de la salubridad pública, cementerios y actividades funerarias, abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales, alumbrado público, servicios de limpieza viaria, recogida y tratamiento de residuos, alcantarillado y tratamiento de aguas residuales. Asimismo, deben participar en la gestión de la atención primaria de la salud, en los términos de la legislación del Estado y de la respectiva comunidad autónoma (LBRL art.25.2).

El artículo 25 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público al regular el PRINCIPIO DE LEGALIDAD en el ejercicio de la potestad sancionadora, señala que (...). Conforme al artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, sobre NULIDAD DE PLENO DERECHO 1. Los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes: b) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.

Y si bien la regla general en el ámbito administrativo es la anulabilidad, y no la nulidad, la falta de competencia para tramitar y sancionar en el procedimiento sancionador es una nulidad radical, original, con efectos que no precisan su declaración, apreciable de oficio y no convalidable (...)».

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

1.4 Prazo máximo de interposición de recursos administrativos polas corporacións locais. Interrupción coa súa presentación no rexistro electrónico da propia entidade recorrente

O TSXG, na súa Sentenza do 24 de febreiro de 2023 (rec. 7017/2023, relator: Fernández López), admite a posibilidade de que un concello interpoña no seu propio rexistro electrónico o recurso administrativo dirixido fronte a outra Administración pública (deputación provincial), con plenos efectos respecto da interrupción do prazo de interposición:

«(...) el artículo 16 de la LPACAP no sólo le obliga [al ayuntamiento] a llevar un Registro Electrónico General para asentar tanto los escritos que reciba, como los que salgan –sin dilación– a su destinatario, con las debidas garantías que ese precepto señala, y de ahí que se permita la posibilidad de presentar esos escritos en cualesquiera de los registros a que se refiere su apartado 4, entre ellos el propio de esa corporación local, lo que ese precepto no prohíbe, puesto que todos esos registros tienen que estar “plenamente interoperables, de modo que se garantice su compatibilidad informática e interconexión, así como la transmisión telemática de los asientos registrales y de los documentos que se presenten en cualquiera de los registros”.

A lo indicado se debe añadir que el artículo 31.2 de esa misma ley contempla el cómputo de plazos en los registros electrónicos, que se regirá por la fecha y hora oficial de la sede electrónica de acceso, que deberá contar con las medidas de seguridad necesarias para garantizar su integridad y figurar de modo accesible y visible durante las 24 horas de cada día del año, para lo cual se tendrá en cuenta la fecha y hora de presentación, que es verdad que en este caso no se realizó formalmente en el registro de entrada, sino en el de salida, lo que como tuvo lugar el día 20.12.21, a las 20:42 horas, esto es, dentro de plazo, aunque se recibió en el centro de destino al día siguiente, a las 09:20 horas».

1.5 Responsabilidade de concello por defectuosa depuración das augas residuais que a rede municipal verte nunha canle fluvial. Non debeu conceder novas licenzas de obras ou actividade sen resolver previa ou simultaneamente o problema técnico da súa depuradora

A Sentenza da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo (TS) do 15 de febreiro de 2023 (rec. 430/2021, relator: Olea Godoy) desestima o recurso interposto por un concello da provincia de Ourense contra a sanción dun millón de euros que lle impuxo o Consello de Ministros pola comisión dunha infracción moi grave ao incumprir as condicións de vertedura de augas residuais ao río Barbaña outorgada pola Confederación Hidrográfica do Miño.

O alto tribunal rexeita en primeiro termo o argumento do Concello, de que «la Corporación Municipal sancionada no ha podido evitar la producción del vertido, que se reconoce excede de la carga contaminante autorizada, dado que las actuales instalaciones depuradoras no son idóneas para una adecuada depuración de los vertidos que puedan adaptarse al autorizado; situación generada por la incorporación de nuevos vertidos de obras e instalaciones que se han realizado en el Municipio sin que pueda acometer una reforma o renovación de la Estación Depuradora de Aguas Residuales (EDAR) como sería necesario, dado su alto coste económico».

Considera que, pola contra, a Administración local recorrente cumpre o requisito de “culpabilidade” porque:

«si fue el mismo Ayuntamiento el que solicitó y asumió la concesión para un vertido urbano con unos límites de carga contaminante; en su manos estaba vigilar dichos límites y, o bien no autorizar o condicionar autorizaciones o licencias que alterasen dicho vertido o modificar las instalaciones depuradoras, coste al que debía cooperar, como una exigencia más de la urbanización de los terrenos en que debieron instalarse las edificaciones a que se hace referencia. No puede eximirse el Ayuntamiento, titular de la red de evacuación de aguas residuales y titular del vertido y de la concesión otorgada del mismo por el Organismo de Cuenca, por el aumento de instalaciones y edificaciones en su ámbito territorial, porque esa ampliación de los terrenos urbanizados pudieron, y debieron, realizarse asumiendo la exigencia de que el vertido debía tener unos límites por encima de los cuales debían asumirse el mayor coste que supusieran. Lo que no era admisible es ampliar las conexiones de vertidos a la red municipal, que nunca pudo hacerse sino con autorización municipal, sin acometer esa ampliación de las instalaciones de depuración con la finalidad de mantener la carga contaminante».

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

2 Medio ambiente e urbanismo

2.1 Costas. Prórroga de concesión de dominio público marítimo-terrestre para fábrica de pasta de papel (Ence)

A industria fabril de celulosa de Pontevedra/Marín (Ence) construíuse mediante recheos sobre o mar ao abeiro dunha concesión outorgada no ano 1958 pola Administración do Estado “a título de precario, *sen prazo limitado*”.

Tras a entrada en vigor da Lei 22/1988, de costas (LC), a duración máxima da concesión reconduciuse a 30 anos, isto é, ata o 29 de xullo de 2018. Pero a LC foi modificada pola Lei 2/2013, do 29 de maio, na que se permitiu a posibilidade de prorrogar este tipo de concesións ata un máximo de 75 anos. O 20 de xaneiro de 2016 o daquela Ministerio de Agricultura, Alimentación e Medio Ambiente outorgoulle a Ence a prórroga da concesión de ocupación de dominio público marítimo-terrestre por 60 anos máis, con determinadas condicións. O Concello de Pontevedra, Greenpeace

España e a Asociación pola Defensa da Ría de Pontevedra impugnaron esta última resolución ante a Sala do Contencioso-Administrativo da Audiencia Nacional (AN) nos recursos n. 484/2016, 700/2016 e 268/2016. A Avogacía do Estado achantouse nos ditos procesos, pero continuaron ante a oposición da empresa codemandada. A AN estimou os recursos nas súas respectivas sentenzas do 15 de xullo (2) e 21 de setembro de 2021, coa seguinte motivación:

«(...) se requiere como presupuesto básico para la prórroga ex artículo 32.1 de la Ley de Costas, que se trate de instalaciones que, por su naturaleza, no puedan tener otra ubicación. (...) el agua dulce, en un determinado volumen, es un recurso necesario e imprescindible para el proceso productivo de las plantas de pasta de papel Kraft con blanqueo, como la de Ence Pontevedra, así como la proximidad a recursos hídricos (agua salada o dulce) para la evacuación del vertido, pero no que dichas plantas por su naturaleza o configuración tengan que ubicarse en el dominio público marítimo terrestre, que es lo que exige el artículo 32.1 de la Ley de Costas. Por tanto, pueden situarse en las proximidades, pero fuera de dicho demanio costero, en las proximidades de los ríos o de grandes masas de agua. Y eso es precisamente lo que sucede con otras fábricas de celulosa BHK en nuestro país, como las Torraspapel S.A en Zaragoza y Papelera Guipuzcoana de Zicuñaga S.A., que se sitúan junto a ríos en los que evacuan el efluente, y también con la fábrica de Ence en Navia, que según ambos peritos es equiparable con la de Pontevedra, que se sitúa próxima, pero fuera del demanio costero».

Non obstante, o TS, en sentenzas do 6 de marzo de 2023 (recs. 7364/2021 e 7680/2021, relator: Olea Godoy, inclúen voto particular), estimou os recursos de casación interpostos por Ence e outros afectados, confirmando en definitiva a prórroga da concesión.

O alto tribunal conclúe que, a este tipo de prórroga concesional, anterior á reforma do Regulamento Xeral de Costas operada polo Real decreto 668/2022, do 1 de agosto; e á Lei 7/2021, do 20 de maio, de cambio climático, non se lle aplican os requisitos do artigo 32 LC, senón exclusivamente o réxime especial do artigo 2 Lei 2/2013, que só requiría dun informe favorable da Administración autonómica, de maneira que para obter a prórroga non era necesario acreditar unha vinculación directa entre a actividade en si e o dominio marítimo-terrestre. Establece o seguinte criterio interpretativo:

«las concesiones sobre el dominio público marítimo-terrestre que fueron otorgadas en base a derechos anteriores a la entrada en vigor de la LC y conforme a su régimen transitorio, que se acogieron al derecho reconocido en la Ley 2/2013, tienen derecho a una prórroga de hasta setenta y cinco años, computados desde la fecha en le fueran concedida dicha prórroga, manteniendo el mismo régimen de uso y actividad del que venían disfrutando con anterior a la LC, pero con la limitación de que tales prórrogas están condicionadas al otorgamiento de un informe favorable (en otro caso ha de motivarse) del órgano ambiental de la Comunidad Autónoma, en el que se determine los efectos que la ocupación tiene

para el medio ambiente. Dicha prórroga, conforme a lo establecido en la Ley 2/2013, queda limitada, en todo caso, al mencionado plazo computado desde la fecha que fue otorgada».

2.2 Parques eólicos. Fragmentación de proyectos sobre ámbitos vinculados para eludir unha avaliación ambiental rigorosa. Requisitos do período de información pública

O TSXG, na súa Sentenza do 26 de maio de 2023 (rec. 7052/2022, relator: Fernández López), anula o acordo do Consello da Xunta de Galicia de novembro de 2021 que outorgou autorización administrativa previa e de construción e declaración de utilidade pública das instalacións relativas ao proxecto do parque eólico Campelo (A Coruña).

A anulación fúndase en dous motivos complementarios. O primeiro consiste en:

«la indebida fragmentación del proyecto del parque eólico de Campelo, que no era autónomo e independente respecto de los del Monte Toural y Bustelo, promovidos por promotoras vinculadas (...).

Debe partirse de la definición contenida en el anexo VI de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental, cuya parte A se refiere al estudio de impacto ambiental, mientras que la B se refiere a los conceptos técnicos, entre los que se recoge en su letra n) el de fraccionamiento de proyectos, que se define como el “mecanismo artificioso de división de un proyecto con el objetivo de evitar la evaluación de impacto ambiental ordinaria, en el caso de que la suma de las magnitudes supere los umbrales establecidos en el anexo I”, esto es, para parques eólicos que tengan 50 o más aerogeneradores, más de 30 MW o que se encuentren a menos de dos kilómetros de otro parque eólico en funcionamiento, en construcción, con autorización administrativa o con declaración de impacto ambiental. De este modo, se trata de evitar que, por esta vía, se deje de aplicar el mecanismo de mayor protección ambiental, que es la ordinaria. (...).

Lo cierto es que ningún letrado niega que los tres proyectos compartan líneas e infraestructuras de evacuación, como tampoco que cada uno de ellos hubiera sido objeto de estudio de sus efectos acumulativos y sinérgicos, así como de su propia declaración de impacto ambiental, de modo que con ello reconocen abiertamente que se ha producido la fragmentación de la evaluación ambiental de proyectos de tres parques eólicos que, en realidad, no eran autónomos, sino integrados y dependientes entre sí, al compartir estructuras y conexiones, a pesar de que las solicitudes se formularon en fechas distantes entre sí».

O segundo motivo de anulación refírese á vulneración do disposto en:

«la normativa de la Unión Europea al reducir a la mitad el trámite de información pública; a lo que se añade el hecho de que, con anterioridad, no se hubieran puesto a disposición de la ciudadanía los informes sectoriales».

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

Sobre esa última cuestión xa se pronunciara antes o TSXG, en termos similares, en senllas sentenzas do 21 de xaneiro de 2022 (recs. 7196/2020 e 7419/2020), as cales están actualmente en fase de casación ante o Tribunal Supremo (recs. 3303/2022 e 4795/2022).

2.3 Contaminación acústica xerada por un local de negocio. Réxime xurídico aplicable. Posibilidade de supervisión, por tempo indefinido, da súa comunicación previa/declaración responsable

A Sentenza do TSXG do 27 de abril de 2023 (rec. 4407/2022, relator: Díaz Casales) analiza en detalle o réxime xurídico dos límites de emisión de ruído polos locais de negocio, aplicable a día de hoxe en Galicia. E incide por último en que:

«(...) tratándose de una cuestión que afecta a derechos fundamentales de quienes se ven expuestos a la contaminación acústica (así lo refiere la St. del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de enero de 2019 en el Asunto Cuenca Zardoso contra España) resulta que las administraciones han de extremar el celo en la vigilancia de que estas actividades se realicen dentro de los márgenes en las que resultan tolerables, lo que nos lleva a concluir que el decreto de archivo, en base al referido informe, no es conforme a derecho y merece ser anulada, en atención a que como tiene declarado el T.S. en la reciente sentencia de 8 de marzo de 2023 (dictada en el recurso de casación 8658/2011) las facultades de comprobación, vigilancia y control de las declaraciones responsables o comunicaciones previas no están sujetas a plazo alguno y pueden realizarse durante todo el tiempo de desarrollo de la actividad».

2.4 Urbanismo. Licenza de obras. A instalación en solo rústico protexido de equipamentos e dotacións require da aprobación previa dun plan especial de infraestruturas e dotacións. Revisión de oficio das licenzas concedidas sen o dito plan especial

A Sentenza do TSXG do 12 de maio de 2023 (rec. 4296/2022, relator: Recio González) confirma a anulación da licenza de obras outorgada ao Real Club Celta de Vigo para a construción de instalacións auxiliares deportivas en solo rústico de especial protección forestal do termo municipal de Mos. E así mesmo ordena a revisión de oficio doutra licenza anterior concedida para a construción de campos de fútbol no mesmo lugar, coa seguinte fundamentación:

«Conforme dispone el artículo 36.1 LSG, los usos contemplados en el artículo 35 como admisibles en suelo rústico serán autorizables mediante licencia municipal (...) Añadiéndose la necesidad de, previa la concesión de licencia municipal, obtener autorización o informe sectorial favorable cuando se trate de suelos rústicos de especial protección (art. 36.2 LSG, que es el presente supuesto). No obstante, también dispone en su punto cuarto que “Los usos contemplados en las letras o)

y p) del artículo anterior requerirán la aprobación de un plan especial de infraestructuras y dotaciones”. Queda así delimitado el objeto de este recurso de apelación, que se centra en determinar si el objeto de las licencias era una actividad deportiva con las obras imprescindibles para su uso, como entendió el Concello y la Administración sectorial autonómica y se sostiene por la parte apelante, o si, por el contrario, como refiere la parte recurrente (apelada), y acepta la sentencia recurrida, nos encontramos ante un equipamiento deportivo privado, derivando de ello el que las obras e instalaciones puedan autorizarse mediante licencia municipal o bien requieran la previa tramitación de un plan especial de infraestructuras y dotaciones –PEID–. (...)

se trata de un “equipamiento deportivo privado”: un campo de fútbol doble de 16.576 m² con un aparcamiento de 5.500 m², autorizados en la primera de las resoluciones recurridas; y los vestuarios e instalaciones a que se refiere el segundo de los acuerdos; por lo que exceden de las instalaciones mínimas a que se refiere la ley, y se puede considerar dentro de lo que en la propia solicitud de licencias se denomina como equipamiento deportivo, al presentar los planos del proyecto básico. Y también ha de compartirse la consideración de que, con un margen temporal de no más de un año entre uno y otro acuerdo, se han autorizado unas obras que conformarán un conjunto completo que constituye una unidad. De forma que no se está discutiendo que se pueda emplazar en suelo rústico, sino que los que se está debatiendo es si entra en uno u otro de los preceptos citados, y, por consecuencia, precisa de un Plan Especial. (...).

En conclusión, y partiendo de las definiciones más arriba expuestas sobre lo que es un equipamiento deportivo, atendida la circunstancia de que se trata de varios campos de fútbol en un recinto cerrado al aire libre, constituyendo la primera fase de una ciudad deportiva para un equipo profesional de fútbol, se puede llegar a la conclusión de que lo proyectado y licenciado es un equipamiento privado deportivo, con naturaleza dotacional, por lo que, siendo necesaria la previa tramitación y aprobación del plan especial, ha de compartirse la fundamentación de la sentencia apelada cuando se considera en la misma que procede tanto la anulación de la segunda de las licencias, como la revisión de oficio de la primera».

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

3 Persoal

3.1 Non cabe recoñecerlle a un funcionario interino a condición de empregado público fixo sen ter superado antes un procedemento selectivo, con concorrencia e publicidade, convocado *ex professo* para prazas de funcionario de carreira

O TSXG, na súa Sentenza do 19 de abril de 2023 (rec. 43/2022, relator: López González), desestima a pretensión de transformación da súa vinculación temporal en fixa, formulada por un profesor de educación física que leva máis de dez anos como funcionario interino no mesmo instituto de ensino secundario.

Conclúe, en primeiro lugar, que as funcións desempeñadas polo actor carecen de natureza estrutural, porque, entre outras razóns:

«(...) La figura del profesor especialista tiene carácter excepcional y opcional, no siendo necesaria su existencia en los centros educativos toda vez que solo tienen atribución docente en módulos específicos, por lo que corresponde a la potestad organizativa de la Administración la decisión sobre la oportunidad de que determinados módulos o materias sean impartidos por este personal en atención a su cualificación y a las necesidades del sistema educativo, por lo que las funciones que desempeñan pueden dejar de ser necesarias o pasar a ser ejercidas por funcionarios del Cuerpo de Catedráticos y Profesores de Enseñanza Secundaria. De ahí que no pueda hablarse del desempeño de funciones permanentes y estructurales por parte de los profesores especialistas en fútbol. (...)».

En segundo lugar, constata que non se pode cualificar de fraudulenta a vinculación temporal do recorrente porque:

«(...) tuvo conocimiento en todo momento de que era por tiempo determinado, a la finalización del cual o por la concurrencia de específicas circunstancias debía cesar. Así, al ser esencialmente temporal, podría ser revocado cuando se procediese a la provisión por un funcionario de carrera o, a juicio de la Administración, cesasen las circunstancias que determinaron dicho nombramiento.

La inicial vinculación del demandante con la Administración, aun cuando hubiere podido tener lugar a través de la superación de unas pruebas para su contratación indefinida, no puede ser conceptuada como de acceso al empleo público en virtud de la superación de un proceso selectivo en los términos en que tal concepto se utiliza en el ámbito de la función pública. De ahí que dicha contratación no le genere ninguna expectativa legítima para el futuro, sino que esa contratación o nombramiento es por tiempo limitado y, aunque después se le renueve o vuelva a nombrar, ello es debido a concretas razones que hacen que persista la temporalidad indicada.

En aquellos años la Administración se veía muy limitada para cubrir la totalidad de las vacantes producidas, como consecuencia de la imposición de la normativa vinculante a nivel estatal, ya que en las sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado se introdujeron severas limitaciones para aquella cobertura con unas drásticas reducciones de la tasa de reposición de efectivos, por lo que para un adecuado funcionamiento del servicio público resultaba obligado acudir a listas de sustitutos e interinos, de modo que, en cuanto justificado, no cabía hablar de un uso abusivo de la contratación temporal. Así, la tasa de reposición fue del 30 % en 2011, del 10 % en 2012, 2013 y 2014 y del 50 % en 2015, siendo del 100 % desde 2016 a 2019, pero sin que dicha tasa se aplicase sobre la totalidad de las vacantes sino sobre la diferencia resultante entre el número de empleados fijos que, durante el ejercicio presupuestario anterior, dejaron de prestar servicios en cada uno de los respectivos sectores, ámbitos, cuerpos o categorías, y el número de empleados fijos que se hubieran incorporado en los mismos, en el referido ejercicio, por cualquier causa, excepto los procedentes de ofertas de empleo público, o reingresado desde situaciones que no conlleven la reserva de puestos de trabajo (artículo 19.4 de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017).

Conviene significar que el demandante o bien no se inscribió en los procesos selectivos convocados o bien no llegó a superarlos, por lo que no consiguió plaza.

En el caso enjuiciado no se puede hablar de nombramiento irregular para ocultar la verdadera finalidad de cubrir unas necesidades permanentes.

Debe recordarse que el recurrente se ha venido beneficiando de formar parte de la función pública, si bien interinamente y por tiempo determinado.

Por tanto, la situación es muy diferente a la que se presenta en el empleo privado, en el que la concatenación irregular de contratos temporales entraña una práctica abusiva y fraudulenta que causa perjuicio al empleado, de modo que la conversión del contrato en indefinido entraña un estímulo idóneo para que el empleador cese en esa práctica irregular.

Ni esa situación se produce en el caso presente ni tiene sentido la conversión en fija de una vinculación temporal a la que el actor se acogió voluntariamente en unas condiciones previamente establecidas y acordes a la finalidad que cumple. (...).

La única finalidad perseguida era el correcto funcionamiento del servicio público mediante la cobertura del puesto cuya vacante no podía ser ofrecida al empleo fijo, dadas las limitaciones presupuestarias existentes. Además, tampoco se puede hablar de situación de desamparo, incerteza e inseguridad del actor, ya que desde el principio conocía la temporalidad de su nombramiento y las circunstancias que podrían dar lugar a su cese.

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

Tal cómo han declarado las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de abril, 12 y 20 de noviembre y 3 de diciembre de 2019, la superación del plazo de tres años, a que se refiere el artículo 70.1 del RDL 5/2015, no transforma automáticamente los contratos de interinidad por vacante en indefinidos no fijos. (...).

Desde el momento en que no cabe apreciar abuso alguno en el nombramiento ni fraude en el mismo, no existe base para adoptar medida alguna de las previstas en la Directiva 1999/70/CE y en la jurisprudencia comunitaria, y mucho menos cabe la conversión de la vinculación temporal en el empleo fijo que se pretende.

De todos modos, aunque se hubiera apreciado aquel abuso y fraude en el nombramiento, nunca cabría acoger la pretensión principal de conversión en empleado público fijo, equivalente al funcionario de carrera, porque ello resultaría contrario a los principios de igualdad, mérito y capacidad, recogidos en los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución española, pues, conforme a los artículos 62 del RDL 5/2015 y 60 de la Ley 2/2015, el único modo de adquirir la condición de funcionario de carrera es a través del cumplimiento de los requisitos y exigencias que dichos preceptos contemplan y, entre ellos, el de superar el correspondiente proceso selectivo, desarrollado de conformidad a los sistemas establecidos en los artículos 61.1 del EBEP y 57.1 de la Ley 2/2015 (oposición o concurso-oposición), entre los cuales no se prevé la inclusión en listas de funcionarios interinos o de vinculación temporal. Es más, el artículo 25.4 de la Ley 2/2015 establece que “La prestación de servicios en régimen interino no constituye mérito preferente para la adquisición de la condición de personal funcionario de carrera”.

Decimos que no resulta procedente el reconocimiento de la condición de empleado público fijo, porque para la adquisición de esa condición siempre sería imprescindible la superación de un proceso selectivo, de modo que si no es como funcionario de carrera sólo podría ser como personal laboral fijo y para ello resulta necesaria la selección por los sistemas de oposición o concurso-oposición o, excepcionalmente, por concurso de méritos, tal como se establece en el artículo 57.2 de la Ley 2/2015 (“El personal laboral fijo puede ser seleccionado por los sistemas de oposición o concurso-oposición, con las características establecidas en el artículo anterior, o, excepcionalmente, por el sistema de concurso de valoración de méritos”). (...).

Por lo demás, aunque se pudiera acoger la pretensión del reconocimiento de la condición de empleado público fijo, lo que no cabría es la permanencia en el puesto de trabajo que actualmente ocupa, ya que incluso a quienes superan el proceso selectivo no se les puede garantizar un puesto determinado, pues lo que se logra es una plaza que no se concreta en un puesto específico hasta que, finalizado todo el proceso selectivo, se convocan puestos singulares, debiéndose tener presente que entre la convocatoria y la culminación del proceso selectivo son muchas las variaciones e incidencias que pueden producirse en torno a las plazas a cubrir en su día.

Tampoco sería posible el mantenimiento en el puesto que ocupa hasta la cobertura definitiva o amortización, pues, para ello, sería imprescindible la constatación previa de la utilización abusiva del nombramiento, tal como se deduce de la sentencia del Tribunal Supremo n. 1425/2018, de 26 de septiembre, y ya hemos visto que en el caso presente no existe base para dicha apreciación.

La reciente sentencia de 19 de marzo de 2020 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea recalca el apoderamiento al juez nacional para la apreciación de la concurrencia del fraude en la contratación o en los sucesivos nombramientos. En todo caso, no debemos olvidar que la Directiva comunitaria de referencia no es de inmediata y directa aplicación en el derecho interno, sino que corresponde al juez nacional su interpretación y aplicación conforme a la normativa propia.

En el presente caso, además, desde el momento en que no cabe apreciar abuso en el nombramiento ni fraude en el mismo, no existe base para adoptar medida alguna de las previstas en la Directiva 1999/70/CE y en la jurisprudencia comunitaria, y mucho menos cabe la conversión de la vinculación temporal en el empleo fijo que se pretende».

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

3.2 Personal dos grupos de emerxencias supramunicipais. Vínculo laboral temporal

A Sentenza do TSXG do 29 de marzo de 2023 (rec. 81/2022, relator: Sánchez Romero) analiza a convocatoria e as bases aprobadas por un concello para a contratación de persoal laboral temporal (11 peóns) no grupo de emerxencias supramunicipal (GES) da Paradanta. A dita contratación realizárase no marco do convenio de colaboración suscrito pola Xunta de Galicia, a Federación Galega de Municipios e Provincias e as deputacións provinciais, en materia de emerxencias e prevención e defensa contra incendios forestais, para o desenvolvemento dos GES, como grupos operativos en emerxencias de ámbito supramunicipal, para completar o mapa de emerxencias de Galicia.

A sentenza toma como punto de partida os seguintes presupostos:

«En el citado convenio se señala que los GES se situará estratégicamente en 24 localidades, que por tener carácter supramunicipal permiten ofrecer cobertura, junto con los demás servicios de emergencia, a un total del 90-97 % de la población. Con carácter general, cada grupo se conforma por 12 efectivos, y en el caso de que el GES tenga base compartida podrá estar integrado por 12,16, 18 o 19 efectivos. En todos los casos, cada GES contará con una estructura profesionalizada y de carácter permanente, que dé cobertura a toda la zona de actuación del grupo conforme al Anexo I, en el que se recoge también su sede. En lo que se refiere a la selección, formación y operatividad de los componentes de estos grupos, se estará a lo dispuesto en el Anexo VIII.

En la cláusula cuarta del convenio se indican las funciones, esencialmente en el ámbito, entre otras, de la acción contra incendios forestales, gestión de la biomasa, prácticas preventivas, actuaciones de prevención de la avispa velutina, intervenir en situaciones de riesgo y emergencia para mantener a la seguridad de carreteras, colaborar con los grupos de acción establecidos en planes municipales, actividades en materia de sanidad y salubridad pública, ...

En la cláusula sexta se indica que los GES dependerán, tanto jurídica como orgánicamente del ente local por el que fueron contratados, y en ningún caso sus integrantes tendrán vínculo laboral con la Administración General de la Comunidad Autónoma ni con las Diputaciones Provinciales.

Se establece en la cláusula séptima y octava, respectivamente, lo relativo a la financiación en materia de prevención de incendios forestales, y en materia de emergencias y extinción de incendios forestales.

En los compromisos de las partes se recoge el de colaboración en la financiación del coste que suponga la operatividad de los GES, tanto por parte de la CA de Galicia, como de las Diputaciones Provinciales. La FEGAMP se compromete a coordinar el proceso de adhesión de los Concellos al Convenio. Y se recoge asimismo a qué se comprometen los Concellos adheridos.

El Anexo VIII del Convenio se refiere a los medios personales. Y se indica que son los Concellos los encargados de la selección del personal, y que en el caso de que fuese necesario seleccionar nuevos efectivos, habrá de hacerse por el sistema de concurso-oposición, respetando los principios de igualdad, mérito y capacidad y la normativa de selección de los empleados públicos. Se señala que el Concello asumirá la posición de empresario o contratante, y asumirá en exclusiva las obligaciones legales y convencionales correspondientes. Se señalan los requisitos exigidos a los aspirantes para participar en el proceso selectivo. Se regula lo relativo a la fase de concurso, así como el temario mínimo para la fase de oposición, y se indica que, superado el proceso de selección, con carácter previo al ingreso en el grupo, se realizará un curso teórico-práctico que se impartirá en la Academia Galega de Seguridad Pública (...).

O TSXG conclúe que é correcto o vínculo laboral (non funcionarial) e temporal outorgado a estes operarios, xa que:

«en primer lugar, no tienen la consideración de bomberos y sus funciones no se identifican con las propias de éstos, al abarcar otros ámbitos, y, en segundo lugar, tampoco prestan servicio para una Administración Local, sino que su actuación es supramunicipal, por lo que las manifestaciones efectuadas sobre el régimen de los bomberos y el carácter de su relación con la Administración Local, no es automáticamente trasladable a este supuesto (...).

[además] el Convenio no tiene vocación de permanencia indefinida, de modo que carecería de sentido que se hubieran de convocar puestos de carácter funcional para quienes están llamados a prestar sus servicios durante un período de tiempo determinado. En efecto, así como el Servicio de Extinción de Incendios de un Ayuntamiento pertenece a la Escala de Servicios Especiales y está compuesto por funcionarios (artículo 172.1 RDL 781/1986), porque los servicios que prestan son estructurales y permanentes, no se puede afirmar lo mismo de las tareas asignadas a los peones de los GES, quienes, al estar ligados al Convenio de colaboración, tendrán que tener la misma duración máxima que éste (...). En el caso presente lo que no es permanente es la prestación del servicio con carácter supramunicipal, que es precisamente a lo que da lugar el Convenio de colaboración. Surge con la idea de servir de complemento al mapa de emergencias de Galicia, y sin el objetivo definido de crear un Grupo estable con unos trabajadores fijos. En efecto, no pueden identificarse las tareas de extinción de incendios forestales que desarrolla el Servicio de bomberos de un Concello, que son estructurales y se limitan al ámbito del propio Ayuntamiento, por lo que es lógico que hayan de ser funcionarios los que componen ese Servicio, con las que desempeñan los peones de los GES (aunque una de sus funciones es la de intervenir en incendios forestales y urbanos en el ámbito territorial de su demarcación, aunque para ese caso se exija que actúan en coordinación técnica con el distrito forestal o con el parque comarcal de bomberos, de existir éste), que se crean temporalmente como grupos operativos de emergencias para acometer labores diferentes de carácter supramunicipal y a in de completar el mapa de emergencias de Galicia. (...). no se aprecia razón alguna por la que en principio no pueda emplearse la fórmula del contrato de obra o servicio determinado con aquel plazo máximo de duración, de modo que se antoja excesivo obligar a la contratación de personal laboral fijo para el desempeño de labores que se van a acometer en un período de tiempo concreto con un final predeterminado, coincidente con el final de la vigencia del Convenio de colaboración».

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

3.3 Ampliación de licencia por nacimiento en familias monoparentais. Exclusión das seis semanas inmediatas ao parto

O TSXG, nas súas sentenzas deo15 de novembro de 2022 e 10 de abril de 2023 (recs. 21/2022 e 140/2022, relatores: Sánchez Romero e Bolaño Piñeiro), reconece o dereito de senllas funcionarias da Administración do Estado a ampliar a licencia por nacemento de fillo, polo período que lle tería correspondido ao outro proxenitor de non tratarse dunha familia monoparental, pero excluindo as seis semanas inmediatas ao parto. A sala alcanza esa conclusión:

«(...) en una interpretación del artículo 49 del EBEP que debe hacerse, de conformidad con los principios generales del derecho y las normas internacionales, desde la perspectiva de la protección del interés superior de la menor, la prohibición de

discriminación por la única razón de integrarse en familia monoparental, y la perspectiva de género.

En cuanto a la duración del permiso solicitado, la recurrente solicita que le sea reconocido el derecho al disfrute del permiso de paternidad, por un periodo de: 16 semanas como Petición Principal. 10 semanas como Petición Subsidiaria.

De conformidad con los razonamientos anteriormente expuestos, no procede reconocer la totalidad de las semanas solicitadas como pretensión principal, ya que debe tenerse en cuenta que la recurrente ha disfrutado ya de 6 semanas ininterrumpidas inmediatamente seguidas al parto (30/12/2021 a 20/04/2022), y que el permiso que correspondería al otro progenitor también exige que 6 semanas se disfruten inmediatamente siguientes al parto, por lo que éstas han de excluirse, pues de otro modo se originaría una desigualdad indeseada, pues entonces, la familia monoparental disfrutaría de 32 semanas (16 de la madre y las 16 del otro progenitor que acumula), frente a las 26 que disfrutaría la familia biparental en caso de alternancia entre los progenitores en lugar de disfrute conjunto. Por tanto, las semanas a las que cabría ampliar el permiso serían diez (...)».

3.4 Inexistencia de colexiación dos profesionais da sanidade pública

O TS, na súa Sentenza do 2 de decembro de 2022 (rec. 6124/2021, relator: Lucas Murillo), ratifica a do TSXG impugnada, concluíndo que: «*a falta de una ley o disposición con fuerza de ley estatal no cabe exigir a la Administración que exija el cumplimiento de la obligación de colegiación de los empleados públicos que ejercen profesiones sanitarias*». Con estes razoamentos:

«(...) si observamos los requisitos exigidos por los artículos 20 y 29 y siguientes de la Ley 55/2003 para acceder a plazas de profesionales sanitarios de los Servicios de Salud, no se incluye entre ellos el de estar colegiado. Del mismo modo, la Ley 44/2003, pese a identificar con bastante detalle los principios a los que debe someterse el ejercicio de las profesiones sanitarias y prever, incluso, la exigencia de la colegiación cuando esté legalmente prescrita no impone a la Administración controlar su cumplimiento.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que no es lo mismo el ejercicio privado de una profesión sanitaria que su desempeño en la Administración Pública para el que se requiere la superación de los correspondientes procesos selectivos y respetar las reglas que rigen la prestación del servicio público cuya observancia procura la propia Administración. Además, se ha de tener en cuenta que, en principio, corresponde a los colegios de las profesiones reguladas velar por los intereses de las mismas. Por eso, les reconoce y da relevancia el artículo 36 de la Constitución. Encomendar al Servicio Gallego de Salud, esto es, a la Administración vigilar el cumplimiento de la obligación legal de colegiarse, es decir, prever una intervención

pública en la esfera confiada a los colegios profesionales es una excepción a esa regla y, en cuanto tal, debería contar con una previsión legal expresa.

En este contexto normativo, no parece irrazonable la posición mantenida por el Servicio Gallego de Salud que han confirmado materialmente el Juzgado, primero, y la Sección Segunda de la Sala de La Coruña después».

3.5 Suspensión provisional de funcións de empregado público procesado ante a xurisdición penal. Non pode superar os seis meses

A Sentenza do TSXG do 22 de marzo de 2023 (rec. 481/2021) conclúe, en primeiro lugar, a procedencia da imposición pola Administración da medida provisional de suspensión de funcións a un funcionario condenado en sentenza penal que carece aínda de firmeza. Non obstante, limita a duración máxima desa medida a un período de seis meses. Toma como referencia a Sentenza do TS do 27 de xaneiro de 2022 (rec. 6275/2018), na que se establece o seguinte:

«Esta Sala entende que la duración máxima de seis meses allí prevista [art. 98.3 del EBEP] rige para toda suspensión provisional de funciones acordada por la Administración en el curso de un procedimiento disciplinario, con dos únicas excepciones: primera, que haya paralización del procedimiento disciplinario por causa imputable al interesado; y segunda, que haya prisión provisional u otra medida acordada por el Juez que impida al funcionario desarrollar sus funciones. (...) la respuesta a la cuestión declarada de interés casacional objetivo es que la duración máxima de seis meses establecida por el art. 98.3 del EBEP es aplicable durante la sustanciación de un proceso penal, salvo que haya prisión provisional u otra medida judicialmente acordada que impida al funcionario desarrollar su trabajo».

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

4 Proceso contencioso-administrativo

4.1 Requisitos das medidas cautelares. *Fumus boni iuris*. Excepción á exigencia de caución

O TSXG, no seu Auto do 16 de decembro de 2022 (rec. 7051/2022, relator: Villares Naveira), estima a solicitude de medidas cautelares formulada por dúas asociacións ecoloxistas e suspende a executividade da resolución da Xunta de Galicia de xullo de 2021 que autorizou a construción do parque eólico Monte Toural (A Coruña).

O auto aprecia, como causa determinante da suspensión cautelar, a “aparencia de bo dereito” (*fumus boni iuris*) da pretensión dos actores no proceso principal. E iso tras constatar que as autorizacións anteriores doutros parques eólicos, outorgadas

en similares condicións, foron xa anuladas en sucesivas sentenzas do TSXG (por fragmentación artificial do proxecto eólico, así como contravención do dereito interno e da UE sobre requisitos formais do trámite de información pública). O tribunal valora especialmente que: *«a xurisprudencia ten admitido a proxección da aparencia de bo dereito ante supostos análogos de apreciación de causas de nulidade cos que constitúen a ratio decidendi do procedemento en curso, e fíxoo ademais entre outros, en supostos relativos á impugnación de autorizacións administrativas para a construción de parques eólicos onde estaba comprometida a correcta aplicación do dereito comunitario»*.

En segundo lugar, considera que o prexuízo que se lle infire á empresa titular das autorizacións por esta suspensión cautelar, na hipótese de que a sentenza finalmente fose desestimatoria, é notablemente inferior ao que se xeraría na situación inversa (sentenza anulatoria sen suspensión cautelar previa).

En terceiro lugar, exime as asociacións demandantes da obriga de constituír unha caución, xa que:

«as recorrentes son entidades sen ánimo de lucro e sen actividade mercantil xeradora de ingresos, a imposición de caución pode determinar a imposibilidade de outorgar unha suspensión cautelar, aínda que se desen os supostos previstos legalmente para facelo, por un feito externo a eles como é a prestación de fianza. Dado que esta non se configura no art. 133.1. LXCA como obrigatoria, é facultade do Tribunal, pero tamén deber, ponderar os casos en que procede esixila e en cal non. E neste caso entende a Sala que non procede. Primeiro, e acollendo os argumentos xurisprudenciais expostos, porque a aparencia de bo dereito debilita a posición de presunción de legalidade do acto e polo tanto debe incidir no acceso á suspensión da executabilidade que habitualmente a acompaña, neste caso mediante dispensa da caución (...); e segundo, porque o ben xurídico aquí cualificado, en función das circunstancias concorrentes, como prevalente, ten un interese público de primeira magnitude que interpela ao conxunto da cidadanía e por iso se confire acción pública en defensa da legalidade en materia ambiental (art. 22 Lei 27/2006, do 18 de xullo, pola que se regulan os dereitos de acceso á información, de participación pública e de acceso á xustiza en materia de medio ambiente) e se sitúa ás entidades de defensa do medio ambiente nunha posición relevante de tutela de intereses colectivos».

4.2 Recurso de casación autonómico. Requisitos de procedibilidade. Necesidade de que existan criterios contraditorios dentro dunha mesma sala ou dunha sección especializada

O Auto do TSXG do 13 de decembro de 2022 (rec. 4177/2021) establece, en termos res- tritivos, os requisitos de admisión dos recursos de casación autonómica interpostos contra as súas sentenzas. Incide en que:

«(...) Conforme al criterio de esta sección de casación, en una Sala de lo con- tencioso-administrativo, como la del TSJ de Galicia, que se divide en secciones

funcionales especializadas con competencia para el conocimiento de los recursos que versan sobre determinadas materias –la Sección 2ª lo es en materia urbanística– son estas secciones las que deben de sentar un criterio interpretativo de las normas autonómicas sectoriales aplicables por razón de esa materia, y son estas secciones especializadas las que conforman el criterio o doctrina de la propia Sala (...). la deficiente técnica legislativa empleada en la redacción del artículo 86.3 LJCA, ha dado lugar a una disparidad de criterios en la aplicación de esta norma, y junto con las incertidumbres y lagunas que caracterizan a esta regulación legal, todo ello sirvió para que el Tribunal Constitucional (TC) dictase varios autos y sentencias, que aun así no resuelven la cuestión ahora controvertida (...). El TC no llegó a resolver si el criterio que defiende esta sección especial, coincidente con el que siguen otros tribunales superiores de justicia, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva. Este criterio se asienta principalmente en la función unificadora que debe desempeñar el recurso de casación por infracción de normativa autonómica, que está llamada a cumplir cuando existan criterios contradictorios dentro de una misma Sala, limitando la aplicación del artículo 88.3 a) LJCA a aquellos casos en los que exista contradicción entre sentencias de la misma Sala sobre cuestiones sustancialmente iguales; cuando la doctrina que se recoge en la sentencia recurrida se aparte de la previamente existente, o cuando sea necesario matizarla, precisarla (...). Esta Sala no ha exigido una total y absoluta identidad entre el supuesto enjuiciado y el de la sentencia de contraste, sino una “identidad sustancial” que, en este caso, y previo estudio singularizado de las sentencias de contraste, no se ha apreciado».

4.3 Competencia da xurisdición contencioso-administrativa para a impugnación de resolucions das universidades públicas de avaliación dos méritos docentes de persoal laboral

O TSXG, na súa Sentenza do 27 de febreiro de 2023 (rec. 472/2022, relator: Seoane Pesqueira), declara que lle corresponde á xurisdición contencioso-administrativa, e non á social, o coñecemento dos recursos do persoal laboral dunha universidade pública (profesor asociado) fronte ás resolucions reitorais de avaliación de méritos docentes:

«(...) la delimitación general sobre la jurisdicción competente para resolver los conflictos del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se establece de modo que la línea de separación entre la competencia del orden social y la del orden contencioso administrativo se encuentra en el momento de la constitución del vínculo, correspondiendo al orden contencioso-administrativo lo relativo a la revisión de la legalidad de los actos administrativos que dan lugar al acceso a la relación laboral, en tanto que corresponde a la jurisdicción laboral el conocimiento de los conflictos derivados del desarrollo y extinción de la relación

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

laboral, como se desprende de los autos del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1996 y 22 de marzo de 1999.

En consecuencia, la jurisdicción contencioso-administrativa conoce de los conflictos derivados del acceso desde el exterior a la Administración hasta que finaliza el proceso selectivo, en tanto que la jurisdicción social conoce de los concursos, prueba o medios objetivos de acceso o traslado, y todo lo relativo al desarrollo de la relación laboral, que se verifican intramuros de la Administración empleadora y sus empleados. En el mismo sentido las sentencias de la Sala 4ª del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 2000 (Sala General), 5 de julio de 2001 y 5 de octubre de 2005, han declarado que corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de la impugnación de los actos de las Administraciones públicas en materia de selección de personal laboral, y ello porque en ese caso la Administración no actúa en materia de selección como empresario dentro del marco de un contrato de trabajo existente y aplicando normas laborales respecto a una persona que ya tiene la condición de trabajador, sino como autoridad pública que ejerce una potestad administrativa en orden a la selección de personal. Es decir, en ese caso la actuación administrativa es previa al vínculo laboral y predomina en ella el carácter de poder público, pues la Administración está obligada a seguir lo dispuesto en la legislación de función pública.

Por tanto, como regla general cuando la Administración actúa claramente como empresario en el marco de una relación contractual establecida y aplicando normas de indiscutible carácter laboral respecto a un personal que ya tiene la condición de trabajador, la competencia es de la jurisdicción laboral.

Ahora bien, esa regla general puede excepcionarse cuando la Administración no actúa como empleadora, sino en un cometido diferente que puede insertarse en una actuación administrativa ajena al Derecho del Trabajo, porque en ese caso no puede afirmarse que la controversia surja entre empleador y empleado como consecuencia del contrato de trabajo ni que verse sobre materia laboral ni dentro de la rama social del Derecho. En ese caso el criterio directriz para la distribución competencial es el área jurídica en que incide.

Ello es lo que ocurre en el caso presente, en el que se impugna la actuación de la Universidad de Vigo en un ámbito ajeno al contrato de trabajo, porque el reconocimiento o denegación de los méritos docentes solicitados tiene carácter administrativo, en cuanto que su finalidad es evaluar y, en su caso, homologar la actividad docente de los solicitantes, aunque estos tengan vínculo laboral con la Universidad, y pese a que de ello puedan derivarse efectos retributivos en favor de quien postula aquel reconocimiento. No importa que quien lleva a cabo esa labor evaluadora sea al mismo tiempo la empleadora, porque al reconocer o denegar esos méritos no actúa como tal empleadora.

En la sentencia apelada se incide en que el acto impugnado ha sido dictado por la Administración empleadora, en concreto la Universidad de Vigo, pero se olvida que en ese caso la Administración no actúa como empresario en el marco de una relación contractual establecida y aplicando normas de carácter laboral respecto a un personal que ya tiene la condición de trabajador, sino con la finalidad de evaluar y homologar la actuación de los docentes tras una convocatoria destinada a que estos promuevan la correspondiente solicitud.

En definitiva, lo impugnado es una actuación administrativa y la resolución administrativa se ha dictado fuera del marco laboral, al margen de que si se reconocen los méritos alegados posteriormente podrán tener incidencias retributivas en ese ámbito, lo cual no convierte en laboral aquel primer conflicto, derivado del reconocimiento, ya que es de índole puramente administrativa. Como dice la STS de 17 de noviembre de 2020, son dos ámbitos de actuación distintos, cuya discusión debe encauzarse separadamente ante cada uno de los órdenes jurisdiccionales que corresponda, el contencioso-administrativo en lo relativo a la impugnación de la denegación de reconocimiento de los méritos docentes y el social en lo concerniente, en su caso, a la retribución salarial posterior.

En consecuencia, lo impugnado entra plenamente en el ámbito del artículo 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Por todo lo cual procede la estimación del recurso de apelación, y consiguiente declaración de que el conocimiento del presente asunto corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa, debiendo pronunciarse el Juzgado sobre el fondo del asunto a fin de no privar a las partes de una instancia y que tengan la posibilidad, en su caso, de impugnar la decisión que sobre el fondo tenga lugar por parte del Juzgado. (...)».

4.4 Lexitimación activa de corporación local para impugnar o plan xeral doutro municipio. Debe acreditar a existencia dun dereito ou interese lexítimo afectado polo plan impugnado

A Sentenza do TSXG do 28 de abril de 2023 (rec. 4102/2021, relator: Martínez Quintanar) desestima o recurso interposto por un concello fronte á aprobación definitiva da modificación puntual do planeamento xeral doutro municipio. Realiza unha interesante análise sobre a lexitimación activa das corporacións municipais para recorrer contra os plans urbanísticos doutros concellos. Conclúe que nestes supostos non se pode amparar, por si soa, na “acción pública urbanística”:

«(...) La sentencia del Tribunal Constitucional 8/2008, de 21 de enero ... sobre la legitimación de las Administraciones Públicas para el ejercicio de la acción popular, reconocida a los ciudadanos, se remite a un pronunciamiento anterior, declarando que nada impide la ampliación del término “ciudadanos” a las personas

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

jurídico-públicas a la luz del reconocimiento a las mismas de la titularidad en ámbitos específicos del derecho a la tutela judicial efectiva, pero en función de lo que se determine por las leyes al regular las acciones que se pueden ejercitar por dichas personas jurídico-públicas, en estos términos:

“A continuación la STC 311/2006 señala que la Sentencia del Pleno 175/2001 afrontó la cuestión de la titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión por parte de las entidades jurídico-públicas, y señala que en ella se dijo que nada impide la ampliación del término “ciudadanos” a las personas jurídico-públicas a la luz del reconocimiento a las mismas de la titularidad en ámbitos específicos del derecho a la tutela judicial efectiva. (...) También este segundo argumento había obtenido respuesta en la tantas veces citada STC 311/2006, de 23 de octubre, cuyo fundamento jurídico 5 considera que, cuando la Ley autonómica prevé que la Comunidad Autónoma se persone como acción popular en algunos procesos seguidos por violencia de género, esa posibilidad legal “no puede desconocerse por los órganos judiciales e inaplicarse”, como ocurre de facto en el presente caso, con el argumento de que con ello se crea una nueva forma de acusación que invade la legislación estatal y contradice la doctrina del Tribunal Constitucional.

A estos efectos la STC 311/2006 retoma la STC del Pleno 175/2001 para recordar que “corresponde a la Ley procesal determinar los casos en que las personas públicas disponen de acciones procesales para la defensa del interés general que tienen encomendado” y que, una vez que la Ley ha incorporado dichos mecanismos procesales, “la interpretación judicial de las normas de acceso al proceso estará guiada, también en relación con las personas públicas, por el principio pro actione cuando se trata del acceso a la jurisdicción, ya que la limitación del alcance del art. 24.1 CE en relación con las personas públicas actúa respecto del legislador, no en relación con el juez” (FJ 2.a).

Por lo demás, la STC 311/2006 concluye que “los órganos judiciales no pueden fiscalizar las normas postconstitucionales con rango de ley” y añade, acto seguido, que “en el ejercicio de la jurisdicción de amparo, desde la perspectiva del derecho de acceso al proceso aquí alegado, existiendo una ley vigente, no impugnada ante este Tribunal, que prevé la posibilidad de ejercicio de la acción popular por la Generalitat Valenciana, no compete a este Tribunal pronunciarse sobre la oportunidad de tal previsión legal ni sobre su constitucionalidad” (FJ 5)”.

En aplicación de esta doctrina constitucional, hay que esclarecer si alguna ley atribuye a las Corporaciones Locales la legitimación para el ejercicio de la acción pública en materia urbanística (y consecuentemente para impugnar instrumentos de planeamiento aprobados por otra Corporación Local), y la respuesta es negativa. La acción pública como título legitimador de la acción en materia

urbanística aparece regulada como derecho de los ciudadanos, no de las personas jurídico-públicas.

Así lo apreció ya en una ocasión una sentencia de esta Sala y Sección, citada por el Letrado de la Xunta de Galicia, en concreto la sentencia de 06/11/2014, N.º de Recurso: 4358/2013 N.º de Resolución: 848/2014, que se pronunciaba en estos términos respecto a la legitimación del Ayuntamiento de O Corgo para impugnar las Órdenes de 22-2-2013 y 8-10-2013 de la Consellería de Medio Ambiente, Territorio e Infraestructura por las que, respectivamente, se dio aprobación definitiva al Plan Xeral de Ordenación Municipal de Láncara:

“También alegan las partes demandadas en sus contestaciones que la pretensión principal del Ayuntamiento de O Corgo no puede ampararse en el ejercicio de la acción pública, y que solamente puede impugnar el PXOM del Ayuntamiento de Láncara en aquello que le afecta directamente, como son los extremos a los que se refiere la pretensión subsidiaria. En esto ha de dárselles la razón, visto lo que disponen los apartados e) y h) del artículo 19.1 de la Ley jurisdiccional sobre la legitimación ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. El primero, referido a los entes locales, la limita a lo que afecte al ámbito de su autonomía, y el segundo atribuye el ejercicio de la acción popular a los ciudadanos. El artículo 48.1 del vigente texto de la Ley del Suelo dice simplemente que será pública la acción para exigir la observancia de la legalidad territorial y urbanística, pero el artículo 4.f) de la misma incluye entre los derechos de los ciudadanos el ejercicio de la acción pública para hacer respetar dicha legalidad. Este concepto de ciudadanos puede extenderse a personas jurídicas que los agrupan, e incluso a entidades que ejercen funciones públicas en algunos aspectos de su actividad, como han declarado algunas resoluciones jurisdiccionales, pero no a las Administraciones en sentido estricto (...).

En este caso, existen motivos de impugnación que carecen de un punto de conexión material con la esfera de intereses de la Corporación Municipal demandante, que carece de competencia para determinar cómo debe ser la clasificación del suelo fuera de su territorio y que solo puede impugnarla en cuanto de la misma se derive algún perjuicio alegado y acreditado para su propio territorio y para la esfera de intereses sobre los que ostenta competencia, sin que se pueda erigir en un ente fiscalizador de forma genérica de la legalidad formal de las actuaciones desarrolladas por el ente local vecino, suplantando las competencias que a este respecto corresponden a otras Administraciones, específicamente en materia de protección medioambiental y de protección del patrimonio cultural y de utilización del sistema general viario. (...)».

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

5 Responsabilidade patrimonial

5.1 Reclamación indemnizatoria de centro sanitario concertado polos prexuízos derivados da reordenación asistencial imposta pola Xunta de Galicia durante o primeiro estado de alarma na pandemia de coronavirus

A Sentenza do TSXG do 19 de maio de 2023 (rec. 7052/2023, relator: Fernández López) confirma en segunda instancia a desestimación da indemnización de máis dun millón e medio de euros reclamada á Xunta de Galicia por un centro hospitalario concertado de Lugo polos prexuízos padecidos entre o 15 de marzo e o 21 de xuño de 2020 en cumprimento das instrucións sanitarias impostas polo Servizo Galego de Saúde (Sergas) no contexto da pandemia de coronavirus COVID-19. A sentenza motívase, entre outras, nas seguintes consideracións de interese:

«(...) la lesión patrimonial no derivó de un comportamento antijurídico imputable a la administración, sino de una actuación causal, justificada y legítima que, según la empresa titular del “Hospital Quirón Lugo”, fue originada a raíz de la Instrucción 6/2020 del gerente del Servicio Galego de Saúde, a su vez dictada al amparo de un acuerdo gubernativo superior que declaró la situación de emergencia sanitaria en Galicia, originada por la pandemia del COVID-19. Ello supone que el régimen general descrito al comienzo ceda ante el especial aplicable, que fue al que acudieron los letrados de las partes litigantes y que tuvo presente el juzgador de instancia, que es el regulado en los artículos 3.2 de la Ley Orgánica 4/1982, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, y 12o de la Ley de 16 de diciembre de 1954, de expropiación forzosa (...).

la Instrucción 6/2020 dispuso unas medidas transitorias dirigidas a proteger al personal de sus centros de atención primaria y hospitalaria, así como a los de los concertados, y a los usuarios; en concreto, y en lo que se refiere a los centros hospitalarios, esa instrucción les facultó para que pudieran suspender o aplazar determinadas actividades quirúrgicas ya programadas, así como consultas no urgentes y los programas de cribado, al tiempo que potenciaba la consulta telefónica y la atención domiciliaria de los pacientes (...). Se discute si esas medidas eran imperativas o potestativas para los centros concertados (...). con base exclusivamente en la referida instrucción, no tenía razón la titular del “Hospital Quirón Lugo” (...) en que la autoridad sanitaria le había impuesto “de forma directa” dos decisiones, en concreto la puesta a disposición del centro y la paralización de su actividad asistencial normal no urgente durante el período comprendido entre el 15.03.20 y el 21.06.20. Por lo tanto, con base en aquel instrumento, no tenía derecho a percibir compensación económica alguna por la gestión de sus servicios sanitarios. (...).

La circunstancia de que la Instrucción 6/2020 no contuviera un mandato de puesta a disposición del hospital de la apelante, ni que hubiera ordenado la paralización de su actividad asistencial, no significa que el Servicio Galego de Saúde no debiera responder de las lesiones padecidas en el caso de que, mediante alguna resolución singular, hubiera realizado tales mandatos, ya se hubieran dirigido a hospitales privados, o ya a concertados fuera de los términos de su contrato concesional, pues en tal caso se estaría en presencia del derecho que a la perjudicada le confiere los artículos 3.2 de la LOEAS y 120 de la LEF. No cabe duda de que en el primero de aquellos supuestos procedería la compensación de los gastos acreditados en que hubieran incurrido los centros privados, lo que sería el caso de la situación originada en el territorio de la Comunidad Autónoma de Castilla y León (...). [Pero en este caso en concreto la actora no acreditó] la orden clara y precisa de realizar aquello que fundó la pretensión compensatoria, esto es, la entrega del hospital al Servicio Galego de Saúde y la paralización de la actividad asistencial concertada».

5.2 Responsabilidade pola anulación xudicial dunha licenza provisional de obras e actividade

A Sentenza do TSXG do 28 de marzo de 2023 (rec. 4265/2022, relator: Recio González) ratifica a de instancia, na que se condena un concello ao pagamento dunha indemnización polos danos e perdas derivados da anulación xudicial dunha licenza provisional concedida para a instalación dunha fábrica en solo urbanizable pendente de plan de desenvolvemento e de xestión urbanística. Na sentenza impugnada (do 10 de maio de 2022 do Xulgado Cont.-Ad. 1 de Pontevedra, proc. ord. 339/2020), agora confirmada, realízanse as seguintes consideracións de interese:

«(...) se concluye que en principio la anulación judicial de las referidas licencias sí habría generado un derecho indemnizatorio en favor de la actora, toda vez que:

– Los actos anulados son de carácter reglado y no discrecional. Para su adopción no se tuvieron que aplicar conceptos jurídicos indeterminados, con un margen de razonable apreciación. No se ajusta por ello a este supuesto la jurisprudencia exigente de responsabilidad sobre el “acto razonado y razonable” antes señalada.

– Pero, por otra parte, tampoco se puede aplicar la doctrina del “riesgo empresarial” o de “sospecha de la connivencia”. A la actora se le había dado a entender en información urbanística previa, comunicada por escrito, la posibilidad de obtener la licencia provisional en cuestión. No constan informes desfavorables de los técnicos municipales durante la tramitación de los expedientes de la licencia, ni una hipotética “presión” de la actora para removerlos conminando a la Administración municipal a tomar una decisión de riesgo. La clasificación del suelo era de “apto para urbanizar, uso industrial”, previéndose en las NNSS expresamente un régimen transitorio que permitía las licencias provisionales para construcciones industriales (pág. 71 del BOP núm. 236, de 12/12/1994). A

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

diferencia de la Administración municipal, la actora, mercantil dedicada a la actividad industrial, no tenía por qué saber que sobre ese régimen transitorio de las NNSS prevalecían otras determinaciones de la Ley 9/2002, de 30 de diciembre (LOUGA) sobrevenida. No se ha probado por tanto que hubiese actuado con “dolo”, ni con “negligencia grave” al promover esta actuación urbanística.

– El otorgamiento de una licencia “provisional” no conlleva la facultad municipal de “extinguirla” unilateralmente de manera discrecional en cualquier momento sin indemnización. Su titular ostenta el derecho a que la licencia se mantenga vigente y eficaz mientras no se cumpla la condición resolutoria a la que se vincula. En este caso dicha condición venía constituida por el futuro desarrollo urbanístico del ámbito, pendiente de ordenación pormenorizada, equidistribución y urbanización. Si la nave construida resultase finalmente incompatible con esa futura ordenación detallada, al ejecutarse la urbanización debería demolerse sin indemnización. Pero no antes.

En este supuesto se ha anticipado la “extinción” de la licencia por una causa distinta, no prevista en la condición resolutoria, como consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración. Se ha frustrado la legítima expectativa de la actora de amortizar la inversión realizada mediante la explotación de la instalación durante un período temporal más amplio que no se llegó a cumplir. Se le ha generado así un daño antijurídico, que no tiene el deber de soportar, a diferencia de lo que habría ocurrido si la licencia se hubiese extinguido por su incompatibilidad con la ordenación pormenorizada, una vez aprobada.

No obstante, tampoco se puede ignorar que la “licencia provisional” tiene un contenido económico-patrimonial inferior al de una licencia de obras normal, al depender de la referida condición resolutoria. Circunstancia, reductora de valor, que se tendrá en cuenta en el siguiente fundamento, a la hora de cuantificar la indemnización».

Añade la sentencia de instancia, sobre el cálculo de la indemnización, que:

«es importante considerar como punto de partida que en estos casos los reclamantes sólo tienen derecho a percibir una indemnización por los gastos efectivos que han debido sufragar, con buena fe, fiándose de la licencia urbanística que posteriormente resultó anulada.

Esto conlleva que no puedan solicitar una indemnización por las obras realizadas antes del otorgamiento de la licencia, ni por las disconformes con ésta. Tampoco pueden reclamar una compensación por la pérdida de edificabilidad, de lucro cesante, o del valor del inmueble que se produce como consecuencia de la anulación de la licencia. La anulación de las licencias conlleva que la expectativa del propietario/promotor de patrimonializar la edificabilidad reconocida en dicha licencia no era válida, desde un principio. La expectativa era falsa e incorrecta

ya en origen. No podría pretender que se le reconozca una indemnización por la pérdida de un beneficio al que en realidad nunca tuvo legítimo derecho, al no ser autorizable la actividad industrial en ese suelo (sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 31 de marzo de 2014 –rec. 4841/2000, FD 5º– y 22 de febrero de 2012 –rec. 7115/2011–).

Consecuentemente, no se pueden aplicar en estos casos las reglas establecidas para la determinación del justiprecio en la legislación de expropiación forzosa (valoraciones), ni en la urbanística relativa a los perjuicios ocasionados por modificaciones anticipadas de planeamiento. La demolición que conlleva la anulación de una licencia urbanística no es comparable con la expropiación de un derecho legítimo de un propietario. Aquí simplemente se demuele aquello a lo que nunca tuvo derecho el propietario, porque era incompatible ‘ab initio’ con el ordenamiento urbanístico.

Lo que sí puede reclamar el titular de la licencia anulada es una indemnización por los gastos efectivos que haya realizado al amparo de dicha licencia (después de su otorgamiento, como consecuencia de la misma y sin culpa o negligencia por su parte), que resultasen inútiles tras dicha anulación. Gastos efectivos que se deberán acreditar mediante las correspondientes facturas.

VI.2. – Precisado lo anterior, de la valoración conjunta de la prueba practicada se concluye, en primer lugar, que el gasto efectivo que asumió la actora, con buena fe, fiándose de las licencias e informaciones urbanísticas del Concello de Cangas que luego fueron anuladas, asciende a los 426.762,27 euros señalados en la demanda. De los cuales 287.869,15 euros se corresponden con gastos de construcción acreditados con facturas y 102.362,77 con el coste de lo realizado por administración, tal y como ha acreditado la prueba pericial realizada en este proceso judicial por el arquitecto D. xxxxx (informe unido a la demanda, ratificado y aclarado en el juicio). También abonó la actora 2.250 euros de tasas municipales, 10.125 euros de ICIO, 16.530 euros de honorarios ingeniero industrial redacción proyectos y dirección obra y 165,70 euros de tasas de industria. (...)

Se considera legítima la inclusión en esta cuenta de gastos de los correspondientes a la redacción del proyecto y tramitación de las licencias, porque se ampararon en la referida “información urbanística” de 20 de mayo de 2004.

Ahora bien, en el cálculo de la indemnización dicha cantidad total debe reducirse de manera significativa atendiendo a los siguientes factores:

– En primer lugar, la licencia no era definitiva, sino “provisional”. Dato conocido por la actora desde en principio, la cual asumió el riesgo de que finalmente pudiese ser revocada por incompatibilidad sobrevvenida con el desarrollo urbanístico de la zona y sin derecho a indemnización. Se concluye prudencialmente que este factor,

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

relevante, disminuye el derecho indemnizatorio en un 30 % sobre la cantidad total. Es decir, obliga a restarle 128.028,68 euros.

– En segundo lugar, hay que tener también en cuenta que, tal y como afirmó la arquitecta municipal Sra. xxxxxx, en su informe y declaración testifical con poder de convicción (y tal y como constató este mismo Juzgado en la pieza de ejecución forzosa de la sentencia anulatoria de la licencia de obras) la actora procedió por sí misma a desmontar la mayor parte de la edificación, con el propósito de reaprovechar sus materiales. Se concluye, estimativamente, que la demandante ha visto mitigado su perjuicio por gastos de construcción (390.231,92 €) en un 20 % (78.046,38 €) por esta circunstancia, al reaprovechar los materiales de la construcción. Consecuentemente han de restarse otros 78.046,38 euros.

– Minorando la cantidad inicial con los dos factores de reducción referidos resultaría una indemnización final de 220.687,21 euros. Pero todavía ha de aplicarse otro factor más, de gran importancia: el de amortización de la inversión.

En efecto, entre los años 2006 y 2018 la actora explotó la nave industrial lucrativamente. Obtuvo beneficios por una actividad económico/industrial que –de haber actuado correctamente el ayuntamiento denegando la licencia– no debió haber obtenido porque nunca se debió haber iniciado. Si ahora se le reintegrasen los gastos que asumió para construir la nave industrial, sin tener en cuenta los beneficios que obtuvo con ella explotándola durante más de diez años, se generaría un enriquecimiento injusto en favor de la actora. Consecuentemente, para el cálculo de la indemnización resulta fundamental conocer el grado de amortización de la inversión de la actora en esas instalaciones industriales cuando se produjo el cese de la actividad.

Finalmente, han de considerarse, asimismo, las subvenciones que en su caso habría podido percibir la actora para la construcción de la nave industrial. La prueba documental practicada en este proceso ha acreditado que no ha recibido subvenciones de la Xunta de Galicia. Pero para poder despejar esta duda (planteada por la Administración demandada) definitivamente sería necesario examinar los libros contables y mercantiles de la actora sobre la inversión realizada para la construcción de esa instalación industrial (...)».

6 Transportes terrestres

6.1 Transporte de viaxeiros por estrada. Prácticas colusorias da libre competencia (cártel). Deixamento de funcións pola Comisión Galega da Competencia

A Sentenza do TSXG do 10 de marzo de 2023 (rec. 7035/2022, relator: Cambón García) condena a Comisión Galega da Competencia (CGC) a incoar un procedemento sancionador fronte a dúas empresas transportistas de viaxeiros, ao constatar a concorrencia de indicios racionais de que realizaran, concertadamente, prácticas anticompetitivas na licitación por procedemento aberto convocada pola Xunta para 29 concesións no marco do Plan de Transporte Público de Galicia. O tribunal galego incide en que:

«el legislador ha previsto la información reservada en el procedimiento sancionador de la LDC encaminada a posibilitar la realización de inspección por sorpresa para obtener pruebas de conducta, autorizadas, imposibles sin el efecto sorpresa, pues los cárteles son muy difíciles de detectar, pues al producir grandes beneficios se cuidan de mantenerlos secretos las importantes empresas que pretenden repartirse los mercados y establecer los precios, y el art. 50.1 LDC señala que la Dirección de Investigación, una vez incoado el expediente, practicará los actos de instrucción necesarios para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de responsabilidades (así pues, no puede instruirse como información reservada) y el art. 49 LDC señala que el procedimiento se inicia de oficio por la Dirección de la Investigación (Dirección de Competencia) por iniciativa propia, por iniciativa del CNMC o por denuncia, supuestos en que la DC incoará procedimiento. En el presente caso, hubo denuncia, no sólo de la actora, sino también de D. XXXX, la CIGA y varias anónimas, también el Reglamento señala la incoación por denuncia, que es diferente a la mera noticia, supuesto en que la DC puede iniciar una información reservada, que no puede sustituir a la incoación del expediente.

En el presente caso la Subdirección General de Investigación de la CGC propuso al Pleno la no incoación de expediente y archivo, pese a demorar más de un año y nueve meses la información reservada, resultando ineficiente su trabajo al dejar de investigar las cuestiones puestas de relieve por las denuncias, sin comprobar las mismas, pese a que el art. 36.1 LDC establece el plazo máximo de 18 meses para dictar resolución y notificarla y el Reglamento dispone (art. 28.4) que la instrucción debería hacerse en el plazo máximo de un año y la información reservada que la CGC ha mantenido durante 1 año y 9 meses, sin practicar ninguna diligencia, como inspecciones que podría realizar incluso en los domicilios particulares de los directivos de las empresas, supone quebrantar las disposiciones sobre DC, que supone, como señala la SAN, Sala Contencioso-Administrativo, Sección 1ª 17- 10-07 (Rec. 180/06) (citada en sus conclusiones por la recurrente), una utilización fraudulenta de la institución de las diligencias previas, hallándonos ante un supuesto de fraude

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

de Ley del art. 6.4 C.c., así como en SAN, Sección 3ª 28-6-2018, Rec. 302/18. Se evidencia la infracción de los preceptos de la LDC y su R. y con ello se ha incurrido en la prohibición del C.c., pues en definitiva, a pesar de las denuncias que dan cuenta a la CGC de las supuestas infracciones a la LDC, no se ha realizado comprobación de la comisión de los hechos y su afectación a la libre competencia en el mercado relevante, denunciada en la convocatoria del concurso público de transporte de viajeros, favorecer abiertamente a las empresas más grandes, en deterioro de la mayoría, de menor volumen impidiéndoles concurrir a los lotes de mayor envergadura y se denuncia a xxxx y zzzzzzz de concurrir en los principales lotes como UTE, con el fin de repartirse el mercado infringiendo el art. 1.1 LDC, y concurren por separada, sin competir entre sí, en otros lotes, práctica anticompetitiva (...)».

7 Tributos

7.1 Valoración de inmuebles. Recorribilidad de liquidación derivada de taxación pericial contradictoria que aceptou a valoración do perito terceiro

A Sentenza do TS do 23 de xaneiro de 2023 (rec. 1695/2021, relator: Córdoba Castroverde) estima o recurso de casación, revogando a do TSXG impugnada. Fixa o seguinte criterio interpretativo:

«(...) es posible, sin duda, la impugnación de la liquidación dictada como desenlace de un procedimiento de tasación pericial contradictoria previsto en el artículo 135 LGT/2003 –seguido a instancia de parte y dirigido exclusivamente a la rectificación de los valores de los inmuebles–, cuando la liquidación tome como valor de los bienes la valoración del perito tercero. El hecho de que la liquidación dictada haya tomado como valor de los bienes el asignado por el perito tercero no excluye el control pleno de su legalidad por los Tribunales, pudiendo los contribuyentes alegar los motivos de impugnación que consideren oportunos, sin merma o limitación alguna».

7.2 Imposto de bens inmobles. Exención de inmobles afectos á defensa nacional

O TSXG, na súa Sentenza do 1 de febreiro de 2023 (rec. 15009/2022, relator: Rivera Frade), conclúe que non se benefician da exención do imposto de bens inmobles (IBI) establecida para os afectos á defensa nacional determinados terreos do Ministerio de Defensa no municipio da Coruña, explotados por unha sociedade hípica para actividades recreativas e deportivas:

«(...) entiende esta Sala que para que la afectación a la defensa nacional exista, a los efectos de aplicar la exención tributaria que nos ocupa, debe de existir una vinculación de los inmuebles o terrenos a actividades destinadas, sino de forma exclusiva, sí al menos de forma prioritaria al personal militar o sus familiares, sin que sea suficiente que figure en el Inventario General de Bienes y Derechos del Estado, con naturaleza demanial, adscrito al Ministerio de Defensa con una afectación formal a los fines de la defensa nacional; o que sea utilizado esporádicamente por personal militar, o por estos o sus familiares, pues de lo contrario se desnaturalizaría la finalidad perseguida por el legislador al incluir entre las exenciones tributarias del artículo 62.1 a) TRLHL, a los inmuebles propiedad del Estado “afectos a la defensa nacional”. En el presente caso, los terrenos y las instalaciones litigiosas –como se dice en el acuerdo que resolvió el recurso de reposición–, fueron cedidos a una asociación privada, cuyo objeto, según el artículo 1 de sus Estatutos, es practicar como principal modalidad deportiva, la equitación, así como todos los deportes que le permitan los medios con los que cuente, sin perjuicio de proporcionar a sus socios, fiestas, distracciones y comodidades propias de los centros de reunión de su categoría y actividades sociales y recreativas, sin ánimo de lucro, dentro de sus disponibilidades económicas; es decir, desarrollar actividades deportivas, sociales y recreativas, en beneficio de sus socios (...)».

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

8 Universidades

8.1 Valoración de tramos de investigación pola Comisión Nacional Avaliadora da Actividade Investigadora

A Sentenza do TSXG do 8 de febreiro de 2023 (rec. 81/2022, relator: Sánchez Romero) estima o recurso interposto por unha profesora universitaria fronte á resolución da Comisión Nacional Avaliadora da Actividade Investigadora (CNAAI) que valorou negativamente o tramo de investigación solicitado. Analiza en detalle os requisitos de motivación e control da discrecionalidade técnica neste tipo de supostos. Conclúe que o acto impugnado se acha insuficientemente fundamentado, condenando a CNAAI a retrotraer as actuacións e ditar nova resolución motivada.

8.2 Denegación de defensa do traballo de fin de máster de avogacía por informe desfavorable do titor

Na Sentenza do 15 de novembro de 2022 (rec. 287/2022, relator: Seoane Pesqueira) o TSXG analiza este trámite cualificado, necesario para a obtención do título de posgraduado en “máster de avogacía”, desde a perspectiva do dereito fundamental á educación invocado polo recorrente. Confirma a resolución da Universidade de Santiago de Compostela que lle denegou a un alumno a posibilidade de defender o seu traballo de fin de máster (TFM), coas seguintes reflexións:

«(...) uno de los cometidos del equipo de tutoría es la elaboración de un informe en torno a si el TFM está en condiciones de ser presentado y defendido ante el Tribunal de evaluación, porque si aquél considera que no lo está, puede hacerlo constar en su preceptivo informe, para cuyo caso la coordinación académica y profesional del Máster universitario en Abogacía puede denegar la posibilidad de realizar el acto de defensa ante dicho Tribunal, como se desprende del apartado IV de la normativa reguladora. Hay que superar esa evaluación previa del equipo de tutoría para que la coordinación académica y profesional del Máster permita la defensa ante el Tribunal, porque si, como ahora ocurre, el equipo de tutoría advierte e informa que el TFM, además de presentar graves carencias de tipo formal en lo que se refiere a su redacción y ortografía, carece manifiestamente de rigor jurídico en relación con los escritos profesionales, siendo su resultado insatisfactorio, la coordinación académica y profesional del Máster puede denegar su presentación y defensa. (...)

El recurrente interpreta aquel artículo 27.2 de la Constitución española en el sentido de que la educación y la formación son la clave para que las personas puedan conseguir empleo, permitiéndoles de ese modo el acceso a un trabajo decente y escapar de la pobreza. Sin embargo, aparte de que esa peculiar interpretación no encuentra respaldo en ninguna sentencia del Tribunal Constitucional, difícilmente puede incardinarse la resolución administrativa impugnada en el seno del derecho a la educación, porque 1º Con la resolución impugnada no puede afirmarse que se esté impidiendo el acceso a un empleo, ello al margen de que tampoco este último puede considerarse incardinado en el artículo 27.2, y 2º El aspecto de aquel precepto constitucional que puede estar implicado más bien se recoge en el apartado 10 del artículo 27, relativo a la autonomía universitaria, que permite que la Universidad de Santiago de Compostela establezca unos presupuestos para la defensa del TFM ante el Tribunal de evaluación, en base a los cuales se ha dictado el acto combatido, en el que no cabe apreciar infracción constitucional alguna».

8.3 Medidas cautelares fronte a profesor que, presuntamente, incorreu en comportamento inadecuado coas súas alumnas. Nivel de motivación exigible.

O TSXG, na súa Sentenza do 3 de maio de 2023 (rec. 443/2022, relator: López González), examina os requisitos necesarios para poder adoptar a medida cautelar de suspensión de funcións por seis meses, dun profesor universitario, cando se incoa fronte a el un expediente disciplinario pola posible comisión dunha infracción moi grave [neste caso, por tratar despectivamente unha alumna na clase, ridiculizándoa polo seu escote]. Conclúe ratificando a medida coas seguintes consideracións:

«(...) no cabe duda de que los razonamientos que sirven de sustento a la suspensión cautelar aludida son efectivamente escuetos y sucintos. Hasta ahí este Tribunal se muestra conforme con la argumentación recogida en la sentencia apelada. Pero

es evidente que, en el caso enjuiciado, aquellos razonamientos, por sucintos que puedan resultar, resultan suficientes en cuanto permiten que el recurrente conozca de modo indubitado los motivos que han impulsado a la Administración a dictar la decisión objeto de recurso, contraste esa motivación y, si a bien lo tiene, intente rebatirla. Las razones, breves pero claras, de la resolución recurrida que sirven de sustento a la decisión cautelar que contiene, con expresión de fundamentos tanto de hecho como derecho, viabilizan el ejercicio del derecho de defensa por parte del actor con plenas garantías. Mal puede afirmar que desconoce el hecho que se le imputa quien ha sido autor de la conducta analizada. Es decir, entiende esta Sala que ninguna indefensión efectiva y real se le ha generado al promovente; y es esta ausencia de indefensión lo que convierte en supuesto de irregularidad no invalidante lo que, en otro caso, sería constitutivo de anulación del acto administrativo por menoscabo del derecho de defensa.

Es más, la resolución atacada señala expresamente que “la continuidad de sus (del recurrente) actividades puede alterar gravemente el funcionamiento ordinario del servicio, además de afectar directamente a las personas y causar alarma social”; es decir, dicha resolución concreta la identidad de la denunciante, la fecha en que el hecho denunciado se produjo y el objeto de la denuncia. Con tales datos, mal puede invocar el demandante el desconocimiento de los hechos en el que trata de ampararse; máxime cuando la noticia, en su día, tuvo una enorme repercusión mediática al trascender a los canales de comunicación nacionales, tanto escritos como audiovisuales, dando lugar a protestas y manifestaciones de los alumnos, incluso ante el Rectorado; a lo que hay que añadir que el actor ya había incurrido, con anterioridad, en conductas similares».

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS