

Xurisprudencia contencioso-administrativa

Jurisprudencia
contencioso-administrativa

Contentious-administrative
jurisprudence

45
Regap

FRANCISCO DE COMINGES CÁCERES

Magistrado (Galicia, España)
francisco.cominges@vigo.org

Recibido: 15/05/2014 | Aceptado: 05/06/2014

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

Índice: I. Administración local II. Contratos públicos III. Estranxeiría IV. Persoal V. Tributos VI. Urbanismo e ordenación do territorio

I Administración Local

1 Procedimiento sancionador contra habilitados nacionales. Competencia para la suspensión provisional de funciones del Secretario de un Ayuntamiento

La **Sentencia del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia –TSXG–**, S^a de lo Cont.-Ad., Secc. 1^a, del **24 de octubre de 2013** (rec. apel. 253/2013), confirma la anulación de la resolución del Alcalde del Ayuntamiento de Palas de Rei de suspensión provisional de las funciones del Secretario-Interventor municipal con motivo de la incoación contra éste de un procedimiento sancionador por la posible comisión de una infracción muy grave. Considera el TSXG, en primer lugar, que conforme a lo dispuesto en el artículo 150.1.b) del Texto Refundido de la legislación del régimen local (RDLeg. 781/1986, de 18 de abril), le corresponde en exclusiva a la «Dirección General de Administración Local» la competencia para incoar expedientes disciplinarios contra los funcionarios habilitados nacionales que pudieran finalizar con sanción de destitución o separación del servicio. Y, en segundo lugar, que por lo tanto carece el Alcalde de la posibilidad de adoptar medidas cautelares en esos procedimientos sancionadores, como la suspensión provisional del secretario-interventor.

2 Procedimiento de aprobación de los presupuestos y de la plantilla municipales. Omisión de negociación colectiva. Nulidad

El **TSXG**, S^a de lo Cont.-Ad., Secc. 1^a, en su Sentencia de **19 de febrero de 2014** (rec. apel. 84/2012, relator: Ilmo. Sr. Díaz Casales), anula los presupuestos y plantilla del Ayuntamiento de Verín del año 2011 por incumplimiento de la obligación de negociación colectiva previa, con las siguientes consideraciones:

«Pues bien, es evidente que la convocatoria no responde a la petición del sindicato recurrente que vista la composición de la mesa, tiene representación mayoritaria en el Consistorio, al triplicar a las otras 2 organizaciones sindicales. Además resulta que el Ayuntamiento desatendió la obligación impuesta en el Art. 34.6 del EBEP, con arreglo al cual la mesa habrá de convocarse, a falta de acuerdo entre sus componentes, en el plazo máximo de un mes desde que una de las partes legitimadas la promueva, salvo que existan causas que lo impidan.(...) Pues bien, si como decíamos más arriba negociar significa proponer cuestiones, modificar criterios, apuntar soluciones o problemas, detallar elementos, plantear y tratar todo el amplio abanico de opciones que puedan plantearse, y tratarse ante un concreto punto de debate, en el presente caso el principio de buena fe negocial, impuesto en el número 7 del Art. 34 del EBEP, hubiese exigido que al menos se detallara en el acta las razones esgrimidas por la administración para no tratar las cuestiones planteadas, cuando todas ellas se encuentran incluidas en el catálogo de materias que deben ser objeto de negociación, contenido en el Art. 37 de la misma ley y, en su caso, la remisión a posteriores reuniones o, incluso, específicas mesas sectoriales».

II Contratos públicos

En la **Sentencia del 12 de febrero de 2014** (rec. 7197/2011, relator: Ilmo. Sr. Cambón García) el **TSXG**, S^a de lo Cont.-Ad., Secc. 2^a, desestima la reclamación indemnizatoria presentada por varios arquitectos frente a la Xunta de Galicia por los trabajos que realizaron para ella por un encargo verbal no precedido de procedimiento de contratación. El Tribunal considera que ha prescrito el plazo establecido para reclamar. E insiste también en que:

«(...) la práctica irregular de determinados contratistas y proveedores, en connivencia con las correspondientes autoridades públicas, de realizar prestaciones para las Administraciones por "vía de hecho", es decir, sin formalizar previamente un contrato en legal forma (por escrito, con fijación de precio y con la preceptiva reserva de crédito presupuestario, tal y como exige la legislación aplicable), tiene como ventaja para dichos contratistas el eludir determinados requisitos formales de la normativa de contratación pública que les podrían perjudicar (fijación previa del precio, licitación pública en concurrencia competitiva, etc). Pero como inconveniente la dificultad de demostrar luego, en caso de impago, la prestación del servicio irregularmente contratado, o, como ha sucedido en este caso, la interrupción del plazo prescriptivo de la obligación de pago. Para las autoridades, esa práctica de contratar directa y verbalmente sin procedimiento alguno, ni reserva de crédito, con la idea de que luego se remunerare el servicio prestado mediante un reconocimiento extrajudicial de créditos,

podría acarrearles la imputación de un delito de prevaricación o de malversación de fondos públicos».

III Extranjería

1 Sanción de expulsión motivada en la falta de arraigo del extranjero en situación irregular. Permanencia superior a tres meses en el territorio español. Infracción del principio de proporcionalidad

La Sentencia del **TSXG**, S^a de lo Cont.-Ad., Secc. 1^a, del **30 de octubre de 2013** (rec. apel. 269/2013, relator: Ilmo. Sr. Díaz Casales), confirma la anulación de la sanción de expulsión de una inmigrante dominicana por infracción del principio de proporcionalidad. Considera el Tribunal que cuando no concurre ninguna circunstancia agravante en el extranjero al márgen de su permanencia irregular en el territorio español, debe imponérsele una primera sanción de multa pecuniaria y no directamente la expulsión. En lo referente al “arraigo” de la recurrente incide la sentencia en que: *«entre la fecha de su empadronamiento (mayo de 2012) y su detención (septiembre de 2012) han transcurrido más de 3 meses, que es el plazo ordinariamente contemplado para la concesión de los visados de estancia (art. 25.2, letra b) de la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España) y que se estima suficiente para que los vínculos de los extranjeros se estrechen y determinen la adquisición de cierto arraigo, además de evidenciar una cierta vocación de permanencia en quien se mantiene en otro país durante un período mayor a ese lapso temporal, por lo que la sanción de expulsión deviene desproporcionada y habría de entenderse más adecuada la sanción de multa (...) máxime cuando la expulsión lleva aparejada una prohibición de entrada que no conlleva la multa, por la que se opta».*

2 Sanción de expulsión motivada en la detención del extranjero por la posible comisión de un delito. Presunción de inocencia. Obligación de la Administración de acreditar y motivar los indicios de criminalidad

La Sentencia del **TSXG**, S^a de lo Cont.-Ad., Secc. 1^a, del **18 de septiembre de 2013** (rec. apel. 220/2013), revoca la sentencia de instancia y anula la orden de expulsión de un inmigrante motivada en que iba indocumentado y contaba con antecedentes policiales desfavorables, con la siguiente fundamentación:

«(...) la queja del apelante sobre la imposibilidad de que tal detención preventiva revista entidad para ser acogida como motivo de expulsión, ha de ser acogida por un triple dato inspirado en el principio troncal de la carga de prueba del hecho infractor y de sus circunstancias agravantes que recae sobre la Administración que ejerce la potestad sancionadora.

En primer lugar, el expediente no refleja la copia de la resolución ni detalle de la misma sobre la detención preventiva y circunstancias (limitándose a un lapidario informe del instructor que dedica cuatro líneas a hacer constar la puesta a disposición del Juzgado de instrucción num.2 de Ourense que decretó prisión provisional, ingresando en el Centro Penitenciario de Pereiro de Aguiar (folio 16 expte.). En segundo lugar, el pro-

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

pio apelante indica que la condición de preso preventivo se agotó el 30 de octubre de 2012, extremo que no es negado por la Administración y lo que es más importante, tampoco se aporta por ésta contraprueba de que las actuaciones penales hayan ido más allá. En tercer lugar, resulta decisivo, que el expediente se inicia y se brindan alegaciones al expedientado por indocumentación, siendo posteriormente, ya avanzada su tramitación, cuando se incorpora el dato negativo de la detención preventiva, sin que conste haber ofrecido nueva oportunidad de alegaciones al expedientado sobre este crucial dato. Y así, la Resolución final reorientada a la imposición de la sanción que se apoya en una detención preventiva penal sobre la que no se ofreció audiencia al expedientado y sobre la que nada más se sabe documentado en el expediente, ni en los autos de instancia ni apelación, nos lleva a considerar que la motivación invocada está carente de la justificación deseable para imponer la sanción de expulsión».

3 Autorización de residencia de familiar de ciudadano de la Unión Europea. No existe obligación de acreditar recursos económicos suficientes cuando la pareja comunitaria es un nacional español

El **TSXG**, S^a de lo Cont.-Ad., Secc. 1^a, ha concluído en sus sentencias del **9 de octubre y 11 de diciembre de 2013** (recs. Apel. 273/2013 y 328/2013, relator Ilmo. Sr. López González), que no se les puede exigir a los inmigrantes extranjeros para obtener la autorización de residencia de familiar de ciudadano de la Unión Europea, que el familiar comunitario disponga de recursos económicos suficientes cuando tenga nacionalidad española (art. 8 RD 240/2007, del 16 de febrero).

4 Extinción de autorización de residencia por cese o inexistencia de convivencia en relación “more uxorio” (pareja de hecho) entre el extranjero y un ciudadano español

Por otra parte, el **TSXG**, S^a de lo Cont.-Ad., Secc. 1^a, ha señalado en la Sentencia de 30 de octubre de 2013 (rec. apel. 272/2013, relator: Ilmo. Sr. Seoane Pesqueira), que la revocación de las tarjetas de residencia concedidas por emparejamientos “de hecho” entre extranjeros y españoles se puede revocar sin seguir el procedimiento de revisión de oficio cuando se constate la extinción de la relación “more uxorio”. Incide el Tribunal en que:

«(...) corresponde a la Administración la verificación relativa a si quien se ha inscrito como pareja de hecho de una ciudadana española y ha obtenido por esa vía la tarjeta de familiar de comunitario (artículo 2.b del real Decreto 240/2007), continúa manteniendo con ésta una unión análoga a la conyugal, puesto que sólo si el ciudadano extranjero continúa encontrándose en ese supuesto del artículo 2.b del RD 240/2007, prosigue la vigencia de aquella tarjeta, tal y como establece el artículo 14.2 del propio RD. Y frente a la decisión de la Administración cabe la interposición del correspondiente recurso contencioso-administrativo como modo de fiscalización y control de aquella actuación administrativa, por lo que no es precisa ninguna actuación previa de la jurisdicción civil para que tenga lugar aquella actuación administrativa y la consiguiente intervención de esta jurisdicción. (...) Para la verificación de la continuación de la unión de hecho estable no es precisa ninguna declaración de nulidad previa

por parte de la jurisdicción civil, que tampoco tiene previsto un procedimiento de esa índole».

IV Personal

1 Derecho de los funcionarios a recuperar una parte proporcional de la paga extra del segundo semestre de 2012

El **TSXG**, S^a de lo Cont.-Ad., Secc. 1^a, en su interesante Sentencia del **13 de noviembre de 2013** (rec. 85/2013, relator: Ilmo. Sr. Chaves García) le ha reconocido a un funcionario de la Administración del Estado su derecho a recuperar una parte de la paga extra que le había sido suprimida en aplicación del Real Decreto Ley 20/2012 de 13 de julio de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad. Concluye el Tribunal que el referido RD Ley carece de efecto retroactivo sobre la parte de la paga extra devengada en el período anterior a su publicación en el BOE, concretamente entre el 1 de junio y el 14 de julio de 2012. Se efectúan en la sentencia las siguientes consideraciones de interés:

«(...) cuando el Decreto-Ley 20/2012 fija el descuento de “los conceptos retributivos que integran la paga extraordinaria” nos coloca ante un precepto general que no compromete ni impone una aplicación matemática y automática del descuento de la totalidad de la paga, indiferente al tiempo efectivo de servicios o que prescinde de la voluntad expresa de inicio de vigencia tras la publicación oficial. Se trata de un precepto que fija un criterio o regulación general con carácter básico para todos los empleados públicos de su ámbito, pero no impide (como en todas las normas retributivas del colectivo de empleados públicos), que exista una labor aplicativa respecto de cada empleado y la realidad de prestación de servicios de cada uno de ellos, toda vez que la nómina es el acto singularizado que aplica una misma legislación retributiva a cada empleado. (...) // No se entiende ni se ajusta a la seguridad jurídica que un mismo concepto retributivo (paga extraordinaria) pueda ser fraccionable y a la vez no fraccionable para un mismo legislador, ni que el mismo se aplique proporcionalmente a la hora de pagarlo y sin criterio proporcionalidad a la hora de suprimirlo // No cabe invocar una suerte de eficacia retroactiva del Decreto-Ley cuando se proyecta sobre derechos consolidados, sin indemnización. En efecto, los Decretos-Leyes tienen reconocida la posibilidad expropiatoria mediante indemnización pero no pueden llevar a cabo la ablación de un derecho consolidado, so pena de conculcar el art. 33.3 CE en relación con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950, interpretado a la luz del art. 10 CE.(...) // de producirse la aplicación matemática del descuento de la paga extraordinaria en la nómina de diciembre, con independencia de la consideración del tiempo de servicios efectivo al que responde, se producirían paradojas incongruentes con un Estado de Derecho que postula la igualdad como principio constitucional (arts.1 y 14 CE). A título de ejemplo basta tener presente que quien trabajó en la Administración hasta el día 14 de junio (finalización relación temporal de interinaje, cese o baja) podría haber liquidado su derecho y cobrado en dicha fecha. Y su compañero que hubiese trabajado cinco meses más, se hubiera visto privado de la misma. O sea, se penaliza a

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

quien más trabaja respecto de quien ha trabajado menos. En suma, que quien trabajó en la Administración desde el día 1 de junio hasta el 20 de noviembre y quien trabajó en la Administración desde el día 14 de junio hasta el 20 de noviembre serían tratados de forma diferente pues se aplicaría el mismo descuento retributivo a todos ellos, diferenciando in peius a quien trabajó más tiempo respecto a quien trabajó menos».

2 Restricciones a la prórroga en la jubilación de los médicos del Servizo Galego de Saúde

El **TSXG**, en sus sentencias de 17 de abril de 2013 (rec. 83/2013, relator: Ilm. Sr. López González) y 18 de septiembre de 2013 (rec. 205/2013, relator: Ilm. Sr. Chaves García) ha desestimado los recursos interpuestos frente a las recientes medidas del SERGAS de cancelación de las prórrogas de jubilación ya concedidas a su personal **médico**.

En la primera de las sentencias ha concluido lo siguiente:

«(...) Aducir que el actor tenía un derecho adquirido a jubilarse a los 70 años por mor de la autorización en tal sentido recaída en al año 2011, y que su revocación sólo podrá tener lugar por la vía de la revisión de oficio de actos administrativos, al amparo del artículo 102 de la Ley jurisdiccional, supone desconocer la doctrina jurisprudencial reiterada, tanto por el Tribunal Constitucional como por el Tribunal Supremo, que señala que el funcionario no puede exigir de la Administración la congelación futura de la situación administrativa de que goza en el presente, pues no tiene un derecho consolidado a ello, sino una mera expectativa que puede ser variada por el legislador. No cabe afirmar que ello implica una aplicación retroactiva de una nueva norma, pues tal aserto solo sería justificable si esa aplicación incidiera sobre situaciones agotadas, relaciones consagradas o efectos jurídicos ya actualizados, lo que no sucede en el caso enjuiciado en que tal eficacia no se ha producido todavía.

En conclusión, el actor no goza del derecho subjetivo a jubilarse a los 70 años; por más que esa fuera la normativa aplicable al tiempo de su acceso al empleo público, por más que hubiere sido autorizado, antes de la variación normativa, a prorrogar la permanencia en el servicio activo hasta aquella edad en el año 2011, solo goza de una expectativa de derecho sujeta a alteraciones legislativas con objeto de evitar una indeseada petrificación del ordenamiento jurídico. Y es evidente que la prórroga quinquenal que antaño se autorizaba ha sido sustituida normativamente en la actualidad por prórrogas anuales, hasta un máximo de cinco, a conceder si el servicio lo exige y el interesado cumple las condiciones y aptitudes para estar al frente del mismo. Por lo tanto lo que al actor se le niega es la prórroga de jubilación hasta los 70 años, pero se le concede la prórroga hasta el día que cumpla los 67, pudiendo el Sr. ----- solicitar cuando se vaya a cumplir dicho término, dentro del plazo legalmente establecido, instar nueva prórroga por un nuevo año».

En la segunda:

«(...) El primer motivo de apelación consiste en que ya se concedió una prórroga anteriormente para continuar en el servicio activo, por lo que al mantenerse las mismas condiciones, y cumpliendo los requisitos del art.26.2 del Estatuto Marco, la Adminis-

tración sanitaria no puede denegarlo pues iría contra sus propios actos. Este planteamiento no puede acogerse y fue correctamente zanjado en la sentencia apelada. Baste tener presente que cada prórroga ostenta autonomía en su régimen de solicitud y concesión respecto de las siguientes, y que el Estatuto no ha impuesto la eficacia vinculante de la primera prórroga para las sucesivas. Ello es lógico, habida cuenta de la conveniencia de acompasar las decisiones organizativas y sobre recursos humanos para cada ejercicio, a tenor del cambiante contexto organizativo y económico. Ello sin olvidar que la nueva decisión se adopta al amparo de un nuevo instrumento sobrevenido a la anterior prórroga, el Plan de Ordenación de Recursos Humanos del SERGAS aprobado por Orden de 8 de Mayo de 2012.

(...) La carga probatoria de la Administración se vincula a la motivación impuesta por la Ley y que se refiere a la existencia de un Plan de Ordenación de Recursos Humanos, extremo acreditado en el expediente y en los autos. La denegación de la solicitud de prolongación de permanencia en el servicio activo no prejuzga la idoneidad profesional y funcional del afectado sino que se fundamenta en criterios objetivos de naturaleza organizativa. Es más, en el ámbito organizativo impera un amplio margen de discrecionalidad en manos de las autoridades y directivos públicos, que se proyecta y plasma en los Planes de Ordenación, sin que sea cada empleado público el llamado individualmente a decidir prioridades y necesidades, ni por supuesto, sobre su propio caso o situación, en una suerte de autoevaluación para decidir su propio destino profesional, cuando estamos ante decisiones globales y estratégicas sobre medios, costes y objetivos del ámbito sanitario en el seno de una organización pública.

(...) En tercer lugar se cuestiona la existencia de un auténtico Plan, que merezca tal calificación. A este respecto, podrán no compartirse por razones de oportunidad los criterios del Plan pero lo cierto es que existe y el mismo no consta haberse impugnado directa ni indirectamente. En efecto, consta que por Orden de 8 de mayo de 2012 se aprobó el Plan de Ordenación de Recursos Humanos del SERGAS en cuyo marco y tramitación han informado expresamente la directora médica y la directora de Recursos Humanos y Relaciones Laborales del CHUVI sobre la no concurrencia de necesidades asistenciales y organizativas actuales que justifiquen la prolongación de permanencia en el servicio activo del actor. En suma, hemos de traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2012, citada por la sentencia apelada, que precisa que no existe un derecho subjetivo a la prolongación del servicio activo sino que ha de ajustarse a las exigencias organizativas, siempre que como el caso analizado, estén motivadas y no revelen arbitrariedad u otro vicio sustancial».

3 Concurso de méritos para la selección de un jefe de servicio. Desviación de poder. Anulación

La Sentencia del **TSXG** del 22 de enero de 2014 (rec. 288/2013, relator: Ilmo. Sr. Chaves García) confirmó en apelación la anulación de la resolución del concurso convocado para la provisión de una plaza de Jefe de Servicio en un complejo hospitalario tras apreciar la concurrencia de “desviación de poder” en la comisión de valoración en la puntuación del “proyecto **técnico**” **presentado por el candidato** seleccionado, con las siguientes consideraciones:

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

«(...) En primer lugar, la falta de motivación es clamorosa. No estamos ante una ausencia de aplicación de un baremo reglado o una justificación ambigua. Sencillamente estamos ante un baremo consentido pero altamente cuestionable porque encierra tres cheques en blanco (Calidad, Contenido, Adecuación) que abren la puerta a la arbitrariedad, lo que encarecía robustecer la motivación. En efecto, la parca referencia del Acta de la Comisión a que el adjudicatario “abordó los problemas y solución de hecho más concreto y adaptado a los objetivos señalados en la convocatoria» es una motivación vacía, o si se quiere, convierte en juego de adivinanzas en qué extremo el Proyecto del adjudicatario o su exposición merece mayor valoración que el del apelante. Recordemos que estamos ante la selección de una Jefatura de Servicio de un Hospital público y este epígrafe es determinante por lo que los simples guarismos de calificación con una rituaría referencia a la mayor bondad del Proyecto del adjudicatario (o su presentación) nada dicen ni aclaran sobre la razón de la superior valoración. (...) Corresponde a la Comisión por su especialización e inmediatez hacer un esfuerzo serio, riguroso, elocuente y claro de ofrecer las razones que avalan la puntuación de uno y otro Proyecto en cada uno de los conceptos o perspectivas. Es lo menos que se tiene derecho a exigir por los aspirantes y lo que la sociedad debe exigir a los miembros de una Comisión que tienen obligación de actuar en su cargo con arreglo a los principios de igualdad, objetividad y motivación (art.55 EBEP)...

También se alza como indicio de la desviación de poder el hecho determinante consistente en el contenido objetivo del propio Proyecto técnico. (...) Asimismo no puede ignorarse el dato de la opción de la convocatoria por imponer la perentoria presentación de documentación (currículos y memoria) en el plazo de tan solo quince días, circunstancia por sí sola insuficiente para apreciar desviación de poder pero que junto a los restantes, apunta a una situación de celeridad que propicia improvisar la documentación en situación propia de que la suerte ya esté echada de antemano. (...) En suma, aquí sí que se aprecia una conculcación de la regla de proporcionalidad entre requisitos y carga documental que coadyuva a la prueba de la desviación de poder dada la incongruencia entre el elevado objetivo de la convocatoria (seleccionar el más idóneo para tan crucial puesto) y el plazo efímero para hacer acopio y presentación de la documentación que sustentaría la selección.

A todo ello se suma la notoriedad de la condición académica y profesional de los aspirantes en liza que abona el que la valoración del Proyecto se ha sustentado en prejuicios y datos sobre los mismos, en vez de las bondades o defectos del Proyecto (...) Este dato, que en sí mismo es positivo (que profesionales del ámbito territorial y universitario coincidan en la apetencia de la plaza) puede explicar que el desarrollo de las deliberaciones tras la presentación de los Proyectos por los aspirantes se zanjase en tan solo treinta minutos para puntuar y levantar el Acta, celeridad que aun admitiendo que no hay relación de la duración de la deliberación con mayor acierto en su resultado, resulta sorprendente y coadyuva a la situación de posible predeterminación del resultado.

(...) El resultado final ofrece un panorama indiciario ostensible de desviación de poder al contemplar que de forma tan curiosa como estadísticamente improbable, los tres aspirantes obtienen idéntica valoración en los conceptos de Currículo y de “Valoración de Dedicación exclusiva”, agotando el techo de puntuación máxima posible, y será

decisiva la puntuación asignada en el concepto más subjetivo de todos, y que por esa circunstancia, debía ir acompañado de una motivación explícita y razonada de su resultado: el de “Valoración del Proyecto Técnico”.

Así apreciamos la existencia de desviación de poder (arts.63.1 Ley 30/1992 y 83.3 LJCA) en los miembros de la Comisión de Valoración al tiempo de valorar la tercera prueba, en cuanto a existencia de un desigño de ejercer la potestad de valoración para una finalidad desviada, la de postergar a un candidato y primar a otro, para lo cual se apartó de pautas objetivas y eludió una motivación clara, explícita y razonada de la prueba relativa al Proyecto Técnico. Y ello sin que tengamos elementos de prueba para poder aventurar las razones personales que a cada uno de ellos les llevó a tal conducta para usar la potestad evaluadora para finalidades distintas al mérito y capacidad objetiva, y por tanto, sin poder determinar si fue debida a iniciativa propia, por simpatía con los otros vocales, por sugerencia externa o de superiores u otra circunstancia, por lo que la tacha de imparcialidad se agota en esos vocales y no a terceros».

4 Prohibición general de contratación de nuevo personal en las Administraciones Públicas

La Sentencia del **TSXG** del 11 de diciembre de 2013 (rec. 353/2012, relator: Ilmo. Sr. López González) le aplica a la Universidad de A Coruña la prohibición de contratación de personal temporal establecida en el artículo 3 del Real Decreto-Ley 20/2011, de 30 de diciembre (y en la posterior Ley 2/2012, de Presupuestos Generales del Estado), de incorporación de nuevo personal en las Administraciones **públicas en el** ejercicio de 2012, anulando así varias contrataciones de profesores titulares de la Universidad. Ha considerado el Tribunal que:

«(...) es la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012, la que fija (artículo 23.Uno.G) una tasa de reposición del 10% para los Cuerpos de Personal Investigador de las Universidades, por lo que las convocatorias nunca podrían rebasar ese límite. De nada valen los juegos de palabras con que la parte demandada trata de ocultar la vulneración de la normativa transcrita. Aludir a “promoción horizontal” que posibilita el acceso de profesor contratado doctor a profesor titular de universidad, con amortización del puesto previo, garantizada la previsión del gasto en los presupuestos universitarios, no es más que un uso semántico del idioma que no puede ser amparado en derecho, so pena de ocultar bajo tal denominación lo que realmente integra un nuevo ingreso o una nueva incorporación de personal. Tampoco puede ser acogida la referencia que la parte demandada hace a la tan manida autonomía universitaria, pues siendo la misma cierta y necesaria, lo que no puede convertirse es una patente de corso para escapar de cualquier control o supervisión, máxime cuando nos movemos en el marco de normas de carácter básico estatal, a tenor de lo previsto en los artículos 149.1.13 y 156.1 del texto constitucional.

En lo atinente a la autorización de la convocatoria por la Xunta de Galicia, la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012, al tiempo que prohíbe la incorporación de nuevo personal, establece excepciones para determinados sectores y administraciones, fijando una tasa de reposición del 10%,

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

siempre que se respeten las disponibilidades presupuestarias del capítulo I. Señala que esta excepción será de aplicación a las plazas de los cuerpos de personal investigador de las Universidades, siempre que por parte de las administraciones públicas de las que dependan se autoricen las correspondientes convocatorias, previa acreditación de que la oferta de empleo público de las citadas plazas no afecta al cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria establecidos para la correspondiente Universidad, ni de los demás límites fijados en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. Siendo ello así, la autorización de la convocatoria por parte de la Xunta de Galicia, está condicionada al cumplimiento de tres requisitos:

1. *Que el número de plazas convocado se ajuste a la tasa de reposición establecida, en este caso, el 10%.*
2. *Que se respete la disponibilidad presupuestaria del Capítulo I.*
3. *Que se acredite que la oferta de empleo público de las plazas convocadas no afecta a los objetivos de disponibilidad presupuestaria.*

Pues bien, aun cuando podamos dar por cumplidos los requisitos números 2 y 3, es evidente que se incumple el requisito nº 1, ya que si las plazas a convocar no podían exceder de tres (10% de las bajas experimentadas en el año 2011), en el supuesto enjuiciado, a lo largo del año 2012, se han convocado, en diferentes procesos, hasta un total de 25 plazas, lo que vulnera abiertamente la normativa en materia de oferta pública de empleo».

V Tributos

1 Exención de la Iglesia Católica en el Impuesto de Bienes Inmuebles (IBI)

La Sentencia del **Tribunal Supremo** (S^a de lo Cont.-Ad., Secc. 2^a) del **4 de abril de 2014** dictada en el recurso de casación de interés de ley 653/2013 (relator: Excmo. Sr. Frías Ponce), referida a Galicia, concluyó que:

«(...) En definitiva, el régimen tributario de la Iglesia Católica, en la actualidad, respecto al Impuesto sobre Bienes Inmuebles, es el siguiente:

- 1º) *Si se trata de entidades de la Iglesia Católica del artículo IV del Acuerdo sobre Asuntos Económicos entre el Estado Español y la Santa Sede, les resulta de aplicación la exención en el Impuesto sobre Bienes Inmuebles prevista en el apartado 1 del art. 15 de la ley 49/2002 respecto a los inmuebles de que sean titulares catastrales y sujeto pasivo estas entidades, siempre que no estén afectos a explotaciones económicas y los que estén afectos a explotaciones económicas cuyas rentas se encuentren exentas del Impuesto sobre Sociedades en virtud del art. 7 de la ley 49/2002.*

Además, por aplicación del Acuerdo sobre Asuntos Económicos entre el Estado Español y la Santa Sede, están exentos del Impuesto sobre Bienes Inmuebles los inmuebles enumerados en la letra A) del artículo IV de dicho Acuerdo.

2º) *Si se trata de las asociaciones y entidades religiosas comprendidas en el artículo V del Acuerdo sobre Asuntos Económicos entre el Estado Español y la Santa Sede, y que se dediquen a actividades religiosas, benéficas o docentes, médicas u hospitalarias o de asistencia social, les será de aplicación la exención establecida en el art. 15 de la ley 49/2002 para las entidades sin fines lucrativos, siempre que cumplan los requisitos exigidos por la misma».*

2 Ordenanza Fiscal reguladora de la tasa por la utilización privativa o aprovechamiento especial de dominio público local por las empresas explotadoras de los servicios de telefonía móvil

El TSXG, en una serie de sentencias (ad. ex. s. del 19 de febrero de 2014, rec. 15183/2011) ha anulado parcialmente numerosas ordenanzas municipales reguladoras de esta tasa aplicando el criterio establecido al respecto por una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del 12 de julio de 2012, en la que se concluyó que se debe:

«excluir expresamente a los operadores de telefonía móvil no sólo del régimen especial de cuantificación de la tasa, sino también de la obligación de pagar la tasa cuestionada cuando, no siendo titulares de redes, lo sean de derechos de uso, acceso o interconexión a éstas. De esta forma, los operadores de telefonía móvil no tendrán que abonar tasas municipales por el uso del dominio público municipal si se limitan a utilizar las instalaciones de terceros».

3 El sujeto pasivo puede presentar nuevas pruebas y documentos en su defensa en la fase de reclamación económico-administrativa

Así lo ha considerado el **TSXG** en su Sentencia del **5 de febrero de 2014** (rec. 15831/2012, relator: Ilmo. Sr. Gómez y Díaz-Castroverde). Se señala en ella

«(...) no existe un plazo preclusivo para la presentación de la documentación que interesa al derecho del contribuyente. La STS de 20/6/2012 analiza dicha cuestión desde la óptica de la presentación de documentos en sede jurisdiccional para concluir, no sin discrepancia mostrada en los votos particulares, que pueden admitirse en dicha sede pruebas no presentadas en el procedimiento inspector, lo que con mayor razón autoriza idéntica conclusión en cuanto al procedimiento administrativo de revisión». Posición la anterior que se asienta en la STS citada (recurso de casación núm. 3421/2010). Reconocer tal posibilidad en sede económico-administrativa es criterio que incluso sostiene la resolución recurrida, debiendo convenir con el TEAC que, en efecto, la cognición de la alzada no puede desbordar lo que ha sido el conocimiento de la primera instancia. Sin embargo, a partir de ello configurar un efecto preclusivo absoluto sobre las facultades probatorias, bien por esta circunstancia, bien por la estricta aplicación del artículo 241.2 LGT, conduciría a la paradoja de que, sin embargo, y a partir de la tesis jurisprudencial expuesta, la prueba podría plantearse ante esta Sala y, en consonancia con la misma, acordar en tal momento lo procedente en relación con ella, bien la retroacción de actuaciones en el modo que concluyó la STS acotada, bien la valoración de la documental, como señala uno de los votos particulares de la sentencia».

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

VI Urbanismo y ordenación del territorio

- 1 Incremento del porcentaje de vivienda protegida después de la aprobación inicial de un Plan General. Innecesidad de abrir un segundo trámite de información pública. El planificador urbanístico puede establecer una reserva de vivienda protegida superior al ratio legalmente establecido, que sólo tiene carácter de “mínimos”

En la Sentencia del **Tribunal Supremo**, S^a 3^a, Secc. 5^a, del **21 de junio de 2013** (casación 2250/2011, relator: Excmo. Sr. Sua y Rincón), se rechazan los principales argumentos impugnatorios invocados frente al Plan General de Ordenación Municipal de Vigo aprobado en 2008. Consideró el Alto Tribunal, en primer lugar, que el planificador urbanístico puede establecer una reserva de vivienda protegida superior a la mínima legalmente exigible «*atendiendo siempre desde luego a las exigencias demandadas por la defensa del interés público*». De modo que: «*el porcentaje del 30% previsto en el artículo 10.1.b) de la Ley 8/2007–en la actualidad, recogido en el mismo artículo y epígrafe del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio– tiene el carácter de mínimo, como se desprende con claridad de su redacción*». Y, en segundo lugar, que el incremento notable del ratio de vivienda protegida en el proyecto del Plan General después de su aprobación inicial no obligaba a abrir un segundo trámite de información pública, por las siguientes razones:

«(...) es indudable que la reiteración de información pública es exigible, tanto si las modificaciones sustanciales se introducen al tiempo de la aprobación provisional (artículo 130 del Reglamento de Planeamiento, aprobado por Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio), como si son resultado de lo decidido en el acuerdo de aprobación definitiva (artículo 132.3 del mismo Reglamento); ello, sin perjuicio de que, en este último caso, sea necesaria, además, la audiencia de las Corporaciones Locales afectadas; y sin perjuicio también de la necesidad de reiterar tal trámite si los cambios de ordenación responden a un mandato legal (STS de 11 de mayo de 2009, Rec. Cas. nº 4814/06, 4816/06 y 6341/06). Ahora bien, ha de tratarse en todo caso a tal efecto de una modificación sustancial. (...) lo relevante para apreciar si la alteración producida tiene el carácter de sustancial no es el efecto que tiene en el ámbito del patrimonio o intereses concretos de los propietarios o interesados, sino su afección al modelo territorial anteriormente previsto en el Plan que se tramita y si tal afección supone una alteración sustancial de ese modelo territorial en función de parámetros como la superficie o su intensa relevancia dentro de la estructura general y orgánica de la ordenación del territorio, de forma que venga a alterar seriamente el modelo territorial elegido. (...) la innovación consistió únicamente en el incremento porcentual en la reserva de suelo para viviendas de protección pública, sin alterar la clasificación o calificación urbanística del suelo urbano no consolidado de los ámbitos impugnados, ni el uso residencial, ni la tipología de vivienda colectiva, previstos inicialmente en tales ámbitos. (...). La modificación únicamente despliega sus efectos en las expectativas de rendimiento económico de la promoción; y así también lo entiende la recurrente en el fondo, pues la razón última a que obedece su queja parte de considerar que el beneficio neto resultante de una vivienda libre es siempre superior al que se obtiene de

una vivienda sometida a algún régimen de protección pública. (...) En cualquier caso, tal cuestión no afecta al modelo territorial previsto en el planeamiento general, que contempla la ordenación de todo el término municipal. Los efectos de la modificación se limitan únicamente al ámbito concreto en que opera la reserva, y las consecuencias del incremento de tal reserva en cuanto afectan a los aprovechamientos en términos de rentabilidad económica serán objeto de equidistribución entre los afectados, ya que los terrenos litigiosos se incluyen en el planeamiento en actuaciones a desarrollar de forma sistemática y sistemas de ejecución privados –compensación–, por lo que será en el seno de la reparcelación-compensación donde, al valorar las parcelas resultantes, se tenga en cuenta la diferencia de valor entre la vivienda libre y la protegida a efectos de equidistribuir entre todos los propietarios los aprovechamientos residenciales, mediante la asignación de los coeficientes correspondientes. (...) Como acertadamente razona la Sala de instancia, las alteraciones relativas al porcentaje de vivienda para viviendas de protección pública no constituyen un nuevo esquema de planeamiento que altere de manera importante o esencial las líneas y criterios básicos del Plan y su propia estructura, de manera que no se requería la reiteración del trámite de información pública. (...) Finalmente, y por apurar este análisis, la propia norma autonómica (Ley 6/2008, de 19 de junio, de medidas urgentes en materia de vivienda y suelo, por la que se modificó la LOUPMRG) que, con posterioridad a la normativa estatal básica (Ley 8/2007), vino a elevar el porcentaje de reserva de vivienda protegida y a situar dicho porcentaje en el mínimo del 40% para municipios desde 20.000 habitantes, estableció, en su Disposición Transitoria Primera, respecto de los planes generales aprobados provisionalmente antes de la entrada en vigor de la misma y a los efectos de su adaptación a la Ley, que: “La simple adaptación del contenido del plan en tramitación a las disposiciones establecidas en la presente ley no implicará, por sí sola, la necesidad de someterlo a nueva información pública, salvo cuando se pretendieran introducir otras modificaciones que alterasen sustancialmente la ordenación proyectada y no fuesen consecuencia de la adaptación, extremo sobre el que el secretario municipal habrá de emitir informe”».

2 Anulación de la suspensión del planeamiento general de Barreiros y de su ordenación urbanística provisional aprobada por Decreto de la Xunta de Galicia. Omisión de trámite de información pública

El **Tribunal Supremo** (S^a 3^a, Secc. 5^a), en su **Sentencia del 5 de febrero de 2014** (RC 2916/2011, relator: Excmo. Sr. Peces Morate) estima la casación y declara la nulidad del Decreto de la Xunta de Galicia núm. 15/2007, de 1 de febrero, de suspensión de la vigencia de las normas subsidiarias de planeamiento municipal de Barreiros y aprobación de una ordenación urbanística provisional hasta la entrada en vigor del nuevo planeamiento. Según el Alto Tribunal este tipo de Decretos deben ser precedidos en todo caso de un trámite de información pública, pese a que en la normativa autonómica aplicable no se exija (artículo 96 Ley 9/2002, del 30 de diciembre, de Ordenación Urbanística y del Medio Rural de Galicia –LOUGA–). Insiste así el Tribunal Supremo en esta sentencia en que:

«(...) es significativo resaltar el diferente modo de operar de la propia Administración autonómica demandada, y ahora recurrida en casación, al tiempo de elaborar y aprobar el Decreto de suspensión del planeamiento y el establecimiento de normas

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

urbanísticas provisionales para el municipio de O Grove, en que se cumplió el trámite de información pública, que tuvimos ocasión de enjuiciar en nuestra Sentencia de fecha 16 de noviembre de 2010 (recurso de casación 1457/2006).

Igualmente es destacable que tal ordenamiento urbanístico puede llegar a tener vigencia, como en el caso enjuiciado (más de cuatro años), durante un prolongado periodo, lo que pone en entredicho su carácter provisional (...).

El trámite de información pública, como medio para la participación ciudadana en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas, es inexcusable por imperativo de lo establecido en los artículos 9.2 y 105 a) de la Constitución, 86 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y 6.1 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen del Suelo y Valoraciones, que, en la actualidad, reitera el artículo 11 de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, y el artículo 11 de su Texto Refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, cualquiera que sea la naturaleza, provisional o definitiva, de las disposiciones urbanísticas y el plazo en que hayan de ser aprobadas, al que deberá ajustarse la información pública. Ese carácter ineludible del trámite de información pública en la aprobación de las disposiciones administrativas ha sido remarcado por la doctrina jurisprudencial más reciente, recogida, entre otras, en nuestras Sentencias de fechas 4 de mayo de 2007 (recurso de casación 7450/2007), 10 de diciembre de 2009 (recurso de casación 4384/2005), 28 de junio de 2012 (recurso de casación 3013/2010), 13 de mayo de 2013 (recurso de casación 3400/2009) y 25 de septiembre de 2013 (recurso de casación 6557/2011), habiendo declarado en las dos primeras que el que una Ley, en este caso la Ley autonómica gallega 9/2002, de 30 de diciembre, no establezca expresamente el trámite de información pública, no es razón para no exigirlo inexcusablemente al venir impuesto por otras disposiciones con rango de Ley, que lo hacen obligatorio para una mejor protección de los intereses generales, constitucionalmente amparados en los artículos 9.2 y 105 a) de la Constitución, 3.5 y 86 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y 24.1 c) de la Ley 50/1997, del Gobierno».

3 Inspección Técnica de los Edificios (ITE). Competencia profesional exigible a los técnicos que la realizan

La Sentencia del **TSXG**, S^a de lo Cont.-Ad., Secc. 2^a, del **16 de enero de 2014** (rec. apel. 4458/2013, relator: Ilmo. Sr. Méndez Barrera), ratifica la exclusión por un Ayuntamiento de los ingenieros de caminos, canales y puertos para realizar el informe de la Inspección Técnica de los Edificios (ITE), con las siguientes consideraciones:

«(...) Es cierto que no hay reserva de ley a una profesión concreta para realizar los informes de la ITE, pero tampoco es contrario a derecho que se elija para examinar e informar sobre el estado de conservación de un edificio a quien tiene, por atribuírsela una norma con rango de ley, la competencia exclusiva para dirigir su edificación, pues no puede decirse que en esta concreta materia rija el principio de libertad con idoneidad frente al de exclusividad; y es que la STS de 19-1-2012 que cita la apelada, pese a decir en su séptimo fundamento de derecho, con cita de numerosas sentencias, que la Sala rechazó el monopolio competencial a favor de una profesión técnica superior predeterminada, y que se impone la conclusión de primar el principio de idoneidad al

de exclusividad, sin embargo declara que el criterio jurisprudencial claramente aplicable “resulta de considerar que cuando la naturaleza de la obra exige la intervención exclusiva de un determinado técnico, como sucede en el caso de construcción de una vivienda urbana, la competencia aparece indubitada y reconocida al Arquitecto y, en su caso, al Arquitecto técnico”. Ante ello no cabe invocar la capacidad o idoneidad de los ingenieros de caminos para la redacción de informe de la ITE. Y por lo que se refiere a la doctrina emanada de la Comisión Nacional de la Competencia y del Consejo de Estado, el dictamen de este órgano que cita la entidad actora es de 2-10-1997, y por lo tanto anterior a la LOE; y la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 29-11-2010 pone fin a un expediente que terminó con acuerdo, y que versaba sobre una materia –la redacción de los estudios de salud y seguridad en el trabajo– de naturaleza diferente a la que aquí se examina. Por tales razones el recurso de apelación no puede ser estimado».

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS