

## Xurisprudencia contencioso-administrativa

### Jurisprudencia contencioso-administrativa

#### Contentious-administrative jurisprudence



FRANCISCO DE COMINGES CÁCERES

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

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

Regap



NOTAS

**Sumario:** 1 Administración local. 1.1 Área metropolitana de Vigo. Suspensión cautelar de su constitución por falta de integración efectiva del transporte urbano de Vigo en el Plan de Transporte Metropolitano de Galicia. 1.2 Ejecución forzosa en vía administrativa del crédito que un ayuntamiento posee frente a otro, mediante la vía de la retención de las transferencias por participación en tributos del Estado. 1.3 Provisión de jefaturas de servicio mediante el sistema de “concurso específico”. Omisión de informe del interventor municipal. 1.4 Disolución de organismos autónomos municipales. Integración de su personal en la estructura general del ayuntamiento, sin necesidad de superar un procedimiento selectivo de concurrencia competitiva. 1.5 Provisión de la jefatura de personal de un ayuntamiento. Puesto de perfil eminentemente jurídico. Desviación de poder. 2 Contratos públicos. 2.1 Resolución de contrato de construcción y explotación de aparcamiento subterráneo por liquidación concursal de la concesionaria. Reclamación de indemnización por la inversión no amortizada. 3 Expropiación forzosa. 3.1 Determinación de la indemnización por los daños y perjuicios generados por la nulidad del expediente expropiatorio. 4 Medio ambiente, urbanismo y vivienda. 4.1 Anulación de proyecto sectorial de incidencia supramunicipal de acuicultura por omisión de estudio de alternativas en la evaluación de impacto ambiental. Posibilidad de instalar depuradora de aguas residuales a menos de 20 metros de la ribera del mar. 4.2 Obras ilegales en zona de servidumbre de protección de costas. La Administración dispone de un plazo indefinido para ordenar su demolición. 4.3 Parcelación y uso residencial ilegal en suelo rústico protegido, disconforme con la licencia de hotel concedida. La negativa del propietario a ajustarse a la licencia conlleva la demolición de las edificaciones. 4.4 Viviendas de protección autonómica de precio concertado. Infracción muy grave por cobro de sobrepagos en la venta a terceros. Principios del procedimiento administrativo sancionador. 5 Personal. 5.1 Cese de funcionarios interinos. Carecen del derecho a percibir la indemnización de 20 días de salario por año trabajado establecida en el Estatuto de los trabajadores para los despidos por causas objetivas. 5.2 Personal funcionario del cuerpo de extinción de incendios. Retribuciones. Pluses de nocturnidad y festividad. No son complemento de productividad. Deben integrarse en el complemento específico. 5.3 Obligación de proveer los puestos de trabajo por concurso. Excepcionalidad del sistema de libre designación. 5.4 Nombramiento de jefe de servicio por el sistema de libre designación. Deber de abstención del órgano de selección por su estrecho vínculo con el candidato seleccionado. Falta de

motivación. Desviación de poder. 6 Proceso contencioso-administrativo. 6.1 Determinación de la cuantía en procesos promovidos frente a multas coercitivas para la ejecución de órdenes de demolición. 7 Responsabilidad patrimonial. 7.1 Plazo de prescripción de la reclamación indemnizatoria formulada por la anulación judicial de licencia que conlleva la demolición de la edificación autorizada. 7.2 Responsabilidad de los servicios autonómicos de emergencias por la “pérdida de oportunidad” derivada de la demora en la localización de un motorista accidentado con teléfono móvil operativo. 8 Tributos. 8.1 Impuesto sobre el incremento de valor de bienes de naturaleza urbana (plusvalía). Devolución de ingresos indebidos tras la declaración de inconstitucionalidad parcial de su regulación. El reclamante debe acreditar que no se produjo un incremento del valor del bien. 9 Universidades. 9.1 Distribución equitativa y proporcionada de la carga docente entre el profesorado.

## 1 Administración local

### 1.1 Área metropolitana de Vigo. Suspensión cautelar de su constitución por falta de integración efectiva del transporte urbano de Vigo en el Plan de Transporte Metropolitano de Galicia

En la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (TSJG) de 11 de octubre de 2018 (rec. 4263/2017, ponente: Martínez Quintanar), se confirma en apelación un auto de un juzgado contencioso-administrativo que dispuso la suspensión cautelar de la constitución, en diciembre de 2016, del Área Metropolitana de Vigo. Se motiva la sentencia en los siguientes argumentos:

*«(...) La valoración del “periculum in mora” requiere prestar especial atención al contenido de los acuerdos recurridos, adoptados en la sesión constitutiva del Área Metropolitana de Vigo (AMV) (...). Y ha de ponerse en relación con los motivos por los cuales la Administración autonómica recurrente considera viciadas de nulidad tales actuaciones relacionadas con la convocatoria y constitución de los órganos del AMV, relacionados con la falta de integración efectiva del transporte urbano de Vigo en el Plan de Transporte Metropolitano de Galicia, lo cual considera que es un impedimento a la válida constitución y funcionamiento del AMV, por mandato de la Disposición Adicional décimo primera de la Ley 4/2012, de 27 de julio, del Área Metropolitana de Vigo, introducida por la Ley 14/2016, de 27 de julio, que estableció lo siguiente: “La efectiva puesta en funcionamiento del Área Metropolitana de Vigo requerirá la previa integración efectiva del transporte urbano de Vigo en el Plan de transporte metropolitano de Galicia, tras la formalización del correspondiente convenio de adhesión entre la Xunta de Galicia y el municipio. Esta incorporación se realizará en las mismas condiciones que el resto de los municipios gallegos adheridos al plan, garantizando la igualdad de tratamiento de todas las personas usuarias”.*

*(...) La Xunta de Galicia entiende que hasta ese momento en que la integración efectiva del transporte se haga realidad –momento que indudablemente no ha llegado, en lo que se refiere a la dimensión fáctica de la integración del transporte en el plano material– por imperativo legal, no cabe la constitución y funcionamiento del AMV, mientras que el Concello de Vigo sostiene lo contrario. La cuestión jurídica relativa al alcance de la interpretación de la Disposición Adicional 11.ª de la Ley 4/2012, de 27 de julio debe ser remitida a la sentencia. Pero de todo este contexto sí se deduce que la no adopción de la medida cautelar suspensiva o su revocación comportaría anticipar los efectos de una sentencia desestimatoria, privando de efectividad a la tutela judicial impetrada de los órganos jurisdiccionales, cuyo contenido sustantivo se orientaba a la pretensión de impedir el funcionamiento del AMV hasta que se*

*produjesen determinadas condiciones fácticas relativas al transporte metropolitano (integración efectiva), condiciones que indudablemente no se han producido. Ese contenido de la pretensión se vería irremediamente frustrado si se revocara la adopción de la medida cautelar suspensiva, y en términos gráficos podría decirse que la sentencia llegaría demasiado tarde, esto es, cuando el efecto que se quería impedir ya se habría producido y consumado.*

*(...) En este juicio cautelar basta constatar que el proceso de implantación del transporte metropolitano con la integración efectiva en el mismo del transporte urbano de Vigo no ha finalizado, que la Administración autonómica recurrente, aquí apelada, pretende que el AMV no entre en funcionamiento hasta que finalice ese proceso de integración efectiva y que la suspensión cautelar pretendida y acordada en primera instancia es la medida indispensable para garantizar que una futura sentencia estimatoria pudiera dar satisfacción completa a lo pretendido.*

*Por lo demás, resulta evidente el riesgo para la seguridad jurídica de permitir el funcionamiento de una entidad local que ha visto recurridos todos los acuerdos de su sesión constitutiva y respecto a la que se cuestiona que se cumplan los presupuestos para su constitución y para su funcionamiento, y que además no parece tener garantizado el ejercicio de las funciones esenciales de tesorería, secretaría e intervención, habida cuenta de la resolución de 16 de enero de 2017 de la Directora Xeral de Administración Local, que denegó la exención y acumulación de puestos de secretario, interventor y tesorero del AMV, “dado que los mismos no existen por no haber sido creados conforme al procedimiento establecido en la normativa correspondiente”. (...)*

*El riesgo para la seguridad jurídica se acentúa si se tiene en cuenta que ha visto inadmitida la solicitud de inscripción en el Registro de Entidades Locales de Galicia, precisamente, entre otros motivos, por la valoración de la imposibilidad de su constitución y puesta en funcionamiento a consecuencia de la Disposición Adicional 11.ª de la Ley 4/2012, además de por el cuestionamiento de la legitimación del solicitante de la inscripción, por no poder reconocérsele la condición de Presidente del Área Metropolitana en estos momentos. Todas estas cuestiones relacionadas con la interpretación de esa Disposición deberán ser resueltas en la sentencia que ponga fin al recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Administración autonómica. (...).*

*La ponderación de intereses en conflicto no enerva las anteriores conclusiones. Todas las partes del procedimiento son Administraciones públicas, y todas por igual están llamadas a la defensa del interés general. No se han acreditado perjuicios ciertos por el hecho de demorar el funcionamiento de una entidad cuya ley de creación se remonta al año 2012, lo que evidencia el transcurso de varios años desde esa ley sin que se haya podido materializar un funcionamiento efectivo, y ello antes de la sesión constitutiva del año 2016 objeto de impugnación jurisdiccional, lo que ha de ser valorado para considerar más débiles los perjuicios derivados de la medida cautelar suspensiva que los que se pudieran derivar de su revocación, al postergarse en sede cautelar ese funcionamiento efectivo hasta que la resolución judicial sobre el fondo del asunto dilucide con carácter firme la legalidad (o nulidad) del proceso constitutivo y permita que sobre ese funcionamiento, cuando sea posible por existir esa resolución firme, no se ciernan las dudas existentes sobre su validez, dudas que a fecha de hoy se proyectarían sobre todas las actuaciones de la entidad (...).*»

Regap



NOTAS

## 1.2 Ejecución forzosa en vía administrativa del crédito que un ayuntamiento posee frente a otro, mediante la vía de la retención de las transferencias por participación en tributos del Estado

Un ayuntamiento gallego le adeuda a otro limítrofe la cantidad de 2.800.000 euros. Para la ejecución forzosa de la deuda, el ayuntamiento acreedor le solicita a la Secretaría General de Financiación Autonómica y Local del Ministerio de Hacienda la retención de las transferencias por participación en tributos del Estado destinadas a la corporación municipal deudora. El ministerio desestima la petición esgrimiendo el principio de suficiencia financiera de las administraciones locales y la inaplicabilidad de la institución de la compensación de deudas a esta relación triangular entre el Estado y los dos entes locales en conflicto.

El TSJG, secc. 4.ª, en su Sentencia de 15 de noviembre de 2018 (rec. 15557/2017, ponente: Fernández Leiceaga, recurrida en casación), desestima el recurso interpuesto por el ayuntamiento acreedor contra la resolución desestimatoria del Ministerio de Hacienda, tras interpretar lo dispuesto al efecto en el artículo 74 de la Ley 58/2003, general tributaria, con la siguiente fundamentación:

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

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

*Debemos estar, polo tanto, dado que falamos dunha dedución sobre o PTE –art. 87 Lei 47/2003– á regulación específica desta materia, e a remisión obriga a acudir á Lei Xeral Presupostaria 47/2003 e á Lei de Presupostos do ano 2017 –lei 3/2017– sección 1.ª título VII, arts. 79 a 82, que só autoriza a facer a retención sobre os PTE cando se acorda por órganos de recadación da AEAT, da TXSS, do ICO e do Fondo de Financiamento ás entidades locais –art. 101– e non estende a posibilidade ós órganos de recadación dos entes locais. Tampouco o art. 60 RD 939/2005 prevé que se aplique ós entes locais.*

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

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

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

### 1.3 Provisión de jefaturas de servicio mediante el sistema de “concurso específico”. Omisión de informe del interventor municipal

El TSJG, en su Sentencia firme de 2 de julio de 2014 (rec. 289/2012, ponente: Díaz Casales), anuló la Relación de Puestos de Trabajo del Ayuntamiento de Ourense por haber establecido sin la necesaria justificación el sistema de “libre designación” en lugar del de “concurso” para la provisión de un gran número de puestos de trabajo (jefaturas de servicio en su mayor parte). En su posterior Sentencia de 20 de junio de 2017 (rec. 32/2017, ponente: Seoane Pesqueira) censuró la práctica generalizada de dicha Administración local de cubrir sus jefaturas de servicio mediante nombramientos urgentes y provisionales en comisión de servicios. El ayuntamiento procedió a modificar su RPT atribuyendo el mecanismo del concurso para el acceso a la mayor parte de sus puestos. Después convocó la provisión de 14 jefaturas de servicio mediante “concurso específico” (artículo 91.1 p.º 2.º de la Ley 2/2015, de 29 de abril, del empleo público de Galicia) –BOP de Ourense núm. 270, de 24/11/2016–. Los concejales de un determinado partido político impugnaron la convocatoria y bases al considerar que se debía haber realizado por “concurso ordinario” y que además se había omitido el preceptivo informe del interventor municipal.

El TSJG en su reciente Sentencia de 11 de julio de 2018 (rec. 126/2018, ponente: Seoane Pesqueira) desestima el recurso, en fase de apelación. Considera en primer lugar que el ayuntamiento estaba obligado a utilizar el método del “concurso específico” para la provisión de las jefaturas, con las siguientes consideraciones:

*«(...) cuando la justificación del sistema de provisión viene contemplada en una norma con rango de Ley no es preciso que en la convocatoria específica se contenga una referencia o defensa particularizada del sistema de provisión elegido. En el caso presente la opción por el sistema de concurso específico respecto a las jefaturas de servicio en los Concellos se contiene en el artículo 91 de la Ley 2/2015, de 29 de abril, de empleo público de Galicia. Según el artículo 4.1.b de dicha norma legal, la misma será de aplicación al personal funcionario de las entidades locales gallegas, mientras que el artículo 91.1 párrafo segundo establece que “Las jefaturas de servicio o puestos de nivel equivalente se proveerán por este sistema (concurso específico), salvo aquellos que, por sus especiales características, deban proveerse por el sistema de libre designación, con convocatoria pública”. En consecuencia, desde la entrada en vigor de dicha Ley 2/2015, que tuvo lugar a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de Galicia (disposición final quinta, apartado 1), publicación que se produjo*

Regap



NOTAS

*el 4 de mayo de 2015, la regla general es que las jefaturas de servicio han de proveerse por el sistema de concurso específico, siendo evidente que esa forma de provisión es preferente a la que figure en la respectiva relación de puestos de trabajo anterior, que es lo que sucede en este caso, en el que la relación de puestos de trabajo es previa a la promulgación de aquella normativa.*

*Ante la previsión concreta del concurso específico como sistema normal de provisión para las jefaturas de servicio en aquella Ley 2/2015 resulta fuera de lugar la mención que se hace en el recurso de apelación al Real Decreto estatal 364/1995, de 10 de marzo, del mismo modo que no puede ser operativa la cita de sentencias de otras Comunidades Autónomas (en concreto de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla León), que tienen su normativa específica en la materia. (...) Lógicamente, si el legislador autonómico establece, en el artículo 91 de la Ley 2/2015, el concurso específico como sistema general de provisión de las jefaturas de servicio es porque entiende que dichos puestos presentan unas peculiaridades que les hace merecedores de aquella forma de cobertura, sin que sea preciso esperar a que la relación de puestos de trabajo especifique las singularidades de la función encomendada. Y es que, tal como argumenta el juzgador "a quo", es de toda lógica y acorde al sentido común, que, por ejemplo, al titular de una jefatura de servicio de urbanismo se le exija formación y experiencia en dicha materia sectorial, de la misma manera que a un jefe de servicio de hacienda y recaudación se le imponga un conocimiento profundo de las materias tributaria y presupuestaria. En efecto, si el concurso específico "consiste en la valoración de los méritos y las capacidades, conocimientos o aptitudes determinados en cada convocatoria, y relacionados con el puesto de trabajo a proveer" (artículo 91.3 de la Ley 2/2015) es lógico e idóneo que para la provisión de las jefaturas de servicio, junto a la fase de concurso de méritos, estén previstas otras pruebas de carácter práctico, memorias, entrevistas o tests profesionales, la valoración de informes de evaluación u otros sistemas similares, que han de guardar relación directa con el perfil del puesto de trabajo a proveer (art. 91.5 Ley 2/2015) (...).*

En segundo lugar, considera el tribunal gallego que la omisión del preceptivo informe del interventor municipal durante la tramitación de la convocatoria y bases no constituye en este caso un defecto invalidante, por las siguientes razones:

*«(...) El juzgador de primera instancia rechaza este motivo con el argumento de que, si bien el informe del interventor municipal de fiscalización previa debió haber sido recabado e incluido en el expediente, su omisión en este concreto caso constituye una irregularidad formal no invalidante (artículo 48.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas) porque: 1º Es un hecho incontrovertido que las jefaturas de servicio convocadas figuran en la vigente relación de puestos de trabajo y plantilla municipal, con la correspondiente cobertura presupuestaria, concretamente se incluyeron en los presupuestos de 2014 (BOP de 10/1/2015), aprobados por la anterior Corporación municipal con el informe de fiscalización del interventor, presupuestos que se han ido prorrogando anualmente, mientras que las indicadas jefaturas están siendo ocupadas desde tiempo atrás por funcionarios nombrados en comisión de servicios, de modo que este proceso selectivo carece en la práctica de trascendencia económica efectiva en la Corporación local, pues no supone ni un incremento ni una disminución del gasto de personal que ya conllevaban las citadas jefaturas antes de la convocatoria; 2º El propio interventor municipal reconoció que existe crédito adecuado y suficiente para dichas jefaturas en la declaración*

*testifical que prestó (...), y 3º Tampoco se duda de la competencia del órgano municipal que aprobó la convocatoria y bases impugnadas.*

*En el recurso de apelación los recurrentes se aferran a la exigencia formal contenida en los artículos 213 y 214 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales, pero no critican ni tratan de rebatir las argumentaciones esgrimidas por el juzgador de primera instancia, que tienen un peso específico indudable, ya que, pese a que se parte de que la omisión del informe del interventor municipal constituye una irregularidad formal, se niega que en este caso tenga la operatividad de invalidar todo el proceso, porque finalmente se constata que las jefaturas de servicio convocadas, además de figurar en la RPT y plantilla municipal, disponen de cobertura presupuestaria y no han de significar incremento del gasto de personal, existiendo crédito suficiente para aquellos puestos, por lo que es nula su relevancia económica en la Corporación local. La Sala se muestra de acuerdo con los argumentos y el rechazo de este motivo, porque, aparte de que no se discute el carácter incontrovertido del hecho fijado en la sentencia apelada, la anulación por esta razón en este caso conllevaría otorgar excesivo peso a un trámite que, si bien con carácter general tiene una trascendencia económica y presupuestaria indudable, en el caso presente no añade la información de importancia que se obtiene por otras vías, como son la cobertura presupuestaria previa de las catorce jefaturas, con su inclusión en los presupuestos de 2014 prorrogados y la admisión por el propio interventor de la existencia de crédito suficiente y adecuado, con todo lo cual se evidencia que la convocatoria de aquellos puestos no da lugar a un incremento de gasto de personal».*

Regap



NOTAS

#### 1.4 Disolución de organismos autónomos municipales. Integración de su personal en la estructura general del ayuntamiento, sin necesidad de superar un procedimiento selectivo de concurrencia competitiva

La Asociación Profesional de Personal del Ayuntamiento de Ferrol impugnó el acuerdo de 27 de diciembre de 2012 del Pleno municipal que dispuso la extinción de varios organismos autónomos municipales (Instituto de Facenda, Patronato de Deportes y Patronato de Música y Artes Escénicas) con la simultánea integración de su personal y servicios en la estructura funcional de dicho ayuntamiento (BOP 07/02/2013). El TSJG en primera instancia estimó el recurso y anuló la integración del personal en la Administración municipal considerando que una parte de este había accedido a sus puestos de trabajo sin superar un procedimiento selectivo de concurrencia competitiva conforme a los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (TS), en su Sentencia de 19 de diciembre de 2018 (rec. 720/2016, ponente: Lucas Murillo de la Cueva), estima el recurso de casación interpuesto por el sindicato CIG, revoca la referida sentencia y desestima el recurso contencioso-administrativo, con la siguiente fundamentación:

*«(...) La Sección Séptima de esta Sala se ha pronunciado repetidamente sobre la consideración como sucesión de empresas –y, por tanto, sobre la aplicabilidad del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores– de supuestos de extinción de entidades instrumentales públicas o privadas y de subrogación de agencias públicas empresariales de nueva creación en las relaciones jurídicas de que aquellas eran titulares con la consiguiente integración de su personal no funcionario. (...) En esas ocasiones, no se ha apreciado que tal operación, llevada a cabo en el marco de un proceso de reorganización administrativa del sector público, dispuesta por*

*el legislador autonómico, comportara infracción de los preceptos constitucionales y legales que rigen el acceso al empleo público ni de los preceptos que reservan a funcionarios determinados puestos de trabajo.*

*Tales pronunciamientos se hicieron en recursos promovidos por sindicatos y organizaciones de funcionarios así como por diversos funcionarios. En particular, se subrayó que la integración no afectaba a su derecho a acceder al empleo público pues ya formaban parte de él, al igual que el personal de las entidades suprimidas, esto último conforme a los artículos 2.1, 8.1 c) y la disposición adicional primera del Estatuto Básico del Empleado Público. Y, aunque sí se consideró que podía incidir en el derecho a desarrollar la carrera funcional de los recurrentes en la instancia, también se advirtió que los principios de mérito y capacidad operan con más intensidad en el acceso al empleo público que cuando se trata de la carrera administrativa y, en todo caso, se observó que la afectación a esta última era eventual y futura por lo que no podía fundamentar la nulidad de la disposición impugnada.*

*Por su parte, la sentencia del Tribunal Constitucional n.º 236/2015 no tuvo por inconstitucional la regulación legal que contemplaba dicha integración de personal laboral de las entidades suprimidas en las nuevas agencias públicas empresariales en el marco de las normas reguladoras de la sucesión de empresas y subordinándose su acceso a la condición de personal de la Administración de la Comunidad Autónoma a la superación de un proceso selectivo convocado en ejecución de ofertas de empleo público.*

*Las semejanzas entre los supuestos considerados por esas sentencias y el presente son manifiestas. Estamos, en efecto, ante la supresión de entidades públicas –pues no se discute que lo fueran el Instituto y los Patronatos– en el marco de una reorganización del sector público municipal como consecuencia del cual el Ayuntamiento pasa a gestionar directamente los servicios antes prestados por aquéllas y acuerda su subrogación en las relaciones jurídicas que ligaban a dichas entidades con sus empleados, algunos de los cuales eran funcionarios y otros laborales pero, en la medida en que trabajaban para esas entidades públicas y desde que pasaron a hacerlo –cosa que para los trabajadores del anterior recaudador de tributos sucedió en el año 2000– ya tenían la condición de empleados públicos, conforme a los artículos 2.1, 8.1c) y a la disposición adicional primera del Estatuto Básico del Empleado Público. De otro lado, la integración en nada afecta al derecho a acceder al empleo público de los recurrentes, todos ellos personal del Ayuntamiento, y la incidencia que pudiera tener en su carrera administrativa es eventual y, en todo caso, algo que, de producirse, tendría lugar en el futuro y podrían ser impugnadas las actuaciones que menoscabaran tal carrera.*

*Por tanto, de la jurisprudencia que expresan las sentencias indicadas resulta, sin lugar a dudas, que, en contra de lo sostenido por la Sala de La Coruña, era aplicable al caso el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y que la integración por sí sola no afecta a los derechos de los recurrentes. Por tanto el motivo ha de prosperar y la sentencia de instancia debe ser anulada.*

*(...) Pues bien, de cuanto se ha dicho resulta que es correcta la decisión de la corporación municipal de subrogarse en la posición que mantenían con su personal sus entidades públicas suprimidas. También son ajustadas a Derecho por razones obvias las previsiones sobre la integración de los funcionarios y del personal laboral que hubiere superado un proceso selectivo y estuvieren destinados en ellas. Por lo que hace al resto del personal, el juego de la sucesión de empresas implica el mantenimiento del régimen al que estaban sujetos y eso significa que el Ayuntamiento ha de adoptar las medidas necesarias para hacer frente a las*

*obligaciones que sus organismos autónomos contrajeron con sus restantes empleados no funcionarios con vínculo temporal o indefinido no fijo. (...)».*

1.5 Provisión de la jefatura de personal de un ayuntamiento. Puesto de perfil eminentemente jurídico. Desviación de poder

El TSJG, en su Sentencia de 19 de septiembre de 2018 (rec. 37/2018, ponente: Seoane Pesqueira), confirma en apelación la anulación de la resolución de un ayuntamiento que, por el sistema de concurso, le adjudicó el puesto de jefe de personal a un funcionario licenciado en farmacia estrechamente vinculado al partido político del equipo de gobierno. El alto tribunal gallego ratifica en esta sentencia la concurrencia del vicio de “desviación de poder” en el nombramiento recurrido, considerando en especial el perfil esencialmente jurídico del puesto convocado. Admite también la posibilidad de la impugnación indirecta de las bases de la convocatoria con motivo del recurso directo interpuesto frente al nombramiento final.

## 2 Contratos públicos

### 2.1 Resolución de contrato de construcción y explotación de aparcamiento subterráneo por liquidación concursal de la concesionaria. Reclamación de indemnización por la inversión no amortizada

En su Sentencia de 17 de diciembre de 2018 (rec. 4302/2017, ponente: Martínez Quintanar), el TSJG desestima en fase de apelación la reclamación indemnizatoria formulada contra el Ayuntamiento de Verín por la concesionaria de un aparcamiento subterráneo en proceso de liquidación concursal. Considera el tribunal, en primer lugar, que la apertura por el Juzgado de lo Mercantil de la fase de liquidación de la empresa contratista (en situación de concurso por causa fortuita) no produce automáticamente la resolución de la concesión administrativa, sino que es necesario que se solicite en el ayuntamiento y que éste la declare mediante la correspondiente resolución. En segundo lugar, la sala concluye que la falta de rentabilidad del aparcamiento se inserta en los principios de riesgo y ventura típicos de estas concesiones, no habiéndose producido un desequilibrio económico-financiero. Y, en tercer y último lugar, que en este caso concreto la contratista carece del derecho a recuperar los gastos de la inversión no amortizada (reconocido en el artículo 170 de la Ley 13/1995 de contratos de las administraciones públicas –LCAP–), porque en una cláusula del pliego que integra el contrato se dispuso la renuncia a percibir indemnizaciones por la resolución del contrato motivado en la quiebra de la adjudicataria. Concluye, así, la sentencia que:

*«(...) La literalidad de la cláusula 25 del pliego rector de la concesión no ampara la distinción realizada por la demandante. En la misma no se renuncia a una indemnización por “perjuicios o pérdidas sufridas por la concesionaria durante el tiempo de explotación del aparcamiento”. De hecho, el derecho a tal indemnización, como tal, no le correspondería nunca a la demandante, ya que las pérdidas derivadas de la explotación forman parte del riesgo y ventura asumido por el contratista, por lo que no podría renunciar a una indemnización a la que nunca podría tener derecho. La literalidad de la cláusula no admite dudas sobre su alcance, al establecer que es causa de terminación de la concesión, además de las establecidas legalmente, por disolución o quiebra de la sociedad concesionaria, sin que exista derecho a indemnización alguna. Esto es, se renuncia a la indemnización por cualquier concepto, y*

Regap



NOTAS

*por tanto, al precio de las obras e instalaciones que, ejecutadas por el contratista, hayan de pasar a propiedad de la Administración, teniendo en cuenta su estado y el tiempo que restare para su reversión. La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2004, recurso de casación 138/1999, transcrita por la sentencia apelada, confirma la posibilidad de renuncia al derecho indemnizatorio por el valor de las obras e instalaciones, y no cabe considerar que la efectividad de esa renuncia implique un resultado confiscatorio o un enriquecimiento injusto para la Administración y a costa del contratista, como alega la apelante, ya que no se ha desvirtuado la conclusión a la que llega la sentencia de primera instancia respecto a la pérdida de buena parte del valor inicial de la concesión; y lo pretendido por la apelante, en definitiva, implicaría desvirtuar el principio de riesgo y ventura, que han de ser asumidos por el contratista en su doble vertiente, sin que se le pueda asegurar a toda costa la rentabilidad de la concesión ni la amortización de las inversiones realizadas, cuando la terminación anticipada del contrato no se produce por causa imputable a la Administración, sino por un riesgo ordinario de cuyas consecuencias debe responder el contratista. Basta la lectura del recurso de apelación para comprobar que esa estimación de la pretensión actora comportaría trasladar todo el riesgo inherente al contrato a la Administración, en contravención del principio rector de la ejecución del contrato administrativo (...).*».

### 3 Expropiación forzosa

#### 3.1 Determinación de la indemnización por los daños y perjuicios generados por la nulidad del expediente expropiatorio

El TS, en su Sentencia de 24 de septiembre de 2018 (rec. 2356/2017, ponente: Trillo Alonso), consolida el cambio de criterio jurisprudencial conforme al cual en los supuestos de expropiaciones anuladas judicialmente en las que ya no es posible la devolución del bien (ocupado por una obra pública) había que indemnizar al afectado a tanto alzado con un incremento del 25 % del justiprecio. Concluye así el tribunal que:

*«(...) siguiendo también la sentencia de 12 de junio de 2018, consideramos “[...] razonable la interpretación que se defiende por la Administración recurrente de la Disposición Adicional de la Ley de Expropiación Forzosa en la redacción dada por la Disposición Final Segunda de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado, en el sentido de que, sin perjuicio de la devolución del bien ocupado o la fijación de la correspondiente indemnización sustitutoria al amparo del art. 105.2º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, para el reconocimiento del derecho del expropiado a ser indemnizado en el caso de nulidad del expediente expropiatorio de los daños y perjuicios derivados de la actividad anulada, es preciso que se justifique la realidad del daño efectivo e indemnizable en la forma y condiciones del art. 139 de la Ley 30/92 (arts. 32 y ss. Ley 40/2015)”, y con estimación de la pretensión del Letrado de la Administración “[...] en cuanto la interpretación efectuada en la sentencia recurrida no se ajusta a la que se acaba de exponer, reconociendo una indemnización de daños y perjuicios por la ocupación ilegal, vía de hecho, cuya realidad y efectividad no se ha justificado por la parte recurrente, sin que pueda exonerarse de dicha exigencia por la presunción de daño moral o afflictivo que la Sala entiende derivado del reconocimiento legal al efecto del 5 % en la fijación del justiprecio pues, además de que dicho porcentaje ya se tiene en cuenta al fijar el valor de los bienes y*

*figura en la liquidación efectuada en la sentencia, si se pretende una indemnización más allá de la prevista en la norma, necesariamente habrá de justificarse esa mayor aflicción o daño moral cuya indemnización se pretende”, casamos y dejamos sin efecto la sentencia recurrida en el extremo en que reconoce un incremento del justiprecio en un 25%».*

## 4 Medio ambiente, urbanismo y vivienda

### 4.1 Anulación de proyecto sectorial de incidencia supramunicipal de acuicultura por omisión de estudio de alternativas en la evaluación de impacto ambiental. Posibilidad de instalar depuradora de aguas residuales a menos de 20 metros de la ribera del mar

El TS (secc. 5.<sup>a</sup>), en su Sentencia de 12 de junio de 2018 (rec. 263/2017, ponente: Trillo Alonso), anula el proyecto sectorial de incidencia supramunicipal *Parque de Tecnología Alimentaria de Mougás, Oia, Pontevedra*, aprobado por el Consello de la Xunta de Galicia en el año 2009 para la construcción de una piscifactoría en dicho lugar, al haberse omitido en su tramitación una evaluación de impacto ambiental con un estudio de alternativas riguroso. Considera el alto tribunal que el proyecto tenía que haber sido sometido a todos los trámites de la evaluación de impacto ambiental, pese a que previamente con el plan de ordenación del territorio que le daba cobertura (Plan Gallego de Acuicultura) ya se había tramitado la evaluación ambiental estratégica:

*«(...) En fin, sentando como punto de partida que la debida coordinación y coherencia de los distintos instrumentos ambientales exige que los datos o información facilitados en el precedente no deban ser nuevamente aportados, lo que sostenemos es que en la evaluación ambiental de los proyectos, por sus características singulares, el promotor habrá de facilitar las alternativas y justificar la decisión adoptada en los términos del artículo 2.1.b) del Real Decreto-legislativo 1302/1986, en su redacción dada por Ley 6/2001, salvo que el precedente plan o programa que le dé cobertura contenga, con rigurosidad, las características específicas del proyecto (...).*

*Pues bien, si se observan las específicas determinaciones que el Plan contiene respecto al parque de Mougás (página 159) se comprenderá sin mayor esfuerzo que no contiene, como es lógico, una descripción de las alternativas que refieren los apartados transcritos. El detalle de las alternativas, según la propia normativa del Plan, corresponde al proyecto. El Plan sectorial de parques de tecnología alimentaria comprende un total de 23 parques ubicados a lo largo de la costa gallega, sin especificar, incluidos aquellos que no son de nuevas instalaciones, las singularidades de cada uno.*

*Así, con relación al parque de Mougás, se limita a expresar que el parque está situado en suelo rústico de protección de costas y en suelo no urbanizable sin especial protección; que el plan sectorial propone calificar los terrenos sobre los que se implantará el parque como suelo rústico de protección de costas, conteniendo determinados parámetros urbanísticos, como son la ocupación de la parcela, la altura máxima de las instalaciones, la separación mínima a linderos y el cierre de la parcela, así como que el parque está destinado a la ampliación de las instalaciones existentes y que la superficie es de 57.000 m<sup>2</sup>. Ninguna referencia hay a los*

Regap



NOTAS

*requisitos singulares del apartado A-6-6-j cuya concurrencia exige el Plan. Y esa ausencia de alternativas que observamos en el Plan y que calificamos, dada la naturaleza de la disposición, como lógica, tampoco se observa en el proyecto presentado (...)».*

Por otra parte, el Tribunal Supremo resuelve en esta sentencia la posible contradicción existente entre lo dispuesto en los artículos 25.2 y 44.6 de la Ley 22/1988, de costas, concluyendo que es posible autorizar una instalación depuradora de aguas residuales a menos de 20 metros de la ribera del mar, asociada a una piscifactoría.

## 4.2 Obras ilegales en zona de servidumbre de protección de costas. La Administración dispone de un plazo indefinido para ordenar su demolición

El TS, en su Sentencia de 11 de julio de 2018 (rec. 953/2017, ponente: Fernández Valverde), aclara las dudas surgidas tras la modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas, por la Ley 13/2003, de 23 de mayo, respecto de los plazos de que dispone la Administración para reaccionar frente a las obras ilegales construidas en zona de servidumbre de protección, confirmando el criterio del TSJG en la sentencia recurrida, con las siguientes conclusiones:

*«1º. Que la obligación de imposición de las obligaciones de restitución y reposición de las cosas a su estado anterior a la infracción, como consecuencia de una condena penal o una sanción administrativa, se mantienen en la LC en la misma situación que antes de la reforma de la LMC, sin que de esta se derive novedad alguna.*

*2º. Que, en consecuencia –y respondiendo a la segunda de las cuestiones que, en concreto se nos formulan–, no resultan de aplicación a las obligaciones de restitución y reposición de las cosas a su estado anterior a la infracción, los plazos de prescripción previstos (antes y después de la LMC) para las infracciones (en artículo 92.1 LC), por lo que, se insiste, las mismas no se somete a los plazos de prescripción establecidos para declaración de prescripción de las infracciones y sanciones.*

*3º. Que, impuestas, por el Tribunal penal o por la Administración de Costas, las citadas obligaciones, la LC, tras su reforma por la LMC de 2013, sí establece (artículo 95.1.2º) un plazo máximo de prescripción de quince años para la ejecución y el cumplimiento de tales obligaciones de restitución y reposición de las cosas a su estado anterior a la infracción. Y, decimos máximo porque habrá de estarse, con carácter previo, al plazo que, en cada caso, se establezca en la resolución (penal o administrativa) que imponga las citadas obligaciones, con dicho límite legal. Respondemos, con ello, a la primera de las cuestiones suscitadas).*

*4º. Que, no obstante lo anterior, y como excepción, dicho plazo de prescripción de la obligación impuesta, con el máximo de quince años, la LC deja a salvo, y no es por tanto de aplicación a los mismos, a los supuestos de recuperación de oficio de los bienes y derechos integrantes del dominio público marítimo terrestre –potestad distinta de las obligaciones que nos ocupan, que derivan del ejercicio de la potestad sancionadora– de conformidad con la remisión que el inciso final del nuevo párrafo segundo del artículo 95.1 realiza al artículo 10.2 de la misma LC.*

*Si bien se observa, la LC conecta esta facultad de recuperación de oficio del artículo 10.2 con los bienes integrantes del dominio público marítimo terrestre; concreción territorial que*

*no se produce –a dicho ámbito de protección constitucional– cuando lo que se regulan son las tan citadas obligaciones de restitución y reposición de las cosas a su estado anterior a la infracción, pues, no se olvide, que el ámbito “territorial” de las infracciones es más amplio que el del dominio público marítimo terrestre, como se deduce de la simple lectura de algunas de las infracciones que se tipifican en los artículos 90 y 91 de la LC que, territorialmente, no se concretan –sólo– al dominio público marítimo terrestre, sino que también se extienden –algunas de ellas– a las zonas de servidumbre colindantes con el dominio público.*

*Esta, pues, es la doctrina que, con carácter general, resulta procedente establecer».*

#### 4.3 Parcelación y uso residencial ilegal en suelo rústico protegido, disconforme con la licencia de hotel concedida. La negativa del propietario a ajustarse a la licencia conlleva la demolición de las edificaciones

La Sentencia del TSJG de 26 de noviembre de 2018 (rec. 4388/2017, ponente: Martínez Quintanar) confirma la orden de demolición dictada por la Axencia de Protección da Legalidade Urbanística de la Xunta de Galicia (APLU) sobre 52 chalés construidos en suelo rústico protegido en el término municipal de O Grove, con una parcelación ilegal y vulnerando la licencia para uso de hotel que se había previamente concedido. Afirma el tribunal que:

*«(...) el vigente artículo 27.1 del texto refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, establece que la transmisión de fincas no modifica la situación del titular respecto de los deberes del propietario conforme a esta ley y los establecidos por la legislación de la ordenación territorial y urbanística aplicable o exigibles por los actos de ejecución de la misma. El nuevo titular queda subrogado en los derechos y deberes del anterior propietario (...). Como consecuencia de esa subrogación real, y del carácter propter rem que tienen los deberes asociados a la reposición de la legalidad urbanística, que conciernen a quienes en cada momento sean los titulares de los inmuebles sobre los que se proyecta esa obligación de reposición, no puede decirse que los actores fueran unos terceros ajenos a esa obligación, ya que se subrogan en la posición jurídica de la mercantil transmitente de la titularidad sobre los inmuebles litigiosos. Y por tanto, no se puede decir que, aunque sean personas distintas a dicha mercantil, no les alcancen las mismas obligaciones, ya que se trata de personas a las que, por disposición legal, les son exigibles los mismos deberes de reposición de la legalidad urbanística que los exigidos a la mercantil INPROIN S.L., tanto en la resolución de 30 de abril de 2007 como en la posterior de 2 de marzo de 2010.*

*(...) una vez transcurridos de forma sobrada los plazos otorgados para restaurar la legalidad, conculcada con una parcelación ilegal, con unas obras autorizadas pero a las que se les ha dado un uso residencial no autorizado y no autorizable, hay que tener en cuenta la inefectividad de las multas coercitivas impuestas y que en este caso el cambio de uso y la disolución de la división horizontal y la eliminación de la existencia registral de las fincas como unidades independientes no puede ser realizada por la vía de la ejecución subsidiaria por la Administración, sino por los propietarios, tratándose, por tanto, del cumplimiento de una obligación personalísima, que estos han incumplido. (...)*

*Por ello, el estado actual del complejo inmobiliario conculca la legalidad urbanística, y la orden de demolición se erige en la única medida posible a disposición de la Administración*

Regap



NOTAS

*para eliminar la parcelación urbanística ilegal producida (...) siendo la única alternativa a la pervivencia de esa situación la de su demolición.*

*(...) En cuanto a la denunciada falta de coherencia de la confirmación de la orden de demolición con el hecho de entender que lo que procede es la restitución jurídica, no física, debemos decir que no hay tal falta de coherencia, y que la confirmación de la orden de demolición responde a la constatación de que la restitución jurídica, entendida en el plano registral y en el ámbito del uso, no se ha materializado, y la misma no se puede realizar por la Administración (...), lo cual determina que las edificaciones comporten una vulneración de la legalidad urbanística que, al no ser subsanada por quienes podían hacerlo, aboca a la demolición, tanto por aplicación del artículo 209.5 como por aplicación del artículo 211 de la LOUGA 9/2002.*

*En definitiva, no es aceptable la argumentación de la parte apelante de que carece de sentido que se ordene la demolición de unas edificaciones que cuentan con licencia y se ajustan a ella por una cuestión de uso, y que lo procedente es que se ordene el ajuste al uso autorizado. Y no es aceptable por dos razones: la primera, porque esa orden de ajuste ya se ha producido hace años, y no se acredita de forma plena y efectiva el cumplimiento; la segunda, porque lo autorizado era la construcción de un apartotel, y actualmente lo que consta es la existencia de 52 apartamentos adosados, articulados alrededor de una zona central donde se sitúan piscinas, edificio de servicios, viales interiores, muros de contención y grandes movimientos de tierra, inscritos como fincas independientes en el Registro de la Propiedad, y sometidos a un régimen de división horizontal, lo cual es un estado fáctico y jurídico que no se corresponde con lo autorizado. Es este estado fáctico y jurídico el que justifica la orden de demolición, por haber transcurrido más de nueve años sin que se hayan realizado voluntariamente las actuaciones precisas para que la obra ejecutada se ajuste a lo autorizado, en cuanto a usos y eliminación de la parcelación ilegal y distribución del edificio de servicios, inacción ante la cual la Administración no puede permanecer pasiva esperando indefinidamente a que la restitución ordenada en el año 2007 se cumpla por sus destinatarios, debiendo proceder a acordar la única medida no personalísima, susceptible de ejecución subsidiaria, que permite eliminar la vulneración urbanística, sin perjuicio de volver a recordar a los propietarios la forma de enervar la ejecutividad de esa forma de reposición de la legalidad, “adaptando coas actuaciones pertinentes a utilización do complexo ao uso autorizado”».*

#### 4.4 Viviendas de protección autonómica de precio concertado. Infracción muy grave por cobro de sobrepuestos en la venta a terceros. Principios del procedimiento administrativo sancionador

El TS, en su Sentencia de 8 de junio de 2018 (rec. 1506/2016, ponente: Bandrés Sánchez-Cruzat), confirma en fase de casación la sanción de varios millones de euros que la Xunta de Galicia le impuso a una constructora de Pontevedra por la comisión de la infracción muy grave tipificada en el artículo 54.1 m) de la Ley 4/2003, de 29 de julio, de vivienda de Galicia, al vender fraudulentamente, con sobrepuesto, viviendas de protección autonómica, con las siguientes conclusiones:

*«(...) esta Sala considera que el artículo 7.2 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, que establece que “recibida la comunicación, y si se estima*

*que existe identidad de sujeto, hecho y fundamento entre la infracción administrativa y la infracción penal que pudiera corresponder, el órgano competente para la resolución del procedimiento acordará su suspensión hasta que recaiga resolución judicial”, debe interpretarse en consonancia con la doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo, en el sentido de que el criterio que debe seguirse para determinar en que momento se debe reanudar el cómputo del plazo de caducidad cuando se ha acordado la suspensión del procedimiento, debido a la existencia de actuaciones penales por los instructores, contra el presunto responsable de haber cometido una infracción administrativa, es, de conformidad con el principio de seguridad jurídica, cuando se notifique a la Administración la firmeza de la resolución judicial penal de que se trate y se reciba el testimonio de la misma.*

*(...) compartimos el criterio del Tribunal de instancia de que esta manifestación de la fundamentación jurídica no tiene carácter invalidante, a tenor de lo dispuesto en el artículo 63.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en cuanto la adopción del acuerdo de ampliación del plazo máximo para resolver estaba justificado por la «especial complejidad tanto cuantitativa como cualitativa del asunto», que evidencia que concurre el presupuesto habilitante establecido en el artículo 42.6 del citado texto legal (la circunstancia de que el procedimiento, debido al número de personas afectadas, no puede concluir en el plazo legalmente previsto para resolver). (...).*

*De acuerdo con la referida regla de prioridad del procedimiento penal, el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración ha de esperar al resultado de la sentencia penal y, si es condenatoria con la concurrencia de la triple identidad subjetiva, objetiva y de fundamento sancionador, la Administración resulta vinculada al pronunciamiento deviniendo improcedente la sanción administrativa como consecuencia material o positiva del principio de prohibición que incorpora el principio non bis in idem. Por el contrario, en el supuesto de que la sentencia penal sea absolutoria, no cabe sostener, como consecuencia del principio de que se trata, la prohibición genérica de un pronunciamiento administrativo sancionador, porque lo que excluye es la doble sanción y no el doble pronunciamiento. Pero no cabe duda de que la relación que el principio supone entre las dos manifestaciones del ius puniendi estatal determina un condicionamiento por la vía de los hechos que se declaran probados en la sentencia penal. O, dicho en otros términos, la sentencia penal absolutoria no bloquea las posteriores actuaciones administrativas sancionadoras, pero sus declaraciones sobre los hechos probados inciden necesariamente sobre la resolución administrativa mediante la vinculación a que se refiere el artículo 137.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. (...)*

*El hecho determinante de la concurrencia del tipo infractor, según prevé el artículo 54.1 m) de la Ley 4/2003, de 29 de julio, de Vivienda de Galicia, es la percepción de precio por encima del que figura en la cédula de calificación definitiva, que no puede ser modificado “ni por excusa de mejoras”, “ni aunque figure en un documento privado” puesto que –según se razona– “el Reglamento VPO prohíbe cualquier sobreprecio”. (...)*

*Esta Sala considera acertado el criterio del Tribunal de instancia que aprecia que es procedente la adopción de la medida complementaria de reintegro porque, de acuerdo con lo previsto en el artículo 57.2 de la Ley 4/2003, de 29 de julio, de Vivienda de Galicia, deben ser reintegradas todas las cantidades indebidamente percibidas, sin que la existencia de*

Regap



NOTAS

*mejoras pueda ser excusa para exonerar de responsabilidad a la empresa constructora por la imposición de sobreprecios. (...).*

*Esta Sala rechaza que el Tribunal de instancia haya vulnerado el principio de presunción de inocencia, que constituye un derecho fundamental de todo sujeto sometido a un procedimiento sancionador, garantizado por el artículo 24.2 de la Constitución, por haber avalado una presunta inversión de la carga de la prueba, puesto que la sentencia impugnada parte de la constatación de que se ha acreditado la existencia de sobreprecio en la venta de las viviendas por parte de la constructora ----- en contravención de lo dispuesto en el artículo 34.2 de la Ley 4/2003, de 29 de julio, de Vivienda de Galicia, lo que no se ha desvirtuado con las pruebas de descargo practicadas en sede judicial».*

## 5 Personal

### 5.1 Cese de funcionarios interinos. Carecen del derecho a percibir la indemnización de 20 días de salario por año trabajado establecida en el Estatuto de los trabajadores para los despidos por causas objetivas

El TSJG, en su Sentencia de 24 de octubre de 2018 (rec. 175/2018, ponente: Rivera Frade), concluye en primer lugar que en los supuestos en los que la Administración no ha incurrido en fraude o en práctica irregular en el nombramiento de un funcionario interino, este a su cese carece del derecho de reclamar la indemnización establecida para la extinción de contratos indefinidos por causas objetivas en el artículo 53.1.b) del Estatuto de los trabajadores (20 días por año de servicio con límite de 12 mensualidades). Este criterio coincide con el de las dos sentencias posteriores del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 21 de noviembre de 2018 referidas específicamente a España (asuntos C-619/17 y C-245/17).

El tribunal gallego establece también, en segundo lugar, que conforme a la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo (S.<sup>ª</sup> 3.<sup>ª</sup>), representada en dos sentencias de 26 de septiembre de 2018 (recs. 785/2017 y 1305/2017), aun en la hipótesis de que se hubiese demostrado la concurrencia de fraude en el vínculo interino, el interesado tampoco podría reclamar esa indemnización a tanto alzado (20 días de salario por año trabajado), pues ha de acreditar el perjuicio padecido concreto y su cuantificación atendiendo a las circunstancias concretas del caso, de manera análoga a como sucede con las reclamaciones de indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración.

### 5.2 Personal funcionario del cuerpo de extinción de incendios. Retribuciones. Pluses de nocturnidad y festividad. No son complemento de productividad. Deben integrarse en el complemento específico

El TSJG, en su Sentencia de fecha 26 de septiembre de 2018 (secc. 1.<sup>ª</sup>, rec. 193/2018, ponente: López González), alcanza la conclusión de que los complementos de productividad atribuidos por el Ayuntamiento de Ourense al personal del Servicio de Extinción de Incendios (bomberos), que presta turnos de 24 horas de trabajo continuado con tres días de descanso a continuación, se refieren a conceptos permanentes y característicos del puesto de trabajo, de manera que en realidad deberían formar parte del "complemento específico" de sus

retribuciones, percibiéndose por igual durante el período de vacaciones y de disfrute de días de asuntos propios. Afirma así el tribunal que:

«(...) Es evidente que, al formar parte las horas de actividad realizadas de noche y en días festivos del trabajo normal, ordinario y habitual del recurrente, no pueden considerarse las mismas como comprendidas en el complemento de productividad que tiene por objeto, conforme dispone el artículo 23.3.c) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública, retribuir el especial rendimiento, la actividad extraordinaria y el interés o iniciativa con que el funcionario desempeña el trabajo. Se trata, en suma, de una retribución objetiva a cuya percepción tiene derecho el trabajador por el mero hecho de desarrollar un determinado puesto de trabajo, por lo que su régimen jurídico debe ser el mismo que el de las retribuciones fijas en su cuantía y periódicas en su devengo. Tampoco el abono de tales pluses responde al concepto de gratificación o al de complemento de desempeño, por no tener los servicios retribuidos la condición de extraordinarios ni llevarse a cabo fuera de la jornada reglamentaria; se trata de servicios que forman parte de la jornada normal y habitual del demandante. Cierto es, como sostiene el Ayuntamiento demandado, que en el período de vacaciones el actor no realiza trabajos de noche ni en días festivos, por lo que carece de derecho a percibir pluses por esos conceptos, pero no lo es menos que tal valoración sería aceptable si dichos pluses formasen parte del complemento de productividad lo que no sucede en el presente caso, por más que dicho Ayuntamiento así trate de aparentarlo al incluirlos en el complemento aludido (artículo 25 del Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo de sus empleados públicos), pues con ello se estaría alterando, en perjuicio de los trabajadores públicos municipales, la naturaleza y finalidad que la propia Ley 30/1984 otorga al complemento de productividad en su artículo 23.3.c)».

Regap



NOTAS

### 5.3 Obligación de proveer los puestos de trabajo por concurso. Excepcionalidad del sistema de libre designación

La Sentencia del TSJG de 3 de octubre de 2018 (rec. 277/2017, ponente: Seoane Pesqueira) anula una modificación de la relación de puestos de trabajo de la Consellería de Sanidad de la Xunta de Galicia por atribuirle el sistema de “libre designación” en lugar del de “concurso” a la provisión de cuatro jefaturas de servicio, con la siguiente argumentación:

«(...) El artículo 90.1 de la Ley 2/2015, de 29 de abril, del empleo público de Galicia, establece que “El concurso ordinario es el procedimiento general de provisión de los puestos de trabajo que no tengan establecida otra forma de provisión en la relación de puestos de trabajo”, teniendo relevancia para el caso presente que el segundo párrafo del artículo 91.1 dispone que “Las jefaturas de servicio o puestos de nivel equivalente se proveerán por este sistema, salvo aquellos que, por sus especiales características, deban proveerse por el sistema de libre designación, con convocatoria pública”.

(...) declara el Tribunal Supremo, ya bajo la vigencia del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril, que la elección del procedimiento de libre designación para la provisión de determinados puestos de trabajo incluidos en la RPT del personal funcionario de la Administración autonómica y de sus organismos y entes públicos dependientes, exige una motivación específica, una justificación concreta de las razones por las que, a partir de los cometidos propios del puesto de trabajo, concurren los requisitos legalmente establecidos para que se provea por este procedimiento de libre designación; justificación

*que es necesaria desde el momento en que el Estatuto Básico del Empleado Público no altera la consideración que merecen el concurso y la libre designación como mecanismos de provisión de puestos de trabajo. El concurso, dice el artículo 79.1 de ese texto legal, es la regla, el modo normal de proveerlos, mientras que la libre designación es la excepción. Como toda excepción a la regla ha de ser interpretada estrictamente y la Administración, cuando quiera servirse de ella por entender que el puesto de trabajo es de especial responsabilidad o de confianza, deberá justificarlo de forma específica. (...)*

*En el caso presente la única justificación que se ofrece para la elección del sistema de libre designación para las cuatro jefaturas de servicio mencionadas es la especial responsabilidad para garantizar la protección de los datos personales.*

*La decisión de la presente controversia exige dilucidar si el argumento esgrimido por la Administración, de cara a justificar la opción por el procedimiento de libre designación para la provisión de las jefaturas de unidad operativa, respeta el tenor del artículo 92 de la Ley 2/2015 y de la jurisprudencia antes mencionada, al contener una motivación razonable en base a las funciones que han sido encomendadas a dichos puestos. En ese sentido ya hemos visto que en la jurisprudencia se exige que la justificación concreta de las razones justificativas que se ofrezcan ha de partir de los cometidos propios del puesto o puestos de trabajo de que se trate.*

*En el caso presente no se analizan las concretas funciones de los diferentes jefes de servicio, ni se acude al examen de los cometidos que le corresponden a cada uno de ellos. Se enuncia el criterio genérico de excepcionalidad (especial responsabilidad), pero no se realiza un análisis de las funciones de los puestos ni se justifican las razones por las que, a partir de los cometidos propios de los puestos de trabajo, concurren los requisitos legalmente establecidos para que se provea por este procedimiento de libre designación, lo cual conlleva que está ausente una justificación concreta de la elección del sistema de libre designación. Resulta evidente que la mera mención a la garantía de la protección de los datos personales resulta insuficiente, en primer lugar porque, según el artículo 74.ñ de la Ley 2/2015 es deber de todos los empleados públicos guardar secreto sobre las materias clasificadas y las demás de difusión prohibida legalmente, y mantener la debida discreción sobre aquellos asuntos que conozcan por razón de su cargo, lo que implica no hacer uso de la información obtenida para beneficio propio o de terceros, o en perjuicio del interés público, y en segundo lugar porque no se ponen en relación los cometidos propios de cada uno de los puestos para argumentar la especial responsabilidad que en ellos representa la garantía de la protección de los datos personales a la que se alude.*

*A lo anterior ha de añadirse que tampoco ha servido de orientación para la elección del sistema de libre designación la resolución de 25 de febrero de 2016, de la Dirección General de la Función Pública, en cuyo preámbulo se hace referencia expresa a las jefaturas de servicio, y se siguen las líneas marcadas por la jurisprudencia. Se dice en dicho preámbulo: "Teniendo en cuenta que hasta este momento la forma de provisión de los puestos de trabajo de "jefatura de servicio" era la libre designación, procede, en aplicación de la citada Ley 2/2015, adaptar las relaciones de puestos de trabajo a la nueva forma de provisión, es decir, modificar los puestos de libre designación a concurso específico.*

*Por lo tanto, el sistema de libre designación debe estar debidamente justificado para los puestos no tipificados específicamente en las relaciones de puestos de trabajo, sin que haya*

*ninguna razón para que, con carácter general, se les adjudique esta condición a todos los puestos de trabajo que superen determinado nivel de complemento de destino. Con esta medida se conseguirá una función pública más profesionalizada y seleccionada de forma más objetiva, sin perjuicio de su capacitación y preparación para el desempeño del puesto.*

*La elección del sistema de libre designación comporta la necesidad de que la Administración aporte los elementos objetivos que permitan apreciar la pertinencia de su utilización. Son las funciones de los puestos las que deben revelar las características especiales que motiven la “Especial responsabilidad o la cualificación profesional” y determinen, por lo tanto, su configuración como de libre designación. Pero es preciso acreditarlo justificadamente, de tal modo que el ejercicio de una potestad discrecional por parte de la Administración utilice elementos reglados que garanticen la ausencia de arbitrariedad”.*

*En el caso presente ni se aportan los elementos objetivos que permitan apreciar la pertinencia del empleo de aquella forma excepcional de provisión, ni se analizan las funciones de los puestos que revelen las características que motiven la especial responsabilidad, de modo que no existe justificación suficiente de la elección por la que se ha optado.*

*La disposición cuarta de dicha resolución de 25/2/2016 establece: “Se entenderá que concurren criterios de excepcionalidad en aquellos puestos de trabajo, de nivel 28 o inferior, con funciones que impliquen el cumplimiento de alguna de las siguientes atribuciones: ... 5.1. Responsabilidad directa sobre los sistemas de protección de datos personales de niveles medio y alto según la clasificación establecida en los apartados 2 y 3 del artículo 81 del Reglamento de desarrollo de la Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, aprobado por el Real decreto 1720/2007, de 21 de diciembre”.*

*La especial responsabilidad que se menciona por la Xunta de Galicia parece aludir a la mencionada, pero sería necesario el examen de las funciones propias de cada una de las cuatro jefaturas de servicio para justificar su concurrencia en el caso concreto, lo cual no se hace ni en el informe complementario de los folios 56 a 58 del expediente ni en la propia relación de puestos de trabajo, y ni siquiera en el acuerdo del Consello de la Xunta de Galicia de 15 de septiembre de 2016 (DOG de 28 de septiembre), al que se refiere el citado informe complementario.*

*En definitiva, ha de prosperar el recurso en lo relativo a la cobertura de las cuatro jefaturas de servicio impugnadas, para cuya provisión ha de acudir al sistema general del concurso específico para las jefaturas de servicio a que se refiere el artículo 91.1 de la Ley 2/2015».*

#### 5.4 Nombramiento de jefe de servicio por el sistema de libre designación.

Deber de abstención del órgano de selección por su estrecho vínculo con el candidato seleccionado. Falta de motivación. Desviación de poder

El TSJG, en su Sentencia de fecha 29 de junio de 2018 (secc. 1.ª, rec. 129/2016, ponente: Seoane Pesqueira), anula el nombramiento, por el sistema de libre designación, de la jefatura del servicio de administración y personal de la Valedora do Pobo, tras apreciar la concurrencia de desviación de poder, considerando que:

Regap



NOTAS

«(...) La ausencia de real motivación de la elección, en los términos que el artículo 80 RDL 5/2015 y la jurisprudencia exigen, el hecho de que sólo se emitiese informe de valoración respecto a la aspirante que resultó adjudicataria, la intervención de la Valedora posterior a la abstención, la selección de los méritos relevantes en función del CV y los presentados por la candidata elegida, y el nulo contraste entre los méritos de los candidatos, son datos reveladores de arbitrariedad en la decisión y desviación de poder en la actuación administrativa, que han de obligar a la anulación de la resolución impugnada por el cauce del artículo 63 de la Ley 30/1992, siendo evidente la indefensión que se genera al demandante por el desconocimiento de las razones por las que se ha considerado que la señora ----- posee mayores méritos que el actor y los demás candidatos, con quienes no se lleva a cabo una mínima comparación, aunque la infracción de los principios de igualdad, mérito y capacidad también permiten incardinar la nulidad en la causa recogida en el artículo 62.1.a de la misma norma».

## 6 Proceso contencioso-administrativo

### 6.1 Determinación de la cuantía en procesos promovidos frente a multas coercitivas para la ejecución de órdenes de demolición

El TSJG (secc. 2.ª), en su Auto de 25 de septiembre de 2018 (recurso de queja 4192/2018, ponente: Martínez Quintanar), establece que, en un litigio promovido frente a una multa coercitiva de 350 euros dictada por un ayuntamiento para la ejecución forzosa de la orden de demolición de una vivienda unifamiliar, la cuantía del pleito (a efectos de determinar si cabe o no recurso de apelación contra la sentencia de instancia) ha de considerarse superior a 30.000 euros (en función del valor de la vivienda), con este razonamiento:

«(...) Aunque como regla general cuando se recurre en vía contencioso-administrativa la imposición de una multa coercitiva es el importe de la multa impuesta el que determina la cuantía del procedimiento (en este caso, 350,51 euros), sin que se deba atender al valor económico de pretensiones ejercitadas frente a actos previos (como la resolución del procedimiento administrativo de reposición de la legalidad), en este caso particular hay que tener en cuenta que el acto recurrido en vía contencioso-administrativa daba respuesta a una serie de pretensiones del ejecutado, en relación con la caducidad de la acción para el restablecimiento de la legalidad urbanística, la caducidad del procedimiento de ejecución forzosa y la improcedencia de la ejecución, así como la suspensión de esta última, que determinan que el valor económico de la pretensión deba considerarse como de cuantía indeterminada, en congruencia con la tramitación que se le dio al procedimiento contencioso-administrativo como procedimiento ordinario, sin que sea presumible que esa cuantía indeterminada sea inferior a 30.000 euros, sino todo lo contrario.

Es cierto que la elección del procedimiento (ordinario o abreviado) no impide reconsiderar en la sentencia la valoración definitiva de la cuantía del recurso contencioso-administrativo a los efectos de determinar el carácter apelable de esa sentencia; pero en este caso tanto en el acto recurrido como en la demanda se suscitan como cuestiones controvertidas una serie de aspectos que conciernen no solo a la procedencia de la imposición de la multa coercitiva recurrida, sino que van más allá al cuestionar la procedencia misma de la ejecución forzosa

*en su globalidad, lo que nos obliga a atender, siguiendo el criterio más reciente de esta Sala, como valor económico de la pretensión, al valor de las obras de construcción sobre las que se proyecta la orden de demolición que se trata de ejecutar forzosamente. Y este valor debe considerarse superior a 30.000 euros, en la medida en que se trata de la ejecución de una reposición de la legalidad por la construcción de una vivienda unifamiliar sin licencia.*

*Ello es así en este caso, toda vez que el núcleo de la controversia resuelta por el acto recurrido y planteada en la demanda gira alrededor de la restitución de las cosas al estado anterior a la obra, esto es, sobre la procedencia de la ejecución forzosa de la demolición de las obras de construcción de vivienda unifamiliar; por ello la cuantía del recurso debe venir determinada por el valor de la construcción que debe ser demolida, en este caso una vivienda unifamiliar.*

*La demandante fijaba en su demanda la valoración de las obras en 43.080,55 euros, por ser esta la valoración de las obras que figuraba en el expediente; y afirma que la parte demandada consideró en su escrito de contestación a la demanda como indeterminada la cuantía.*

*Lo expuesto ha de ser interpretado a favor del derecho a la tutela judicial efectiva, y la ausencia de concreción del importe concreto y determinado, unido al contenido del acto recurrido en la primera instancia, puesto en relación con las pretensiones de la demanda, lleva a considerar que contra la sentencia recaída en las actuaciones sí que cabe recurso de apelación».*

Regap



NOTAS

## 7 Responsabilidad patrimonial

### 7.1 Plazo de prescripción de la reclamación indemnizatoria formulada por la anulación judicial de licencia que conlleva la demolición de la edificación autorizada

El TS, en su Sentencia de 10 de julio de 2018 (rec. 1548/2017, ponente: Fernández Valverde), concluye que el plazo anual de prescripción, en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial por los perjuicios derivados de la anulación judicial de licencias urbanísticas con consecuencias demolitorias, ha de computarse no desde la fecha del derribo de la edificación, sino desde la muy anterior en la que adquirió firmeza la sentencia anulatoria:

*«(...) confirmamos la interpretación realizada por la Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia considerando como interpretación más acertada de los artículos 139.2, y 142.4 y 5 de la LRJPA –en los supuestos en los que la ejecución de la sentencia implica la demolición de lo construido– la que señala que, como regla general, debe ser la fecha de la firmeza de la sentencia anulatoria del acto o disposición impugnados la que determina el inicio del plazo anual previsto para la reclamación de responsabilidad patrimonial derivada de tal anulación, sin que pueda ser considerada como tal la fecha de la demolición del inmueble construido al amparo del acto o disposición impugnado».*

## 7.2 Responsabilidad de los servicios autonómicos de emergencias por la “pérdida de oportunidad” derivada de la demora en la localización de un motorista accidentado con teléfono móvil operativo

La Sentencia del TSJG de 12 de diciembre de 2018 (rec. 312/2018, ponente: Seoane Pesqueira) confirma la condena a la Xunta de Galicia al pago de una indemnización a los familiares de un joven que falleció como consecuencia de un accidente de circulación. Se salió de la carretera en un lugar boscoso y deshabitado, quedando tendido consciente en el suelo, con un teléfono móvil operativo desde el que pidió socorro. Tardaron varias horas en localizarle, cuando acababa ya de fallecer desangrado. El tribunal confirma la responsabilidad de la Administración demandada por no haber actuado con diligencia en la localización de la víctima aprovechando la señal de su teléfono móvil:

*«(...) lo esencial es determinar si dicho operativo se desarrolló dentro de los estándares de seguridad exigibles al 112, empleando los medios que la Administración tenía a su disposición para la localización del accidentado, que no se habían de reducir al sistema automático “POSIC112”, porque en el caso presente la prueba pericial del ingeniero de telecomunicaciones don ----- ha puesto de manifiesto que: 1º en el teléfono móvil de la víctima estaban disponibles los sistemas GSM, UMTS y GPS, 2º en el punto del accidente dicho perito judicial ha comprobado que la operadora Vodafone, a la que correspondía el móvil del accidentado, tenía no menos de seis estaciones base GSM y UMTS, siendo así que en la fecha del percance incluso podía haber más, porque con la introducción posterior del sistema LTE ha podido haber una sustitución de bases UMTS por LTE, 3º tanto mediante la localización por parte del operador como por el uso del GPS del móvil la posición de la víctima podía haber sido estimada con precisión suficiente como para haberlo localizado rápidamente, 4º por el uso de la localización GSM/UMTS el error de posicionamiento nunca debería ser superior a 200 metros y por el GPS nunca superior a 50 metros, restringiéndose notablemente el área a buscar debido a que se trató de un accidente de tráfico, de modo que sólo se podía encontrar el accidentado a pocos metros de una carretera (lo que se confirmaba con la información proporcionada a través de su teléfono móvil por el señor -----), 5º dado que el accidentado era usuario del servicio de WhatsApp, también era posible enviar la posición GPS de manera que la localización fuese inmediata, sin más que ayudarle al usuario (que todavía estaba consciente cuando estaba en comunicación con el 112) con unas instrucciones sencillas, 6º dado que el teléfono móvil que portaba el accidentado era un Samsung con sistema Android, tenía preinstalada la aplicación Google Maps, lo que permitía compartir la posición de forma inmediata y precisa, asimismo dándole al accidentado unas sencillas instrucciones cuando todavía estaba consciente, y lo mismo cabe decir de la aplicación Hangouts y 7º utilizando el protocolo POSIC112 podría haberse solicitado del operador la posición del teléfono móvil de la víctima, para lo cual ni siquiera se necesitaba que el teléfono móvil tuviera instalada ninguna aplicación ni se precisaba la colaboración del usuario. (...) aunque se incluyera como riesgo ordinario, al afectar a más de un municipio (inicialmente no se sabía el lugar exacto en que había tenido lugar el percance) el CAE 112 Galicia tenía como cometido la atención de la llamada realizada por el ciudadano ante la situación de emergencia (sin duda afectaba a la seguridad del accidentado), darles el tratamiento correspondiente y la movilización de los recursos, por lo que no basta con que se haya puesto en marcha el dispositivo de emergencia en seis minutos, pues en el operativo está incluida la búsqueda del siniestrado, y de hecho el CAE 112 se implicó desde el primer momento en la misma, tratando de coordinar todos*

*los recursos disponibles, por lo que es perfectamente factible que se analice y enjuicie la actuación de aquel servicio autonómico, coincidiendo la Sala en la valoración de que no se ha revelado la presencia de un estándar mínimo de calidad en el dispositivo de búsqueda, achacable al CAE 112, porque, tal como se ha puesto de manifiesto en la prueba pericial judicial, no se puso en marcha un mecanismo de comunicación directa con la operadora del móvil y no se ha revelado una mínima formación en quienes atienden las llamadas del 112 a fin de poder indicar a la víctima los sencillos pasos precisos para conectar el Google Maps de su móvil o para enviar su posición por WhatsApp.*

*(...) Nadie duda de que el dispositivo de emergencia (urgencias médicas, Guardia Civil de Tráfico, GRUMIR de Ribadavia y Beade, y agrupación de voluntarios de protección civil de Castrelo de Miño) se haya puesto en marcha en un tiempo adecuado, pero con ello no basta, pues en su actuación no se cumplió con el estándar mínimo de calidad que debía exigir para localizar al herido, ya que tenía a su alcance el CAE 112 Galicia medios suficientes para una búsqueda más eficiente, pudiendo haber comunicado directamente con Vodafone para una correcta localización, y formar adecuadamente a los operarios a su servicio (...).*

*Por lo demás, no se aprecia el error que el apelante le atribuye a la sentencia apelada, porque de las tres primeras funciones que le atribuye el artículo 18 de la Ley 5/2007 a la Axencia Galega de Emerxencias se deduce que le corresponde la coordinación de los medios de localización, y de hecho, operarios del CAE 112 intervinieron directamente en la búsqueda, poniéndose en comunicación telefónica con el accidentado al menos en tres ocasiones, sin que le llegasen a indicar las instrucciones precisas para activar el Google Maps o enviar su posición por WhatsApp. El hecho de que el último párrafo del artículo 37.2 de la Ley 5/2007, para el caso de gestión de riesgos ordinarios (ya hemos visto que es dudoso que el presente pueda incluirse en dicho precepto) establezca que “El Centro de Atención a las Emergencias 112 Galicia no comprenderá la prestación material de la asistencia requerida” no impide que intervenga y coordine el dispositivo de localización y búsqueda, como de hecho ha sucedido, porque la prestación material mencionada más parece referirse a la asistencia en el salvamento, rescate, médica, etc., una vez localizado. Resulta revelador de que el CAE 112 tenía entre sus cometidos el de la localización del accidentado la implantación del protocolo “POSIC112v2”, cuya finalidad es localizar el lugar de origen de las llamadas entrantes, con los datos telemáticos de la propia llamada. Pese a ello, la Xunta de Galicia tardó más de una hora en indicarle al accidentado que colgase el teléfono y llamase él directamente al 112 (pues hasta entonces se llamaba desde el 061 o 112 al accidentado, y no al revés), pese a lo cual no aparecieron los datos para su localización, y tampoco se puso en práctica, al no existir o no constar, un plan de actuación alternativo (como se reconoció testificalmente por su jefe) que permitiese aquella localización, mediante los sencillos mecanismos ya descritos. (...)*

*El apelante alega que no se le puede exigir a la Administración autonómica la aplicación de un plan específico, porque alega que no era un caso de emergencia colectiva. Sin embargo, sí cabe imponer al CAE 112 y a la Xunta de Galicia el cumplimiento de un estándar mínimo en las labores del operativo en orden a la búsqueda y localización del accidentado con un plan alternativo de actuación, sobre todo en casos, como el presente, en que se revela como insuficiente la mera gestión de llamadas con otros integrantes del dispositivo, máxime cuando la ejecución de aquellas acciones que se echan en falta (comunicación con la operadora, instrucciones al accidentado para la activación del Google Maps y actuación del WhatsApp para trasladar su localización) estaban al alcance de los miembros del 112».*

REGAP



NOTAS

## 8 Tributos

### 8.1 Impuesto sobre el incremento de valor de bienes de naturaleza urbana (plusvalía). Devolución de ingresos indebidos tras la declaración de inconstitucionalidad parcial de su regulación. El reclamante debe acreditar que no se produjo un incremento del valor del bien

Así lo establece el TS en su Sentencia de 21 de noviembre de 2018, referida a Galicia (rec. 4983/2017, ponente: Toledano Cantero), con estos argumentos:

«(...) es evidente que, tras la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 107.1, 107.2 a) y 110.4 del TRLHL contenida en la STC 59/2017, el principio de igualdad tributaria no “obliga en todo caso –reproducimos en este punto el interrogante planteado en la cuestión casacional objetiva fijada en el auto de admisión– a la anulación de las liquidaciones y al reconocimiento del derecho a la devolución de ingresos indebidos en las solicitudes de rectificación de autoliquidaciones por el impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana, sin entrar a valorar la existencia o no en cada caso de una situación inexpresiva de capacidad económica”. Y es que, si así fuera, se estaría atribuyendo la misma consecuencia jurídica –esto es, la inaplicación del impuesto– a supuestos disímiles –en unos casos se habrían sometido a tributación en el IIVTNU manifestaciones de riqueza existentes (plusvalías reales) y en otros no (minusvalías efectivas)– y, por ende, se estaría aplicando el corolario que dimana del mandato constitucional de igualdad en casos en los que este principio, simplemente, no resulta aplicable. Como ha reiterado incesantemente el Tribunal Constitucional, ni la igualdad que reclama el artículo 14 CE, ni la que impone el artículo 31.1 CE se aplican a supuestos de falta de identidad de los términos de comparación. Y resulta obvio que en el caso que nos ocupa los términos de comparación serían disímiles” (...).

En consecuencia, conforme a los fundamentos expuestos en la reciente sentencia de 9 de julio de 2018, cit., y según ordena el artículo 93.1 LJCA, procede fijar la siguiente interpretación de los preceptos legales concernidos en este litigio:

1º) Los artículos 107.1 y 107.2 a) del TRLHL, a tenor de la interpretación que hemos hecho del fallo y del fundamento jurídico 5 de la STC 59/2017, adolecen solo de una inconstitucionalidad y nulidad parcial. En este sentido, son constitucionales y resultan, pues, plenamente aplicables, en todos aquellos supuestos en los que el obligado tributario no ha logrado acreditar, por cualquiera de los medios que hemos expresado en el fundamento de derecho Quinto, que la transmisión de la propiedad de los terrenos por cualquier título (o la constitución o transmisión de cualquier derecho real de goce, limitativo del dominio, sobre los referidos terrenos), no ha puesto de manifiesto un incremento de su valor o, lo que es igual, una capacidad económica susceptible de ser gravada con fundamento en el artículo 31.1 CE.

2º) El artículo 110.4 del TRLHL, sin embargo, es inconstitucional y nulo en todo caso (inconstitucionalidad total) porque, como señala la STC 59/2017, “no permite acreditar un resultado diferente al resultante de la aplicación de las reglas de valoración que contiene”, o, dicho de otro modo, porque “impl[ide] a los sujetos pasivos que puedan acreditar la existencia de una situación inexpresiva de capacidad económica (SSTC 26/2017, FJ 7, y 37/2017, FJ 5)”. Esa nulidad total de dicho precepto, precisamente, es la que posibilita que los obligados

*tributarios puedan probar, desde la STC 59/2017, la inexistencia de un aumento del valor del terreno ante la Administración municipal o, en su caso, ante el órgano judicial, y, en caso contrario, es la que habilita la plena aplicación de los artículos 107.1 y 107.2 a) del TRLHL.*

*(...) La lógica consecuencia de lo hasta aquí expuesto no puede ser otra que la estimación del recurso de casación núm. 4983/2017, promovido por el Ayuntamiento de La Coruña (...). Es en la resolución de las cuestiones suscitadas en este recurso de casación donde esta sentencia debe diferir –por pura coherencia, fundada en la inversión de las posiciones procesales, fruto a su vez del sentido de los respectivos fallos– de la respuesta contenida en la sentencia a la que continuamente nos venimos refiriendo, pues, como arriba indicamos, la aquí impugnada anula la liquidación del IIVTNU, por considerar que, el impuesto no podía ser exigido por haber perdido vigencia total el precepto legal habilitante del gravamen. En otras palabras, la sentencia aquí impugnada es el exponente claro de la que hemos venido a considerar la mal llamada tesis maximalista, pues aun descartando el uso de la expresión, la recogemos al menos para facilitar la comprensión de su sentido y alcance.*

*Ello nos conduce a las declaraciones siguientes, que vamos a fundamentar en lo declarado con valor de doctrina, y ampliamente transcrito, en nuestra sentencia de 9 de julio de 2018, pronunciada en el recurso de casación 6226/2017:*

*La sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo (...) debe ser casada y anulada, en tanto contiene un criterio contrario al que hemos establecido, ya que considera erróneamente que los artículos 107.1 y 107.2 a) del TRLHL, sobre determinación de la base imponible del impuesto municipal que nos ocupa, han sido expulsados de modo absoluto e incondicional del ordenamiento jurídico, lo que hemos rechazado formalmente, al afirmar que tales artículos “[...]a tenor de la interpretación que hemos hecho del fallo y del fundamento jurídico 5 de la STC 59/2017, adolecen solo de una inconstitucionalidad y nulidad parcial”.*

*En cuanto a la resolución sobre las pretensiones de la parte actora, debemos desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto, ya que la demandante no ha negado la existencia de incremento de valor de los terrenos objeto de transmisión mortis causa, limitándose a cuestionar desde un punto de vista puramente especulativo la inviabilidad, a su juicio, de acreditar una situación de inexistencia de plusvalía bajo la aplicación del sistema previsto en el art. 107 TRLHL, pero sin aportar el menor indicio de que tal circunstancia pudiera acontecer, ni intentar prueba alguna al respecto. Antes bien, de los datos obrantes en el expediente y prueba documental aportada, y atendida la duración del periodo transcurrido entre transmisiones, que en este caso es el máximo legal de 20 años previsto en el art. 107.1 TRLHL, no cabe albergar dudas sobre la existencia de una situación de incremento del valor de los terrenos que, en consecuencia, determina el nacimiento del hecho imponible gravado. Procede, en consecuencia, desestimar el recurso contencioso-administrativo».*

Regap



NOTAS

## 9 Universidades

### 9.1 Distribución equitativa y proporcionada de la carga docente entre el profesorado

El TSJG, en su Sentencia de 18 de julio de 2018 (rec. 136/2018, ponente: López González), desestima el recurso promovido por una profesora de la Universidad de Vigo frente al incremento de horas de clase que se le impuso en la última modificación del plan de ordenación docente de su departamento, con la siguiente argumentación:

*«(...) Sostenía la parte demandante que el Plan de Ordenación Docente impugnado, apartándose de la inicial propuesta del Área de Botánica del Campus de Ourense, y ante la jubilación de varios de sus compañeros, acordó incrementar su tiempo de docencia presencial de 182 a 280 horas y de tres a cinco asignaturas. Consideraba ese incremento arbitrario, excesivo, desigual e inasumible pues no resultaba comprensible que, en lugar de repartir esa carga de trabajo entre el profesorado, se le atribuyese a ella con carácter exclusivo, lo que no solo menoscababa su salud por la situación de estrés que le producía, sino que le impedía, también, el desarrollo de su labor de investigación por falta del tiempo preciso para tal fin.*

*(...) La sentencia apelada incurre en un doble error al considerar, por un lado, que se ha producido un incremento de la carga docente de la actora que califica de arbitrario, desproporcionado y desigual, cuando en realidad la Universidad de Vigo, a través del Plan de Ordenación Docente aprobado, no ha hecho otra cosa que completar la capacidad docente de la demandante para ajustarla a la establecida para el resto de profesores y a las necesidades docentes de dicha Universidad; y, por otro, en cuanto dicha sentencia aprecia ausencia de motivación que justifique aquella decisión, cuando del contenido de las actuaciones y, especialmente, de la propia resolución impugnada se deduce todo lo contrario.*

*(...) El artículo 68 de la Ley Orgánica de Universidades, en lo que afecta al Régimen de Dedicación, establece (...) La Universidad de Vigo cuenta, además, con normativa propia y específica en orden al reconocimiento de actividades docentes del Personal Docente e Investigador, que fue aprobada por el Consejo de Gobierno en fecha 12 de febrero de 2016.*

*(...) discriminatorio sería acoger la pretensión actora en detrimento de sus compañeros. Justificar como hace la demandante una minoración de su capacidad docente, respecto de estos, en razones de edad, próxima a la jubilación, o en su estado físico de salud derivado del estrés que la hace ser tributaria de diversas bajas laborales o, por último, en lo que ella considera mejora del sistema docente universitario, como vía para lograr la excelencia, no resulta de recibo. Si su edad o su condición psicofísica no le permiten desarrollar su actividad al nivel de sus compañeros en el profesorado, tales circunstancias podrán justificar su anticipada jubilación o sus bajas temporales por enfermedad o incluso, si procediese, su declaración de incapacidad, pero nunca el trato privilegiado que pretende obtener; y la alusión a la excelencia universitaria por el cauce de la mejora del sistema docente universitario, es un fin loable pero que escapa de su ámbito de competencia».*