

ACTUALIDAD JURÍDICA: RECOPIACIÓN DE JURISPRUDENCIA

I. TRIBUNAL DE LA UNIÓN EUROPEA

CONFORMIDAD A LA DIRECTIVA EUROPEA QUE LA NORMATIVA NACIONAL NO ESTABLEZCA INDEMNIZACIÓN AL VENCIMIENTO DE LOS CONTRATOS LABORALES PARA CUBRIR TEMPORALMENTE PUESTOS DE TRABAJO

Sentencia de 5 de junio de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Asunto: Prejudicial

Referencia: C-677/2016

Ponente: Alexander Arabadjiev

El 13 de marzo de 2007 la Agencia Madrileña de Atención Social de la Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad Autónoma de Madrid suscribe un contrato de interinidad con una trabajadora para sustituir a un trabajador fijo, y el 1 de febrero de 2008 su contrato fue transformado en un contrato de interinidad para cobertura de vacante. El contenido del puesto era la prestación de servicios como auxiliar de hostelería en una residencia de personas mayores dependiente de la Agencia. El 3 de octubre de 2009 la Comunidad de Madrid convocó un proceso extraordinario para la consolidación del empleo para proveer plaza de auxiliar de hostelería, y el 27 de julio de 2016, el puesto que ocupaba esta trabajadora interina fue adjudicado a otra persona que superó dicho proceso selectivo, por lo que aquella presentó demanda de despido ante el Juzgado de lo Social de Madrid correspondiente.

La cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999 y que figura como anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, dispone que no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comprobables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas.

El artículo 53.1b) del Estatuto de los Trabajadores de España dispone que la extinción del contrato por una de las causas objetivas previstas en el artículo 52 del mismo, da lugar a la indemnización al trabajador de veinte días por años de servicio con un máximo de doce mensualidades.

Y el artículo 49.1c) del mismo texto legal prevé la extinción del contrato de trabajo, entre otras, por las causas válidamente en el contrato, así como por expiración

del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato, y que a su finalización excepto en los casos del contrato de interinidad y de los contratos formativos, el trabajador tendrá derecho a recibir una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio, o la establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación.

El artículo 8.1 del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada, dispone que el contrato de interinidad se extinguirá por la reincorporación del trabajador sustituido, por el vencimiento del plazo legal o convencionalmente establecido para la reincorporación, por la extinción de la causa que dio lugar a la reserva del puesto de trabajo y pro le transcurso del plazo de tres meses en los procesos de selección o promoción para la provisión definitiva de puestos de trabajo o del plazo que resulte de aplicación en los procesos de selección en las Administraciones Públicas.

El Juzgado de lo Social, ante la demanda de despido presentada, eleva al TSJUE cuestión prejudicial sobre, en esencia, si la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que no prevé el abono de indemnización alguna a los trabajadores con contratos de duración determinada celebrados para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para la cobertura definitiva del mencionado puesto, como el contrato de interinidad de que se trata en el litigio principal, al vencer el término por el que estos contratos se celebraron, mientras que se concede indemnización a los trabajadores fijos con motivo de la extinción de su contrato de trabajo por una causa objetiva.

La Gran Sala argumenta que el Acuerdo Marco, y concretamente su cláusula 4, tiene por objeto la aplicación de dicho principio a los trabajadores con contrato de duración determinada con la finalidad de impedir que una relación laboral de esta naturaleza sea utilizada por un empleador para privar a dichos trabajadores de derechos reconocidos a los trabajadores con contrato de duración indefinida, cláusula que debe entenderse en el sentido de que expresa un principio de Derecho social de la Unión que no puede ser interpretado de manera restrictiva.

Se trata de determinar si la concesión de una indemnización por parte del empresario debido a la extinción de un contrato de trabajo está incluida en el concepto de “condiciones de trabajo”, en el sentido de la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco, habiendo declarado el TJUE con anterioridad que el criterio decisivo para determinar si una medida está incluida en este concepto es precisamente el del empleo, es decir, la relación laboral entre un trabajador y su empresario, y ha precisado que una

interpretación de la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco que excluyese los requisitos de finalización de un contrato de duración determinada de la definición de este concepto equivaldría a reducir, en detrimento del objetivo de dicha disposición, el ámbito de aplicación de la protección concedida a los trabajadores temporales contra las discriminaciones. Las anteriores consideraciones pueden ser íntegramente aplicables a la indemnización concedida al trabajador por razón de la finalización del contrato de trabajo que le vincula a su empleador, ya que se abona debido a la relación laboral que se ha establecido entre ellos, de lo que se deduce que una indemnización como la controvertida en el litigio principal está incluida en el concepto de “condiciones de trabajo”, en el sentido de la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco.

Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el principio de no discriminación, del que la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco es una expresión concreta, exige que no se traten de manera diferente situaciones comparables y que no se traten de manera idéntica situaciones diferentes, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado, y sobre este particular, el principio de no discriminación se ha aplicado y concretado mediante el Acuerdo Marco únicamente en lo que respecta a las diferencias de trato entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores con contratos por tiempo indefinido que se encuentren en una situación comparable, y según reiterada jurisprudencia, para apreciar si las personas de que se trata ejercen un trabajo idéntico o similar, en el sentido del Acuerdo Marco, debe comprobarse si, en virtud de las cláusulas 3, apartado 2, y 4, apartado 1, de este, habida cuenta de un conjunto de factores, como la naturaleza del trabajo, los requisitos de formación y las condiciones laborales, puede considerarse que estas personas se encuentran en una situación comparable. Y así resulta que la reclamante mientras estuvo contratada por la Agencia mediante un contrato de interinidad, ejercía las mismas funciones de auxiliar de hostelería que aquellas para las que fue contratado la persona que superó el proceso de selección, por lo que la situación de la reclamante era comparable a la del trabajador fijo.

Por tanto es preciso comprobar si existe una razón objetiva que justifique que la finalización de un contrato de interinidad no de lugar al abono de indemnización alguna al trabajador temporal de que se trata, mientras que un trabajador fijo tiene derecho a una indemnización cuando se le despide por una de las causas previstas en el artículo 52 del ET.

Pues bien, según jurisprudencia igualmente reiterada, este concepto requiere que la desigualdad de trato observada esté justificada por la existencia de elementos precisos y concretos, que caracterizan la condición de trabajo de que se trata, en el contexto específico en que se enmarca y con arreglo a criterios objetivos y transparentes, a fin de

verificar si dicha desigualdad responde a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto. Tales elementos pueden tener su origen, en particular, en la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran los contratos de duración determinada y en las características inherentes a las mismas o, eventualmente, en la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado miembro.

En el caso que nos ocupa, es necesario señalar que la finalización del contrato de interinidad de la reclamante, debido a que el puesto que ocupaba con carácter provisional se proveyó de manera definitiva tras el proceso mencionado en el apartado 20 de la presente sentencia, se produjo en un contexto sensiblemente diferente, desde los puntos de vista fáctico y jurídico, de aquel en el que el contrato de trabajo de un trabajador fijo se extingue debido a la concurrencia de una de las causas previstas en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores. En efecto, se deduce de la definición del concepto de trabajador con contrato de duración determinada que figura en la cláusula 3, apartado 1, del Acuerdo Marco que un contrato de este tipo deja de producir efectos para el futuro cuando vence el término que se le ha asignado, pudiendo constituir dicho término la finalización de una tarea determinada, una fecha precisa o, como en el caso de autos, el advenimiento de un acontecimiento concreto. De este modo, las partes de un contrato de trabajo temporal conocen, desde el momento de su celebración, la fecha o el acontecimiento que determinan su término. Este término limita la duración de la relación laboral, sin que las partes deban manifestar su voluntad a este respecto tras la conclusión de dicho contrato. En cambio, la extinción de un contrato fijo por una de las causas previstas en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores, a iniciativa del empresario, tiene lugar al producirse circunstancias que no estaban previstas en el momento de su celebración y que suponen un cambio radical en el desarrollo normal de la relación laboral que requiere que se abone a dicho trabajador despedido una indemnización equivalente a veinte días de salario por año de servicio, precisamente a fin de compensar el carácter imprevisto de la ruptura de la relación de trabajo por una causa de esta índole, y, por lo tanto, la frustración de las expectativas legítimas que el trabajador podría albergar, en la fecha en que se produce la ruptura, en lo que respecta a la estabilidad de dicha relación.

En este último supuesto, el Derecho español no opera ninguna diferencia de trato entre trabajadores con contrato temporal y trabajadores fijos comparables, ya que el artículo 53, apartado 1, letra b), del Estatuto de los Trabajadores establece el abono de una indemnización legal equivalente a veinte días de salario por año de servicio en favor del trabajador, con independencia de la duración determinada o indefinida de su contrato de trabajo, por lo que en estas circunstancias, cabe considerar que el objeto específico de la indemnización por despido establecida en el artículo 53, apartado 1, letra b), del Estatuto de los Trabajadores, al igual que el contexto particular en el que se

abona dicha indemnización, constituyen una razón objetiva que justifica la diferencia de trato controvertida. Por tanto la reclamante no podía conocer, en el momento en que se celebró su contrato de interinidad, la fecha exacta en que se proveería con carácter definitivo el puesto que ocupaba en virtud de dicho contrato, ni saber que dicho contrato tendría una duración inusualmente larga. No es menos cierto que dicho contrato finalizó debido a la desaparición de la causa que había justificado su celebración. Dicho esto, incumbe al juzgado remitente examinar si, habida cuenta de la imprevisibilidad de la finalización del contrato y de su duración, inusualmente larga, ha lugar a recalificarlo como contrato fijo.

Por tanto, la Gran Sala responder a la cuestión prejudicial que la cláusula 4.1 del Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que no prevé el abono de indemnización alguna a los trabajadores con contratos de duración determinada celebrados para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para la cobertura definitiva del mencionado puesto, como el contrato de interinidad de que se trata en el litigio principal, al vencer el término por el que estos contratos se celebraron, mientras que se concede indemnización a los trabajadores fijos con motivo de extinción de su contrato de trabajo por una causa objetiva.

**NO ES DISCRIMINATORIO QUE EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EL
DESPIDO DISCIPLINARIO DE UN TRABAJADOR FIJO QUE SEA
DECLARADO IMPROCEDENTE DE LUGAR NECESARIAMENTE A SU
READMISIÓN, MIENTRAS QUE EN EL MISMO SUPUESTO, SI SE TRATA
DE UN TRABAJADOR TEMPORAL LA ADMINISTRACIÓN PUEDE OPTAR
ENTRE LA READMISIÓN O EL DESPIDO CON INDEMANIZACIÓN**

*Sentencia de 25 de julio de 2018 de la Sala Sexta del Tribunal de Justicia de la Unión
Europea*

Asunto: Prejudicial

Referencia: C-96/2017

Ponente: Alexander Arabadjiev

El TSJUE declara que aunque el interés público, vinculado, en sí mismo, a las modalidades de contratación de los trabajadores fijos, no justifica la diferencia de trato, no es menos cierto que consideraciones derivadas de las características del Derecho de la función pública nacional, esto es, que el sistema de acceso del personal laboral fijo tiene carácter selectivo y que, a fin de salvaguardar los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, deberá incluir una o varias pruebas para

determinar la capacidad de los aspirantes y establecer el orden de prelación o resultar de un procedimiento de valoración de méritos y mediante la readmisión automática en caso de despido declarado improcedente, el legislador español ha querido proteger a los trabajadores fijos de la Administración Pública, respetando los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, y además garantiza la estabilidad en el empleo, pueden justificar tal diferencia de trato. A este respecto, las consideraciones de imparcialidad, eficacia e independencia de la Administración implican una cierta permanencia y estabilidad en el empleo. Estas consideraciones que no tienen equivalente en el Derecho laboral común, explican y justifican los límites a la facultad de extinción unilateral de los contratos impuestos a los empleadores públicos y, en consecuencia, la decisión del legislador nacional de no concederles la facultad de elegir entre readmisión e indemnización del perjuicio sufrido a causa de un despido improcedente.

En consecuencia, el TSJUE declara que la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una norma nacional como la controvertida en el litigio principal, según la cual, cuando el despido disciplinario de un trabajador fijo al servicio de una Administración pública es declarado improcedente, el trabajador debe ser readmitido obligatoriamente, mientras que, en el mismo supuesto, un trabajador temporal o un trabajador indefinido no fijo que realicen las mismas tareas que el trabajador fijo pueden no ser readmitidos y recibir como contrapartida una indemnización.

SERVICIO GESTIONADO MEDIANTE CONCESIÓN ADMINISTRATIVA OTORGADA POR UN AYUNTAMIENTO. INTERRUPCIÓN DEL SERVICIO. PREPONDERANCIA DE LOS ELEMENTOS MATERIALES SOBRE LOS TRABAJADORES. NUEVA CONTRATACIÓN. NO OBSTA PARA DECLARAR LA TRANSMISIÓN DE EMPRESA. DERECHOS DE LOS TRABAJADORES

Sentencia de 7 de agosto de 2018 de la Sala Quinta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Asunto: Prejudicial

Referencia: C-472/2016

Ponente: Anthony Borg Barthet

El Ayuntamiento de Valladolid gestionaba hasta 1997 de forma directa una escuela de música, y a partir de 1997, y previa la correspondiente licitación fue gestionada indirectamente hasta el 31 de agosto de 2013, a través de sucesivas

licitaciones por Músicos y Escuela, empresa que se hizo cargo de los locales, de los instrumentos, del mobiliario y de una parte de los trabajadores que habían sido previamente contratados por el Ayuntamiento, entre ellos el reclamante que ha dado lugar a este procedimiento, Sr. Colina. Debido a la disminución del número de alumnos de la Escuela Municipal de Música de Valladolid en el curso académico 2012/2013, las cantidades abonadas por los alumnos por este servicio dejaron de adecuarse al importe de la contraprestación a cargo del Ayuntamiento de Valladolid en virtud del contrato celebrado con Músicos y Escuela, lo que llevó a esta empresa a reclamar a dicha Administración una determinada cantidad económica, y puesto que el Ayuntamiento de Valladolid denegó este pago, Músicos y Escuela solicitó, el 19 de febrero de 2013, la resolución del contrato de adjudicación del servicio por incumplimiento de la citada Administración y reclamó la indemnización correspondiente. El Ayuntamiento, en agosto de 2013, resolvió el contrato achacando a Músicos y Escuela el cese de sus actividades antes del término convenido, y llevada la cuestión al TSJ de Castilla y León, éste mediante resoluciones firmes de 2014 y 2015 declaró que el Ayuntamiento de Valladolid había infringido el contrato celebrado con Músicos y Escuela, ya que ese contrato estipulaba una garantía de ingresos con independencia del número de alumnos matriculados, y que, al no respetarla, el propio Ayuntamiento había impedido la continuidad de las actividades de Músicos y Escuela, lo cual, por lo tanto, justificaba la resolución del contrato por causa imputable a dicho Ayuntamiento, y que, puesto que Músicos y Escuela no había respetado sus obligaciones posteriores, al decidir de forma unilateral cesar en sus actividades el 31 de marzo de 2013, se desestimó su reclamación por daños y perjuicios.

El 27 de marzo de 2013, Músicos y Escuela adoptó la decisión de despedir colectivamente a toda la plantilla, cesando en su actividad el 31 de marzo de 2013, como se ha dicho, y devolviendo al Ayuntamiento los locales, instrumentos y medios destinados al funcionamiento de la Escuela Municipal de Música de Valladolid, cuya gestión se le había confiado. El 4 de abril de 2013, Músicos y Escuela remitió una carta de despido a toda su plantilla, incluido al reclamante que ha dado lugar a este recurso, Sr. Colina, con efectos desde el 8 de abril de 2013. La sociedad fue declarada en concurso de acreedores el 30 de julio de 2013.

En agosto de 2013, el Ayuntamiento adjudicó la gestión de la Escuela Municipal de Música de Valladolid a otra empresa, IN-PULSO MUSICAL y, como había hecho con Músicos y Escuela, le cedió el uso de los locales, instrumentos y medios necesarios para este fin. IN-PULSO MUSICAL comenzó sus actividades en septiembre de 2013, y tras sucesivos procedimientos de licitación prestó dichos servicios en cursos sucesivos. Esta sociedad no contrató a ninguno de los trabajadores que anteriormente prestaban

servicios en la Escuela Municipal de Música y que fueron despedidos por Músicos y Escuela.

El Sr. Colina demandó a Músicos y Escuela, el Ayuntamiento de Valladolid e IMPULSO MUSICAL ante el Juzgado de lo Social de Valladolid, con objeto de impugnar su despido, demanda que fue desestimada y contra la que interpuso recurso de suplicación ante el TSJ de Castilla y León, que es quien eleva la cuestión prejudicial.

El TSJ plantea la primera cuestión prejudicial al TSJUE si a efectos de la Directiva 2001/23/CE, del Consejo, de 14 de febrero de 1977, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisiones de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad debe considerarse que existe una transmisión cuando el titular de una concesión de una Escuela de Música de un Ayuntamiento, que recibe todos los medios materiales de ese Ayuntamiento (locales, instrumentos, aulas, mobiliario), tiene contratado a su propio personal y presta sus servicios por cursos escolares, abandona la actividad el 1 de abril de 2013, dos meses antes de la finalización del curso escolar, reintegrando todos los medios materiales al Ayuntamiento, que no reanuda la actividad para finalizar el curso escolar 2012-13, pero procede a una nueva adjudicación a un nuevo contratista, que reanuda la actividad en septiembre de 2013, al inicio del nuevo curso escolar 2013-14, transmitiendo para ello al nuevo contratista los medios materiales necesarios de que antes disponía el anterior contratista Ayuntamiento.

A esta cuestión El TSJUE declara que el criterio decisivo para determinar la existencia de una transmisión a efectos de esta Directiva es si la entidad de que se trata mantiene su identidad, lo que resulta, en particular, de que continúe efectivamente su explotación o de que ésta se reanude, y para determinar si concurre este requisito han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación examinada, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios o los bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades, y señala que la importancia de cada uno de estos factores varía en función de la actividad ejercida, o incluso de los métodos de producción o de explotación utilizados en la empresa, en el centro de actividad o en la parte del centro de actividad de que se trate, y que en un sector en el que la actividad se basa esencialmente en el equipamiento, el hecho de que el nuevo empresario no se haga cargo de la plantilla que su antecesor

había dedicado al desarrollo de la misma actividad no basta para excluir la existencia de una transmisión de una entidad que mantenga su identidad, en el sentido de la Directiva.

Y en el caso concreto entiende que los medios materiales como los instrumentos de música, las instalaciones y los locales, son elementos imprescindibles para el ejercicio de la actividad económica de que se trata y cuyo objeto es gestionar una escuela de música, y puesto que no parece posible considerar que la actividad económica se base principalmente en la mano de obra ya que exige equipamientos considerables, el mero hecho de la que nueva empresa no haya contratado a los trabajadores de la anterior, no permite excluir que se haya producido una transmisión de empresa a efectos de la Directiva.

De aquí se deduce que una interpretación del artículo 1.1b) de la Directiva que excluyera de su ámbito de aplicación una situación en la que los elementos materiales indispensables para el desarrollo de la actividad de que se trate no hayan dejado en ningún momento de pertenecer al cedente, el Ayuntamiento de Valladolid, privaría a la Directiva de una parte de su efectividad, e incluso que la suspensión temporal solo por algunos meses de las actividades de la empresa no permite excluir que la entidad económica de que se trata haya conservado su identidad y, por lo tanto, tampoco permite excluir que exista una transmisión de empresa en el sentido de la Directiva.

Ahora bien, la segunda cuestión prejudicial que el TSJ plantea es si el artículo 4.1 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que, en circunstancias como las del litigio principal, en las que el adjudicatario de un contrato de servicios cuyo objeto es la administración de una escuela municipal de música, finaliza esta actividad dos meses antes de terminar el curso académico, despidiendo a la plantilla, y el nuevo adjudicatario reanuda la actividad al comienzo del siguiente curso académico, el despido de los trabajadores debe considerarse efectuado por “razones económicas, técnicas o de organización que impliquen cambios en el plano del empleo” o ha de entenderse que la causa de este despido ha sido “la transmisión de una empresa, de un centro de actividad o de una parte de una empresa o centro de actividad”.

Y en este sentido el TSJUE considera que el despido del Sr. Colino se produjo en una fecha bastante anterior a la de la transmisión de la actividad a IN-PULSO MUSICAL, y que esta ruptura de la relación laboral se debió a la imposibilidad de la anterior empresa, Músicos y Escuela de retribuir a sus trabajadores, como resultado de que el Ayuntamiento de Valladolid incumpliera lo pactado en el contrato que la vinculaba con esta empresa. Por tanto, estas circunstancias permiten atribuir el despido de la plantilla de Músicos y Escuela a “razones económicas, técnicas o de organización”, en el sentido del artículo 4.1 de la Directiva, pero siempre que las circunstancias que hayan dado lugar al despido de todos los trabajadores y el retraso en

la designación de un nuevo contratista de los servicios no formen parte de una medida deliberada destinada a privar a estos trabajadores de los derechos que les reconoce la Directiva, extremo que deberá comprobar el tribunal remitente, esto es, el TSJ.

**CONTRATACIÓN PÚBLICA. LA DIRECTIVA 2014/24/UE SOBRE
CONTRATACIÓN PÚBLICA NO SE OPONE A UNA LEGISLACIÓN
NACIONAL QUE PERMITE A LOS PODERES ADJUDICADORES EN UN
PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN ABIERTO IMPONER UNOS
REQUISITOS MÍNIMOS DE EVALUACIÓN TÉCNICA, EXCLUYENDO DE
LA EVALUACIÓN POSTERIOR A QUIENES NO LA SUPEREN. EL ORGANO
ADMINISTRATIVO DE RECURSO CONTRACTUALES PUEDE PRESENTAR
ANTE EL TJUE CUESTIÓN PREJUDICIAL**

*Sentencia de 20 de septiembre de 2018 de la Sala Cuarta del Tribunal de Justicia de la
Unión Europea*

Asunto: Prejudicial

Referencia: C-546/2016

Ponente: Chistopher Vajda

La Comunidad Autónoma del País Vasco, a través de su fundación pública, Musikene, convocó en julio de 2016 una licitación, siguiendo el procedimiento abierto, para la adjudicación de un contrato público de “Suministro del equipamiento mobiliario y señalética, mobiliario específico musical, instrumentos musicales, equipamiento electroacústico, de grabación y audiovisuales, equipamiento informático y reprografía”, cuyo valor estimado ascendía a 1 157 430,59 euros. El Pliego correspondiente estableció un umbral mínimo de puntuación de 35 puntos para el documento de “Presentación y descripción del proyecto, al que se le atribuía 50 puntos, de modo que aquellos licitadores que no alcanzaran los 354 puntos no pasarían a la fase económica.

La empresa Montte interpuso ante el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma del País Vasco un recurso especial en materia de contratación contra dicho pliego de condiciones, en el que alegaba que el requisito de un umbral mínimo de puntuación al final de la fase técnica para seguir participando en el procedimiento selectivo debía anularse, porque restringía el acceso de los licitadores a la fase económica del procedimiento de contratación y vaciaba en la práctica de contenido la ponderación conjunta de los criterios técnicos y económicos establecida en el pliego de condiciones. Montte sostiene que, a diferencia del criterio del precio, que se aplica automáticamente a través de una fórmula, los criterios técnicos, que son objeto de una apreciación cualitativa menos objetiva, pesan en la práctica el 100 % de la puntuación total. Por lo tanto, a su juicio, la aplicación de tales criterios impide

que los licitadores sean evaluados igualmente en función del precio que ofrecen, lo que impide que Musikene conozca la oferta más ventajosa tras ponderar todos los criterios.

El Órgano Administrativo Contractual (OAC) considera que la normativa y práctica nacional que se discuten en el litigio principal podrían ser contrarias a la Directiva 2014/24. A este respecto, comienza por señalar que esta Directiva parece autorizar el establecimiento de criterios de adjudicación aplicables en fases eliminatorias sucesivas únicamente en los procedimientos en que esta posibilidad se contempla expresamente, pero no en los procedimientos abiertos y restringidos, que se rigen por normas que detallan específicamente su tramitación. A continuación indica que el sistema de criterios de adjudicación aplicables en fases eliminatorias sucesivas en los procedimientos abiertos puede perjudicar la competencia real, en infracción del artículo 66 de la Directiva 2014/24, en el caso de que la aplicación de umbrales mínimos reduzca considerablemente el número de licitadores en la fase final. Por último estima que el umbral eliminatorio impugnado en el litigio principal, que exige un mínimo de 35 puntos sobre 50 en la evaluación técnica, puede impedir que sean analizadas y evaluadas las ofertas más competitivas desde el punto de vista del precio.

Concretamente pregunta si se opone a la Directiva referida se opone a una legislación nacional como el artículo 150.4 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, o a una práctica de interpretación y aplicación de dicha legislación, que autorizan a los poderes adjudicadores a establecer en los pliegos que rigen la licitación de un procedimiento abierto criterios de adjudicación que operan en fases sucesivas eliminatorias para las ofertas que no superan un umbral mínimo de puntuación predeterminado.

Con carácter previo el TSJUE se plantea si el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi cumple los criterios necesarios para ser considerado órgano jurisdiccional nacional, en el sentido del artículo 267 TFUE, y declara que para apreciar el carácter de órgano jurisdiccional del órgano remitente se ha de tener en cuenta el origen legal de ese órgano, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación, por dicho órgano, de normas jurídicas y su independencia, y dicho órgano es permanente y tiene su origen en una disposición legal, adopta sus resoluciones basándose en criterios exclusivamente jurídicos al término de un procedimiento contradictorio. En lo que respecta concretamente a su independencia, la resolución de remisión precisa que dicho órgano, al no estar sometido a ningún vínculo jerárquico ni recibir instrucciones externas, ejerce sus funciones con objetividad, imparcialidad y plena autonomía. En lo que se refiere al carácter obligatorio de su jurisdicción, es cierto que con arreglo al artículo 40, apartado 6, del texto refundido de la Ley de Contratos del

Sector Público, la competencia de dicho órgano reviste solo un carácter potestativo, pero sin embargo, las resoluciones del órgano remitente, cuya competencia no depende de un acuerdo entre las partes, son vinculantes para estas por lo que dadas estas circunstancias, dicho órgano cumple igualmente el criterio del carácter obligatorio de su jurisdicción. En consecuencia, el OAC cumple los criterios necesarios para ser considerado órgano jurisdiccional nacional, en el sentido del artículo 267 TFUE, y que procede declarar la admisibilidad de las cuestiones que ha planteado al Tribunal de Justicia.

Sobre la cuestión prejudicial declara el TSJUE que si bien el artículo 27.1 de la Directiva dispone que en los procedimientos abiertos cualquier operador económico interesado podrá presentar una oferta en respuesta a una convocatoria de licitación, esta Directiva permite que los poderes adjudicadores impongan en tales procedimientos unos requisitos mínimos en el marco de la evaluación técnica.

Al respecto, el considerando 90 de la Directiva recuerda que los poderes adjudicadores gozan de libertad para fijar normas de calidad adecuadas utilizando las especificaciones técnicas o las condiciones de ejecución del contrato, mientras que su considerando 92 precisa que el objetivo de dicha Directiva consiste en alentar a los poderes adjudicadores para que elijan criterios de adjudicación que les permitan obtener obras, suministros y servicios de gran calidad que respondan lo mejor posible a sus necesidades.

Por su parte el artículo 67.1 de la Directiva establece que los poderes adjudicadores aplicarán el criterio de la oferta económicamente más ventajosa para adjudicar los contratos públicos, y el 67.2 dispone que la oferta económicamente más ventajosa desde el punto de vista del poder adjudicador se determinará sobre la base del precio o coste y podrá incluir la mejor relación calidad-precio, que se evaluará en función de criterios que incluyan aspectos cualitativos, como, por ejemplo, la calidad, incluido el valor técnico.

Por tanto, dentro del respeto de las exigencias de los principios de transparencia, de no discriminación y de igualdad de trato, a fin de garantizar una comparación objetiva del valor relativo de las ofertas y, por tanto, una competencia objetiva, los poderes adjudicadores gozan de libertad para determinar con arreglo a sus necesidades el nivel de calidad técnica que las ofertas presentadas deben garantizar, en función de las características y del objeto del contrato de que se trate, y para establecer el límite mínimo que esas ofertas deben respetar desde un punto de vista técnico, y el artículo 67 de la Directiva no se opone a la posibilidad de que, en la fase de adjudicación del contrato, se comience por excluir las ofertas presentadas que no alcancen una puntuación mínima predeterminada en la evaluación técnica, y a este respecto, resulta evidente que una oferta que no alcance ese límite mínimo no responde, en principio, a

las necesidades del poder adjudicar y no debe tenerse en cuenta para determinar la oferta económicamente más ventajosa.

En conclusión, el TSJUE declara que la Directiva debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una legislación nacional que permite que los poderes adjudicadores impongan en el pliego de condiciones de un procedimiento abierto de contratación pública unos requisitos mínimos en lo referente a la evaluación técnica, de modo que las ofertas presentadas que no alcancen una puntuación mínima predeterminada al término de esa evaluación quedan excluidas de la evaluación posterior, basada tanto en criterios técnicos como económicos.

También plantea el OAC como cuestión prejudicial para el caso de que la respuesta a la anterior fuera negativa, como así ha sido, si se opone la citada Directiva a una legislación nacional o a una práctica de interpretación y aplicación de dicha legislación, que utiliza en el procedimiento abierto el citado sistema de criterios de adjudicación que operan en fases sucesivas eliminatorias de manera que en la última fase no queden ofertas suficientes como para garantizar una competencia real.

Sobre esta cuestión el TSJUE declara que el artículo 66 de la Directiva no se opone a una legislación nacional que permite que los poderes adjudicadores impongan en el pliego de condiciones de un procedimiento abierto de contratación pública unos requisitos mínimos en lo referente a la evaluación técnica, de modo que las ofertas presentadas que no alcancen una puntuación mínima predeterminada al término de esa evaluación quedan excluidas de las fases sucesivas de adjudicación del contrato, y ello con independencia del número de licitadores restantes.

II. TRIBUNAL SUPREMO

SENTENCIA FIRME QUE ORDENA LA DEMOLICIÓN DE DIECISIETE VIVIENDAS UNIFAMILIARES. INCIDENTE DE IMPOSIBILIDAD DE EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA. DESESTIMACIÓN. INTERPRETACIÓN DEL ALCANCE DEL NUEVO ARTÍCULO 108.3 DE LA LJCA.

Sentencia número 905/2018 de 1 de junio de la Sección 5ª de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo
Recurso de Casación 571/2017
Ponente: José Juan Suay Rincón

El TSJ de Cantabria dictó sentencia ordenando la demolición de diecisiete viviendas unifamiliares en Liencres, sentencia confirmada por el TS.

El Ayuntamiento de Piélagos instó incidente de imposibilidad de ejecución de la anterior sentencia, pretensión denegada por el TSJ de Cantabria y contra la que se interpone el presente recurso de casación.

El debate casacional se plantea en relación con el alcance del nuevo artículo 108.3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, según el cual, el Juez o Tribunal, en los casos en que, además de declarar contraria a la normativa la construcción de un inmueble, ordene motivadamente la demolición del mismo y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, exigirá, como condición previa a la demolición, y salvo que una situación de peligro inminente lo impidiera, la prestación de garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe.

La Sala del TS, después de declarar la naturaleza procesal de la norma y no de derecho sustantivo, declara que el referido artículo 108.3 ni reforma el art. 109, ni el 105, sino que introduce dentro de las medidas coercitivas o ejecutivas que puede adoptar el juez, en el seno de la ejecución forzosa (es decir, cuando el ejecutado no cumple voluntariamente, posibilidad que nadie excluye, incluida la prestación de garantías) de un fallo que impone una obligación de hacer, concretamente, cuando ese hacer es la demolición de inmuebles por declarar contraria a la normativa su construcción, es decir, el legislador no ha modificado el art. 105.1 LJCA cuya prohibición de suspender sigue vigente sin matiz alguno, sino que ha incorporado dicha medida dentro del art. 108 LJCA, precepto que tanto desde una perspectiva temporal como sistemática permite afirmar que el legislador no ha pretendido dispensar a los propietarios y a la administración de una medida genérica e indiscriminada de suspensión o paralización temporal de las ejecuciones de las sentencias de demolición de inmuebles, sino de dotar al juez, una vez acreditada la necesidad, adecuación y proporcionalidad de la demolición, de determinados poderes en orden a que dicha demolición no haya de causar efectos irreparables en los terceros adquirentes de buena fe. Esto es, mientras el art. 105 lo que prevé son supuestos de inexecución de sentencias por causas legales o materiales, el art. 108.3 se sitúa en un momento posterior del proceso de ejecución, en cuanto se incluye en un precepto que recoge los poderes del juez para que la ejecución se lleve a efecto, con lo cual se convierte en una fase más de la ejecución, pero nunca en un impedimento, ni siquiera temporal para la ejecución de la sentencia. Consecuentemente se ha de entender que lo que hace la norma no es regular un obstáculo a la ejecución, sino añadir un deber de hacer en la ejecución de estos fallos. Al deber de demoler, se une el de garantizar los perjuicios que puedan derivarse para los adquirentes de buena fe. En caso de no hacerlo, el juez debe ocuparse de que así sea, adoptando medidas de coerción y exigiendo responsabilidades de todo tipo, hasta que se haya constituido la garantía, voluntariamente o de forma forzosa, esto es el juez deberá, dentro del mismo proceso de ejecución de la sentencia de demolición, ir

resolviendo paralelamente sobre estas cuestiones, teniendo como objetivo final conseguir la restauración del orden jurídico alterado, finalidad conforme al interés público que el proceso demanda, sin perjuicio de la tutela de los intereses privados que puedan verse concernidos.

A mayor abundamiento, concluye que el supuesto contemplado en el art. 108.3, no constituye ninguno de los dos supuestos regulados en el art. 105, esto es, no estamos ante imposibilidad ni material ni legal de ejecutar la sentencia.

En definitiva, mientras exista una sentencia firme no ejecutada, la imposibilidad de ejecución es una excepción que sólo de manera rigurosa y plenamente acreditada se puede declarar, de manera que el órgano judicial debe determinar de manera detallada y rigurosa esa imposibilidad, y en último extremo, si fuera preciso, establecer la correspondiente indemnización.

La ejecución de las sentencias entronca directamente con el derecho a la tutela judicial efectiva. Por tanto, la ejecución de la sentencia se proyecta sobre lo efectivamente juzgado, con la finalidad de llevar a cumplido efecto el derecho declarado en la sentencia con las garantías propias del proceso en su fase declarativa, a cuyo efecto el órgano jurisdiccional competente ha de adoptar las medidas o resoluciones que resulten necesarias para la efectividad del derecho declarado, que es lo que constituye el marco o ámbito propio del procedimiento de ejecución.

Trasladando este planteamiento al supuesto concreto del art. 108.3, de ejecución de sentencias en las que, además de declarar contraria a la normativa la construcción de un inmueble, determine la demolición del mismo y la reposición a su estado originario la realidad física alterada, se aprecia que tales sentencias vienen a resolver aquellos litigios en los que se cuestiona la regularidad urbanística de determinadas actuaciones que suponen la construcción de inmuebles contrariando la normativa y cuya regularización no resulta jurídicamente posible, lo que determina la demolición de lo construido.

En este contexto hay dos razones o circunstancias fundamentales que determinan el alcance y contenido del precepto: la existencia de relaciones jurídicas derivadas de la promoción y construcción llevada con violación insubsanable de la normativa urbanística en las que intervienen terceros ajenos a la actuación que se debate en el proceso, cuyos derechos se trata de proteger y garantizar; y que tales actividades de edificación y uso del suelo están sujetas, según la correspondiente normativa urbanística al correspondiente control administrativo mediante las oportunas licencias, autorizaciones, conformidades o aprobaciones.

En consecuencia, la determinación de la existencia, cuantificación y entidad deudora en concepto de responsabilidad patrimonial, no forma parte del ámbito propio de la ejecución del derecho declarado en la sentencia, que se refiere a la regularización urbanística y no a la responsabilidad patrimonial de la Administración o, en su caso, la indemnización debida en otro concepto, cuya existencia y alcance habrá de determinarse en el correspondiente procedimiento.

El artículo 108.3 responde a la necesidad de atender a las situaciones de existencia de procesos sobre regularización urbanística de determinadas edificaciones o instalaciones, cuya efectividad, mediante la ejecución de la correspondiente sentencia puede incidir en la situación jurídica de terceros, causándoles un perjuicio patrimonial indemnizable cuyo derecho por no ser determinante de la legalidad urbanística cuestionada, no ha sido debatido ni declarado en el proceso, pero que puede verse frustrado si, una vez obtenido su reconocimiento en el correspondiente procedimiento establecido al efecto, no se hace efectivo y ya se ha llevado a cabo la regularización urbanística mediante la demolición de lo construido y la reposición de la realidad física alterada.

Es la propia finalidad del precepto la que determina su contenido, según el cual, se exigirá, como condición previa a la demolición, y salvo que una situación de peligro inminente lo impidiera, la prestación de garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, con lo que se persigue garantizar que el reconocimiento de este derecho de terceros se haga efectivo convenientemente, pero no se trata de supeditar la demolición a la previa declaración del derecho a la indemnización debida, sino de asegurar que tales declaraciones, cuando se produzcan, resulten efectivas, mediante la adopción por el juez o tribunal de las garantías suficientes para responder del pago. Así, el precepto no introduce una fórmula o procedimiento para el reconocimiento de derechos de terceros de buena fe, sino para garantizar que, cuando tal reconocimiento se produzca en la forma legalmente establecida, exista la garantía precisa para su efectividad. Y como lógica consecuencia ha de rechazarse la pretensión de que, hasta el momento en que se resuelva sobre esa determinación del carácter debido de las indemnizaciones no se proceda a la demolición de las viviendas.

IMPUESTO SOBRE EL INCREMENTO DEL VALOR DE LOS TERRENOS DE NATURALEZA URBANA. BASE IMPONIBLE. CARGA DE LA PRUEBA. ALCANDE DE LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD PARCIAL DE LOS ARTÍCULOS 107.1 Y 107.2 a) DE LA LEY DE HACIENDAS LOCALES.

*Sentencia número 1163/2018 de 9 de julio de la Sección 2ª de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo
Recurso de Casación 6226/2017
Ponente: Ángel Aguallo Avilés*

El TS interpreta en esta sentencia el alcance de la declaración de inconstitucionalidad de los referidos artículos.

Así, declara que en la determinación del alcance de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad contenida en la STC 59/2017, los Tribunales Superiores de Justicia han venido anulando sistemáticamente las liquidaciones dictadas en relación con el IIVTNU -con independencia de que las mismas se hubieran practicado sobre la base de situaciones expresivas o inexpressivas de capacidad económica-, en cuanto que giradas “en aplicación de preceptos expulsados del ordenamiento jurídico ex origine, cuyo resultado -al decir de estos Tribunales-no puede ser reexaminado a la vista del resultado de prueba pericial para la que se carece de parámetro legal (comparación de valores escriturados, comparación de valores catastrales, factores de actualización, aplicación de normas de otros impuestos...) en ejercicio o forma de actuación expresamente rechazado, pues implicaría continuar haciendo lo que expresamente el Tribunal Constitucional rechaza, esto es, "dejar al arbitrio del aplicador tanto la determinación de los supuestos en los que nacería la obligación tributaria como la elección del modo de llevar a cabo la determinación del eventual incremento o decremento", determinación que el Constitucional insiste queda reservada al legislador, al que debe entenderse dirigida la aclaración del alcance o significado de la inconstitucionalidad declarada, no al aplicador del derecho, que con ello habría de quebrantar principios de seguridad jurídica y de reserva de ley en materia tributaria, que en definitiva han determinado la declaración de inconstitucionalidad.

De acuerdo con la doctrina anteriormente transcrita de estos TTSS de Justicia, resulta que:

1º. Los artículos 107.1 107.2 a) y 110.4 del TRLHL son radicalmente nulos -nulos ex origine- y han quedado definitivamente expulsados de nuestro ordenamiento jurídico.

2º. Ante la inexistencia de los citados preceptos legales y, en consecuencia, de parámetro legal que permita apreciar con carácter previo a la aplicación del tributo si

existe o no plusvalía susceptible de ser sometida a imposición, no cabe aplicar el impuesto ni girar liquidación alguna por este concepto (aunque la misma recayera sobre plusvalías reales y efectivas).

3°. No puede dejarse al arbitrio del aplicador del Derecho -esto es, de la Administración tributaria, primero, y de los jueces de lo contencioso-administrativo, en última instancia la determinación de los supuestos en los que se produce el hecho imponible del impuesto ni la elección del modo de cuantificar el eventual incremento o decremento del valor del terreno.

4°. Tras la STC 59/2017 queda, exclusivamente, en manos del legislador llevar a cabo las reformas legales necesarias que eviten que el tributo pueda gravar en el futuro plusvalías inexistentes o minusvalías (y, a mayor abundamiento -se afirma-, es el legislador el verdadero destinatario de la aclaración relativa al alcance o significado de la inconstitucionalidad declarada).

5°. Cualquier liquidación del IIVTNU que se practique con anterioridad a la precitada reforma legal, en tanto que carente de la debida cobertura, quebrantaría los principios de seguridad jurídica y de reserva de ley aplicables en materia tributaria.

Pues bien, el TS declara:

1°. En la STC 59/2017 no se declara la inconstitucionalidad total o absoluta de todos los preceptos mencionados en el fallo que, en consecuencia, no han quedado -o, al menos, no todos ellos ni en la totalidad de los supuestos en los que resultan aplicables- completamente expulsados del ordenamiento jurídico.

2°. No puede afirmarse que, a día de hoy, la prueba de la existencia o no de plusvalía susceptible de ser sometida a imposición y el modo de llevar a cabo la cuantificación del eventual incremento de valor del terreno carecen de la debida cobertura legal en contra de las exigencias que dimanarían de los principios de seguridad jurídica y de reserva de ley tributaria (artículos 31.3 y 133.1 CE).

3°. No es cierto que dicha valoración de la prueba y la determinación del importe del eventual incremento de valor del terreno no pueden corresponder al aplicador del Derecho.

4°. No resulta acertado concluir que, hasta tanto se produzca la intervención legislativa que ha reclamado el máximo intérprete de la Constitución en la STC 59/2017, no cabe practicar liquidación alguna del IIVTNU (o, procede, en todo caso, la anulación de las liquidaciones y el reconocimiento del derecho a la devolución de ingresos indebidos en las solicitudes de rectificación de autoliquidaciones correspondientes al IIVTNU, sin entrar a valorar la existencia o no en cada caso de una situación reveladora de capacidad económica).

LA DECLARACIÓN DE ZONA DE GRAN AFLUENCIA TURÍSTICA A EFECTO DE HORARIOS COMERCIALES NO ES UN ACTO DISCRECIONAL POR LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS DE CONCURRIR ALGUNA DE LAS CIRCUNSTANCIA PREVISTAS EN LA LEY, SIN PERJUICIO DE LA VALORACIÓN DE SI CONCURREN O NO, PERO DE APRECIARSE SU CONCURRENCIA SE HA DE DECLARAR

*Sentencia número 1328/2018 de 19 de julio de la Sección 3ª de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo
Recurso de Casación 4965/2017
Ponente: José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat*

Mediante resolución de 23 de abril de 2013, la Consejería competente de la Junta de Extremadura acordó la declaración de Zona de Gran Afluencia Turística a efectos de horarios comerciales del municipio de Badajoz.

Posteriormente, el Consejero de Economía e Infraestructuras de la Junta de Extremadura dictó resolución de 21 de abril de 2016 por la que se revocó la anterior declaración, resolución mantenida por la sentencia del TSJ de Extremadura de 29 de junio de 2017, y contra la que el recurrente, una Comunidad de Propietarios, interpone el presente recurso de casación ante el TS.

El argumento del TSJ para desestimar el recurso es que, asumiendo la tesis de la resolución revocatoria de que ninguna de las dos circunstancias por las que fue concedida la declaración, las previstas en el artículo 32.1, apartados c), que limiten o constituyan áreas de influencia de zonas fronterizas y e), que constituyan áreas cuyo principal atractivo sea el turismo de compras, de la Ley 3/2002, de 9 de mayo, son circunstancias que, como si de elementos reglados se tratara, imponen la declaración de ZGAT, sin poder de discrecionalidad alguno, y la declaración de 2013 se adoptó, dice la sentencia de instancia, sin haber analizado la relación turismo-comercio, o como dice la defensa de la Junta, sin estudiar la relación directa entre las necesidades del turista-consumidor y el régimen de horarios fijado.

El recurso de casación se fundamenta en la infracción del artículo 5 de la Ley 1/2004, de la Ley de Horarios Comerciales, en cuanto considera que las circunstancias que llevan a la declaración de una ZGAT no operan como elementos reglados que, en caso de concurrir, determinen que la Comunidad Autónoma, obligatoriamente, deba adoptar dicha decisión, sino que son elementos orientativos que, previo análisis del factor “turismo preexistente”, permite, con margen de discrecionalidad, atender a la

realidad geográfica, empresarial y económica, excepcionan el régimen general de apertura que conlleva.

El TS declara que el artículo 5.4 de la Ley de Horarios Comerciales, ha de interpretarse en el sentido de que la concurrencia de alguna de las circunstancias que se enumeran en las letras del apartado son suficientes por sí mismas para la declaración de ZGAT cuando lo solicite un Ayuntamiento, según dispone el párrafo primero de dicho apartado, y todos los supuestos que enumera el citado artículo 5.4 tienen entidad propia, de modo que la concurrencia de cualquiera de ellos en un municipio o parte del mismo hace procedente, si así lo promueve el Ayuntamiento correspondiente, su consideración como zona de gran afluencia turística.

En el caso concreto del municipio de Badajoz, es cierto que la consideración de que ese municipio constituye un área cuyo principal atractivo es el turismo de compras comporta un margen de apreciación, pues se trata de una circunstancia susceptible de ponderación y de graduación, y, también, variable a lo largo del tiempo. En cambio, el margen de apreciación es escaso, por no decir ninguno, en lo que se refiere al hecho de que el municipio de Badajoz limita o constituye un “área de influencia de zona fronteriza”, pues se alude aquí a una circunstancia fáctica (geográfica) sustraída al ámbito valorativo de la Administración autonómica y en la que en todo caso, no se ha producido en los últimos años modificación alguna que justifique un cambio de parecer de la Administración en este punto.

LAS COPORACIONES LOCALES PUEDEN HACER EL REQUERIMIENTO, COMO PODER PÚBLICO, PREVISTO EN EL ARTÍCULO 44 DE LA LJCA, A OTRAS ADMINISTRACIONES, PREVIA LA INTERPOSICIÓN DE RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Sentencia número 1376/2018 de 17 de septiembre de la Sección 3ª de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo

Recurso de Casación 2672/2016

Ponente: Eduardo Espín Templado

El artículo 44 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, después de declarar que en los litigios entre Administraciones públicas no cabrá interponer recurso en vía administrativa, prevé que cuando una de ellas interponga recurso contencioso administrativo contra otra, podrá requerirla previamente para que derogue la disposición, anule o revoque el acto, haga cesar o modifique la actuación material, o inicie la actividad que esté obligada, y que el requerimiento deberá producirse en el plazo de dos meses contados desde la publicación de la norma o desde que la Administración requirente hubiera conocido o podido conocer el acto, actuación o

inactividad, y que el requerimiento se entenderá rechazado si dentro del mes siguiente a su recepción, el requerido no contestara.

La Junta de Galicia hizo pública la resolución de la autorización administrativa, la aprobación del proyecto de ejecución y la declaración de utilidad pública de determinadas subestaciones y líneas eléctricas.

El Ayuntamiento de Vilaboa formuló a la Administración autonómica, previamente a la interposición de recurso contencioso administrativo requerimiento de anulación de la referida resolución, y al no obtener respuesta, interpuso dicho recurso ante el TSJ de Galicia, recurso que fue desestimado al considerar dicho tribunal que el recurso fue presentado fuera del pazo como consecuencia de haber formulado previamente el requerimiento de anulación improcedente del artículo 44 de la LJCA, y contra la que interpone el presente recurso de casación

El TSJG declaró en su sentencia, recurrida en casación, que el referido artículo 44 no se aplica cuando se trata de resolver una disparidad de criterios entre administraciones públicas y una de ellas actúa en la relación jurídica como un particular y no como un Poder Público, puesto que el municipio de Villaboa ha actuado como particular interesado y no como Poder Público en su oposición a la autorización administrativa.

El TS declara que el TSJG no explica en qué se basa para tales afirmaciones, pues el procedimiento regulado en el artículo 127 del Real Decreto 1955/2000 estipula que la comunicación de la administración competente para una autorización a otras administraciones públicas o a diversos organismos es a los efectos de que todos ellos puedan defender los bienes y derechos a su cargo.

Y en contraposición a la interpretación sostenida por el TSJG, en principio, toda actuación de una Administración Pública en defensa de sus intereses y derecho ha de reputarse como propia de su naturaleza, esto es, como la de un poder público que tiene a su cargo intereses generales que proteger y fomentar, y la propia naturaleza de corporación pública del Ayuntamiento califica su actuación como la de un poder público, por lo que está facultada sin ningún género de dudas a formular el requerimiento potestativo que establece el artículo 44 de la LJCA como trámite previo a la interposición de un recurso contencioso administrativo.

En consecuencia, el TS casa y anula la sentencia recurrida, procediendo a ordenar la retroacción de actuaciones al momento anterior a dictar sentencia al objeto de que la Sala de instancia, tras rechazar la extemporaneidad del recurso, continúe el procedimiento y dicte en su caso sentencia atendiendo a las razones expuesta por las partes contrapuestas.

ENCADENAMIENTO DE SUCESIVOS CONTRATOS LABORALES Y NOMBRAMIENTO DE FUNCIONARIO INTERINO DE LA MISMA PERSONA EN UN AYUNTAMIENTO. ABUSO DE DERECHO. MANTENIMIENTO DE LA RELACIÓN DE EMPLEO HASTA QUE LA ADMINISTRACIÓN CUMPLA CON LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 10.1 DEL EBEP. POSIBILIDAD DE SOLICITAR INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS: REQUISITOS

Sentencia número 1426/2018 de 26 de septiembre de la Sección 4ª de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo
Recurso de Casación 1305/2017
Ponente: Segundo Menéndez Pérez

Los hechos que examina el TS en casación, son los siguientes:

El Sr. Arturo mantuvo con el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz la siguiente relación de empleo:

- Con fecha 01/12/1993 formalizó contrato temporal (12 meses) con aquel Ayuntamiento para prestar servicios como Arquitecto, con la categoría de Técnico de Administración Especial.

- El 01/12/1995 formalizó contrato para la realización de obra o servicio determinado, con la misma categoría y funciones. Especifica el contrato que su objeto era "la ejecución del convenio suscrito con fecha 22.11.95 entre el Instituto Foral de Bienestar Social y el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz en orden a favorecer la eliminación de las barreras urbanísticas y arquitectónicas en el municipio de Vitoria-Gasteiz y contribuir a la consecución de la accesibilidad del entorno urbano para el normal desenvolvimiento de las personas con movilidad reducida".

- Con fecha 31/01/1998 tomó posesión como funcionario interino "para la ejecución del programa temporal 'eliminación de barreras arquitectónicas y urbanísticas en el municipio de Vitoria-Gasteiz' con objeto de contribuir a la consecución de la accesibilidad del entorno urbano para el normal desenvolvimiento de las personas con movilidad reducida en ejecución del Convenio interinstitucional de 22 de noviembre de 1995 y hasta la finalización del mismo".

Junto a la toma de posesión obra resolución sobre modificación de su condición jurídica (deja sin efecto la relación laboral que le vinculaba con el Ayuntamiento y es nombrado funcionario interino con efectos desde el 01/02/1998).

- El 10/11/1998 se le notificó resolución del Concejal Delegado del Área de Función Pública del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz por la que se daba "por concluida la relación administrativa entre D. Arturo y el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz con

efectos del día 31 de diciembre de 1998, por conclusión del programa temporal objeto del nombramiento".

- El 11 de enero de 1999, el Concejal-Delegado del Área de Función Pública dictó nueva resolución revocando la anterior ya que el programa temporal objeto de dicho nombramiento no había concluido en la fecha prevista sino que había prorrogado su vigencia.

- El 10 de diciembre de 2012, el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz dictó un Decreto por el que se acordaba finalizar el programa temporal n.º 10 "Eliminación de barreras arquitectónicas y urbanísticas en el municipio de Vitoria-Gasteiz", toda vez que había sido ejecutado en su totalidad y que el contexto actual de crisis imponía la reducción de gastos de las Administraciones Públicas, siendo su último día de vigencia el 31 de diciembre de 2012. Con fecha de efectos idéntica se acordaba la finalización del contrato de Técnico Superior de Administración Especial adscrito a dicho programa.

El TS declara que ante la constatación de la utilización abusiva de los sucesivos nombramientos de quien suscribió, primero, un contrato laboral de duración determinada y después fue nombrado y vuelto a nombrar funcionario interino, la solución jurídica aplicable no es la conversión del personal que fue nombrado como funcionario interino de un Ayuntamiento, en personal indefinido no fijo, aplicando de forma analógica la jurisprudencia del orden social, sino, más bien, la subsistencia y continuación de tal relación de empleo, con los derechos profesionales y económicos inherentes a ella desde la fecha de efectos de la resolución anulada, hasta que esa Administración cumpla en debida forma lo que ordena la norma de carácter básico establecida en el artículo 10 del EBEP.

Al dar cumplimiento a esa norma, en un caso como el enjuiciado, en que el nombrado cubrió necesidades que, de hecho, no tenían carácter provisional, sino permanente y estable, debe valorarse, de modo motivado, fundado y referido a las concretas funciones que prestó, si procede o no la ampliación de la relación de puestos de trabajo de la plantilla municipal, observado después las consecuencias jurídicas ligadas a tal decisión, entre ellas, de ser negativa por no apreciar déficit estructural de puestos fijos, la de mantener la coherencia de la misma, acudiendo a aquel tipo de nombramiento cuando se de alguno de los supuestos previstos en ese art. 10.1, identificando cuál es, justificando su presencia, e impidiendo en todo caso que perdure la situación de precariedad de quienes eventual y temporalmente hayan de prestarlas.

La persona afectada por la utilización abusiva de los nombramientos temporales tiene derecho a indemnización. Pero el reconocimiento del derecho: a) depende de las circunstancias singulares del caso; b) debe ser hecho, si procede, en el mismo proceso

en que se declara la existencia de la situación de abuso; y c) requiere que la parte demandante deduzca tal pretensión; invoque en el momento procesal oportuno qué daños y perjuicios, y por qué concepto o conceptos en concreto, le fueron causados; y acredite por cualquiera de los medios de prueba admitidos en derecho, la realidad de tales daños y/o perjuicios, de suerte que sólo podrá quedar para ejecución de sentencia la fijación o determinación del quantum de la indemnización debida.

Además, el concepto o conceptos dañosos y/o perjudiciales que se invoquen deben estar ligados al menoscabo o daño, de cualquier orden, producido por la situación de abuso, pues ésta es su causa, y no a hipotéticas "equivalencias", al momento del cese e inexistentes en aquel tipo de relación de empleo, con otras relaciones laborales o de empleo público.

Por ello el fallo de la sentencia del TS declara que fija como criterios interpretativos aplicables en presencia de una situación de abuso -como la enjuiciada- en los sucesivos nombramientos y mantenimiento de la relación de empleo entre un funcionario interino y un Ayuntamiento, los anteriormente dichos, y declara, en lo que aquí interesa, que la relación de empleo del Sr. Arturo con el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz subsiste y continuará -con los derechos profesionales y económicos inherentes a ella desde el día 1 de enero de 2013- hasta que dicha Corporación Local cumpla en debida forma lo que ordena la norma de carácter básico establecida en el art. 10.1 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, y hoy en el mismo precepto del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, y desestima la pretensión indemnizatoria del recurrente por las razones dichas.