

ACTUALIDAD JURÍDICA: RECOPIACIÓN DE JURISPRUDENCIA

I. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

PROCESOS SELECTIVOS EN LA FUNCIÓN PÚBLICA. SUPERACIÓN DE PRUEBAS SELECTIVAS PARA LA COBERTURA CON CARÁCTER DE INTERINIDAD DE PLAZA. LA PERSONA SELECCIONADA MANIFESTÓ QUE NO PODÍA INCORPORARSE EN EL PLAZO POR ESTAR EMBARAZADA PERO QUE NO RENUNCIABA A LA PLAZA. LA ADMINISTRACIÓN EFECTUÓ EL NOMBRAMIENTO EN LA SIGUIENTE PERSONA QUE SUPERÓ EL PROCESO. EL TC DECLARA VULNERADO EL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN DE UNA OPOSITORA POR RAZÓN DE SU MATERNIDAD.

Sentencia número 108/2019 de 30 de septiembre de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional.

Recurso de amparo 2925/2018.

Ponente: Fernando Valdés Dal-Ré.

La recurrente en amparo, que superó un proceso selectivo para la cobertura de una plaza de interinidad en el INE, comunicó a éste su imposibilidad de incorporarse por haber dado a luz y manifestó expresamente que no renunciaba a la plaza solicitando su reserva hasta que se pudiera incorporar. La Administración adujo razones de urgencia la incorporación a la plaza, ya que por ello se convocó de forma interina, y adjudicó el puesto de trabajo a la siguiente persona que superó el proceso selectivo, a la que el INE le reconoció el derecho a reducción de jornada por guarda legal.

Interpuesto recurso jurisdiccional, la sentencia de instancia lo estimó parcialmente, pero la Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana estimó el recurso del INE.

El TC declara que la discriminación por razón de sexo puede ocasionarse con carácter previo a la formalización del contrato de trabajo, de suerte que la afectada estará amparada por el art. 14 CE en ese estadio con la prohibición de discriminación directa o indirecta garantizada por su contenido esencial, y que la Administración no puede aducir como justificación habilitante frente a la discriminación causada las razones de servicio y urgencia de cobertura de la plaza. Es irrelevante, por tanto, que se contratara a otra mujer o que a esta le fueran reconocidos derechos propios de su condición de madre trabajadora. La prohibición de discriminación no exige un contraste con nadie, con un tercero, sino solo la verificación de la concurrencia del factor protegido y el perjuicio que a él haya quedado asociado, ya que el perjuicio es patente, al no haber podido acceder a la plaza que obtuvo en el proceso selectivo, siendo

indiferente que quedase o no acreditado el elemento intencional o la motivación discriminatoria de la parte demandada en el proceso judicial, el INE, ya que la decisión debe ser examinada de forma objetiva y objetivamente el perjuicio se ha producido en razón de la maternidad, estando fuera de toda duda la obligatoriedad de la formalización del contrato, que afecta a todo concursante en un proceso de selección independientemente de su sexo, pero también que la maternidad fue lo determinante. Y, solo en ella, la diferencia en el resultado producido. Un factor protegido, por tanto, que serviría tanto en el contraste con varones como, asimismo, con la persona que fue contratada, mujer como la recurrente pero que, en cambio, no se encontraba en una situación equivalente a la examinada.

En consecuencia, el TC declara que se vulneró el derecho de la demandante de amparo a no sufrir discriminación por razón de sexo. La actuación del INE ocasionó una discriminación directa contraria al art. 14 CE, por ser mujer en estado de maternidad la recurrente, resultando esta perjudicada por esa causa, al habersele impedido con fundamentos incompatibles con el segundo inciso del art. 14 CE su derecho de acceso a la plaza que obtuvo en el proceso selectivo, colocándola en una clara desventaja por ser mujer trabajadora y madre.

II. TRIBUNAL SUPREMO

BIENES MUNICIPALES. INADMISIBILIDAD DE RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO POR FALTA DE APORTACIÓN DEL DICTAMEN PREVIO DEL SECRETARIO O DE LA ASESORÍA JURÍDICA. FINALIDAD.

Sentencia número 1291/2019 de 1 de octubre de la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.

Recurso de Casación 2273/2016.

Ponente: Francisco Javier Borrego Borrego.

El TS declara que la necesidad de aportación de informe o dictamen previo al ejercicio de acciones no es una cuestión discutida, dada la claridad y rotundidad del art. 54,3 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, y el artículo 221 del Real Decreto 2568/1986 antes citados, y de la jurisprudencia sobre el mismo.

La carencia de ese informe preceptivo comporta la nulidad del acuerdo adoptado sin él es doctrina consolidada de esta Sala, aún con determinadas matizaciones que sobre ello se han producido flexibilizando en algunos aspectos esa obligatoriedad, y así resulta en la Sentencia de catorce de mayo de dos mil uno en la que el TS dijo: "Como se pone de manifiesto, entre otras, en Sentencia de 14 de Diciembre de 1998 la Jurisprudencia de esta Sala ha venido matizando el requisito formal de acreditar la previa emisión del dictamen del Letrado para el acuerdo del ejercicio de acciones por

las Corporaciones Locales, estableciendo que la sola falta de presentación inicial no es causa de inadmisión del recurso contencioso administrativo, pudiendo subsanarse en cualquier momento, incluso de forma convalidante; que no es imprescindible cuando se trata de procesos a los que es traída la Corporación en concepto de demandada o recurrida; que solo ha de producirse en el ejercicio inicial de las acciones y no para los sucesivos recursos o instancias; que el informe o dictamen puede incluso formularse "in voce", etc., pero lo que no ha dicho la Jurisprudencia ni podía hacerlo -como finalmente no tiene más remedio que reconocer la recurrente- es que dicho requisito formal no sea ya exigible.

En efecto, la necesidad de una previa opinión experta en derecho para la adopción de acuerdos de las Corporaciones Locales, sobre el ejercicio de acciones, para la que se dan amplias facilidades (puede prestarla el Secretario del Ayuntamiento, los Servicios Jurídicos de Asesoramiento Municipal, cuando existen y en defecto de ambos, cualquier Letrado), tiene por finalidad -aunque no sea vinculante- hacer más difícil que un órgano administrativo inicie un pleito irreflexivamente o sin conocimiento de lo que son sus derechos, el modo de ejercitarlos y las razonables posibilidades de obtener una respuesta favorable.

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL COMO CONSECUENCIA DE DAÑOS DERIVADOS DE LA APLICACIÓN DE UNA NORMA DECLARADA INCONSTITUCIONAL. PAGO INDEBIDO DE LIQUIDACIÓN DE PLUSVALÍA AL AMPARO DEL ART. 107 DE LA LEY DE HACIENDAS LOCALES DECLARADO PARCIALMENTE INCONSTITUCIONAL POR LA SENTENCIA SWL TC 59/2017. IMPROCEDENCIA DE INDEMNIZACIÓN

Sentencia número 1.303/2019 de 3 de octubre de la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.

Recurso ordinario 262/2018.

Ponente: César Tolosa Tribiño.

Se interpone recurso contra la desestimación presunta de la solicitud de responsabilidad patrimonial del Estado Legislador por pago indebido de liquidaciones de plusvalía, y posterior Resolución denegatoria adoptada mediante Acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de enero de 2019.

La parte demandante recibió varias liquidaciones tributarias emitidas por el Ayuntamiento de Getafe (Madrid) por aplicación del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, liquidaciones que fueron impugnadas envía contenciosa y desestimadas con el fundamento de los artículos 104 y 107 de la Ley de Haciendas Locales.

El TS destaca que la Ley 40/2015 de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, introduce en nuestro ordenamiento jurídico la primera regulación legislativa

específica de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por leyes contrarias a Derecho, y para que nazca el deber de indemnizar, deben concurrir los requisitos generales de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas: a) que la aplicación de la ley haya ocasionado una lesión que "el particular no tenga el deber jurídico de soportar"; y b) que el daño alegado sea "efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas". También respecto de ambos casos, la LRJSP dispone que solo procederá la indemnización "cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la inconstitucionalidad [o la infracción del Derecho de la Unión Europea] posteriormente declarada". Es decir, los perjudicados por la aplicación de la ley posteriormente declarada inválida que no agotaron todas las instancias judiciales contra dicha aplicación, o no adujeron en ellas la correspondiente inconstitucionalidad o infracción del ordenamiento jurídico comunitario, no podrán luego exigir el resarcimiento de los daños sufridos.

El TS declara que en lo que se refiere a la antijuricidad del daño, en los casos en que el título de imputación de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador lo es, la posterior declaración de inconstitucionalidad de la ley o norma con fuerza de ley, cuya aplicación irrogó el perjuicio, debe imponerse como regla general o de principio la afirmación o reconocimiento de la antijuricidad de éste, pues si tiene su origen en esa actuación antijurídica de aquél, constatada por dicha declaración, sólo circunstancias singulares, de clara y relevante entidad, podrían, como hipótesis no descartable, llegar a explicar y justificar una afirmación contraria, que aseverara que el perjudicado tuviera el deber jurídico de soportar el daño, por lo que la antijuricidad concurre.

Pero en cuanto a la existencia y acreditación de un daño indemnizable, el TS considera que la reclamación de responsabilidad patrimonial, la formula la parte a partir de la declaración de inconstitucionalidad contenida en la STC 59/2017, y que la sentencia, 1.163/2018, de 9 de julio, del TS interpreta el alcance de la declaración de inconstitucionalidad contenida en aquella, considerando, de una parte, que los artículos 107.1 y 107.2 a) del TRLHL, a tenor de la interpretación que debe darse al fallo y fundamento jurídico 5 de la STC 59/201, "adolecen solo de una inconstitucionalidad y nulidad parcial".

Y aplicando la anterior doctrina, en el caso controvertido, la recurrente, en la prueba practicada no realiza un estudio individualizado del valor del suelo que es objeto del presente recurso, sino que se parte del valor genérico del suelo en el municipio de Getafe y en la Comunidad de Madrid, esto es, si para conocer si ha existido incremento o no de valor en los terrenos habría de estarse al precio de compra y venta del suelo concreto, tal determinación no se contiene en el informe que se acompaña, que realiza un estudio genérico del precios en un ámbito territorial mucho más amplio, sin que se acredite que los datos obtenidos son directamente extrapolables al supuesto litigioso, por lo que habrá de concluirse que la parte demandante no ha logrado acreditar la inexistencia del incremento de valor, por lo que no concurre en este supuesto un daño

susceptible de ser indemnizado por la vía de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador.

AGUAS. TARIFAS DE UTILIZACIÓN DEL AGUA Y CANON DE REGULACIÓN APROBADAS EN FECHA POSTERIOR A LA DE SU DEVENGO. IRRETROACTIVIDAD. LA APROBACIÓN DE LAS TARIFAS O DEL CANON PARA LOS AÑOS SIGUIENTES A AQUEL EN QUE SE PRODUZCA LA MEJORA UNA VEZ INICIADO EL PERIODO IMPOSITIVO NO ES POSIBLE PARA ESE AÑO. INTERÉS CASACIONAL

Sentencia número 1357/2019 de 10 de octubre de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.

Recurso de Casación 4090/2018.

Ponente: Ángel Aguillo Avilés.

El TS considera que los actos administrativos enjuiciados en la instancia eran nulos por dos razones distintas, una, la aprobación de las tarifas y cánones en un momento posterior al devengo. A este respecto, es de advertir que el artículo 21 LGT, relativo al devengo y exigibilidad, define el primero como "... el momento en el que se entiende realizado el hecho imponible y en el que se produce el nacimiento de la obligación tributaria principal". No cabe, pues, en ningún caso, que surja una obligación tributaria ex lege antes de que se apruebe la norma que le da fundamento y concreción, por lo que se trataría de una obligación sin contenido, regulación ni cuantía, lo que sólo puede ser establecido por la ordenación de aquéllas mediante la aprobación del canon y la tarifa. Pese a la indefinición legal y reglamentaria en el TRLA y RDPH, tales acuerdos de aprobación deben ser considerados o equiparados a los reglamentos u ordenanzas, con todos los efectos inherentes a tal carácter, en especial la nulidad de pleno derecho de que adolecerían en caso de infracción normativa; la necesidad de publicación a efectos de eficacia erga omnes; y la posibilidad procesal de su impugnación indirecta con ocasión de la efectuada frente a sus actos de aplicación, esto es, de las liquidaciones.

La segunda razón es la extemporaneidad de las liquidaciones practicadas de acuerdo con las exigencias temporales establecidas en el artículo 114.7 TRLA, tanto en los periodos 2010 a 2012 como en el 2013 en que ya rige la reforma del precepto establecida en 2012. En este caso, se recurren liquidaciones de cuatro ejercicios, el último de ellos afectado por la reforma del mencionado artículo 114.7 del Texto Refundido de la Ley de Aguas. La versión anterior de dicho precepto, válida para 2010, 2011 y 2012, es la siguiente: "7. El Organismo de cuenca aprobará y emitirá las liquidaciones reguladas en este artículo en el ejercicio al que correspondan". Por su parte, la versión del art. 1.7 de la Ley 11/2012, de 19 de diciembre, de medidas urgentes en materia de medio ambiente -para 2013-, dice así: "7. El organismo de cuenca, de acuerdo con lo establecido en este artículo, determinará las cuantías del canon de

regulación y de la tarifa de utilización del agua del año en curso, emitiendo las liquidaciones correspondientes antes del último día del mismo año". Ambas redacciones del precepto se refieren a los actos de singularización o concreción última del canon o tarifa, fruto de la distribución individual de su importe global (artículo 114.4 TRLA), constituido por los conceptos enunciados en el apartado 3 del mismo precepto, entre todos los beneficiados por las obras, que debe realizarse con arreglo a criterios de racionalización del uso del agua, equidad en el reparto de las obligaciones y autofinanciación del servicio, en la forma que reglamentariamente se determine. La liquidación es, pues, el acto de singularización del canon o la tarifa entre los contribuyentes con arreglo a tales criterios. Ordena la ley que se aprueben y emitan las liquidaciones en el ejercicio a que correspondan (hasta 2012) o, con mayor especificación, antes del último día del año (versión aplicable a partir de 2013). Y resulta que tales plazos, en uno y otro caso, han sido excedidos con creces.

PLAZO INICIAL DEL CÓMPUTO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR DAÑOS OCASIONADOS POR LA ANULACIÓN JUDICIAL DE UNA LICENCIA QUE CONLLEVA DEMOLICIÓN. INTERÉS CASACIONAL.

Sentencia número 1392/2019 de 17 de octubre de la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.

Recurso de casación 5924/2017.

Ponente: César Tolosa Tribiño.

El TS declara que el plazo de prescripción de la acción para exigir la responsabilidad patrimonial derivada de la declaración de nulidad de una licencia que conlleva la demolición de lo ilegalmente construido, debe situarse en el momento en que se dicta resolución judicial firme y ejecutiva que ordena la demolición de lo construido, pues, desde ese momento, queda concretado el daño, aún cuando la efectiva demolición se produzca con posterioridad. Dicha resolución judicial puede ser la sentencia firme que declara la nulidad de la licencia, pero también resulta posible que dicha resolución se dicte en el trámite de ejecución de la misma, como ocurre en el presente caso, en que por parte de la Sala de instancia se acordó la inejecución de la sentencia al amparo del art. 105.2 de la Ley de la jurisdicción; esto es, se consideró que el nuevo planeamiento legalizaba la construcción de la biblioteca, decisión que impedía su demolición, hasta que dicha resolución fue dejada sin efecto por sentencia de la propia Sala del TS, de 17 de octubre de 2010, momento en el que se produce la resolución definitiva en el incidente de ejecución que ordena, con carácter firme, la demolición de lo ilícitamente construido, por lo que siendo ese el "*dies a quo*", la reclamación formulada se encuentra planteada en plazo.

NULIDAD DEL ART. 6 D) DEL DECRETO 28/2016, DE 2 DE FEBRERO, DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA DE VIVIENDAS CON FINES TURÍSTICOS QUE EXIGE QUE LOS ESTABLECIMIENTOS TENGAN INSTALACIONES FIJAS DE REFRIGERACIÓN Y CALEFACCIÓN. LA RESTRICCIÓN AL ACCESO DE UNA ACTIVIDAD ECONÓMICA DEBE SER MOTIVADA Y FUNDARSE EN ALGUNA RAZÓN IMPERIOSA DE INTERÉS GENERAL. INTERÉS CASASIONAL

Sentencia número 1400/2019 de 21 de octubre de la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.

Recurso de Casación 6320/2018.

Ponente: José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat.

La cuestión que se dilucida en la Sentencia que comentamos, consiste en determinar si una regulación, como la contemplada en el artículo 6 del Decreto de la Junta de Andalucía 28/2016, de 2 de febrero, de las viviendas con fines turísticos y de modificación del Decreto 194/2010, de 20 de abril, de establecimientos de apartamentos turísticos, que regula las condiciones y requisitos que deben cumplir las viviendas dedicadas a fines turísticos, como nueva tipología de alojamientos turísticos, y que establece en su apartado d) que los establecimientos deberán disponer de refrigeración por elementos fijos en las habitaciones y salones, y con calefacción, según el periodo de funcionamiento de la actividad, es o no compatible con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, a cuyo tenor las autoridades competentes que impongan restricciones al acceso a una actividad económica o a su ejercicio deberán motivar su necesidad en la salvaguardia de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y si la introducción de este requisito, referido a que las viviendas con fines turísticos cuenten con instalaciones fijas de climatización, constituye una exigencia desproporcionada, en la medida que puede implicar una limitación desmedida para el ejercicio de la actividad turística que no se corresponde con las peculiaridades geográficas y climáticas de Andalucía.

El TS declara que el canon de necesidad enunciado en el artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, no sólo obliga a evaluar si las medidas regulatorias adoptadas por las autoridades públicas competentes afectan al funcionamiento competitivo de los mercados y si obstaculizan, directa o indirectamente, las libertades de circulación y de establecimiento, puesto que su aplicación debe basarse además, y, en paralelo, en comprobar si tales medidas se justifican por razones imperiosas de interés general, vinculadas a la regulación del sector afectado, entre las que se encuentra, en este supuesto, la protección de los derechos de los usuarios de los servicios turísticos de alojamiento.

Por ello, considera que no resulta suficiente para declarar la nulidad del apartado d) del artículo 6 del Decreto 28/2016, de 2 de febrero, regulador de las viviendas con

fines turísticos, la referencia al contenido de los Informes emitidos por la Consejería de Turismo y por el Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía, que ponen de relieve que la introducción de esta exigencia, referida a la adecuada climatización de las viviendas con fines turísticos, limita la actividad de los operadores para competir y puede reportar ventajas para unos competidores en detrimento de otros, así como restringe la autonomía de las partes para negociar precios.

En este caso, el Tribunal sentenciador debió ponderar que el requisito de climatización controvertido estaba justificado por razones imperiosas de interés público, y, concretamente, por tener como objeto preservar intereses relacionados con la ordenación del sector turístico que inciden en la protección de los derechos de los usuarios de los servicios de hospedaje turístico.

En este sentido, el artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, no consagra un principio de libre acceso a las actividades turísticas que debe ser entendido de forma absoluta, de modo que no pueda ser sometido a restricciones o limitaciones, pues reconoce la competencia de las autoridades públicas (estatales, comunitarias o locales) para exigir el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de la actividad, cuya necesidad estuviera justificada para salvaguardar alguna razón imperiosa de interés general.

Descarta, por tanto, que procediera declarar la nulidad del artículo 6 d) del Decreto 28/2016, de 2 de febrero, de las viviendas con fines turísticos, por no constituir un requisito de habitabilidad de la vivienda y no ser necesaria, al no exigirse para obtener la licencia de primera ocupación y restringir la libre competencia.

Aprécia que la imposición de esta obligación, referida a la adecuada climatización de las viviendas con fines turísticos, obedece a razones imperiosas de interés general, relacionadas con la protección de los usuarios destinatarios de los servicios ofertados a los que alude expresamente el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

Ello no obstante, debe señalarse que en los términos con que se imponen las medidas de refrigeración y calefacción, sin tener en cuenta la distinta climatología que afecta a los núcleos de población de la Comunidad Autónoma de Andalucía (que en algunos municipios de las costas mediterráneas y atlánticas haría prescindible contar con ese tipo de instalaciones, en contraste con otras poblaciones del interior en las que se dan temperaturas extremas en verano y en invierno), y la falta de previsión en el Decreto enjuiciado de un procedimiento de exoneración o dispensa del cumplimiento de dicha obligación (tal como se prevé en la Ley 13/2011, de 23 de diciembre, del Turismo de Andalucía) determina que considere que dicha exigencia se revela desproporcionada, en cuanto no sería idónea ni adecuada para satisfacer el fin perseguido por la normativa regulatoria de las viviendas con fines turísticos de proteger los derechos de los usuarios de los servicios turísticos.

En consecuencia declara el TS como doctrina la siguiente:

“Una normativa regulatoria de los alojamientos turísticos, en la modalidad de vivienda con fines turísticos, como la prevista en el artículo 6 d) del Decreto de la Junta de Andalucía 28/2016, de 2 de febrero, de las viviendas con fines turísticos y de modificación del Decreto 194/2010, de 20 de abril, de establecimientos de apartamentos turísticos, que establece, con carácter general, la obligación de la empresa prestadora del servicio de hospedaje de contar con instalaciones fijas de refrigeración y calefacción según los periodos de funcionamiento de la actividad, sin distinguir las distintas zonas geográficas y climáticas existentes en la Comunidad Autónoma, y sin prever ningún mecanismo o procedimiento concreto de exoneración del cumplimiento de dicha obligación, contraviene el artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, en relación con lo dispuesto en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio”.

PARTICIPACIÓN CIUDADANA MUNICIPAL. REGLAMENTO DE CONSULTAS CIUDADANAS DEL AYUNTAMIENTO DE SAN SEBASTIÁN. IMPOSIBILIDAD DE ARTICULAR CONSULTAS MUNICIPALES AL MARGEN DEL SISTEMA ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 71 DE LA LBRL

Sentencia número 1424/2019 de 23 de octubre de la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.

Recurso de Casación 1857/2019.

Ponente: Rafael Fernández Valverde.

El TS recuerda la doctrina reiterada del propio Tribunal y la del TC en las que se señala el ámbito competencial y territorial de las consultas previstas en el artículo 71 de la LBRL sobre la imposibilidad de articulación de consultas municipales "populares o referendarias" al margen del sistema establecido en el artículo 71 de la LBRL. Ni los preceptos legales de referencia, ni la jurisprudencia que reseñamos admiten tal posibilidad de referéndum municipales, por el contrario, de acuerdo con la jurisprudencia del TC estas consultas tienen carácter restrictivo.

Cuando el artículo 69.1 de la LBRL impone la obligación de facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida local, lo hace, conforme a su apartado 2, sin menoscabar las facultades de decisión que corresponden a los órganos representativos regulados por la Ley, y en el marco de lo previsto en el siguiente artículo 71. Esto es, de tal mandato u obligación no puede deducirse la potencialidad jurídica necesaria para fundamentar en el mismo la creación de un nuevo mecanismo de participación, de carácter referendario, y, además, sin apoyo ni en la Constitución ni en la Ley que la desarrolla, Reguladora de las distintas modalidades del referéndum.

Esto es más evidente aun en el artículo 70 bis 1, en el que el deber de establecer, en normas de carácter orgánico, procedimientos y órganos adecuados para la efectiva

participación de los vecinos en los asuntos de la vida pública local, se concreta en los mecanismos de iniciativa popular de los vecinos que gocen del sufragio activo en las elecciones municipales, y, aunque, en su párrafo cuarto señale que las mismas pueden llevar incorporada una propuesta de consulta popular local, el precepto concluye señalando que la misma "será tramitada en tal caso por el procedimiento y con los requisitos previstos en el artículo 71".

ORDENANZA MUNICIPAL DE RUIDOS. PROHIBICIÓN DE USO DE MÁQUINAS PICADORAS DURANTE LOS MESES DE JULIO Y AGOSTO. CONFORMIDAD A DERECHO.

Sentencia número 1516/2019 de 31 de octubre de la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.

Recurso de Casación 1878/2016.

Ponente: Francisco Javier Borrego Borrego.

El Pleno del Ayuntamiento de Andratx aprobó la modificación de la Ordenanza Reguladora del Ruido y las vibraciones, con la siguiente redacción del art. 23.3: "El horario de trabajo deberá estar comprendido entre las 8 y las 18 horas de lunes a viernes, y entre las 10 horas y las 18 horas los sábados. Como excepción a dicha norma general, el horario de trabajo de las máquinas picadoras será el siguiente: a) En los meses de julio y agosto, de lunes a viernes, de 9:30 a 13:30 horas. b) En los meses de mayo, junio, septiembre y octubre, de lunes a viernes, de 9:30 a 18 horas. c) En el resto de meses, se aplicará el horario de trabajo general".

La Asociación de Constructores alegan que el no uso de las máquinas picadoras en julio y agosto, supone la prohibición de iniciar obras de edificación en dichos meses, lo que supone una prohibición de la actividad constructora en lo referente a desmontes, despeje, movimientos de tierras, excavación y apertura de zanjas. Y la limitación de uso de las máquinas picadoras en el resto de los meses, lo estima vulnerador del art. 48.1 de la Ley 1/2007, por lo que también debe ser declarado nulo.

El TS declara que la modificación de la Ordenanza no prohíbe la actividad de edificación, y expresamente así lo dice el precepto. Afecta la limitación de uso de las máquinas picadoras a una fase, la inicial de un proceso de edificación, pero no a "la actividad de edificación", y durante dos meses. La no utilización de máquinas picadoras en los meses de julio y agosto, meses turísticos por excelencia, es una limitación total del horario de trabajo con estas máquinas, o si se quiere, una prohibición de uso de dichas máquinas en dos meses, que por todo lo antes expuesto, se considera conforme al artículo 17 de la Directiva 2000/14/CE y DA Única del RD 212/2002, atendidos los derechos fundamentales que tal limitación/prohibición de uso de las máquinas picadoras protege, y su incidencia en la fase inicial de la actividad de edificación, que puede ser llevada a efecto adecuando el plan de la obra a esta limitación de no uso de las máquinas picadoras en julio y agosto, mediante una planificación del plan de la obra.

FUNCIONARIOS PÚBLICOS. REALIZACIÓN DE FUNCIONES PROPIAS DE UN PUESTO DE TRABAJO DISTINTO DE AQUEL PARA EL QUE HAN SIDO NOMBRADOS. PERCEPCIÓN DE RETRIBUCIONES. INTERÉS CASACIONAL.

Sentencia número 1568/2019 de 12 de noviembre de la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.

Recurso de Casación 3377/2017.

Ponente: María del Pilar Teso Gamella

El TS declara que a igual trabajo debe corresponder igual retribución. La realización de tareas concretas, se supone que de otro puesto mejor retribuido, no es el presupuesto a partir del que se ha formado la jurisprudencia de la que se viene hablando. El dato que ha considerado es, en realidad, el ejercicio material de otro puesto en su totalidad o en sus contenidos esenciales o sustantivos --es la identidad sustancial la relevante-- pero a eso no se refiere la norma presupuestaria porque tal desempeño es algo diferente a llevar a cabo tareas concretas. Así, pues, mientras que ningún reproche parece suscitar que un ejercicio puntual de funciones de otro puesto no comporte el derecho a percibir las retribuciones complementarias de este último, tal como dicen esos artículos, solución diferente ha de darse cuando del ejercicio continuado de las funciones esenciales de ese ulterior puesto se trata. Mientras que el primero no suscita dudas de que cae bajo las previsiones de los preceptos presupuestarios, el segundo caso, contemplado desde el prisma de la igualdad, conduce al reconocimiento del derecho del funcionario en cuestión a las retribuciones complementarias del puesto que ejerce verdaderamente con el consentimiento de la Administración.