

# Crónica de jurisprudencia del Tribunal Supremo (de 1 de enero a 30 de abril de 2023)\*

VÍCTOR ESCARTÍN ESCUDÉ

*Letrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo  
(Sala Tercera).*

*Profesor titular de Derecho Administrativo  
de la Universidad de Zaragoza*

## 1. Introducción

## 2. Régimen local y cuestiones generales del procedimiento administrativo

- 2.1. Posibilidad de intervención de personas o entidades externas a la Administración en la gestión y tramitación de procedimientos administrativos
- 2.2. Régimen jurídico de los servicios VTC. Limitaciones a estos servicios
- 2.3. Recurribilidad del acto de apercibimiento en el inicio del procedimiento de ejecución forzosa
- 2.4. Garantía de permanencia en el centro de trabajo del artículo 74.3 LBRL y su posible aplicación a un concejal sin dedicación exclusiva
- 2.5. Jurisdicción competente para conocer la validez de la orden por la que se establecen servicios esenciales en caso de huelga
- 2.6. Procedimiento administrativo. Ausencia de pie de recurso en notificación administrativa dirigida a otra Administración
- 2.7. Limitaciones impuestas a la comercialización de viviendas turísticas impuestas por la planificación municipal
- 2.8. Revocación y caducidad del procedimiento sancionador
- 2.9. Ausencia de informe municipal de situación de riesgo de exclusión residencial respecto a la posibilidad de que una empresa suministradora proceda al corte del suministro de gas

## 3. Urbanismo y medio ambiente

- 3.1. Sentido del silencio de la Administración ante una solicitud de información ambiental al amparo del artículo 10 de la Ley 27/2006

---

\*. Crónica realizada sobre la base de las sentencias publicadas en el fondo documental del CENDOJ a fecha de 31 de mayo de 2023. En caso de existir algún pronunciamiento de interés, correspondiente a los últimos días de abril de 2023, que no haya sido publicado a la fecha de entrega de esta crónica, se incorporará a la crónica del próximo número de la revista.

- 3.2. Urbanismo. Impugnación indirecta de un plan urbanístico
  - 3.3. Urbanismo. Inaplicación de los trámites previstos en la Ley de Procedimiento Administrativo común en la elaboración de los instrumentos de planificación urbanística
  - 3.4. Principio de no regresión en materia de protección ambiental ante la modificación de un instrumento de planeamiento urbanístico
- 4. Tributos**
- 4.1. Falta de agotamiento de la vía administrativa previa cuando se recurre en sede judicial un acto administrativo presunto
  - 4.2. Impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana. Legitimación para instar la rectificación de la autoliquidación tributaria
  - 4.3. IBI. Aplicabilidad de la legislación de transparencia en materia tributaria
  - 4.4. Posibilidad de una aplicación extensiva del hecho imponible del impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras
  - 4.5. Impuesto sobre bienes inmuebles. Usos establecidos en la normativa catastral para la valoración de las construcciones
- 5. Empleo público**
- 5.1. Derecho de los empleados públicos a la defensa jurídica en procedimientos iniciados como consecuencia del ejercicio legítimo de sus funciones
  - 5.2. Cómputo del tiempo en situación de excedencia por cuidado de hijos como tiempo de trabajo efectivo
  - 5.3. La excedencia voluntaria por interés particular, prevista en el artículo 89.2 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, no resulta de aplicación a los funcionarios interinos
  - 5.4. Posibilidad de que un funcionario de la policía local o autonómica, proveniente de otra comunidad autónoma, concurra en la provisión de plazas de policía local mediante movilidad interadministrativa
  - 5.5. Seguridad jurídica y confianza legítima ante la atribución de plaza de un aspirante nombrado funcionario a otro aspirante distinto por irregularidades en el proceso selectivo
  - 5.6. De nuevo, buena fe y confianza legítima ante la anulación de un proceso selectivo
  - 5.7. Empleo público. Compatibilidades y complemento específico. Interpretación del art. 16.4 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, en el ámbito de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado

- 5.8. Empleo público. Reducción de jornada a funcionarios de corporaciones locales. Disminución de retribuciones
- 5.9. Empleo público. Condiciones para la concesión del permiso por cuidado de hijo menor

**6. Otros ámbitos de interés (subvenciones, transparencia, contratos del sector público)**

- 6.1. Subvenciones. Procedimiento de reintegro. Posibilidad de incoación de un nuevo procedimiento tras la terminación del primero
- 6.2. Contratos del sector público. Condiciones para la inclusión de la cuota del IVA para el cálculo de los intereses de demora por retraso de la Administración en el pago
- 6.3. Subvenciones. Plazo de prescripción de la acción administrativa de reintegro

## 1

### Introducción

En la presente crónica se ha tratado de compilar, con vocación sistemática, la principal doctrina jurisprudencial emanada de las distintas secciones de Enjuiciamiento de la Sala Tercera del Tribunal Supremo relativa al régimen jurídico y de funcionamiento de las entidades locales. Por ello, además de incluirse los principales pronunciamientos en los que, por estrictos motivos subjetivos, se hallan implicadas entidades locales (en los que, por lo común, se interpretan, directamente, aspectos del régimen jurídico local), también se incluye el análisis de otras sentencias que fijan doctrina jurisprudencial en materias generales que afectan a la praxis administrativa habitual de las entidades locales, ya sea en materia de contratos del sector público, ya en materia tributaria, en empleo público, urbanismo, procedimiento administrativo, o en la actividad subvencional, entre otras. La crónica se presenta, por tanto, estructurada en epígrafes que agrupan pronunciamientos del Tribunal Supremo sistematizados por razón de la materia, enunciándose cada uno estos pronunciamientos con un título-resumen representativo de su contenido, sus antecedentes fácticos, la cuestión de interés casacional planteada, la normativa interpretada y, finalmente, la doctrina jurisprudencial que se fija en respuesta a la cuestión suscitada.

## 2

### **Régimen local y cuestiones generales del procedimiento administrativo**

#### 2.1

#### **Posibilidad de intervención de personas o entidades externas a la Administración en la gestión y tramitación de procedimientos administrativos**

En la sentencia de 21 de marzo de 2023 (rec. 8778/2021, ponente Diego Córdoba Castroverde) se responde, al hilo de la interpretación del artículo 9.2 del Estatuto Básico del Empleado Público, a una muy relevante cuestión de interés casacional, que la Sala entiende como “estrictamente teórica”, y que se centra en si la participación de funcionarios públicos en expedientes administrativos debe exigirse únicamente en el ámbito sancionador o, por el contrario, siempre que se ejerzan potestades públicas.

En este sentido, se precisa que la cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia estriba en aclarar “si la jurisprudencia sentada en las SSTS n.º 1160/2020, de 14 de septiembre (rec. 5442/2019) y n.º 1265/2020, de 7 de octubre (rec. 5429/2019) resulta de aplicación en el ámbito de procedimientos administrativos no sancionadores en cuya tramitación intervienen personas o entidades externas a la Administración; en particular y en este caso, una sociedad mercantil (INECO)”.

La respuesta alcanzada por la Sala –con voto particular discrepante de Eduardo Calvo Rojas– a la cuestión de interés casacional objetivo planteada por el auto de admisión, es la siguiente: “en determinadas circunstancias extraordinarias y cuando una Administración que no posea los medios materiales o técnicos idóneos para el desempeño de las competencias que le han sido encomendadas, puede acudir por razones de eficacia a la colaboración con otras entidades, en concreto a una sociedad mercantil estatal que tiene la consideración de medio propio de la Administración. Esta colaboración puede estar referida no solo a trabajos técnicos o materiales concretos y específicos sino también puede solicitar su auxilio en la gestión y en la tramitación de procedimientos que tiene encomendados reservándose el órgano administrativo el control y la decisión que ponga fin procedimiento”.

## 2.2

### Régimen jurídico de los servicios VTC. Limitaciones a estos servicios

En la sentencia de 15 de febrero de 2023 (rec. 7617/2021, ponente Eduardo Espín Templado) se plantea una interesante cuestión de interés casacional al hilo del controvertido asunto del régimen jurídico y regulación aplicable a los servicios VTC, en el caso concreto, sobre las condiciones establecidas por la normativa vasca para impedir la contratación de estos servicios directamente en la calle. En este sentido, la cuestión, resuelta por un nutrido conjunto de sentencias (entre otros, recursos 6718/2021, 7152/2021 y 8337/2021), consiste en aclarar “si el establecimiento en la normativa autónoma (para el caso de los servicios VTC) de una antelación mínima (de, al menos, 30 minutos) desde el momento en que se realiza la solicitud y cumplimentación del contrato del servicio hasta que se produce la prestación efectiva de dicho servicio, así como de una medida de restricción de geolocalización con carácter previo a su contratación, se halla justificado y resulta compatible con el derecho a la libertad de empresa (artículo 38 de la Constitución Española), a la luz del artículo 5 de la Ley de Garantía de Unidad de Mercado y de la STS n.º 921/2018, de 4 de junio; así como de la doctrina constitucional sentada, entre otras, en las SSTC 35/2016, de 6 de marzo; 111/2017, de 5 de octubre y 112/2021, de 13 de mayo”.

La Sala, confirmando la doctrina jurisprudencial ya sentada en la precedente sentencia de 13 de febrero de 2023 (recurso 6718/2021), responde a la cuestión de interés casacional objetivo determinando que “[e]l establecimiento en la norma autonómica de los límites consistentes en que los servicios de VTC tengan que ser contratados con una antelación mínima de 30 minutos antes de prestarse y la prohibición de geolocalización de los vehículos previa a su contratación, no se consideran compatibles con el derecho a la libertad de empresa (artículo 38 de la Constitución Española), ni supera el canon de necesidad, adecuación y proporcionalidad exigido por el artículo 5 de la Ley de Garantía de Unidad de Mercado.” (fundamentos de derecho segundo a sexto).

## 2.3

### Recurribilidad del acto de apercibimiento en el inicio del procedimiento de ejecución forzosa

La sentencia de 9 de febrero de 2023 (rec. 2514/2022, ponente Inés Huerta Garicano) resuelve una cuestión de interés casacional en la que el TS interpreta los arts. 95 y 107.1 de la Ley 30/1992 (equivalentes a los vigentes artí-

culos 99 y 112.1 de la Ley 39/2015), fijando doctrina jurisprudencial respecto a la naturaleza jurídica del acto de apercibimiento en el procedimiento de ejecución forzosa.

Se responde, de este modo, a la cuestión de interés casacional objetivo que se formulaba en el auto de admisión bajo el siguiente tenor literal: “si el requerimiento previo relativo a la ejecución forzosa de un acto administrativo por el que se concede plazo para cumplir con una obligación de restitución con apercibimiento de ejecución forzosa multas coercitivas- es o no un acto de trámite cualificado a efectos de posibilitar su recurribilidad”.

En el auto de admisión del asunto se identificaron como normas jurídicas objeto de interpretación “los artículos 95 y 107.1 de la Ley 30/1992, siendo los preceptos equivalentes, actualmente vigentes, los artículos 99 y 112.1 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y artículos 25.1 y 28 de la Ley 29/1998, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”.

El Tribunal desestima el recurso de casación, confirmando la sentencia recurrida, y establece como doctrina jurisprudencial en respuesta a la cuestión de interés casacional la siguiente:

1º) El apercibimiento (debidamente notificado al obligado), junto con el título ejecutivo (resolución administrativa definitiva que impone la obligación a ejecutar), es un presupuesto inexcusable para el inicio del procedimiento de ejecución forzosa. 2º) Como acto iniciador de un procedimiento, en principio, es un acto de trámite insusceptible de recurso autónomo, salvo que genere indefensión o prejuicios de difícil reparabilidad, lo que facultará a su impugnación siempre y cuando los motivos del recurso vayan referidos única y exclusivamente al procedimiento de ejecución forzosa, sin posibilidad de cuestionar la resolución administrativa que se trata de ejecutar”.

## 2.4

### **Garantía de permanencia en el centro de trabajo del artículo 74.3 LBRL y su posible aplicación a un concejal sin dedicación exclusiva**

La sentencia de 12 de enero de 2023 (rec. 4839/2021, ponente José Luis Requero Ibáñez) resuelve una cuestión de interés casacional en la que el TS interpreta si la garantía de permanencia en el centro o centros de trabajo –en el caso juzgado, públicos– que prevé el artículo 74.3 de la LBRL es aplicable a quien es concejal sin dedicación exclusiva ni remuneración y desempeña una plaza vacante como funcionario interino o personal estatutario médico interino. Esta

circunstancia podría implicar que, de resolverse afirmativamente tal cuestión, no pudiese sacarse a concurso de traslado entre funcionarios de carrera o personal estatutario fijo la plaza que ocupa el interino elegido concejal y mientras que desempeñe ese cargo sin dedicación exclusiva.

No obstante, la Sala, en respuesta a la citada cuestión de interés casacional, concluye que “la garantía de la función representativa que prevé el artículo 74.3 de la LRBRL en principio puede ser aplicada a los funcionarios interinos o al personal estatutario interino, si bien no puede ser obstáculo para que la Administración ponga fin a su relación de servicios bien por amortización de la plaza o bien por cobertura mediante funcionarios de carrera o personal estatutario fijo”.

## 2.5

### **Jurisdicción competente para conocer la validez de la orden por la que se establecen servicios esenciales en caso de huelga**

En la sentencia de 16 de febrero de 2023 (rec. 7222/2020, ponente Celsa Pico Lorenzo) se plantea una relevante cuestión de interés casacional por la que se trata de dilucidar cuál es la jurisdicción competente para conocer de las órdenes de servicios mínimos o esenciales en caso de huelga. La cuestión de interés casacional se plantea en los siguientes términos literales, consistiendo en la “determinación de la jurisdicción competente (social o contencioso administrativo) para conocer de las órdenes de servicios mínimos o esenciales de la comunidad en caso de huelga”.

A estos efectos, se identifican como normas jurídicas objeto de interpretación los “artículos 2.f) y 3.d) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social”.

La Sala estima el recurso de casación y en respuesta a la cuestión de interés casacional fija como doctrina jurisprudencial “que la jurisdicción competente para conocer de las órdenes de servicios mínimos o esenciales de la comunidad en caso de huelga es la contencioso administrativa”.

## 2.6

### **Procedimiento administrativo. Ausencia de pie de recurso en notificación administrativa dirigida a otra Administración**

La sentencia de 21 de febrero de 2023 (rec. 4279/2021, ponente José María del Riego Valledor) resuelve la cuestión que presenta interés casacional ob-

jetivo para la formación de jurisprudencia consistente en la interpretación del artículo 20, apartados 2 y 3, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, a fin de determinar “las consecuencias, en relación con la determinación de los plazos para la interposición de recursos administrativos o judiciales, de la omisión en una notificación de una resolución administrativa de la indicación de si la misma pone fin o no a la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, en su caso, en vía administrativa y judicial, el órgano ante el que hubieran de presentarse y el plazo para interponerlos y, en concreto, si los efectos son los mismos en atención a que el destinatario sea un particular (persona física o jurídica) o una Administración Pública”.

La Sala, tras una interesantísima fundamentación, en la que repasa el régimen jurídico de las notificaciones administrativas y los criterios jurisprudenciales del TS y TC, sobre todo desde la perspectiva del artículo 24 CE, alcanza como conclusión la siguiente:

“[...] los requisitos de indicación de recursos del artículo 40.2 de la LPA-CAP son exigibles en todas las notificaciones, cualquiera que sea su destinatario, si bien, a la hora de determinar las consecuencias de la omisión de la indicación de recursos, no es irrazonable ni ilógico reconocer que las Administraciones Públicas se encuentran en este punto en una posición diferente a la de la generalidad de los ciudadanos, pues disponen de personal técnico y jurídico sobradamente formado en estas cuestiones, de manera que cabe exigirles una mayor diligencia en la articulación y presentación de sus escritos y recursos, por lo que habrá de estarse a la situación de indefensión que la falta de indicación de recursos ocasione a la Administración Pública de que se trate, en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso”.

## 2.7

### **Limitaciones impuestas a la comercialización de viviendas turísticas impuestas por la planificación municipal**

Ahondando en los criterios vistos en sentencias precedentes, la sentencia de 31 de enero de 2023 (rec. 8318/2021, ponente Ángel Ramón Arozamena Laso) valora la validez de la delimitación provisional de las zonas aptas para la comercialización de estancias turísticas en viviendas (ETV) de uso residencial realizada en el municipio de Palma a la luz de la Directiva de Servicios.

En este sentido, la cuestión de interés casacional consiste en lo siguiente:



“[...] determinar si la disposición impugnada, en tanto puede suponer una limitación o restricción a la comercialización de estancias turísticas en viviendas de uso residencial (ETH), resulta conforme o no a los principios de proporcionalidad y necesidad ínsitos a las “imperiosas razones de interés general” definidas en la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior”.

Dando respuesta a dicha cuestión, la Sala confirma su doctrina jurisprudencial, conformada en la STS 75/2021, de 26 de enero (RCA 8090/2019), siguiendo la anterior STS 1550/2020, de 19 de noviembre (RCA 5958/2019), en línea con la citada STJUE de 22 de septiembre de 2020, estimando el recurso de casación y anulando la sentencia impugnada, en cuanto que “los razonamientos de la sentencia recurrida pueden ser acertados, pero en la medida que eluden las consideraciones de la legislación autonómica de aplicación, sin plantear, en su caso, con carácter previo dudas de prejudicialidad por disconformidad con las Directivas europeas o de inconstitucionalidad sobre la misma, no podemos confirmarla y debemos estimar el recurso de casación del Ayuntamiento de Palma, casar la sentencia de instancia y rechazar el recurso contencioso-administrativo de Hatur Balears”.

## 2.8

### Revocación y caducidad del procedimiento sancionador

En la sentencia de 27 de marzo de 2023 (rec. 8885/2021, ponente Ángeles Huet de Sande) se plantea una cuestión de interés casacional que viene a incidir en las posibilidades del ejercicio de la potestad de revocación en el ámbito del procedimiento sancionador. En concreto, la cuestión de interés casacional que se plantea consiste en “determinar si puede la Administración invocar la potestad de revocación del art. 109 de la Ley 39/2015, para declarar la caducidad de un procedimiento sancionador en el curso del procedimiento judicial seguido contra la misma resolución sancionadora”.

La respuesta a la cuestión de interés casacional objetivo planteada se sustenta en unos muy interesantes fundamentos, que llevan a la Sala a apartarse del precedente jurisprudencial que constituía la sentencia de 23 de febrero de 2010 (rec. 5538/06), en la que se sostenía que no era posible que la Administración declarara la caducidad de un procedimiento sancionador en el que ya había recaído resolución expresa jurisdiccionalmente impugnada, rechazando así que pudiera atribuirse eficacia revocatoria implícita a tal declaración de caducidad. De esta forma, la Sala fija una nueva doctrina

jurisprudencial en la que se responde positivamente a la cuestión de interés casacional planteada y se concluye lo siguiente:

“[...] la Administración puede invocar la potestad de revocación del art. 109 de la Ley 39/2015, para declarar la caducidad de un procedimiento sancionador en el curso del procedimiento judicial seguido contra la misma resolución sancionadora, siempre que la ejerza dentro de los términos que legalmente configuran dicha potestad”.

## 2.9

### **Ausencia de informe municipal de situación de riesgo de exclusión residencial respecto a la posibilidad de que una empresa suministradora proceda al corte del suministro de gas**

Ahondando en los criterios vistos en sentencias precedentes (SSTS de 21 de julio de 2022 [recursos de casación 2527/2021 y 2550/2021] y de 7 de julio de 2022 [recurso de casación 1240/2021]), en la sentencia de 28 de abril de 2023 (rec. 7426/2021, ponente Celsa Pico Lorenzo) se fija una interesante doctrina jurisprudencial como respuesta a la cuestión de interés casacional planteada consistente en determinar “si la falta de emisión del informe previsto en los arts. 6.4 y 9.4 de la Ley de Cataluña 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética, destinado a determinar si una unidad familiar se encuentra en situación de exclusión social, supone la concurrencia de un supuesto de inactividad administrativa del art. 29.1 LJCA o, si por el contrario, se trata de un supuesto de silencio administrativo”.

La Sala, reafirmando su jurisprudencia anterior respecto a los efectos de la ausencia de informe municipal de situación de riesgo de exclusión residencial, concluye que “el artículo 9 de la Ley catalana 24/2015, de 29 de julio, no contempla un supuesto de silencio administrativo. Problema distinto es si la emisión del informe previsto en la normativa autonómica es una prestación a efectos del artículo 29 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. A este respecto, dado que se trata de un precepto autonómico y que el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña se ha pronunciado sobre su significado y alcance, con pleno respeto a las exigencias dimanantes de la Constitución y de la legislación básica del Estado en la materia, esta Sala nada tiene que añadir a lo dicho en la sentencia de apelación”.

### 3

## Urbanismo y medio ambiente

### 3.1

#### **Sentido del silencio de la Administración ante una solicitud de información ambiental al amparo del artículo 10 de la Ley 27/2006**

El TS se pronuncia, en su sentencia de 9 de enero de 2023 (rec. 1509/2022, ponente Fernando Román García), dando respuesta a la cuestión que suscita interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consistente en “reafirmar, reforzar, complementar, y, en su caso, matizar o rectificar, nuestra jurisprudencia sobre el sentido del silencio de la Administración frente al requerimiento de información ambiental al amparo del artículo 10 de la Ley 27/2006 de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente”.

Y, a tal efecto, el auto de admisión del recurso identificó como normas jurídicas que deberían ser objeto de interpretación “[...] los artículos 10, apartado segundo, de la Ley 27/2006 de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, 3 y 4 de la Directiva 2003/4/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de enero de 2003, relativa al acceso del público a la información medioambiental y por la que se deroga la Directiva 90/313/CEE del Consejo, la Disposición Adicional Primera, apartados 2 y 3, de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, y los artículos 9, 45 y 105.b) de la Constitución Española”.

La Sala, tras una detallada fundamentación, concluye que “el silencio de la Administración ante una solicitud de información medioambiental realizada al amparo de la Ley 27/2006, formulada tras la entrada en vigor de la Ley 19/2013, debe ser interpretado en sentido negativo”.

### 3.2

#### **Urbanismo. Impugnación indirecta de un plan urbanístico**

La sentencia de 19 de enero de 2023 (rec. 1107/2022, ponente Inés Huerta Garicano) resuelve una cuestión de interés casacional en la que se solicita al TS la interpretación del artículo 26.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en lo que se refiere a las posibilidades de impugnación

indirecta de un instrumento de planificación urbanística. De esta forma, la cuestión suscitada en el auto de admisión consiste en “reafirmar, reforzar y en su caso, complementar nuestra jurisprudencia sobre la impugnación indirecta de disposiciones generales, y en particular, si es posible la impugnación indirecta de un plan general de ordenación urbana con motivo de la impugnación directa de un acto de aplicación de aquel, en atención a una supuesta extralimitación de su ámbito material regulatorio”.

La Sala, tras entender que la respuesta sobre el fondo de la cuestión le llevaría a interpretación sustantiva del derecho autonómico urbanístico, declara lo siguiente:

“[d]el tenor literal del art. 26 LJCA en relación con el art. 18.3 del P.O. de Candelaria, y 32 Decreto-Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias, declaramos que, a falta de previsión específica, la elección del instrumento normativo –Plan General de Ordenación Municipal u Ordenanza– para la regulación, dentro de las Condiciones medioambientales, del uso de las redes de saneamiento, prohibiendo el vertido directo o indirecto de las sustancias que sobrepasen los valores máximos que se establecen, declaramos que la mera elección del vehículo normativo, sin que afecte a la competencia material del órgano que la dicta, es una cuestión formal que no puede ser impugnada indirectamente a través de la impugnación directa de un acto de aplicación”.

### 3.3

#### **Urbanismo. Inaplicación de los trámites previstos en la Ley de Procedimiento Administrativo común en la elaboración de los instrumentos de planificación urbanística**

El TS se pronuncia, en su sentencia de 6 de febrero de 2023 (rec. 1337/2022, ponente Wenceslao Francisco Olea Godoy), dando respuesta a una importante cuestión de interés casacional objetivo relativa a cuáles son los trámites aplicables al procedimiento de elaboración de los instrumentos de planeamiento urbanístico, y si resulta exigible la aplicación a este procedimiento de la legislación estatal reguladora del Procedimiento Administrativo Común. De esta forma, la cuestión que se plantea consiste en determinar si “en la elaboración de los instrumentos de planeamiento urbanístico –jurisprudencialmente considerados disposiciones de carácter general– es aplicable el trámite previsto en el artículo 133.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”.

Tras una minuciosa argumentación al hilo de la normativa aplicable, en la que la Sala afirma que, “en el ámbito urbanístico, la legislación sectorial, ahora competencia de las Comunidades Autónomas, contempla una normativa que regula pormenorizadamente la materia, de tal forma que la regulación de un procedimiento específico para la aprobación, modificación o revisión de los instrumentos de ordenación comporta la no aplicación de la normativa general de aprobación de las disposiciones generales”, se concluye, como respuesta a la cuestión de interés casacional planteada, lo siguiente:

“[...] no rigen en la aprobación de los instrumentos de ordenación urbanística la normativa contenida en la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas para el procedimiento de aprobación de las disposiciones reglamentarias, sin perjuicio de que pudiera establecerse remisión expresa en la normativa autonómica”.

### 3.4

#### **Principio de no regresión en materia de protección ambiental ante la modificación de un instrumento de planeamiento urbanístico**

El TS, en su sentencia de 22 de marzo de 2023 (rec. 1451/2022, ponente Inés Huerta Garicano), resuelve la cuestión que presenta interés casacional en este recurso consistente en determinar “si la aprobación de una modificación puntual de un instrumento de planeamiento urbanístico que conlleva la modificación de usos en suelo no urbanizable de protección, manteniendo la clasificación, puede vulnerar el principio de no regresión en materia de protección ambiental”.

Para la respuesta de esta cuestión, el auto de admisión del recurso estima que serán objeto de interpretación los “artículos 45 de la CE, y 3, 4, 5.e), 7 y 22.1 del Real Decreto Legislativo 7/2015, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana”.

Como premisa fundamental en su argumentación, la Sala considera que si “la modificación del Plan comporta una vulneración del principio de no regresión es una cuestión fáctica y casuística, lo que, a nuestro juicio, impide un pronunciamiento general. El principio de no regresión en materia medioambiental en el planeamiento urbanístico, lo relevante es que comporte de facto y en la realidad sobre la que opera dicha medida, una menor protección o total desprotección, con independencia y al margen de que afecte –o no– a la clasificación o calificación del suelo sobre el que incide la norma”.

Por ello, responde a la cuestión de interés casacional planteada sin ofrecer una doctrina general, al concluir “que la regresión en materia de medio ambiente en la planificación urbanística es una cuestión fáctica, que puede llevarse a cabo sin que para ello sea requisito o condición una alteración de la calificación o de los usos urbanísticos”.

## 4

### Tributos

#### 4.1

#### **Falta de agotamiento de la vía administrativa previa cuando se recurre en sede judicial un acto administrativo presunto**

En la sentencia de 7 de marzo de 2023 (rec. 3069/2021, ponente Francisco José Navarro Sanchís), las cuestiones que presentan interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consisten en determinar “si procede declarar la inadmisibilidad de un recurso contencioso-administrativo por falta de agotamiento de la vía administrativa ex artículo 69.b), en relación con el 25.1 LJCA, cuando el objeto del mismo fuera una resolución presunta, al no haber dictado acto expreso la administración en el plazo previsto en la normativa de aplicación y, en particular, cuando se impugne una desestimación presunta de una solicitud de ingresos indebidos instada frente a una entidad local sobre la que no se hubiera agotado la vía previa, al no haberse impugnado en la vía económico-administrativa local. Aclarar qué conducta resulta exigible al recurrente que ha interpuesto un recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de una solicitud de devolución de ingresos indebidos, en caso de que la administración dicte resolución expresa una vez iniciadas las actuaciones judiciales en la que se indique que la misma no pone fin a la vía administrativa. En particular, si está obligado a desistir del recurso contencioso-administrativo y agotar la vía administrativa con la interposición del recurso procedente [...]”.

Recuerda el TS que, sobre la cuestión de interés casacional formulada en el auto de admisión, existe ya una copiosa jurisprudencia con fundamento en el artículo 24.1 CE, garantizador de la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción. En atención a la misma, fija la siguiente jurisprudencia:

“1) No procede declarar la inadmisibilidad de un recurso contencioso-administrativo, por falta de agotamiento de la vía administrativa previa, conforme a lo declarado en los artículos 69.c), en relación con el

25.1 LJCA, en aquellos casos en que el acto impugnado fuera una desestimación presunta, por silencio administrativo, ya que, por su propia naturaleza, se trata de una mera ficción de acto que no incorpora información alguna sobre el régimen de recursos. 2) En tal sentido, la Administración no puede obtener ventaja de sus propios incumplimientos ni invocar, en relación con un acto derivado de su propio silencio, la omisión del recurso administrativo debido. 3) Ordenar, en un recurso de casación, que se conceda a la Administración una nueva oportunidad de pronunciarse, en un recurso administrativo, sobre la procedencia de una solicitud formulada en su día y no contestada explícitamente, supondría una dilación indebida del proceso prohibida por el art. 24 CE y una práctica contraria al principio de buena administración, máxime cuando el asunto ya ha sido examinado, en doble instancia, por tribunales de justicia. 4) El agotamiento de una vía previa de recurso, aun siendo preceptiva, cuando ya no sería, en este caso, previa, para demorar aún más el acceso a la jurisdicción en que ya se encuentra el propio interesado, que ha obtenido respuesta judicial, no sería sino un acto sin sentido o finalidad procesal alguna y generador de (más) dilaciones indebidas. 5) No hay un derecho subjetivo incondicional de la Administración al silencio, sino una facultad reglada de resolver sobre el fondo los recursos administrativos, cuando fueran dirigidos frente a actos presuntos como consecuencia del silencio por persistente falta de decisión, que no es, por lo demás, una alternativa legítima a la respuesta formal, tempestiva y explícita que debe darse, sino una actitud contraria al principio de buena administración”.

## 4.2

### **Impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana. Legitimación para instar la rectificación de la autoliquidación tributaria**

La sentencia, de 18 de abril de 2023 (rec. 2309/2021, ponente Francisco José Navarro Sanchís), responde a la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consistente en determinar si, “quien resulta obligado al pago del impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana en virtud de pacto o contrato con el sujeto pasivo del tributo, se encuentra legitimado para instar la rectificación de la autoliquidación tributaria y para solicitar la devolución del eventual ingreso indebido derivado de aquella”.

En respuesta a la cuestión de interés casacional planteada, la Sala fija como doctrina jurisprudencial la siguiente:

“1) El obligado al pago del impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana en virtud de pacto o contrato con el sujeto pasivo del tributo se encuentra legitimado para instar la rectificación de la autoliquidación tributaria y la devolución del eventual ingreso indebido derivado de aquélla, por ser incompatible la falta de legitimación administrativa con la judicial, necesariamente unida a la previa, reconocida por nuestra jurisprudencia.

2) La STC nº 182/2021 ha declarado la inconstitucionalidad de los arts. 107.1, segundo párrafo, 107.2 a) y 107.4 TRLHL que ‘... supone su expulsión del ordenamiento jurídico, dejando un vacío normativo sobre la determinación de la base imponible que impide la liquidación, comprobación, recaudación y revisión de este tributo local y, por tanto, su exigibilidad’. El impuesto es, pues, inexistente y así debió declararlo el Ayuntamiento de Madrid, incluso de oficio”.

### 4.3

#### **IBI. Aplicabilidad de la legislación de transparencia en materia tributaria**

La sentencia, de 24 de febrero de 2023 (rec. 7678/2021, ponente Eduardo Espín Templado), responde a la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, relativa a la aplicación de la legislación de transparencia en materia tributaria, consistente en “interpretar la Disposición adicional primera, apartado segundo, de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en relación con los artículos 93, 94 y 95 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, a fin de determinar si los citados preceptos constituyen, o no, un régimen jurídico específico de acceso a la información que excluya la aplicación de la Ley de transparencia (en relación con una solicitud de acceso a la información de los inmuebles exentos de IBI)”.

Como respuesta a la cuestión de interés casacional formulada, la Sala concluye que “[l]a Ley General Tributaria ha de interpretarse en el conjunto del ordenamiento jurídico y a la luz de las nuevas garantías introducidas en la Ley 19/2013, de Transparencia, lo que lleva a concluir que su regulación no excluye ni prevé la posibilidad de que se pueda recabar información a la Administración Tributaria sobre determinados elementos con contenido tributario, al ser de aplicación la Disposición Adicional Primera de la Ley de



Transparencia, como sucede en los supuestos en el que la información no entra en colisión con la el derecho a la intimidad de los particulares –a los que se reconoce el derecho a la limitación de acceso en et artículo 34 de la propia Ley General Tributaria–, o cuando, los datos que obran en poder de la Administración pueden ser necesarios para que los ciudadanos puedan hacer valer sus derechos, o puedan estar informados de la actuación pública, información que ha de ajustarse a los límites que la propia Ley de Transparencia establece en su artículo 14 y a la protección de datos del artículo 15. Lo anteriormente expuesto nos lleva a afirmar que no se contiene en la Ley General Tributaria un régimen completo y autónomo de acceso a la información, y sí un principio o regla general de reserva de los datos con relevancia tributaria como garantía del derecho fundamental a la intimidad de los ciudadanos ( art 18 CE). Por ende, las específicas previsiones de la LGT sobre confidencialidad de los datos tributarios no desplazan ni hacen inaplicable el régimen de acceso que se diseña en la Ley 19/2013, de Transparencia y Buen Gobierno (Disposición Adicional Primera)”.

#### 4.4

### **Posibilidad de una aplicación extensiva del hecho imponible del impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras**

En la sentencia de 19 de enero de 2023 (rec. 8312/2019, ponente Francisco José Navarro Sanchís) se plantea una cuestión de interés casacional consistente en lo siguiente:

“[...] Determinar si la autorización administrativa autonómica a la que se refiere el apartado 4 del artículo 6-bis de la Ley 11/1997, de 2 de diciembre, de regulación del sector eléctrico canario, puede considerarse equivalente o sustituir a la licencia de obras o urbanística a las que se refiere el artículo 100 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, a los efectos de conformar el hecho imponible del Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras [...]”.

Como respuesta a la misma, la Sala concluye que “merece una inequívoca respuesta determinante de la nulidad de la liquidación impugnada en la instancia, toda vez que se ha gravado con el citado impuesto –ICIO– un hecho ajeno a los taxativamente regulados en el mencionado artículo 100. La interpretación extensiva del hecho imponible, mediante el gravamen de un hecho ajeno a la tipificación que recoge el art. 100.1 TRLHL, al establecerse que las obras o instalaciones sometidas a una autorización autonómica

de instalación, actividad o funcionamiento, deben quedar incluidas en el ámbito objetivo de ese precepto, es indebida y está aquejada de inconstitucionalidad, conforme ha establecido al respecto el Tribunal Constitucional en respuesta al auto de planteamiento de cuestión, promovido por esta Sala. En consecuencia, la liquidación municipal impugnada en la instancia es nula, como también lo son las dos sentencias de instancia y apelación, al haberse gravado por el ICIO un hecho imponible definido en una norma autonómica, declarada inconstitucional por el TC”.

## 4.5

### **Impuesto sobre bienes inmuebles. Usos establecidos en la normativa catastral para la valoración de las construcciones**

La sentencia de 31 de enero de 2023 (rec. 2265/2021, ponente Francisco José Navarro Sanchís) resuelve el recurso deducido por el Ayuntamiento de Madrid contra sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Se plantean, como cuestiones de interés casacional para la formación de jurisprudencia:

“Determinar cuáles son los usos establecidos en la normativa catastral para la valoración de las construcciones a los que, conforme al artículo 72.4 y la Disposición Transitoria Decimoquinta del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas, puede aplicarse el tipo de gravamen diferenciado del Impuesto sobre Bienes Inmuebles

Aclarar si a los garajes y trasteros que se ubiquen en edificios de uso residencial, así como los edificios destinados exclusivamente a garajes y estacionamientos, que tengan asignado en el catastro el uso de almacén estacionamiento, les resulta aplicable el tipo de gravamen diferenciado del Impuesto sobre Bienes Inmuebles”.

La Sala, tras una exhaustiva argumentación, resuelve ambas cuestiones interpretativas en los siguientes términos:

“- Los artículos 72.4 y disposición transitoria 15ª TRLHL deben ser interpretados en el sentido de que los usos de los bienes inmuebles que habilitan la imposición de un tipo de gravamen agravado o cualificado, en las condiciones y con los límites de la primera de las normas citadas, son los que indica la mencionada transitoria, por la remisión expresa que efectúa al cuadro de coeficientes del valor de las construcciones, sin que por tanto sea admisible respecto de usos combinados o de se-

gundo y sucesivos grados distintos de los que figuran en la columna denominada usos en el referido cuadro.

– El artículo 8.3 de la ordenanza impugnada por vía indirecta es nulo, como acertadamente declara la Sala sentenciadora, que debe ordenar la publicación de su fallo a efectos de eficacia erga omnes de la anulación (art. 72.2 de la Ley reguladora de esta jurisdicción)”.

## 5

### Empleo público

#### 5.1

#### **Derecho de los empleados públicos a la defensa jurídica en procedimientos iniciados como consecuencia del ejercicio legítimo de sus funciones**

En la sentencia de 6 de febrero de 2023 (rec. 5318/2021, ponente José Luis Requero Ibáñez) se plantea dar solución a un aspecto procedimental administrativo sobre cuáles son los requisitos y la forma para ejercer el derecho a la asistencia o defensa jurídica ex artículo 14.f) del EBEP, y, en especial, si en todo caso es necesaria la previa solicitud del funcionario o cabe eximirle de la carga de solicitarlo cuando haya conflicto de intereses con la Administración.

La sentencia perfila el régimen jurídico para el ejercicio y la consecución de este derecho de los empleados públicos, concluyendo que la satisfacción de ese derecho implicará para la Administración “asumir el coste de la asistencia procesal, luego debe valorar si el proceso judicial en el que está incurso el funcionario obedece al ejercicio de sus funciones, que ese ejercicio haya sido legítimo y que no haya conflicto de intereses con la propia Administración. Esto hace que el del artículo 14.f) del EBEP sea un derecho individual cuya satisfacción depende de la iniciativa del funcionario: en su mano está ejercerlo o no, luego que asuma la carga formal de instarlo. Y forma parte de este derecho que el funcionario opte por acudir a profesionales de su elección, en cuyo caso la Administración debe autorizarla, para apreciar la concurrencia de los requisitos expuestos y valorar el coste. Lo dicho opera con normalidad en caso de procesos judiciales en trámite, que es lo ordinario pues tal derecho se ejerce respecto de los ‘procedimientos que se sigan’. Pero la lógica del artículo 14.f) del EBEP rige también para procesos judiciales concluidos y, obviamente, de manera favorable para el funcionario. Si ese es el caso va de suyo que en su momento lo comunicó a la Administración, que lo autorizó, o lo solicitó y se le denegó porque la Ad-

ministración entendió que, indiciariamente, no concurría el presupuesto del artículo 14.f) o que había conflicto de intereses”.

Siguiendo estos razonamientos, la Sala da respuesta a la segunda parte de la cuestión de interés casacional, estableciendo que “en caso de conflicto de intereses también es exigible al funcionario la carga de solicitar la asistencia o de pedir autorización para ser asistido por profesionales de la propia elección, aun cuando el funcionario finalmente quede exento de toda responsabilidad. La razón es que seguimos en la lógica del artículo 14.f) del EBEP y las exigencias formales de su ejercicio están vinculadas a las sustantivas. Y esto es así aun cuando al inicio de las actuaciones no fuese claro que hubiere conflicto de intereses: la Administración debe tener la posibilidad de apreciarlo siquiera indiciariamente para rechazar la asistencia y llegado el caso, si la hubiese asumido, abandonarla”.

## 5.2

### **Cómputo del tiempo en situación de excedencia por cuidado de hijos como tiempo de trabajo efectivo**

La sentencia de 19 de enero de 2023 (rec. 7061/2020, ponente Pablo Lucas Murillo de la Cueva) resuelve una cuestión de interés casacional en la que el TS perfila el régimen jurídico aplicable a la situación administrativa de excedencia por cuidado de hijos.

De esta forma, en el auto de admisión del recurso se precisa que la cuestión que reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar “si debe computarse el tiempo en la excedencia por cuidado de hijos como tiempo de trabajo efectivo y si, en caso afirmativo, ese tiempo puede o debe computarse en los procesos selectivos de ingreso a la función pública o exclusivamente en los procedimientos de provisión de puestos de trabajo”.

Identifica como normas jurídicas objeto de interpretación las contenidas en “los artículos 14 y 23 de la Constitución española; 56 y 57 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres; 89.4 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público, y 46.3 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”.

En respuesta a la cuestión de interés casacional planteada, la Sala confirma su doctrina jurisprudencial fijada previamente en la STS 1738/2022, de 22 de diciembre (casación n.º 4747/2020), concluyendo que el artículo 89.4 del Estatuto

Básico del Empleado Público ha de entenderse a la luz de los artículos 56 y 57 de la Ley Orgánica 3/2007 y de la cláusula 5.2 de la Directiva 2010/18/CE, con la consecuencia de considerar que la situación de excedencia por cuidado de hijos ha de equivaler a la de servicio activo. De esta forma, estima la Sala lo siguiente:

“[...] el tiempo en excedencia por cuidado de hijos debe contar como tiempo de trabajo efectivo y computarse tanto en los procesos selectivos de ingreso en la función pública cuanto en los de provisión de puestos de trabajo”.

### 5.3

#### **La excedencia voluntaria por interés particular, prevista en el artículo 89.2 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, no resulta de aplicación a los funcionarios interinos**

La sentencia de 19 de enero de 2023 (rec. 4531/2021, ponente Celsa Pico Lorenzo) confirma la anterior sentencia de 17 de octubre de 2022 (rec. 6526/2020) y, por tanto, genera doctrina jurisprudencial respondiendo la cuestión de interés casacional consistente en determinar si “la excedencia voluntaria por interés particular prevista en el artículo 89.2 del texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público es de aplicación exclusiva a los funcionarios de carrera o también resulta de aplicación a los funcionarios interinos”.

De nuevo, la Sala, amparándose en la normativa española y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (fundamentalmente la STJUE de 20 de diciembre de 2017), responde a la cuestión de interés casacional objetiva planteada concluyendo que “la excedencia voluntaria por interés particular prevista en el artículo 89.2 del Estatuto Básico del Empleado Público no resulta de aplicación a los funcionarios interinos”.

### 5.4

#### **Posibilidad de que un funcionario de la policía local o autonómica, proveniente de otra comunidad autónoma, concorra en la provisión de plazas de policía local mediante movilidad interadministrativa**

En la sentencia de 23 de enero de 2023 (rec. 2733/2021, ponente Luis María Díez-Picazo Giménez), se plantean ante el TS dos cuestiones de interés casacional objetiva, consistentes en lo siguiente:

“(i) Determinar el alcance de la potestad que a los Tribunales otorga el artículo 33.2 LJCA en el trámite del recurso de apelación, y en su caso, los límites derivados del objeto del proceso y de las pretensiones articuladas en el mismo. (ii) Si en un supuesto de movilidad horizontal entre cuerpos para el acceso a plazas de policía local es posible la exclusión de un funcionario que pertenece a otro cuerpo policial por el hecho de no estar destinado en la Comunidad Autónoma correspondiente, cuando así lo prevén las bases de la convocatoria y la propia reglamentación autonómica”.

Por lo que a los efectos de esta crónica jurisprudencial interesa, la sentencia, que cuenta con voto particular discrepante, precisamente respecto de la segunda de las cuestiones resueltas, da respuesta a la cuestión planteada por el auto de admisión sobre si en la provisión de plazas mediante movilidad interadministrativa cabe excluir a un funcionario de policía local o autonómica por provenir de otra comunidad autónoma, concluyendo la Sala que “ninguno de los preceptos legales traídos a colación (art. 164 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, arts. 39 y 52 de la Ley Orgánica 2/1986 sobre Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y arts. 78 y 84 del Estatuto Básico del Empleado Público) dispone que la movilidad interadministrativa para proveer plazas de policía local deba estar restringida a aquéllos funcionarios provenientes de municipios de la propia Comunidad Autónoma. La movilidad interadministrativa puede, en principio operar, cruzando los linderos de diferentes Comunidades Autónomas, salvo que una ley establezca lo contrario; lo que no ocurre en el presente caso. Así, la cuestión queda circunscrita a que la limitación para participar en la convocatoria de movilidad interadministrativa a los funcionarios provenientes de municipios de Cataluña fue impuesta sólo por un precepto reglamentario autonómico. Y no debe pasarse por alto que éste ha sido declarado ilegal, por reputarlo contrario a determinados principios constitucionales, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que es el órgano jurisdiccional con la última palabra en la interpretación del Derecho específicamente autonómico siempre que no contravenga lo dispuesto por la Constitución, el bloque de la constitucionalidad o el Derecho de la Unión Europea. Por ello, dado que esta Sala no considera que las razones dadas por la Sala de apelación para reputar ilegal el art. 42.1 del Decreto 233/2002 sean irrazonables, arbitrarias o extravagantes, a esa conclusión debe estarse”.

## 5.5

### **Seguridad jurídica y confianza legítima ante la atribución de plaza de un aspirante nombrado funcionario a otro aspirante distinto por irregularidades en el proceso selectivo**

En la sentencia de 27 de febrero de 2023 (rec. 1633/2021, ponente María del Pilar Teso Gamella) se dilucida la cuestión de interés casacional objetivo relativa a “si debe respetarse el derecho de los aspirantes inicialmente aprobados y nombrados funcionarios a conservar su condición cuando años después, por la ejecución de sentencia contra el proceso selectivo detectadas irregularidades ajenas a los mismos, se atribuye su plaza a aspirante distinto”.

Se identifican como normas jurídicas que, en principio, han de ser objeto de interpretación, las contenidas en “los artículos 15, 16, 25 y 32 del Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado (aprobado por R. D. 364/1995, de 10 de marzo), así como el artículo 61.8 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (R.D. legislativo 5/2015, de 30 de octubre)”.

La respuesta a la cuestión de interés casacional que ofrece la Sala es la misma ya declarada en pronunciamientos precedentes (sentencias de 29 de septiembre de 2014 [recurso de casación n.º 2428/2013], 29 de junio de 2015 [recurso de casación n.º 438/2014] y 27 de abril de 2016 [recurso de casación n.º 1276/2014], entre otras), de forma que “[l]a aplicación de la jurisprudencia de esta Sala al caso examinado determina que no pueda privarse a la recurrente de la condición de funcionaria de carrera, a la que accedió tras superar el correspondiente proceso selectivo. La declaración posterior de invalidez, años después, no acarrea indefectiblemente la exclusión de los inicialmente seleccionados, pues poderosas razones de seguridad jurídica, protección de la confianza legítima, y equidad, determinan que se acoten las consecuencias jurídicas que se anudan a la posterior declaración de invalidez del resultado del proceso selectivo, cuando, como es el caso, la anulación tiene que ver con la incorrecta actuación de la Administración, y no con el comportamiento de la aspirante inicialmente seleccionada”.

## 5.6

### De nuevo, buena fe y confianza legítima ante la anulación de un proceso selectivo

Las sentencias de 7 de febrero de 2023 (rec. 4118/2021, ponente Pablo Lucas Murillo de la Cueva) y de 16 de febrero de 2023 (rec. 3686/2021, ponente José Luis Requero Ibáñez) resuelven sendos recursos de casación en los que se analizan las consecuencias de la anulación de un proceso selectivo en el Banco de España respecto de los aspirantes de buena fe que superaron dicho proceso selectivo.

Las cuestiones que presentan interés casacional objetivo y que se resuelven en las referidas sentencias son las siguientes:

1ª.- Determinar si la falta de previsión en las bases de convocatoria, de la posibilidad de que el tribunal calificador delegue su competencia en la valoración de los candidatos, impide, en todo caso, tal delegación.

2ª Matizar, si procede, la jurisprudencia referida a los terceros de buena fe. En concreto para determinar aquellos que superaron el proceso selectivo, y obtuvieron plaza, al retrotraerse el procedimiento se infringe su buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica en el caso de no superar esa fase en la que se apreció la nulidad”.

De esta forma, se identifican como normas jurídicas objeto de interpretación tanto “la jurisprudencia relativa a ‘los aspirantes de buena fe’” como “los artículos 9 apartados 1 y 2, y 17 apartado 2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público”.

La Sala estima parcialmente el recurso de casación y, como respuesta a la primera cuestión de interés casacional formulada, se establece como doctrina jurisprudencial la siguiente:

“[...] a falta de previsión en las bases de la convocatoria del proceso selectivo o por no preverlo con carácter general la normativa que regule el proceso selectivo, no cabe que un órgano de selección o tribunal calificador delegue la valoración de los aspirantes, si bien podrá contar con la colaboración o auxilio de expertos o asesores para valorar y evaluar conocimientos, habilidades o exigencias técnicas de los aspirantes”.

Y respecto a la segunda de las cuestiones, sin duda de mayor interés teórico, la Sala reitera y confirma su jurisprudencia, primero de la antigua Sección Séptima y ahora de la Sección Cuarta, en el sentido de que “aquellos aspirantes que superan un proceso selectivo anulado o declarado nulo, y obtuvieron plaza, deben ver respetada su situación cuando sean ajenos



a la causa determinante de la nulidad o anulación y así se justifique por el tiempo transcurrido desde la obtención de la plaza. En tales supuestos venimos manteniendo que no debe verse afectada la situación de quienes fueron nombrados en su día porque así lo exigen razones de buena fe, de confianza legítima, de seguridad jurídica y de equidad, sin exceder en este caso de lo previsto en el artículo 3.2 del Código Civil. Este criterio descansa principalmente, por un lado, en el hecho de que las infracciones determinantes de la invalidez del proceso selectivo son imputables exclusivamente a la Administración mientras que los aspirantes que lograron el nombramiento son ajenos a ellas. Por otro lado, se apoya en que el tiempo transcurrido desde que tuvo lugar el proceso selectivo en cuestión priva de justificación y proporción a dejar sin efecto las situaciones jurídicas creadas por esa actuación administrativa que se han asentado durante años. En fin, tiene en cuenta esta jurisprudencia que cabe satisfacer plenamente el derecho del aspirante que ha visto prosperar sus pretensiones sin necesidad de deshacer todo lo anterior”.

Por todo ello, la Sala concluye que “no procede modificar la jurisprudencia sobre los terceros de buena fe que obtuvieron plaza en procesos selectivos en los que, por sentencia firme, se dispone la retroacción de las actuaciones a fin de que se sigan por los recurrentes a favor de los que falla las fases del proceso selectivo afectadas de los vicios determinantes de la estimación de sus pretensiones”.

## 5.7

### **Empleo público. Compatibilidades y complemento específico. Interpretación del art. 16.4 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, en el ámbito de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado**

En la sentencia de 2 de febrero de 2023 (rec. 3500/2021, ponente Luis María Díez-Picazo Giménez), se plantea ante el TS una cuestión de interés casacional objetivo consistente en “determinar si a los efectos de la aplicación del 30% de las retribuciones básicas en la concesión de compatibilidad de actividad privada, en el ámbito particular de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, se debe computar el importe del complemento específico singular, como defiende la actora, o debe considerarse el importe total del complemento específico, como defiende la Administración y la sentencia impugnada”; y como normas jurídicas objeto de interpretación,

el “artículo 16.4 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, y el artículo 4.B) del Real Decreto 950/2005, de 29 de julio, de retribuciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado”.

La premisa sobre la que fundamenta su recurso la parte recurrente es que, si se tuviera en cuenta solo la parte del complemento específico que remunera las características del concreto puesto de trabajo desempeñado, no se superaría el 30 % de las retribuciones básicas y, en consecuencia, procedería legalmente reconocer la compatibilidad solicitada por el ahora recurrente.

No obstante, la respuesta que ofrece la Sala a la cuestión planteada es que, “a los efectos de la aplicación del 30 % de las retribuciones básicas en la concesión de compatibilidad de actividad privada en el ámbito de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, se debe computar el importe total del complemento específico”.

## 5.8

### **Empleo público. Reducción de jornada a funcionarios de corporaciones locales. Disminución de retribuciones**

En la sentencia de 29 de marzo de 2023 (rec. 5492/2021, ponente Luis María Díez-Picazo Giménez), se plantea ante el TS una cuestión de interés casacional objetivo consistente en “determinar si procede la reducción de jornada sin disminución de retribuciones de los funcionarios de las entidades locales con base en normas autonómicas, habida cuenta de lo dispuesto por el art. 48.h) del Estatuto Básico del Empleado Público”; y como normas jurídicas objeto de interpretación, el artículo 48 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, y el artículo 142 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, en relación con el 149.1.18 de la Constitución.

La respuesta a la cuestión de interés casacional que ofrece la Sala es la misma ya declarada en pronunciamientos precedentes (sentencias de 29 de junio y 30 de junio de 2022 [recursos de casación núms. 2594/2021 y 2634/2020]), de forma que “la concesión de la reducción de jornada, a los funcionarios de las corporaciones locales, debe comportar la disminución de sus retribuciones conforme al artículo 48.h) del Estatuto Básico del Empleado Público”.

## 5.9

### Empleo público. Condiciones para la concesión del permiso por cuidado de hijo menor

En la sentencia de 25 de abril de 2023 (rec. 3939/2021, ponente José Luis Requero Ibáñez) el TS interpreta el art. 49.e) del Estatuto Básico del Empleado Público, desde la perspectiva del cumplimiento de los requisitos exigibles para que pueda concederse el permiso que en dicho precepto se regula. De esta forma, se plantea como cuestión de interés casacional objetivo determinar “si, respecto al permiso previsto en el 49.1 e) del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, se cumplen los requisitos legales en el supuesto que el menor esté escolarizado y reciba por el centro educativo los cuidados necesarios para tratar su enfermedad, sin necesidad, durante ese periodo, del cuidado directo, continuo y permanente por parte del solicitante del permiso”.

La Sala, ante la ausencia del necesario desarrollo reglamentario en relación con este precepto, completa la jurisprudencia que ha ido elaborando sobre la base de casos concretos y da respuesta a la cuestión, concluyendo lo siguiente:

“[...] a partir de las condiciones mínimas que regula el EBEP y para cuando el menor esté escolarizado añadimos lo siguiente: 1º Que en caso de escolarización no cabe acudir de manera automática a dos planteamientos contrarios: o que, pese a la escolarización siempre procede la concesión del permiso, o que la escolarización excluye el permiso pues en horario escolar el menor no está al cuidado del progenitor solicitante. 2º Reiteramos, por tanto, que la escolarización del menor no es en sí obstáculo para la concesión del permiso, ahora bien, el juicio sobre su pertinencia exige ponderar en qué centro está escolarizado, si cuenta con medios personales o materiales especializados o idóneos para atender sus necesidades; además, el calendario y horario escolar deberá ponderarse y contrastarse con el laboral, más la disponibilidad de ambos progenitores. 3º Habrá que ponderar también cuál es el grado de atención que precisa el menor y si por sus circunstancias puede o no cumplir con el horario escolar o si, aun escolarizado, precisa en algún momento de la jornada escolar contar con la disponibilidad del progenitor solicitante. 4º Por tanto, el permiso podrá concederse o denegarse o bien concederse pero modulando el porcentaje del horario que se reduce según las circunstancias del solicitante en relación con las del menor”.

## 6

### Otros ámbitos de interés (subvenciones, transparencia, contratos del sector público)

#### 6.1

#### Subvenciones. Procedimiento de reintegro. Posibilidad de incoación de un nuevo procedimiento tras la terminación del primero

Se plantea ante el TS una interesante cuestión respecto al procedimiento de reintegro de subvenciones por incumplimiento. Así, se cuestiona en la sentencia de 23 de enero de 2023 (rec. 4104/2021, ponente Eduardo Espín Templado) la necesidad de “reafirmar, matizar, precisar o, incluso, corregir la jurisprudencia de esta Sala sobre si la Administración está obligada a dictar una resolución expresa que declare la terminación de un procedimiento administrativo de reintegro de subvenciones –sea cual sea la causa– como condición de validez de la eventual incoación de un nuevo procedimiento de reintegro o si, por el contrario, tal omisión debe ser considerada una irregularidad no invalidante”.

En la resolución se identifican como normas jurídicas objeto de interpretación los artículos 42.1, 44.2 y 87.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre –vigentes artículos 21, 24 y 84.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas–, en relación con el artículo 42.4 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

La Sala, dando respuesta a la cuestión de interés casacional planteada, afirma lo siguiente:

“[...] estando en curso un procedimiento administrativo de reintegro de subvenciones en el que todavía no se ha cumplido el plazo de caducidad, no es posible abrir otro sobre el mismo objeto sin haber cerrado previamente el anterior mediante la resolución expresa que resulte procedente. Por otra parte y de conformidad con lo declarado en las sentencias de 22 de octubre y 19 de noviembre de 2020, habiendo transcurrido el plazo de caducidad de un procedimiento de reintegro, la omisión de la declaración de archivo de las actuaciones no invalida –por esa sola circunstancia y a reserva de la especificidad del caso concreto– la incoación de otro procedimiento con el mismo objeto, siempre que no haya transcurrido el plazo de prescripción del derecho de la Administración al reintegro. Todo ello sin perjuicio de la obligación legal que recae sobre la Administración de resolver de forma expresa

los procedimientos, lo que en materia de reintegro de subvenciones exige de la Administración antes de iniciar un nuevo expediente el dictado de una resolución que ordene el archivo de las actuaciones de cualquier otro procedimiento anterior”.

## 6.2

### **Contratos del sector público. Condiciones para la inclusión de la cuota del IVA para el cálculo de los intereses de demora por retraso de la Administración en el pago**

El TS, en su sentencia de 17 de febrero de 2023 (rec. 6061/2020, ponente María Isabel Perelló Doménech), resuelve las siguientes cuestiones que revisten interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, atinentes a determinar:

- “(i) Si ha de incluirse o no la cuota del impuesto sobre el valor añadido (IVA) en la base de cálculo de los intereses de demora por el retraso de la Administración en el pago de determinadas facturas de un contrato administrativo, en este caso, de un contrato de servicios;
- (ii) Si para atender dicho pago del IVA ha de acreditarse por el contratista que ha realizado efectivamente el pago o ingreso de dicho impuesto en la Hacienda Pública y si puede darse por probado que el IVA ya está ingresado al presentar la factura al cobro teniendo en cuenta el certificado emitido por la AEAT de estar al corriente del pago de las obligaciones tributarias además de las declaraciones de IVA aportadas;
- (iii) Si el dies a quo para calcular los intereses de demora sobre la partida del IVA se debe computar desde la fecha del ingreso efectivo del IVA en la Hacienda Pública o desde el transcurso del plazo de 60 días desde la presentación de la factura en los registros correspondientes de la Administración contratante”.

Se identifican, como normas jurídicas objeto de interpretación, el “artículo 5 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, y el artículo 75 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido”.

Como respuesta a las tres cuestiones interpretativas planteadas por el auto de admisión, la Sala fija la siguiente doctrina jurisprudencial, que incluye un cambio de criterio respecto a la jurisprudencia precedente, reafirmando la doctrina contenida en la STS 1614/2022, de 5 de diciembre, dictada en el recurso de casación 5563/2020, de forma que “el pronunciamiento del

Tribunal de Justicia de la Unión Europea al que hemos hecho referencia en los apartados anteriores determina que debamos modificar el criterio que veníamos manteniendo en las sentencias de esta Sala que hemos citado, a fin de acomodarlo a la interpretación que hace el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de lo dispuesto en la Directiva 2011/7. Reiteramos, por tanto, los criterios fijados en nuestra precedente sentencia, acordes con la Sentencia del TJUE de 20 de octubre de 2022: En lo que se refiere a las dos primeras cuestiones de interés casacional señaladas en el auto de admisión del recurso de casación, y vista la interpretación del artículo 2.8 de la Directiva 2011/7, de 16 de febrero de 2011, que hace la STJUE de 20 de octubre de 2022 (asunto C-585/20), debemos declarar, de acuerdo con lo razonado en el apartados 54 a 59 de la fundamentación de dicha sentencia del Tribunal de Justicia y el pronunciamiento contenido en el apartado 3) de su parte dispositiva, que en la base de cálculo de los intereses de demora por el retraso de la Administración en el pago de determinadas facturas de un contrato administrativo (en este caso, un contrato de servicios) debe incluirse la cuota del impuesto sobre el valor añadido (IVA), sin que para que proceda el pago de tales intereses sea exigible que el contratista acredite que ha realizado efectivamente el pago del impuesto a la Hacienda Pública. En cuanto a la tercera cuestión señalada en el auto de admisión del recurso de casación (referida al dies a quo para el cálculo de los intereses de demora sobre la partida del IVA) no procede que hagamos declaración ni pronunciamiento alguno, al no haber existido debate sobre ella en el presente recurso de casación. Ello sin perjuicio de que deban ser tomadas en consideración, en lo que resulten de aplicación, las consideraciones expuestas en los apartados 43 a 53 de la fundamentación jurídica de la citada STJUE de 20 de octubre de 2022 (asunto C-585/20) y el pronunciamiento contenido en el apartado 2) de su parte dispositiva”.

### 6.3

#### **Subvenciones. Plazo de prescripción de la acción administrativa de reintegro**

Mediante su sentencia de 9 de enero de 2023 (rec. 4865/2021, ponente Diego Córdoba Castoverde), el TS despeja las dudas sobre el cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de reintegro en el supuesto de subvenciones con fondos europeos, resolviendo la cuestión de interés casacional objetivo consistente en determinar “el dies a quo para el cómputo del plazo de prescripción de la acción administrativa de reintegro de ayudas con fondos

comunitarios y, en concreto, y en casos como el presente de percepción por la beneficiaria de un exceso de la subvención en su día concedida, si dicho plazo comienza desde el momento en que la beneficiaria presenta la certificación final de gastos, o si comienza desde el momento del cierre del Programa Operativo o en cualquier otro momento”.

En este sentido, en respuesta a la cuestión de interés casacional planteada, la Sala considera que “el *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción de la acción administrativa de reintegro de ayudas con fondos comunitarios, cuando la beneficiaria percibió un exceso de subvención, comienza desde el momento en que la Administración pudo constatar que parte de la obra no había sido ejecutada y, consiguientemente pudo ajustar la cantidad que debía entregarse como subvención. Momento que, en este caso, debe situarse en el momento en el que el beneficiario presentó la certificación de los gastos pagos y la justificación de las obras realizadas, pues en ese momento la Administración pudo detectar la ‘irregularidad’ en que se ha incurrido al abonar una cantidad subvencional superior a la que le correspondía, y consiguientemente se pudo instar el reintegro de la cantidad indebidamente percibida”.