

## Xurisprudencia contencioso-administrativa

### Jurisprudencia contencioso-administrativa

#### Contentious-administrative jurisprudence



FRANCISCO DE COMINGES CÁ CERES

Magistrado (Galicia, España)  
fcominges@poderjudicial.es

Regap



NOTAS

**Sumario:** 1 Administración local. 1.1 Falta de legitimación del ayuntamiento para exigir la imposición de una sanción disciplinaria a su secretario-interventor por la comisión de infracciones graves o muy graves. 1.2 Competencias de los ayuntamientos en materia de telecomunicaciones (estaciones de telefonía móvil). 1.3 Obligaciones de los ayuntamientos respecto de la conservación de los caminos rurales en su término municipal. 1.4 Competencia del aparejador municipal para informar instrumentos de planeamiento urbanístico. 2 Colegios profesionales. 2.1 Ámbito competencial de la Comunidad Autónoma de Galicia para regular la materia de colegios profesionales. 3 Expropiación forzosa. 3.1 Valoración de finca edificada en suelo urbano consolidado, calificada en el planeamiento urbanístico como sistema general viario. 3.2 Carácter no indemnizable del demérito de una vivienda por la situación de fuera de ordenación y la pérdida de calidad de vida que les supuso a sus moradores la ejecución de una autopista en sus inmediaciones. 4 Medio ambiente y urbanismo. 4.1 Declaración de nulidad de un plan general por falta de justificación del notable incremento de densidad de vivienda previsto en él. 4.2 Modificación puntual de plan general para establecer y regular el uso de crematorio. Omisión de evaluación ambiental estratégica. 4.3 Información en materia de medio ambiente. Derecho de acceso a los expedientes de concesiones mineras y de obtención de copia de los documentos obrantes en ellos. 4.4 Normas de identificación y ordenación zoonosanitaria de los animales equinos en Galicia. 5 Personal. 5.1 Nombramiento fraudulento de personal funcionario temporal para cubrir necesidades estructurales o permanentes de la Administración. Derecho a mantenerse en el puesto hasta que se cubra mediante el procedimiento legalmente establecido o se amortice. 5.2 Los funcionarios interinos carecen de derecho indemnizatorio por su cese en legal forma. Inaplicabilidad del precedente de la Sentencia del TJUE “De Diego Porras” a las relaciones funcionariales. 5.3 Sanción disciplinaria a funcionario que desempeñaba fuera de su horario laboral una actividad docente sin autorización previa de compatibilidad. 5.4 Aptitud de los ingenieros de caminos para desempeñar jefaturas de servicio de la Xunta de Galicia relacionadas con el urbanismo y el medio ambiente. Improcedencia de reservar dichas jefaturas exclusivamente a arquitectos. 6 Proceso contencioso-administrativo. 6.1 Medidas cautelares. Ponderación de los intereses en conflicto. Prevalencia de los vinculados a la protección del medio ambiente sobre los económicos del promotor de una actividad industrial. 6.2 Responsabilidad patrimonial por deficiente prestación sanitaria de una mutua de accidentados de

trabajo y enfermedades profesionales: competencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia. 6.3 Reclamación contra el Instituto Galego de Vivenda e Solo por defectos constructivos en viviendas de protección. Competencia de la jurisdicción civil. 7 Tributos. 7.1 Impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos (plusvalía). 7.2 Excepcionalidad de la notificación de liquidaciones mediante publicación por edictos. Debe investigarse el domicilio actual del sujeto pasivo para practicar la notificación personal. 7.3 Impuesto de bienes inmuebles (IBI). Las academias de policía no se benefician de la exención correspondiente a centros públicos de enseñanza. 7.4 Cuantificación de la tasa por ocupación del dominio público a operadoras de telecomunicaciones. Inaplicabilidad del tipo del 1,5% de los ingresos de facturación establecido en la legislación de haciendas locales. 8 Turismo. 8.1 Reglamento regulador de los apartamentos y viviendas turísticas en Galicia. 9 Universidades. 9.1 Obtención de sexenios por silencio administrativo positivo.

## 1 Administración local

### 1.1 Falta de legitimación del ayuntamiento para exigir la imposición de una sanción disciplinaria a su secretario-interventor por la comisión de infracciones graves o muy graves

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia –TSJG–, en su sentencia de 27 de septiembre de 2017 (Rec. 172/2017, ponente: Seoane Pesqueira), confirmó en apelación la inadmisión del recurso promovido por un ayuntamiento contra la resolución de la Dirección Xeral de Administración Local de la Xunta de Galicia que desestimó la denuncia formulada por aquel contra su secretaria-interventora por la posible comisión de infracciones graves o muy graves, con la siguiente motivación:

*«(...) Tal como se desprende del estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la doctrina general sobre la legitimación activa en interpretación del artículo 19 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, presenta peculiaridades propias cuando, habiéndose seguido un determinado procedimiento sancionador o disciplinario, el denunciante en el mismo pretende combatir la resolución del órgano administrativo competente para dilucidarla, sea imponiendo una sanción o acordando el archivo. Así, la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene apreciando la falta de legitimación de los recurrentes en supuestos asimilables al actual, es decir, en asuntos en los cuales el denunciante que provoca con su denuncia un expediente sancionador o disciplinario por parte de la Administración pretende recurrir jurisdiccionalmente la decisión al respecto del órgano administrativo correspondiente. (...) Debe tomarse nota de que el Tribunal Supremo se está refiriendo, en estos casos, a recurrentes que, como en el nuestro, se consideraban directamente perjudicados por la actitud denunciada, y, pese a ello, les deniega la legitimación. La doctrina indicada supone dar por buenas las siguientes afirmaciones, que se encuentran explícita o implícitamente contenidas en la misma:*

*a) La facultad de denunciar un hecho perseguible de oficio por la Administración no concede al denunciante la condición de parte interesada, ni la posibilidad por tanto de recurrir, incluso cuando, sin perjuicio de que la Administración lo pueda perseguir de oficio, el hecho ha causado o puede haber causado un perjuicio directo al denunciante.*

*b) El ejercicio de acciones sancionadoras o disciplinarias solo concluye en su caso con la imposición de una sanción al denunciado, pero no con la reparación material al denunciante,*

*ni en el sentido de una indemnización ni en el de la revocación de la actuación jurisdiccional realizada.*

*c) El mero interés moral que, por tanto, resta al denunciante de que se sancione al denunciado no es suficiente para fundamentar su legitimación.*

*(...) El argumento crucial en esta materia es que el denunciante, incluso cuando se considere a sí mismo víctima de la infracción denunciada, no tiene un derecho subjetivo ni un interés legítimo a que el denunciado sea sancionado. El poder punitivo pertenece únicamente a la Administración que tiene encomendada la correspondiente potestad sancionadora y, por consiguiente, solo la Administración tiene un interés tutelado por el ordenamiento jurídico en que el infractor sea sancionado.*

*Es verdad que las cosas no son así en el derecho penal propiamente dicho, donde existe incluso la acción popular; pero ello es debido a que hay normas que expresamente establecen excepciones al monopolio público sobre el ejercicio del ius puniendi, excepciones que no aparecen en el derecho administrativo sancionador. Es más: aceptar la legitimación activa del denunciante no solo conduciría a sostener que ostenta un interés que el ordenamiento jurídico no le reconoce ni protege, sino que llevaría también a transformar a los tribunales contencioso-administrativos en una especie de órganos de apelación en materia sancionadora. Esto último supondría dar por bueno que pueden imponer las sanciones administrativas que no impuso la Administración, lo que chocaría con el llamado carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa. En otras palabras, los tribunales contencioso-administrativos pueden y deben controlar la legalidad de los actos administrativos en materia sancionadora; pero no pueden sustituir a la Administración en el ejercicio de las potestades sancionadoras que la ley encomienda a aquella.*

*(...) En el caso presente hay que añadir que el apartado 10 del artículo 92 bis de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases de régimen local, en la redacción que le ha dado la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, atribuye al órgano competente de la corporación local la competencia para la incoación de expediente disciplinario al funcionario con habilitación de carácter nacional (condición que reúne la señora xxxxxx, en cuanto secretaria-interventora) cuando los hechos que se imputan pudieran ser constitutivos de falta leve, mientras que corresponde a la comunidad autónoma, respecto de los funcionarios de corporaciones locales en su ámbito territorial, cuando los hechos denunciados pudieran ser constitutivos de falta grave tipificada en la normativa básica estatal. Por tanto, la corporación local ni es competente para la incoación respecto a faltas graves o muy graves, ni está legitimada para impugnar la resolución del órgano correspondiente de la comunidad autónoma que deniega la apertura de expediente disciplinario por faltas graves, pues con ello se entrometería en lo que constituye competencia de este último órgano, todo ello sin perjuicio de que acuerde la incoación por falta leve si considerase que existen motivos para ello».*

## 1.2 Competencias de los ayuntamientos en materia de telecomunicaciones (estaciones de telefonía móvil)

En la Sentencia del TSJG (Secc. 2.ª) de 9 de noviembre de 2017 (Rec. 4156/2014, ponente: Recio González) se declaró la nulidad de una parte de la ordenanza del Concello de Vilagarcía de Arousa reguladora de las condiciones urbanísticas de la instalación y funcionamiento de

regap



NOTAS

los equipos de telecomunicaciones, por establecer varias restricciones que invaden el ámbito competencial exclusivo estatal sobre la regulación técnica de las estaciones de telefonía móvil. Se afirma en la sentencia lo siguiente al respecto:

*«(...) El artículo 14 de la ordenanza recurrida podría conculcar lo dispuesto en el artículo 34 de la LGTEL, en el artículo 72.1 de la LJCA, en los artículos 4, 8 y 12 de la Ley 3/2013 y en el artículo 149.1.21 de la CE.*

*Respecto de la sujeción a licencia, dispone el artículo 14 de la ordenanza impugnada que “(...) las estaciones de radio o instalaciones quedarán sujetas a la obtención de licencias municipales y de actividad en los siguientes casos: – Que la superficie que ocupen sea de más de 300 metros cuadrados, computándose a este efecto toda la superficie incluida dentro del vallado de las instalaciones de la estación. – En cuanto a las construcciones nuevas, que tengan un impacto en áreas naturales protegidas. – Que tengan un impacto en el patrimonio histórico-artístico. – Que tengan un impacto en el uso privado y la ocupación de activos de dominio público. 2. Para la instalación y el funcionamiento de los equipos y elementos de telecomunicaciones será necesaria la previa presentación y aprobación del plan de implantación y estas deberán ajustarse a sus disposiciones o a las actualizaciones progresivas”.*

*Considera la demandante que con esta redacción se olvida la LGTEL y jurisprudencia aplicable, en concreto el artículo 34.6, y que es contrario a la normativa comunitaria, que hay que acudir al artículo 71 bis de la Ley 30/1992 –declaración responsable y comunicación previa–; no tiene competencias la Administración local respecto al plan, y que no necesitan de licencia de actividad. Que no se señala el procedimiento a seguir para la presentación del plan. Considera imposible presentar un plan. Que son cuestiones técnicas. Y que no se puede exigir la aportación de documentación ya aportada. Se remite a los artículos 34 y 35 de la LGTEL, artículos 7 y concordantes de la Ley 3/2013, y artículo 149.1.21 de la CE.*

*La parte demandada señala que el plan es para garantizar una buena cobertura territorial mediante la disposición geográfica de la red y la adecuada ubicación de las antenas y protección de edificios o conjuntos catalogados, vías públicas y paisaje urbano; pero de la lectura de dicho artículo 14.2 se deduce que se trata de cuestiones técnicas que, de acuerdo con la normativa y jurisprudencia inicialmente expuesta, son de competencia estatal, por lo que procede su anulación. Asimismo, y con relación al resto del precepto, tiene razón la parte demandante en cuanto que el régimen aplicable actualmente exige la declaración responsable-comunicación previa, no la licencia, por lo que procede la anulación del artículo 14 en cuanto establece excepciones a dicho régimen.*

*– Las disposiciones transitorias: (...). Tercera disposición transitoria: “Dentro de un período de 1 mes a partir de la entrada en vigor de esta ordenanza, todas las instalaciones existentes en el Concejo Municipal deben certificar el cumplimiento de los límites de referencia del RD 1066/01, con la copia de la última certificación requerida presentada al Ministerio de Industria”.*

*La parte demandante sostiene la producción de las mismas vulneraciones; que se vulnera el principio de colaboración entre administraciones, artículo 34.4; imprecisión jurídica en la redacción de lo que se exige; que se trata de una competencia estatal; se vulnera el artículo 69 de la LGTEL, porque se dificulta el impulso de las redes de telecomunicación. (...).*

*De acuerdo con la jurisprudencia inicialmente referida, respecto del reparto competencial en esta materia, ha de entenderse que con la DT se invaden competencias estatales, al tratarse de cuestiones técnicas, por lo que procede su anulación y, en atención a lo expuesto, la estimación parcial de la demanda, con la anulación de los preceptos siguientes: el artículo 14.1 en cuanto contempla excepciones al régimen actualmente aplicable respecto de la comunicación previa y declaración responsable; el artículo 14.2 y la DT 3.ª».*

### 1.3 Obligaciones de los ayuntamientos respecto de la conservación de los caminos rurales en su término municipal

El TSJG (Secc. 2.ª), en su sentencia de 27 de julio de 2017 (Rec. 4545/2016, ponente: Fernández Conde), analizó la extensión de la obligación competencial de los ayuntamientos sobre la conservación de sus caminos rurales, con las siguientes conclusiones:

*«(...) incumbe al Ayuntamiento apelante el adecuado mantenimiento y conservación del camino público, en condiciones aptas para el tránsito, en virtud de lo dispuesto en el artículo 25.2.d) de la Ley reguladora de las bases del régimen local, Ley 7/1985, de 2 de abril (...) y en virtud del artículo 26.1 a) del mismo texto legal (...). Sin embargo, este deber de mantenimiento conservación, seguridad y vigilancia no puede extenderse más allá de la exigencia en una extensión e intensidad determinadas por el estándar exigible que viene dado por lo adecuado y normal para las circunstancias de lugar y uso del camino –la vía–, quedando probado en la instancia que se trata de un camino en zona rural, camino de montaña para dar servicio a una aldea con tres edificaciones, y que aun cuando se haya convertido en un complejo turístico rural, ello no atribuye al camino de acceso otra naturaleza distinta a la de ser un “camino rural” y de montaña, por lo que el grado de mantenimiento y conservación debe ser el de los múltiples existentes de esta condición y no el de una carretera convencional, con lo que las exigencias en su mantenimiento no pueden ser equivalentes (...). Entendemos como obras de conservación aquellas que se limitan a mantener el camino en condiciones de tránsito adecuado; tampoco podría entenderse como tales aquellas que alteran las características morfológicas del mismo (...). No por ello ha de obligarse a la Administración a asumir la ejecución de aquellas que exceden de las propias de conservación y mantenimiento del camino público, y no son de esta naturaleza las que se señalan en el informe, porque implican una modificación del camino en el que habrían de ejecutarse desmontes, taludes, ampliación de calzada, rebajes de pendiente, rectificadores, etc.; una eventual concurrencia de deficiencias habilitaría para implementar razonablemente la adopción de medidas necesarias para mantener el camino en condiciones de seguridad, conforme, claro está, a su naturaleza de camino rural, pero no autoriza a que se le aplique un tratamiento que convierta el camino rural en una carretera dando un resultado muy cercano al que le correspondería si lo fuera, pues no es su naturaleza».*

### 1.4 Competencia del aparejador municipal para informar instrumentos de planeamiento urbanístico

La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (TS) de 25 de julio de 2017 (ponente: De Oro-Pulido López, Rec. 2860/2016) confirmó la competencia del arquitecto técnico municipal del Ayuntamiento de Baiona para informar desfavorablemente un estudio de detalle de iniciativa privada, con los siguientes argumentos:

Regap



NOTAS

«(...) *Interesa ante todo señalar, de una parte, que la disposición adicional de la referida Ley 12/1986 establece que “lo establecido en la presente ley no será directamente aplicable a los arquitectos e ingenieros técnicos vinculados a la Administración pública por una relación de servicios de naturaleza jurídica administrativa, los cuales se registrarán por sus respectivas normas estatutarias”, y, de otra, que la argumentación del motivo se fundamenta en la falta de habilitación del arquitecto técnico para la redacción de un estudio de detalle, cuando el objeto de debate, mucho más limitado, consiste en determinar, como señala la sentencia recurrida, si un estudio de detalle “se ajusta al planeamiento municipal aplicable”. (...) Por último, y en relación con el reciente criterio jurisprudencial a que se refiere la sentencia recurrida, que rechaza el monopolio competencial a favor de una específica profesión técnica, siempre que el título facultativo en cuestión integre un nivel de conocimientos técnicos adecuados a la actuación a realizar conforme a los estudios exigidos para obtener ese título profesional, no está de más recordar nuestra sentencia de 14 de noviembre de 2014 –Recurso de casación 2679/2012– que declara: “Esta Sala del Tribunal Supremo ha considerado superadas las categorías de técnicos superiores y de grado medio, al ostentar todos una titulación universitaria superior, y por ello no resulta ajustada a la interpretación que dicha jurisprudencia ha realizado de los artículos 1 y 2 de la Ley 12/1998, de 1 de abril, reguladora de las atribuciones profesionales de los arquitectos técnicos e ingenieros técnicos EDL 1986/9905, la decisión del Tribunal a quo declarando ajustada a derecho la negativa del Ayuntamiento a aprobar un estudio de detalle por venir avalado con la firma de un ingeniero técnico industrial cuando se ha acreditado que dicho estudio de detalle no tenía otra finalidad que aumentar la altura de las edificaciones para el proceso productivo de la industria instalada en las mismas, sin generar aumento de la edificabilidad asignada a las parcelas objeto de la modificación ni del resto de los parámetros aplicables a dichas parcelas objeto del proyecto presentado».*

## 2 Colegios profesionales

### 2.1 Ámbito competencial de la Comunidad Autónoma de Galicia para regular la materia de colegios profesionales

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 62/2017, de 17 de mayo (ponente: Martínez-Vares García), anuló varios preceptos de la Ley 11/2001, de 18 de septiembre, de colegios profesionales de la Comunidad Autónoma de Galicia, modificados por la Ley 1/2010, de 11 de febrero (de adaptación a 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), por invadir la competencia básica estatal sobre dicha materia. Concretamente porque:

A) «(...) *La regulación impugnada establece la exigencia de una comunicación previa para el ejercicio de la actividad en la Comunidad Autónoma de Galicia, lo que contradice la legislación básica que ha previsto que basta una única comunicación para ejercer en todo el territorio nacional, y que no admite la exigencia de comunicaciones previas para ejercer en una parte del territorio».*

B) «(...) *en este caso, el legislador autonómico ha ejercido una competencia básica del Estado al establecer la colegiación obligatoria para los profesionales médicos y demás profesionales*

de ciencias de la salud al servicio de las administraciones públicas cuyas funciones comprendan la realización de actos profesionales que tengan como destinatarios inmediatos a los usuarios del Sistema Público de Salud de Galicia, así como también para el ejercicio de la actividad privada, en la disposición ahora impugnada. En definitiva, el artículo 3.2 de la Ley 2/1974, de colegios profesionales, en la redacción dada al mismo por la Ley 25/2009, constituye parámetro de constitucionalidad en la materia que nos ocupa, y dado que en el mismo se atribuye al legislador estatal la competencia para establecer los supuestos en que la colegiación obligatoria resulte exigible para el ejercicio profesional, al amparo del artículo 149.1.1 y 18 CE, no podemos sino concluir la inconstitucionalidad y nulidad del apartado segundo del artículo 2 de la Ley 1/2010, de 11 de febrero, en cuanto da una nueva redacción al artículo 3.2 de la Ley de colegios profesionales de Galicia, en tanto en cuanto la Comunidad Autónoma no es competente para establecer el régimen de colegiación obligatoria previsto en el mismo».

C) «(...) la norma básica precisa los supuestos de visado obligatorio determinando que, en los colegios de profesiones técnicas, únicamente procede a petición de los clientes o en los casos en los que el Estado lo establezca. La norma autonómica, empero, al establecer los dos supuestos en que ha de ejercerse la función de visar, repite uno de ellos pero, al definir el segundo, no reproduce fielmente las bases, sino que las altera en la medida en que la genérica referencia a la ley posibilita la intervención autonómica en un ámbito que la norma básica ha reservado al Estado. El legislador autonómico ha parafraseado un precepto básico estatal de modo tal que, lejos de contribuir a la inteligencia de un desarrollo adecuado de las bases, ha introducido confusión. Consecuentemente, procede declarar que el apartado quinto del artículo 2 de la Ley de Galicia 1/2010, que da una nueva redacción a la letra i) del artículo 9 de la Ley de colegios profesionales de Galicia, ha invadido la competencia estatal para dictar legislación básica sobre corporaciones profesionales (artículo 149.1.18 CE) y, por ello, que es inconstitucional y nulo (...).»

D) «El legislador autonómico ha previsto, en la norma impugnada, que los colegios profesionales han de contar con un servicio de visado, debiendo entenderse que los colegios profesionales que deben contar con dicho servicio de visado son los que determina la base estatal, esto es, los colegios de las profesiones técnicas (...).»

E) «La norma estatal es determinante al excluir del visado tanto los honorarios como las demás condiciones contractuales, cuya determinación queda sujeta al libre acuerdo entre las partes, y el control técnico de los elementos facultativos del trabajo profesional. Al no contener la norma autonómica dicha exclusión, nos encontramos ante un supuesto de reproducción parcial en un precepto autonómico de una norma estatal básica que determina la invalidez de la norma autonómica, por no respetar la legislación básica del Estado (...).»

F) «El artículo 13.3 de la Ley 2/1974 establece el régimen de responsabilidad aplicable al ejercicio de la función de visado por los colegios profesionales que por su dimensión pública están equiparados a las administraciones públicas de carácter territorial (por todas, STC 201/2013, de 5 de diciembre, FJ 3). De acuerdo con ello, el Estado ha establecido la referida regulación al amparo de su competencia exclusiva sobre el sistema de responsabilidad de todas las administraciones públicas, ex artículo 149.1.18 CE. Dicho sistema de responsabilidad implica una normativa común para todo el territorio en cuanto que garantiza indemnizatoria general (STC 61/1997, FJ 33). En este caso, nos encontramos ante un

Regap



NOTAS

*supuesto de reproducción parcial de la norma básica estatal por la norma autonómica en la medida en que omite uno de los requisitos necesarios para que proceda la responsabilidad subsidiaria colegial, como es que los defectos causantes del daño guarden relación directa con los elementos que se han visado en ese trabajo concreto. En consecuencia, al modificar el régimen de responsabilidad establecido con carácter básico por la normativa estatal por la reproducción parcial de la misma, hemos de declarar la inconstitucionalidad y nulidad del artículo 10 quinquies 3 de la Ley de colegios profesionales de Galicia, en la redacción dada por el artículo 2.10 de la Ley 1/2010».*

### 3 Expropiación forzosa

#### 3.1 Valoración de finca edificada en suelo urbano consolidado, calificada en el planeamiento urbanístico como sistema general viario

En la Sentencia del TS (Secc. 5.ª) de 13 de noviembre de 2017 (Rec. 1068/2016, ponente: Herrero Pina) se establece el criterio definitivo para determinar el justiprecio de una finca situada en suelo urbano consolidado, sin edificabilidad, expropiada para la ejecución de la tercera ronda de circunvalación de la ciudad de A Coruña, con las siguientes conclusiones:

*«(...) cuando se acude para la determinación de la edificabilidad a la media del uso mayoritario en el ámbito espacial homogéneo, esta sala viene declarando que, para la determinación del aprovechamiento, ha de descontarse de la superficie total la destinada a usos dotacionales no lucrativos, tomándose en consideración únicamente la superficie con aprovechamiento lucrativo, en cuanto lo que se persigue es determinar el aprovechamiento patrimonializable por metro cuadrado en el espacio considerado, que es el que puede ser objeto de justiprecio en cuanto representativo del sacrificio efectivo derivado de la expropiación. Es significativa al efecto la Sentencia del Pleno de esta Sala de 14 de abril de 2015, que se refiere ya al texto refundido de la Ley del suelo 2/2008 y al reglamento de valoraciones, y señala que la fórmula examinada persigue la misma finalidad que el artículo 29 de la Ley 6/98 y declara que de la superficie del ámbito correspondiente ha de descontarse la superficie de suelos dotacionales y, en definitiva, que ha de estarse únicamente a la superficie del ámbito que es susceptible de aprovechamiento lucrativo. (...). La razón de esta exclusión es que, como ha observado repetidamente esta sala, el suelo llamado a un destino no lucrativo no puede ser tenido en cuenta al aplicar el artículo 29 LSV, pues ello equivaldría a hacer depender el valor de las fincas afectadas de la finalidad a que el planificador destina la zona donde se hallan.*

*En otro caso se desvirtuaría el objetivo perseguido por la norma, que no es otro que el de que el propietario del suelo expropiado sin atribución de aprovechamiento sea retribuido en atención a un aprovechamiento equivalente al reconocido expresamente para aquellos que sí lo tienen, equivalencia que, ante la diversidad de los aprovechamientos establecidos, se identifica con la media ponderada de los mismos.*

*Pues bien, la aplicación de este criterio lleva a compartir la alegación de la parte recurrente, en el sentido de que el jurado debió descontar de la superficie del ámbito homogéneo tomado en consideración los 24.927,415 m<sup>2</sup> correspondientes a viales y dotaciones públicas, con lo que se obtiene una edificabilidad de 2,1 m<sup>2</sup>/m<sup>2</sup>, equivalente a la atribuida directamente por el planeamiento. (...). Por otra parte, que la edificabilidad resultante de la aplicación de*



*la media del ámbito homogéneo resulte equivalente a la edificabilidad neta establecida en el planeamiento es una consecuencia necesaria cuando el ámbito homogéneo tomado en consideración coincida con el ámbito y uso al que el planeamiento atribuye directamente una determinada edificabilidad neta, como es el presente caso, en el que el jurado señala expresamente que se delimita como ámbito espacial homogéneo donde es de aplicación la norma zonal 9.2. (...).*

*Se denuncian, en el siguiente apartado, las mismas infracciones en cuanto al descuento de gastos de urbanización, con argumentos semejantes a los que se acaban de exponer, y que debemos estimar, pues es doctrina reiterada que, tratándose de suelo urbano consolidado, lo que no se discute en el caso, no caben deducciones por gastos de urbanización. Únicamente, y con carácter excepcional o particular, cabe la deducción de gastos de urbanización pendientes siempre que se justifique suficientemente su realidad y alcance (artículo 24.1.c) TRLS 2008) (...).*

*Distinta respuesta merece la pretensión de indemnización independiente de las construcciones y otros elementos existentes en la parcela, a cuyo efecto se invoca la infracción de los artículos 22.3 y 24.2 del TRLS de 2008 y del artículo 33 de la Constitución, alegando que la interpretación de ambos preceptos conduce a la tasación de tales elementos, pues el artículo 22.3 es taxativo y en el supuesto del artículo 24.2.b) no se están tasando.*

*Contrariamente a este planteamiento, el artículo 24.2 del TRLS de 2008, al que en definitiva se reconduce la solución de la cuestión, establece con claridad que el valor de tasación del suelo edificado –que es el caso, aun cuando la representación del Ayuntamiento lo cuestione– será el superior de los dos siguientes: el determinado por la tasación conjunta del suelo y de la edificación existente, por el método de comparación o el determinado por método residual, aplicado exclusivamente al suelo, lo que supone, de una parte, que necesariamente ha de efectuarse una doble valoración y, de otra, que solo en el caso de aplicar la valoración conjunta por comparación se toman en consideración las edificaciones existentes, en otro caso solo se valora el suelo. En el presente supuesto el jurado llegó a la conclusión de que resultaba superior el valor obtenido por el método residual, lo que no se ha cuestionado por la parte, y, en consecuencia, no cabe una valoración independiente de las edificaciones como pretenden los recurrentes».*

### 3.2 Carácter no indemnizable del demérito de una vivienda por la situación de fuera de ordenación y la pérdida de calidad de vida que les supuso a sus moradores la ejecución de una autopista en sus inmediaciones

El TSJG (Secc. 3.<sup>a</sup>), en su Sentencia de 25 de octubre de 2017 (Rec. 7198/2014, ponente: Paz Eiroa), desestimó la reclamación indemnizatoria formulada por el propietario de una vivienda que quedó en situación de “fuera de ordenación” como consecuencia de las obras de ejecución de una autopista. Denegó también la indemnización reclamada por la pérdida de calidad de vida que conllevan los ruidos y vibraciones generados por el tráfico de la autopista, con estos argumentos:

*«(...) Las limitaciones legales que condicionan el ejercicio de los derechos de uso no son, por sí mismas, indemnizables al no entrañar una privación singular de derechos e intereses legítimos (a título de ejemplo, Sentencia de 18 de diciembre de 2012 –casación 2335/10– y las que*

Regap



NOTAS

en ellas se citan, que, si bien referidas a las limitaciones derivadas de la Ley de carreteras, su doctrina es plenamente trasplantable), [...] Cuestión distinta es que, como consecuencia de la expropiación parcial, el resto no expropiado devenga antieconómico. Antieconomicidad que no puede confundirse con el demérito sufrido [...] por los restos no expropiados como consecuencia de la división de la finca, lo que, ciertamente, habrá de ser valorado e indemnizado en el justiprecio de la expropiación que, a tales efectos, fije el jurado” –STS, Sección Quinta, de 16 de junio de 2017, Recurso 32/2016, reiterando otras–. Este tribunal viene reiterando que “en cuanto al demérito derivado de la expropiación, procede su indemnizabilidad en supuestos de suelo urbano, cuando el establecimiento de servidumbres y afecciones conlleva pérdida de edificabilidad, cuando se acredite el perjuicio derivado de la afección, pero en los suelos rurales, el T.S., Secc. 6.ª, 2/6/2014, Rec. núm. 4161/2011, entiende que las limitaciones derivadas de la zona de influencia constituyen una limitación del dominio derivada de la legislación de carreteras, de suerte que solo serían indemnizables, conforme a la legislación de carreteras, la ocupación de zona de servidumbre y los daños y perjuicios causados por su utilización; en este tipo de suelos no urbanos, la imposibilidad o limitación para edificar no es indemnizable, al no existir derecho a edificar en suelo no urbanizable; podría predicarse una indemnizabilidad de las afecciones en suelo rural en la medida en que afecten a la utilidad que por su propia naturaleza ha venido prestando el bien expropiado, si bien se estaría forzando el instituto expropiatorio, con una finalidad fundamentalmente tuitiva, permitiendo o reconociendo indemnizaciones por razón del demérito derivado de la imposición de afecciones que no tienen causa directa en la expropiación que se acomete, sino en el proyecto de obra pública del que la expropiación es mero instrumento, cuando el interesado no actuó en defensa de su interés, en el expediente del mismo proyecto de obra pública que justificó la expropiación, alegando y acreditando la merma del uso que supondría para el bien a expropiar” –términos de la Sentencia dictada el 19 de octubre de 2017 en el Recurso 7172/2015–. (...) Este TSXG, en S. núm. 141/14, de 29 de enero, PO núm. 7285/10, en su F.D. 4.º, in fine, considera que el T.S. en Rec. 4227/2009, S. de 17/7/2012, indica que una cosa es la indemnización por demérito, que viene determinada en función de la efectiva depreciación de la finca como consecuencia del perjuicio real ocasionado por la expropiación, perjuicio que necesariamente ha de acreditarse y, en su caso, indemnizarse conforme a los criterios de valoración de ese demérito y otra distinta la relativa a la constitución de las servidumbres y limitaciones que establece la legislación sobre carreteras, que, por no entrañar una privación singular de derechos e intereses legítimos, no son indemnizables; así pues, por ello, los conceptos reclamados como pérdida de calidad de vida personal no son susceptibles de indemnización al no derivar de la expropiación, que no puede extenderse a otras consecuencias que derivan del establecimiento de un servicio público, cuyas consecuencias y limitaciones vienen concretadas por normas con rango de ley (de carreteras) y delimitan el contenido de la propiedad de acuerdo con el interés social de ésta (artículo 33 CE); es decir, la finca o vivienda no sufrió, como consecuencia de la expropiación, deméritos indemnizables por razón de ruido ni pérdida de privacidad, habiendo considerado este TSXG, en S. 201/2010 sobre ruidos y vibraciones, que se afirma que causa la vía en los bienes expropiados, que no son consecuencia directa de la expropiación del suelo, sino del establecimiento del servicio público para el que se expropiaron, mayormente cuando cualquier proyecto de vía pública debe tener incorporadas medidas para evitar perjuicios acústicos, y su incumplimiento no es exigible por vía indemnizatoria a quien responde del justiprecio, sino a la Administración que ha de cumplir el programa de seguimiento y vigilancia ambiental” –Sentencia de este tribunal de 31 de mayo de 2016, Recurso 7626/2013–».

## 4 Medio ambiente y urbanismo

### 4.1 Declaración de nulidad de un plan general por falta de justificación del notable incremento de densidad de vivienda previsto en él

El TS (Secc. 5.ª), en su Sentencia de 12 de julio de 2017 (Rec. 1859/2016, ponente: Fernández Valverde), confirmó en casación la declaración de nulidad total del Plan General de Ordenación Municipal de Abegondo (A Coruña) por haber proyectado en su territorio un incremento desmedido e injustificado de la densidad de vivienda, careciendo además de un verdadero estudio económico-financiero. Incide el tribunal en que:

«(...) debemos destacar los siguientes aspectos:

a) La sentencia, desde el principio del fundamento cuarto, deja constancia del amplio espectro probatorio que toma en consideración: “Del contenido del informe técnico aportado acompañando la demanda y del informe elaborado por perito judicialmente designado, así como de la documentación obrante en autos e incluso en el expediente”.

b) La sentencia, igualmente, señala desde el principio que el incremento previsto de 2.622 viviendas no alcanza el nivel mínimo de justificación exigido por los apartados 3.1.4 y 3.1.15 del Decreto 19/2001, de 10 de febrero.

c) La sentencia, analizando datos del PGOU, compara viviendas sitas en el municipio en 1991 (3.037), 2009 (3.348); esto es un incremento de unas 300 viviendas en 20 años.

d) Igualmente, realiza una comparativa poblacional, destacando que en el citado período de tiempo (1991/2009) la población descendió de 6.165 a 5.798 habitantes.

e) Reconoce, sin embargo, que otros municipios de la comarca de A Coruña aumentaron la población, y que tal diferencia “puede deberse a la circunstancia sobre ubicación de unos y otros en relación a la ciudad de A Coruña y a los puntos más relevantes de dinamización económica”.

f) La sentencia deja constancia del “amplio margen de apreciación de la Administración competente en materia de planeamiento para que efectúe sus previsiones relativas a población y viviendas”, pero, igualmente, deja constancia de la ausencia de elementos significativos que pudieran servir de apoyo a las optimistas previsiones de crecimiento poblacional y demanda de viviendas del PGOU, destacando la ausencia de nuevas circunstancias de orden económico, industrial, de servicios o incluso de organización social que justifique el crecimiento de 164 viviendas/año durante 16 años, haciendo referencia a la desproporcionalidad de tal crecimiento y a la irracionalidad del mismo, ya que ello implicaría –siguiendo al perito de designación judicial– triplicar la población en el horizonte temporal de los 16 años mencionados (esto es, un incremento de más de 10.000 habitantes en 16 años, en relación con los menos de 6.000 de la actualidad).

g) Por último, la sentencia de instancia destaca que, al mismo tiempo, las menciones a vías de comunicación no las hace suficientes, y que la distribución de la población dentro del municipio está ausente.

Regap



NOTAS

*h) Obviamente, expone la sentencia, tan desproporcionado incremento incide decisiva y negativamente en la viabilidad económica del PGOU, como la sentencia de los informes –que cita expresamente– del interventor municipal, del perito judicial y del aportado por la parte actora.*

*(...) Pues bien, de conformidad con la anterior doctrina, no podemos aceptar el planteamiento de la recurrente en relación con la valoración de la carga de la prueba, ni con los otros extremos a los que el motivo se refiere, pues era a ella a la que correspondía acreditar la viabilidad del crecimiento poblacional que la sentencia ha puesto en entredicho y la paralela proporcionalidad del número de viviendas, por cuanto la justificación de los parámetros de crecimiento no justificaban el mismo; obviamente, era ella la que tenía que acreditar que los expresados datos cuantitativos proyectados en el PGOU, y negados por la plataforma recurrente, con base en datos históricos, contrastados y objetivos de población y viviendas, contaban con alguna justificación contundente en la programación del PGOU, lo cual, a juicio de la sentencia de instancia, en modo alguno se ha conseguido, según expresa la misma; pues bien, ante tal situación, estamos impedidos, en esta sede casacional de proceder a la revisión del tema probatorio que se nos formula, y que la propia recurrente no conecta con la existencia de indefensión alguna. Esto es, no contamos con elementos para alterar la valoración probatoria –lo que correspondía a las demandadas, una vez puestas en entredicho las proyecciones expuestas en el planeamiento con la motivación que contenían–, ni la interpretación jurídica realizada por la sala de instancia, en el marco de la jurisprudencia que hemos reseñado (...).*

*La sentencia no niega –en modo alguno– la discrecionalidad con que cuentan las administraciones demandadas para proyectar su decisión de planeamiento, pero la sentencia de instancia, tomando en consideración todos los elementos que antes hemos reseñado, no consigue encontrar justificación en los que fundamentar tan desmedido crecimiento; ni la historia poblacional del municipio (con un leve descenso poblacional en los últimos años), ni el cómputo de las viviendas construidas en los años anteriores, ni, por otra parte, los posibles factores de crecimiento poblacional sirven a la sala para justificar los crecimientos expresados, y, tal forma de proceder en la valoración de los elementos expresados en modo alguno se nos aparece como afectante al citado “principio de desarrollo territorial y urbano sostenible”, pues el planeamiento proyectado –si es que realmente pretende un desarrollo sostenible– no acredita ni un uso racional de los recursos naturales, ni toma en consideración los requerimientos que vienen impuestos por la economía, el empleo, la cohesión social, y, entre otros extremos, la protección del medio ambiente, que son los elementos que el precepto establece».*

## 4.2 Modificación puntual de plan general para establecer y regular el uso de crematorio. Omisión de evaluación ambiental estratégica

La Sentencia del TSJG de 16 de noviembre de 2017 (Rec. 4110/2015, ponente: Recio González) anuló la modificación puntual del plan general de ordenación urbana de Pontevedra aprobada para establecer y regular el uso de crematorio en su término municipal, por no haberse tramitado la preceptiva evaluación ambiental estratégica. Concluyó el tribunal que:

*«(...) La Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental, explica en su exposición de motivos que, en materia de medio ambiente, la regulación básica estatal y la autonómica*

*de desarrollo deben asegurar, por imperativo del artículo 45 de la Constitución, la protección y preservación del medio ambiente, para lo cual un marco básico y común es absolutamente indispensable; y que la presente ley se asienta en la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las comunidades autónomas de establecer normas adicionales de protección (artículo 149.1.23.a de la Constitución). Conforme dispone en su artículo 6, sobre el ámbito de aplicación de la evaluación ambiental estratégica, "1. Serán objeto de una evaluación ambiental estratégica ordinaria los planes y programas, así como sus modificaciones, que se adopten o aprueben por una Administración pública (...).*

*(...) En el supuesto aquí analizado, del hecho de que los proyectos posteriores hayan de someterse a la evaluación ambiental, no ha de deducirse la exclusión al mismo trámite para la modificación del plan, máxime cuando se pone de manifiesto, y no se ha negado por la parte contraria, que el plan no fue sometido. Ha de añadirse que, conforme dispone el artículo 93 de la LOUGA, "4. La revisión del planeamiento y las modificaciones de cualquiera de los elementos de los planes, proyectos, normas y ordenanzas se sujetarán a las mismas disposiciones enunciadas para su tramitación y aprobación, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 62 de la presente ley...". Aunque la posible incidencia sobre el medio ambiente es evidente que sea mayor cuando se presente un proyecto para un crematorio y haya de analizarse si se aprueba el proyecto, ello no puede excluir el sometimiento al trámite al aprobarse la modificación del planeamiento, y puesto que con esta modificación se dice, entre otras cosas, que la distancia que ha de ser respetada es de 50 metros, con relación a los usos residenciales, terciarios o equipamientos comunitarios, se puede deducir que de forma general ya se está incidiendo sobre el medio ambiente y se pueden deducir efectos medioambientales significativos. Dentro del anexo II se refiere, entre otros criterios, a la incidencia sobre la salud, a lo que ha de añadirse que se trata de una actividad contaminante, puesto que así lo dice la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera, y el Decreto 133/2008, de 12 de junio, por el que se regula la evaluación de incidencia ambiental (vigente hasta el 28 de diciembre de 2013); y con estas referencias, sin entrar en el análisis del resto de los apartados, ya se deduce que sí que concurre, con la aprobación del plan y sin necesidad de esperar a la aprobación de los proyectos, siendo lógico que los proyectos de autorización de crematorios no los haya estudiado aún el órgano ambiental».*

Regap



NOTAS

### 4.3 Información en materia de medio ambiente. Derecho de acceso a los expedientes de concesiones mineras y de obtención de copia de los documentos obrantes en ellos

La Sentencia del TSJG (Secc. 3.<sup>ª</sup>) de 22 de noviembre de 2017 (ponente: Cibeira Yebra Pimentel, Rec. 7363/2015) reconoció el derecho de un ciudadano a obtener en la Xunta de Galicia copia de un expediente de concesión minera que afectaba de manera muy relevante al medio ambiente (explotación aurífera de Corcoesto), con las siguientes consideraciones:

*«(...) Como principal principio regulador de esta materia, el artículo 105 b) de la Constitución española dispone que la ley regulará, entre otras materias, el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidación de las personas, y este precepto constitucional*

remite expresamente a la configuración legal del ejercicio del derecho de acceso a los archivos y registros administrativos, como derecho no fundamental, aunque relacionado con el derecho de participación política, con el de libertad de información y con el de tutela judicial efectiva, y tal derecho refleja una concepción de la información que obra en manos del poder público acorde con los principios inherentes al Estado democrático (en cuanto el acceso a los archivos y registros públicos implica una potestad de participación del ciudadano y facilita el ejercicio de la crítica del poder) y al Estado de derecho (en cuanto dicho acceso constituye un procedimiento indirecto de fiscalizar la Administración a la ley y de permitir con más eficacia el control de su actuación por la jurisdicción contencioso-administrativa) STS 9/12/2003, régimen de acceso que ha sido desarrollado después por el artículo 37 y concordantes de la Ley 30/92, en el que con toda claridad se establece que los ciudadanos –sin mención alguna a que sean titulares de derechos o intereses legítimos relacionados con el caso– tienen derecho a acceder a los registros y a los documentos que, formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos, cualquiera que sea la forma de expresión, gráfica, sonora o en imagen, o el tipo del soporte material en que figuren, siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud.

Cierto es que la ley establece determinados límites al ejercicio de ese derecho –artículo 37.2 Ley 30/92– (...). Pero en ninguno de estos casos se encuentra el solicitado por el actor en este recurso, y ni siquiera puede discutirse en modo alguno su legitimación para pedirlos –reconocida inicial y legalmente a cualquier ciudadano por el hecho de serlo–, porque, de manera añadida, el actor demostró estar domiciliado en un núcleo rural del entorno de la mina de que se trata, y, lógicamente, con la condición de posible afectado en la realidad por la actividad minera en discusión que pudiera desarrollarse en ese ámbito físico, apareciendo como razonable y fuera de cualquier motivación espuria o de intención abusiva el que pretenda informarse de todos los condicionantes fácticos y jurídicos relacionados con los derechos mineros de la concesionaria, actual y anteriores, de la explotación a la que se refiere. En este sentido, hay también que señalar que la Ley 38/1995, de 12 de diciembre, sobre el derecho de acceso a información en materia de medio ambiente –por la que se integra la Directiva 90/313/CEE del Consejo y contiene incluso una normativa más amplia que la de la Ley 30/92–, establece el derecho de todos los nacionales que integran el espacio europeo a acceder a toda la información ambiental que esté en poder de las administraciones públicas, con las escasas limitaciones que se contienen en su artículo 3, y que tiene el carácter de legislación básica de acuerdo con el artículo 149 de la CE. Ello conlleva la obligada desestimación de la primera causa de inadmisibilidad alegada por la Administración demandada, en la medida en que el actor estaba plenamente legitimado para hacer la petición que hizo, no tratándose tampoco en modo alguno de una actuación administrativa no susceptible de impugnación –segunda causa de inadmisibilidad–, pues, dictado después el necesario acto de denegación expresa de lo pedido, se ejercitó correctamente y en tiempo adecuado el oportuno recurso jurisdiccional, al que ahora pasa a ofrecerse respuesta.

En otro orden de cosas, tampoco podía deducirse que había que entender estimada tal solicitud por silencio administrativo positivo, ya que, en materia de dominio público y medio ambiente, el silencio siempre opera en sentido negativo a lo que se solicita.

Eso nos lleva a entrar directamente en el tema de fondo de lo que aquí se discute. Las razones del rechazo a concederlos expuestas en la primera resolución de 11 de abril de 2013 son totalmente insuficientes e inaceptables. Ya se dijo que la legitimación era manifiestamente

*clara tal como se presentaba la causa de su petición, siendo un mero subterfugio para no reconocerla el decir que la posible condición de interesado en este expediente no se podía extender a los expedientes anteriores, y no siendo tampoco un argumento válido el decirle que tenía que justificar su interés conforme al artículo 37 de la Ley 30/92, ni la mera cita de que había que atenerse a las restricciones de los documentos nominativos en cuanto a la intimidad de las personas y materias protegidas, pues nada se justificaba con relación a esto, y en la propia tesis de la parte actora se admitía expresamente que, si en alguno de los documentos pudiese existir algún dato personal relacionado con la intimidad de alguna persona, se hiciese omisión del mismo, pero se presentase la documentación básica y objetiva de todo lo relativo a la adquisición y vigencia de esos derechos mineros que al final se decía que ostentaba la última titular de la concesión de explotación de la mina (...)».*

#### 4.4 Normas de identificación y ordenación zoonosanitaria de los animales equinos en Galicia

El TS (Secc. 4.<sup>a</sup>), en su sentencia de 11 de julio de 2017 (Rec. 2652/2015, ponente: Toledano Cantero), desestimó el recurso de casación interpuesto por la Asociación Cabalar Monte Acibal de Amil y la Asociación Lobo contra la Sentencia del TSJG que a su vez desestimó el recurso formulado frente al Decreto 142/2012, de 14 de junio, de la Xunta de Galicia por el que se establecen las normas de identificación y ordenación zoonosanitaria de los animales equinos.

Se analiza en esta sentencia el peculiar régimen de los caballos que permanecen en semilibertad en los montes de Galicia sometidos a la tradicional práctica de los curros. Los recurrentes se oponían sobre todo a la obligación exigida en el referido decreto de implantar un microchip en los équidos, con la consiguiente asunción de responsabilidades por su titular. El Tribunal Supremo afirmó lo siguiente en la sentencia:

*«(...) El decreto impugnado establece un detallado régimen jurídico que, partiendo de la consideración de explotación equina extensiva respecto a estos animales, y la determinación de un régimen de titularidad a quienes se atribuyen su posesión, obliga a los propietarios de los animales a su identificación mediante la implantación de un transpondedor o microchip en el pescuezo de los caballos, establece el régimen de aseguramiento de daños a terceros, la necesidad de preceptiva autorización expresa de pastoreo en los terrenos en los que habitan estos caballos salvajes, la consideración de las asociaciones y "titulares" de caballos salvajes como personas responsables de pasto de uso común y titulares de un derecho de aprovechamiento de pastos, el régimen jurídico de las reses "mostrencas", la regulación de los espacios de acogida para animales no identificados, con la exigencia, en su caso, de cierre perimetral (...).*

*El régimen civil de propiedad y posesión de los animales salvajes no es incompatible con el ejercicio de las potestades administrativas de tutela del interés público en materia de sanidad animal, y la prevención de los eventuales riesgos que para terceros puedan originar los animales que deambulen en libertad, así como la obligación de contar con un seguro que cubra las responsabilidades en que se pudiera incurrir. Tampoco lo es establecer el destino de aquellos animales salvajes que, careciendo de dueño o poseedor, puedan ocasionar un daño a las propiedades de terceros, o un riesgo para la seguridad de personas o cosas. Obviamente, la obligación de identificación no es sustituible por las formas tradicionales de*

regap



NOTAS

*identificación o marcas que se realizan en los caballos en los denominados curros. Antes bien, existe un amplio conjunto de normas que establecen el sistema de identificación, y que resultan plenamente compatibles con lo dispuesto en el artículo 465 del Código civil. Así, el Reglamento (CE) 504/2008, de la Comisión, de 6 de junio, por el que se aplican las directivas 90/426/CEE y 90/427/CEE, en lo que se refiere a los métodos de identificación de los équidos, establece las bases del actual sistema de identificación individual de los caballos. Esta norma dispone la utilización de transpondedores electrónicos como método general de identificación, aunque permite a los Estados miembros la utilización de marcas alternativas en ciertas condiciones. Igualmente, la disposición comunitaria faculta a las autoridades competentes de los Estados miembros a eximir de la obligación de identificación a determinadas poblaciones de équidos salvajes que se mantienen confinadas en áreas definidas en tanto no las abandonen.*

*Por otra parte, el Real decreto 1515/2009, de 2 de octubre, por el que se establece un sistema de identificación y registro de los animales de la especie equina, modificado por el Real decreto 1701/2011, de 18 de noviembre, señala las condiciones de aplicación de la normativa comunitaria en el Estado español y prescribe la marca auricular electrónica como la única alternativa autorizada en la identificación de animales nacidos en explotaciones de producción y reproducción cuyo objetivo sea la producción de équidos de abasto.*

*En los supuestos de aquellos animales carentes de titular, la norma impugnada establece el procedimiento de actuación y el destino que deba darse a aquellos animales mostrencos que deambulen en libertad en alguna de las situaciones que pueden ocasionar un eventual peligro para los intereses de terceros, previsión que no infringe lo dispuesto en el artículo 465 del Código civil, ya que se trata de animales que carecen de titular o poseedor.*

*En definitiva, lo que plantea la parte es su preferencia por una diferente política legislativa en relación con los caballos en régimen de libertad característicos de Galicia, por considerar que eximir de todas aquellas obligaciones que impone el decreto recurrido a quienes se benefician, por más que sea en muy escasa medida, de la explotación de estos animales, resultaría más adecuado para garantizar la pervivencia de las poblaciones de caballos en régimen de libertad. Sus argumentos, por muy dignos de consideración que puedan ser, están en el ámbito de las opciones de política legislativa, pero no permiten sustentar el control de legalidad, que es el único que corresponde a los tribunales».*

## 5 Personal

### 5.1 Nombramiento fraudulento de personal funcionario temporal para cubrir necesidades estructurales o permanentes de la Administración. Derecho a mantenerse en el puesto hasta que se cubra mediante el procedimiento legalmente establecido o se amortice

El TSJG, en sus Sentencias de 14 de junio de 2017 (ponente: Seoane Pesqueira, Rec. 72/2017) y 8 de noviembre de 2017 (ponente: Rivera Frade, Rec. 250/2017), avanzó en su interpretación de la jurisprudencia comunitaria sobre la contratación temporal fraudulenta en el sector público, recalificando el vínculo de los recurrentes con la Administración como una



interinidad análoga a la establecida por la jurisdicción social sobre el “personal indefinido no fijo” (*indeterino*). Es decir, les reconoció en la práctica el derecho a permanecer en el puesto de trabajo hasta que se provea definitivamente por el procedimiento establecido (oposición/concurso), o se amortice previa creación del puesto (si no existiese en la RPT).

En la primera de dichas sentencias el actor había sido nombrado en el año 2008 por el Concello de Santiago de Compostela como funcionario interino para la realización de programas concretos de carácter temporal que debían finalizar en 2011. Su nombramiento se fue renovando hasta que en 2016 se dispuso su cese. Concluyó el TSJG lo siguiente en la sentencia:

*«(...) El 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, en su artículo 10 ofrece una regulación de los funcionarios interinos y de las causas de la interinidad, estableciendo en su apartado primero que son funcionarios interinos los que, por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, son nombrados como tales para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias: (...) c) La ejecución de programas de carácter temporal, que no podrán tener una duración superior a tres años, ampliable hasta doce meses más por las leyes de función pública que se dicten en desarrollo de este estatuto.*

*Y es que, con el EBEP, en el año 2007 se incorporó la posibilidad de acudir al nombramiento de funcionarios interinos en supuestos que fuesen mas allá de los contemplados en la vieja legislación por razones de urgencia y necesidad, buscando con ello el legislador una solución al desarrollo de programas, proyectos y, en general, actividades que no tienen vocación de permanencia sin necesidad de crear un vínculo funcional fijo con el personal nombrado para desarrollarlas, de manera que la situación de interinidad debe cesar una vez que finalice el plazo de vigencia del programa. En la Resolución de 21 de junio de 2007 de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se publicaron las instrucciones de 5 de junio de ese mismo año para la aplicación del EBEP en el ámbito de la Administración general del Estado y sus organismos públicos, se decía, a propósito de estas nuevas causas de interinidad (apartados c) y d) del artículo 10.1 del EBEP, que el objetivo que se pretendía conseguir era reducir al mínimo indispensable la utilización de las figuras de los contratos por obra o servicio y por circunstancias de la producción. La redacción del artículo 10.1 del EBEP, unida a la modificación que tuvo lugar en el año 2014, ponen de manifiesto que la nueva causa de interinidad recogida en el apartado c) del precepto busca un objetivo muy claro: ejecutar programas de carácter temporal que correspondan a necesidades no permanentes, que se adapten a los objetivos del programa. Lo cual ha de tener, a su vez, reflejo en el procedimiento de selección de/llos funcionarios interinos que lo vayan a desarrollar, de manera que el procedimiento de selección debe adaptarse a tales objetivos y no a las características de algún puesto de trabajo de la Administración que lo aprueba. En cuanto a la nota de temporalidad, estos programas deben tener una temporalidad predefinida, como ya advertía la Comisión para el Estudio y Preparación del EBEP, en cuyo informe se recogen dos sugerencias al respecto: que estos programas deben tener una duración determinada a priori, y que debe quedar prohibido el nombramiento de interinos para programas que se prorroguen o que reiteren otros inmediatamente anteriores de similar contenido, pues en este último caso lo que procede es una planificación que conduzca al nombramiento de personal fijo.*

Regap



NOTAS

*Asimismo, conviene recordar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dictado el 14 de septiembre de 2016 una sentencia que resuelve los asuntos acumulados Martínez Andrés y Castrejana López, asunto C-184/15 (personal eventual) y C-197/15 (ínterin), respectivamente, aparte de otras dos de la misma fecha que abordan cuestiones sustancialmente análogas (asunto C-596/14 De Diego Porras y asunto C-16/15 Pérez López), dando respuesta en aquella primera a dos peticiones de decisión prejudicial planteadas, con arreglo al artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, concluyendo:*

*1) La cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo a la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, sea aplicada por los tribunales del Estado miembro de que se trate de tal modo que, en el supuesto de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, se concede a las personas que han celebrado un contrato de trabajo con la Administración un derecho al mantenimiento de la relación laboral, mientras que, con carácter general, no se reconoce este derecho al personal que presta servicios para dicha Administración en régimen de derecho administrativo, a menos que exista una medida eficaz en el ordenamiento jurídico nacional para sancionar los abusos cometidos respecto de dicho personal, lo que incumbe al juez nacional comprobar.*

*2) Lo dispuesto en el Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo a la Directiva 1999/70, en relación con el principio de efectividad, debe interpretarse en el sentido de que se opone a normas procesales nacionales que obligan al trabajador con contrato de duración determinada a ejercitar una nueva acción para que se determine la sanción apropiada cuando una autoridad judicial ha declarado la existencia de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, en la medida en que de ellas se derivan para dicho trabajador inconvenientes procesales en forma, en particular, de costes, de duración y de normativa de representación procesal que pueden hacer excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que le confiere el ordenamiento jurídico de la Unión.*

*Con ello trata de salir al paso el TJUE de la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada o nombramientos temporales, resultando ilustrativo que uno de los asuntos acumulados trata del caso de un arquitecto, primero contratado laboralmente y después nombrado funcionario interino durante más de quince años por un Ayuntamiento (caso Juan Carlos Castrejana López frente al Ayuntamiento de Vitoria), siendo el motivo expresado para el cese que el programa se había ejecutado en su totalidad y que el contexto de crisis imponía la reducción de gastos, aclarando que corresponde al juez nacional comprobar si se ha producido dicho abuso. (...).*

*A la luz de la normativa anteriormente mencionada y jurisprudencia comunitaria, debe dilucidarse si el nombramiento sucesivo y encadenado del demandante desde enero de 2008 hasta mayo de 2016 ha respondido a necesidades temporales o si, por el contrario, tras la fachada del nombramiento como funcionario interino para ejecución de programas, en realidad el actor ha cubierto necesidades permanentes y estructurales.*

*Lo cierto es que tanto el contenido del expediente como la prueba documental han evidenciado que el señor xxxxxx no se ha limitado en la oficina de rehabilitación a realizar las*

*labores relativas al programa para el que fue designado como funcionario interino en enero de 2008 (...). Es decir, el recurrente estaba nombrado funcionario interino para la ejecución de un programa, y a partir de 2012 también realizaba tareas de otros programas (...). El demandante no se ha limitado a las funciones que serían propias del programa para el que ha sido nombrado funcionario interino, incluso teniendo en cuenta las sucesivas prórrogas, sino que ha desarrollado los cometidos propios de un auxiliar administrativo en la oficina de rehabilitación, con las atribuciones que tiene permanentemente asignadas, por lo que se ha utilizado abusivamente aquella figura del nombramiento interino, con encadenamientos sucesivos que vienen a entrañar el fraude a cuyo paso trata de salir la jurisprudencia del TJUE.*

*Es lógico que el actor no haya impugnado ninguno de los nombramientos y prórrogas sucesivos, pues, en definitiva, le permitían seguir prestando sus servicios para el Concello, además de que el encadenamiento fraudulento de nombramientos se comprueba una vez que, a la vez que se realizan los cometidos propios del programa que ha motivado el inicial nombramiento, se llevan a cabo labores ordinarias y permanentes de un auxiliar administrativo. Ello aparte de que ya hemos visto que el pronunciamiento segundo de la Sentencia del 14 de septiembre de 2016 del TJUE declara que han de tratar de evitarse los obstáculos procesales que dificulten la efectividad de la sanción apropiada tras la apreciación de la existencia de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada o nombramientos temporales, como el que ahora se examina (...).*

*El incumplimiento por el Concello de Santiago de Compostela de la normativa de aplicación se ha producido en una doble vertiente, en primer lugar en el carácter de las funciones desarrolladas por el funcionario interino, que lo fueron de carácter permanente, y en segundo lugar en la nota de la temporalidad del programa al amparo del cual se produjo su nombramiento, al ser nombrado para la ejecución de un programa que carecería de una temporalidad predefinida, prolongándose la situación irregular durante más de ocho años (...). La consecuencia indeclinable de la apreciación del fraude en el encadenamiento de nombramientos sucesivos ha de ser el reintegro del recurrente a la plaza de funcionario interino de auxiliar administrativo, pero no puede mudarse el nombramiento por el de plaza vacante de la letra a) del artículo 10.1 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 (que ha derogado la Ley 7/2007), porque no existe tal plaza vacante. En cuanto a los efectos económicos, debido a que desde el 30 de mayo de 2016 hasta que se produzca el reintegro efectivo el recurrente no ha desempeñado el trabajo, conviene aclarar que tales efectos no pueden consistir en la totalidad de los emolumentos que tendría que percibir, pues, si bien la determinación ha de efectuarse en la fase de ejecución, han de tenerse en cuenta las sumas que haya podido obtener el señor Ezequiel en este tiempo, desde el cese hasta la reincorporación».*

El TS, en sus Autos de 30 de mayo, 12 y 13 de junio de 2017 (núms. 785/2017, 732/2017 y 1305/2017) ha admitido a trámite varios recursos de casación cuyo objeto precisamente es el de determinar si procede o no aplicar analógicamente a estas situaciones administrativas las mismas medidas adoptadas por “la jurisprudencia del orden social” (figura del *indeterino*), y si «el afectado por la utilización abusiva de los nombramientos temporales tiene o no derecho a indemnización, por qué concepto y en qué momento».

Regap



NOTAS

## 5.2 Los funcionarios interinos carecen de derecho indemnizatorio por su cese en legal forma. Inaplicabilidad del precedente de la Sentencia del TJUE “De Diego Porras” a las relaciones funcionariales

En nuestro derecho administrativo se dispone expresamente que *«El cese del personal funcionario interino no da lugar a indemnización»* (artículo 24.3 Ley 2/2015, del empleo público de Galicia). El demandante (funcionario interino cesado sin indemnización) pretendía que, por aplicación del efecto directo y útil de la cláusula 4.<sup>a</sup> de la Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP, sobre el trabajo de duración determinada, se le reconociese el mismo derecho indemnizatorio que el establecido para la extinción por causas objetivas de los contratos de los trabajadores fijos en el artículo 53.1.b) del Estatuto de los trabajadores (20 días por año de servicio), conforme al criterio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en su polémica sentencia de 14 de septiembre de 2016 dictada en el asunto C-596/14 “De Diego Porras”. El TSJG (Secc. 1.<sup>a</sup>), en su Sentencia de 15 de noviembre de 2017 (Rec. 293/2017, ponente: López González), desestimó la reclamación con el argumento de que:

*«(...) si bien a los funcionarios interinos debe aplicárseles el mismo régimen que a los funcionarios de carrera, no procede, en cambio, establecer tal asimilación respecto del personal laboral. Ciertamente es que el trabajo de todos ellos es semejante y que, sobre tal aserto, podría postularse una igualdad de trato; pero no lo es menos que el ordenamiento jurídico vigente solo contempla esa equiparación entre los funcionarios interinos y los de carrera, y para estos últimos no se prevé ningún tipo de indemnización por razón de cese en su función».*

## 5.3 Sanción disciplinaria a funcionario que desempeñaba fuera de su horario laboral una actividad docente sin autorización previa de compatibilidad

La Sentencia del TSJG (Secc. 1.<sup>a</sup>) de 18 de octubre de 2017 (ponente: Rivera Frade, Rec. 106/2017) desestimó el recurso interpuesto por un funcionario contra la sanción de tres meses de suspensión de empleo y sueldo que se le impuso por la comisión de la infracción muy grave tipificada en el artículo 95.2 del texto refundido del Estatuto básico del empleado público, por desarrollar una actividad docente fuera de su horario laboral sin autorización previa de compatibilidad. Se afirma en la sentencia que:

*«(...) el Sr. xxxxxxx, funcionario de carrera del cuerpo general administrativo, subgrupo C1 destinado en la Jefatura Provincial de Tráfico de Lugo, ha venido realizando una segunda actividad ejerciendo como profesor asociado en la Escuela Universitaria de Relaciones Laborales de Lugo, cuyo titular es la Fundación Campus Universitario de Lugo, durante el segundo cuatrimestre de los cursos académicos 2014/2015 y 2015/2016, sin haber solicitado y consecuentemente sin haber obtenido el preceptivo reconocimiento de compatibilidad. Y asimismo queda acreditado que el Sr. xxxxxxx percibe un complemento específico cuya cuantía supera el 30 % de sus retribuciones básicas, excluidos los conceptos que tienen su origen en la antigüedad, por lo que no cumple el requisito exigido en el artículo 16.4 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, para obtener la autorización de compatibilidad, salvo que hubiera solicitado y se le hubiera reconocido la reducción de la cuantía del complemento específico (...).*

*Lo que le reprocha la Administración en el acuerdo sancionador es la ausencia de la preceptiva autorización administrativa, que exige tanto el artículo 14 de la Ley 53/1984 como el artículo 8 del reglamento de desarrollo. Para que este reproche sancionador se considere conforme a derecho, no es necesario que la Administración explique en qué medida la labor docente desarrollada comprometió la imparcialidad y el interés público. Tampoco es relevante que en los últimos años el actor estuviese suspendido de hecho de las funciones inherentes a su puesto de trabajo en la Jefatura Provincial de Tráfico. Lo relevante a efectos de entender cometida la infracción imputada y por la que el Sr. xxxxxx fue sancionado es que ha desarrollado una actividad privada sin tener reconocida la compatibilidad, pues ni siquiera llegó a solicitarla. Consta que en el año 2004 presentó una solicitud de compatibilidad, pero también que acabó desistiendo de ella, sin que volviese a presentar otra en momento posterior.*

*El centro en el que desarrolló la actividad privada se trata de una fundación benéfico-privada de interés gallego, titular de la Escuela de Relaciones Laborales de Lugo, cuya titulación está adscrita a la Universidad de Santiago de Compostela. Pero la naturaleza privada de la entidad titular del centro universitario en el que desarrolló su labor docente carece de relevancia a los efectos de entender cometida la infracción. En el título de imputación ya figuran como elementos integrantes de la conducta por la que ha sido sancionado la existencia de una segunda actividad laboral privada respecto a la principal desempeñada para la Dirección General de Tráfico, incumpliendo el actor con la obligación de obtener el reconocimiento de compatibilidad para el ejercicio de dicha actividad, que además no podría obtener, pues en su actividad pública desempeña un puesto de trabajo por el que percibe un complemento específico que supera el porcentaje establecido en el apartado 4 del artículo 16 de la Ley 53/1984, extremo que no cuestiona en su demanda. A efectos de entenderlo incurso en la infracción administrativa por la que fue sancionado, carece de relevancia la carga docente que tenía que soportar, o el hecho de que sus retribuciones fuesen más o menos cuantiosas, o la finalidad que pretendía conseguir con dicha ocupación. La calificación de la conducta como infractora atiende a la concurrencia de datos objetivos que en este caso concurren, como es que ha desarrollado una actividad privada sin haber obtenido autorización para ello.*

*El hecho de que la Administración conociese desde el año 2004 que el actor ha estado prestando servicios como docente en la Escuela de Relaciones Laborales de Lugo, pues hizo valer su historial docente en el concurso específico para examinador-coordinador de la JPT de Lugo, no desvirtúa el carácter infractor de su comportamiento. No consta que dicha circunstancia hubiese sido valorada como mérito. Y para el caso de que así fuese, no eliminaba la exigencia de pedir autorización para el desempeño, años después, de una actividad docente privada.*

*Por lo demás, no se aprecia relación entre la incoación del expediente en el que recayó la sanción objeto de recurso (incoado en el mes de octubre de 2016) –y recordemos que lo fue por no haber pedido autorización de compatibilidad con la actividad docente desarrollada en los cursos académicos 2014/2015 y 2015/2016–, con la declaración como testigo ocho años antes, ni con el acoso laboral del que dice haber sido objeto a partir de ese año. La sucesión cronológica de los hechos relatados en su demanda permite descartar un ánimo de represalia en la incoación del procedimiento sancionador y en la sanción finalmente impuesta.*

*Finalmente, y en cuanto a la sanción, teniendo en cuenta que, conforme a lo dispuesto en el artículo 96 c) del TREBEP, “Por razón de las faltas cometidas podrán imponerse las siguientes sanciones: c) Suspensión firme de funciones, o de empleo y sueldo en el caso del personal*

Regap



NOTAS

*laboral, con una duración máxima de 6 años”, la sanción de suspensión de funciones durante un total de tres meses no se entiende desproporcionada, al haberse prolongado la actuación infractora durante dos cuatrimestres, uno por cada año académico».*

#### 5.4 Aptitud de los ingenieros de caminos para desempeñar jefaturas de servicio de la Xunta de Galicia relacionadas con el urbanismo y el medio ambiente. Improcedencia de reservar dichas jefaturas exclusivamente a arquitectos

En su Sentencia de 4 de octubre de 2017 (Rec. 178/2014, ponente: López González), el TSXG estimó el recurso promovido por el Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos de Galicia, anulando en parte la relación de puestos de trabajo de la Consellería de Medio Ambiente, Territorio e Infraestructuras en cuanto reservaban varias jefaturas de servicio exclusivamente a arquitectos, con exclusión de los ingenieros. Consideró el tribunal que:

*«(...) no se aportan otros extremos justificativos que los referidos a las facultades de autoorganización que a la Administración competen en la materia, incidiendo en que, si bien se han producido algunos leves retoques, en lo sustancial que aquí interesa se ha mantenido, respecto a dichos puestos, lo contemplado en la RPT de 2011. Tal argumentación resulta a todas luces insuficiente si tenemos en cuenta, de una parte, que las funciones que se indican respecto de los repetidos puestos son perfectamente asumibles por los ingenieros de caminos, canales y puertos, que cuentan entre las especialidades propias de la carrera la de Urbanismo, estando plenamente capacitados para el desarrollo de las funciones relativas a ordenación del territorio y urbanismo, materias para las que los ingenieros de caminos, canales y puertos reúnen similar idoneidad que los arquitectos superiores.*

*Consecuentemente, partiendo de la base de que la reserva de un puesto para quienes posean una concreta titulación solo es admisible cuando su necesidad se deduzca objetivamente de la indole de las funciones a desempeñar o de la aplicación de la normativa o reglamentación a tener en cuenta y que, en el caso concreto que se analiza, tal pretendida necesidad está contradicha no solo por la normativa general y aquellas otras referidas al contenido de los estudios y especialidades de la titulación de Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos, sino también, y entre otras posibles, por el mismo artículo 84 de la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia, en la redacción y con las modificaciones introducidas en la misma por la Ley 15/2004, de 29 de diciembre, que en su punto 2 literalmente establece que “la redacción del proyecto del plan general –de urbanismo, se entiende, por referencia al punto 1– habrá de realizarse por un equipo multidisciplinar formado por un mínimo de tres especialistas con titulación universitaria de segundo o tercer ciclo, de los que al menos uno de ellos tendrá que ser arquitecto o ingeniero de caminos, canales y puertos”, extremo del que se deduce que en materia de urbanismo y ordenación del territorio es equiparable la idoneidad de arquitectos superiores e ingenieros superiores de la rama que se dice, por lo que se evidencia, y se sigue de todo ello, que la exclusividad establecida a favor de los arquitectos superiores en los citados puestos de trabajo de la RPT aprobada no cuenta con el respaldo necesario y suficiente para oponerse con éxito a la impugnación articulada por la parte demandante».*

## 6 Proceso contencioso-administrativo

### 6.1 Medidas cautelares. Ponderación de los intereses en conflicto. Prevalencia de los vinculados a la protección del medio ambiente sobre los económicos del promotor de una actividad industrial

En la Sentencia del TS (Secc. 5.ª) de 18 de julio de 2017 (Rec. 2559/2016, ponente: Fernández Valverde) se confirmó la desestimación de la medida cautelar solicitada por el titular de una fábrica de harinas y aceites de pescados en el recurso contencioso-administrativo que interpuso contra una resolución de la Xunta de Galicia que revisó de oficio y declaró la nulidad de la renovación de la autorización ambiental integrada previamente concedida a dicha industria. La fábrica se sitúa en el espacio natural protegido Ensenada de San Simón, incluido en la lista gallega de Lugares de Importancia Comunitaria de la Red Europea Natura 2000, y declarado zona de especial protección de los valores naturales. Afirma el alto tribunal lo siguiente en esta sentencia:

*«La recurrente insiste en la ausencia de toma en consideración por la sentencia de instancia del carácter irreparable de los perjuicios que se producirían a la recurrente de no poder continuar con su actividad, no teniendo, pues, en cuenta el mandato del periculum in mora, previa valoración de las circunstancias de los intereses en conflicto, ya que se produciría una situación irreversible con parada de la actividad, cierre de la industria y desaparición de la entidad mercantil, que contaba con licencia pero que la Administración ha procedido a su revisión de oficio, siendo esta una situación diferente de la de la industria que no contaba con tal licencia o autorización. Lo cierto, sin embargo, es que la sala de instancia ha tomado en consideración los intereses medioambientales en juego, dando a los mismos un carácter prevalente, como ya hemos expuesto.*

*Desde otra perspectiva –la medioambiental– debe recordarse que la protección medioambiental se nos presenta hoy –en el marco de la amplia, reciente y variada normativa sobre la materia, en gran medida fruto de la transposición de las normas de la Unión Europea– como un reto ciertamente significativo y como uno de los aspectos más sensibles y prioritarios de la expresada y novedosa normativa. Ya en el apartado I de la exposición de motivos de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo (texto refundido de la misma aprobado por Real decreto legislativo 2/2008, de 20 de junio), se apelaba en el marco de la Constitución española –para justificar el nuevo contenido y dimensión legal– al “bloque normativo ambiental formado por sus artículos 45 a 47”, de donde deduce “que las diversas competencias concurrentes en la materia deben contribuir de manera leal a la política de utilización racional de los recursos naturales y culturales, en particular el territorio, el suelo y el patrimonio urbano y arquitectónico, que son el soporte, objeto y escenario de aquellas al servicio de la calidad de vida”.*

*Pues bien, desde tal consideración, y teniendo en cuenta el principio de desarrollo territorial y urbano sostenible (artículo 2 del citado texto refundido), los nuevos derechos de los ciudadanos en la materia (artículo 4) y los deberes de los mismos (artículo 5), el actual contenido del derecho de propiedad (artículo 9), así como el régimen de utilización del suelo rural (artículo 13), debemos llegar a la conclusión de que actuaciones como la de autos –desde la perspectiva cautelar desde la que ahora la analizamos– suponen una “perturbación grave de los intereses generales” y, en consecuencia, justifican plenamente la denegación de la*

Regap



NOTAS

*medida cautelar pretendida. Es, sin duda, la expresada proyección normativa la que nos mueve a tal consideración, en un supuesto como el de autos –recordamos– en el que la autorización ambiental integrada con la que contaba la industria fue anulada por la STSJ de Galicia de 15 de diciembre de 2011».*

## 6.2 Responsabilidad patrimonial por deficiente prestación sanitaria de una mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales: competencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia

El TS (Sala de Conflictos), en su Auto de 26 de septiembre de 2017 (Rec. 10/2017, ponente: Martínez Micó), resolvió el conflicto negativo de competencia suscitado entre la Sala de lo Contencioso-Administrativo y la de lo Social del TSJG sobre una reclamación de responsabilidad patrimonial por deficiente prestación sanitaria dirigida por un trabajador frente a la mutua FREMAP. El Tribunal Supremo concluye que le corresponde el conocimiento del asunto, en primera y única instancia, a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, porque:

*«(...) como consecuencia de la plena identificación de las mutuas como “parte del sector público estatal de carácter administrativo”, el régimen de reclamación judicial de indemnizaciones en concepto de responsabilidad patrimonial por prestaciones defectuosas de las entidades colaboradoras de la Seguridad Social viene dado por la remisión que el artículo 68.4 (hoy 99.2) del TRLGSS –que en este caso sí estaba vigente cuando se inició el presente procedimiento– realiza a la Ley reguladora de la jurisdicción social, siendo obvio que tal remisión incluye el artículo 3 g) de dicha norma procesal, cuya fuerza excluyente abarca, sin ninguna duda, “las reclamaciones sobre responsabilidad patrimonial de (...) las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud”, en el que claramente se incluyen a estos efectos las referidas mutuas. (...) Tal precepto prevé que “Las reclamaciones que tengan por objeto prestaciones y servicios de la Seguridad Social objeto de la colaboración en su gestión o que tengan su fundamento en las mismas, incluidas las de carácter indemnizatorio, se sustanciarán ante el orden jurisdiccional social, de conformidad con lo establecido en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social”. Pero el inciso en cuestión –“incluidas las de carácter indemnizatorio”– no puede, como bien dice el auto de la Sala de lo Social de Galicia de 28 de marzo de 2017, interpretarse en el sentido de entender que se ha producido una modificación legislativa fruto de la cual el orden social sería competente en acciones de responsabilidad de daños y perjuicios por deficiente prestación de asistencia sanitaria por una mutua, y ello, además de por lo ya expuesto, en esencia por cuanto tal inciso se refiere a las prestaciones de la Seguridad Social de carácter indemnizatorio que puedan ser a cargo de una mutua, como sería el caso, por ejemplo, de las indemnizaciones prestacionales previstas para la incapacidad permanente parcial o por unas lesiones permanentes no invalidantes en los términos recogidos en el texto refundido de la LGSS. El propio artículo 68.4 de la LGSS remite a la LRJS –“de conformidad con lo establecido en...”– y, como vimos, la LRJS excluye en el artículo 3 del orden jurisdiccional social acciones como la que nos ocupa. En definitiva, que tal inciso del artículo 68.4 de la LGSS no está referido a las indemnizaciones de daños y perjuicios por deficiente asistencia sanitaria prestada por una mutua –que están excluidas del orden jurisdiccional social, según lo más*



arriba expuesto–, sino, únicamente, a las prestaciones de Seguridad Social que consisten en una indemnización.

Resulta esclarecedora, además, la observación que realiza la Sala de lo Social del TSJ de Galicia en el sentido de descartar cualquier posible antinomia entre, de un lado, el conjunto normativo que forman el citado artículo 3.g) de la LJS, la DA 12 de la (hoy derogada) Ley 30/92, el artículo 2.e) de la LJCA, y el artículo 9.4 de la LOPJ, todos ellos coincidentes en la atribución de este tipo de litigios (en materia de responsabilidad patrimonial por daños y perjuicios derivados de una prestación defectuosa) a la jurisdicción contencioso-administrativa, y de otro lado la referencia a las reclamaciones “de carácter indemnizatorio” que contenía el artículo 68.4 del TRLGSS de 1994, ya que estas últimas han de entenderse referidas –como apunta el tribunal– a las prestaciones y servicios, precisamente, de carácter indemnizatorio que tienen a su cargo –en el marco de su colaboración con la Seguridad Social y por tanto de su propia actividad ordinaria– estas mutuas, mientras que la responsabilidad patrimonial derivada precisamente del carácter defectuoso o disfuncional de esa actividad no constituye obviamente prestaciones indemnizatorias, o, si se quiere, indemnizaciones con un fundamento prestacional, que es lo que describe la norma, sino que se trata de meras reclamaciones de responsabilidad objetiva por mal funcionamiento de una entidad que a estos efectos la ley considera “de carácter administrativo” e “integrada en el sector público estatal”.

Y finalmente es claro que el artículo 2.r) LJS, que también invocaba la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ gallego en su auto de 10 de julio de 2015 para excluir la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, no es aplicable al caso, puesto que ni las mutuas colaboradoras de la Seguridad Social, como FREMAP, son fundaciones laborales, ni sus asociados son los trabajadores que los empresarios asociados a ellas aseguran, lo que comporta la existencia de un pleito entre el asegurado y la aseguradora, supuesto distinto del que pueda existir entre la aseguradora y el empresario mutualista de la misma que aseguró con ella a su empleado».

### 6.3 Reclamación contra el Instituto Galego de Vivenda e Solo por defectos constructivos en viviendas de protección. Competencia de la jurisdicción civil

El TSJG (Secc. 2.ª), en su Sentencia de 26 de octubre de 2017 (Rec. 4321/2017, ponente: Recio González), confirmó en apelación el auto que inadmitió, por falta de jurisdicción contencioso-administrativa, la reclamación indemnizatoria formulada por adquirentes de vivienda protegida frente al IGVS, la constructora, el arquitecto y el aparejador, por defectos constructivos. Se afirma en la sentencia lo siguiente:

«(...) Es un proceso por vicios o defectos de la construcción, no por responsabilidad patrimonial de la Administración. Es una cuestión contractual entre una Administración y un particular, un contrato que se rige por el derecho privado, aunque haya una Administración de por medio. (...) Lo cierto es que examinando las actuaciones se verifica que se trata de una reclamación por responsabilidad contractual de los artículos 1.101 y 1.591 del Código civil (...). Como se señala en el ATS, especial sección 42 del 19 de junio de 2009, Sentencia: 67/2009, Recurso: 80/2008, y partiendo de que las acciones ejercitadas son las de responsabilidad contractual por defectos constructivos de los artículos 1.591 y 1.101 del Código

Regap



NOTAS

*civil, y en su concepto de promotora-vendedora de las construcciones, el tema debe ser resuelto no en la perspectiva de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública, sino desde la óptica de la responsabilidad contractual de la Administración pública (...). Y partiendo de que la normativa aplicable es la contractual, hay que entender que los contratos de ejecución de obra y de compraventa de vivienda son contratos privados y que las reclamaciones formuladas son ajenas a la calificación de "actos separables", por lo que la competencia para conocer de las pretensiones de la comunidad accionante corresponde a los tribunales del orden jurisdiccional civil, a lo que no obsta la naturaleza jurídica del IGVS porque si en todo contrato administrativo ha de ser una de las partes una Administración pública, no todos los contratos que celebra una Administración pública son administrativos (...). Así, en el ATS, especial sección 42 de 18 de diciembre de 2009, Sentencia: 74/2009, Recurso: 19/2009, se dice lo siguiente: "Con carácter previo debe resaltarse que el objeto del proceso viene configurado en el aspecto objetivo por la causa petendi y el petitum de la demanda, que, en el caso, se concreta en una reclamación contractual derivada de contrato de compraventa, acumulándose a las acciones de cumplimiento de varios contratos la de responsabilidad por vicios ruinógenos del artículo 1.591. La anterior apreciación es importante a efectos de determinar la competencia jurisdiccional, porque excluye la aplicación de la normativa procesal relativa a la responsabilidad patrimonial stricto sensu de las administraciones públicas, respecto de la que rige un criterio amplio en orden a la atribución de la competencia jurisdiccional a los tribunales del orden contencioso-administrativo, y centra la cuestión en el ámbito de la responsabilidad contractual, respecto de la que, para determinar el sector jurisdiccional competente, ya no es decisiva la condición de Administración pública de la entidad demandada, sino el carácter administrativo, privado o mixto del contrato y, en su caso, la faceta del contrato en que se origina la controversia (artículos 5 y ss. TRLCAP, RD legislativo 2/2000, de 16 de junio; Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público). Por ello, cuando se pretende la responsabilidad contractual de una entidad pública, no es definitiva esta condición para declarar la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, pues no es aplicable el artículo 2.e) LJCA, sino el 2.b), el cual ha de complementarse con la Ley de contratos de las administraciones públicas. Las acciones ejercitadas en la demanda formulada por la comunidad de propietarios se refieren a los contratos de compraventa celebrados por el Instituto Gallego de la Vivienda y Suelo con cada uno de los adquirentes de las fincas que integran el edificio. Se trata de contratos privados y se acciona por cuestiones eminentemente civiles, sin que quepa confundir dichos contratos con el de adquisición –promoción– del edificio por el IGVS».*

## 7 Tributos

### 7.1 Impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos (plusvalía)

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 59/2017, de 11 de mayo (BOE 15/06/2017), declaró la nulidad de la regulación del impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos –IIVT– (plusvalía) establecida en los artículos 107.1, 107.2.a) y 110.4 del texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales aprobado por Real decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo (LHL), «en la medida en que someten a tributación situaciones de inexistencia de incrementos de valor».

El TSJG (Secc. 4.<sup>a</sup>), en su Sentencia de 14 de julio de 2017 (Rec. 15002/2017, ponente: Fernández Leiceaga), interpretó los efectos de dicha declaración de nulidad concluyendo que solo afecta a las autoliquidaciones o liquidaciones del impuesto impugnadas si el sujeto pasivo que solicita la devolución de ingresos indebidos justifica que entre las dos transmisiones del inmueble se produjo una disminución de su valor. Para ello, el Tribunal Superior toma como referencia el valor declarado en las escrituras públicas de transmisión del bien (compraventa, donación, etc.). En el supuesto analizado en la sentencia, el sujeto pasivo había adquirido en 2009 un inmueble por donación con valor escriturado de 240.000 euros y lo vendió en 2013 por 200.000 euros. La sala anuló la liquidación incidiendo en que:

*«(...) cuando la diferencia entre el valor inicial de adquisición y el valor de transmisión es negativo (sin matizaciones), no es posible –con la configuración del impuesto tal y como resulta del actual texto legal con el pronunciamiento del TC– girar el IVTNU, lo que implica que estimemos el recurso, anulando el artículo 6.1 de la ordenanza en tanto en cuanto someta a tributación situación en la que no existe incremento de valor... Todo ello sin perjuicio de la solución que a las operaciones ya realizadas otorgue el legislador (quien parece optar por una nueva configuración del impuesto)».*

A mayor abundamiento, el TSJG consideró en dicha sentencia que en estos supuestos se produce, implícitamente, una “impugnación indirecta” de la ordenanza fiscal municipal reguladora del impuesto, por lo que frente a la sentencia de instancia siempre cabrá recurso de apelación con independencia de la cuantía del proceso (artículo 81.2.d) Ley 29/1998 –LJCA–).

Por otra parte, el TS (S.<sup>a</sup> 3.<sup>a</sup>), mediante sendos Autos de 11 de diciembre de 2017 (recs. 4980/2017 y 4983/2017), ha admitido a trámite dos recursos de casación contra sentencias del Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 2 de A Coruña con el objeto de:

*«Determinar si, para garantizar la seguridad jurídica (artículo 9.3 de la Constitución), la igualdad en la aplicación de la ley (artículo 14 de la Constitución) y el respeto de la reserva de ley en materia tributaria (artículos 31.3 y 133.1 y 2 de la Constitución), la inconstitucionalidad de los artículos 107.1, 107.2 a) y 110.4 del texto refundido de la Ley de haciendas locales, aprobado por el Real decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo, declarada en la Sentencia del Tribunal Constitucional 59/2017, de 11 de mayo, obliga en todo caso a la anulación de las liquidaciones y al reconocimiento del derecho a la devolución de ingresos indebidos en las solicitudes de rectificación de autoliquidaciones por el impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana, sin entrar a valorar la existencia o no en cada caso de una situación inexpresiva de capacidad económica, como defiende el juzgador de instancia».*

## 7.2 Excepcionalidad de la notificación de liquidaciones mediante publicación por edictos. Debe investigarse el domicilio actual del sujeto pasivo para practicar la notificación personal

La Sentencia del TSJG de 14 de julio de 2017 (ponente: Gómez y Díaz-Castroverde, Rec. 15481/2016) anuló la providencia de apremio impugnada porque la liquidación del impuesto de sucesiones que le dio causa no le fue notificada personalmente al interesado, sino mediante publicación de edictos, sin haberse realizado una mínima investigación sobre su domicilio actual. Afirma el tribunal que:

Regap



NOTAS

«(...) En lo que a la notificación de la liquidación se refiere, como esta sala hizo notar en otras ocasiones en materia de notificaciones, debe extremarse la actividad de la Administración en orden a obtener la notificación personal de la resolución dictada evitando mantener el procedimiento en su estricta vertiente formal, lo que ha sido ya en otras ocasiones rechazado por el Tribunal Constitucional, entre otras, en la STC, Sala 1.ª, de 25/2/2008, cuyos términos, en lo que resulta de interés al presente caso, son los siguientes: "... Ahora bien, una vez frustradas las posibilidades de notificación personal a la entidad recurrente por ser ignorado su paradero en ese domicilio, la Administración sancionadora no podía limitarse a proceder a la notificación edictal sin desplegar una mínima actividad indagatoria en oficinas y registros públicos para intentar determinar un domicilio de notificaciones alternativo en que pudiera ser notificada personalmente. Ello le hubiera llevado, sin mayor esfuerzo, a una correcta determinación del domicilio social de la recurrente, tal como se verifica con la aparente normalidad con la que en vía de ejecución se accedió a dichos datos para la notificación de la providencia de apremio". Doctrina la anterior que, aun referida a una persona jurídica, es igualmente aplicable a las personas físicas, por convergencia del precitado artículo 167.3, c) LGT y de los derechos de defensa del recurrente (artículo 24.1 CE). (...) El denominador común en todas estas sentencias es el del carácter subsidiario y excepcional de la notificación edictal, lo que remarca la Sentencia de esta sala y sección de 20 de abril de 2007 (RJ 2007, 4296) (...).

Y esta postura, cuando no se trata de notificaciones en las que el destinatario se encuentra ausente, sino que es desconocido en el domicilio, debe extremarse al punto de exigir alguna averiguación del mismo antes de recurrir a la publicación edictal. Cierto es que en el presente caso es el contribuyente quien ha facilitado un domicilio en el que luego resulta desconocido; pero también lo es que entre la fecha de presentación de la autoliquidación y la fecha en que se notifica el trámite de audiencia ha transcurrido ya un amplio período de casi dos años y medio, circunstancia temporal ésta que aconsejaba aquella averiguación, si no la hacía imprescindible. Y más aún si se repara en que en el expediente constaba el domicilio del presentador del documento y en las bases de datos de la AEAT el domicilio fiscal del recurrente, en el que luego se notifica la providencia de apremio. Y si bien es cierto que por el TEAR se argumenta en relación con la obligación de notificar el cambio del domicilio, tal obligación se ensombrece ante los medios de la Administración para averiguar domicilios alternativos y el tiempo que media entre la presentación de la documentación y el inicio de actuaciones.

Procede, en consecuencia, la estimación del recurso, sin que proceda acoger la prescripción alegada, conforme a lo antes expuesto, ni tampoco la petición subsidiaria de anulación de la liquidación principal, por no ser este el momento de resolver sobre tal petición, debiendo limitarse la estimación del recurso a la anulación de la providencia de apremio, sin perjuicio de que pueda ahora impugnarse la liquidación mediante el medio que el recurrente estime oportuno, en el plazo de un mes a partir del siguiente a la notificación de la presente sentencia».

### 7.3 Impuesto de bienes inmuebles (IBI). Las academias de policía no se benefician de la exención correspondiente a centros públicos de enseñanza

El TSJG, en su Sentencia de 15 de noviembre de 2017 (Rec. 15023/2017), revocó la de instancia y desestimó el recurso contencioso-administrativo promovido por la Xunta de Galicia

contra la liquidación do IBI girada a la Academia Galega de Seguridade Pública –AGASP–, situada en A Estrada, tras concluir que:

*«Dispone el artículo 62 del Real decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales, por lo que al IBI se refiere, lo siguiente: “1. Estarán exentos los siguientes inmuebles: a) Los que sean propiedad del Estado, de las comunidades autónomas o de las entidades locales que estén directamente afectos a la seguridad ciudadana y a los servicios educativos y penitenciarios, así como los del Estado afectos a la defensa nacional”. Condiciona el precepto la exención al cumplimiento de un doble requisito: el de carácter subjetivo, en relación con la titularidad de bienes del Estado, comunidades autónomas o entidades locales y, otro de tipo objetivo, consistente en la afectación directa a la seguridad ciudadana, a los servicios educativos y penitenciarios, así como los del Estado afectos a la defensa nacional (...).*

*Aunque el artículo 3.2 de la LOE dispone que “las enseñanzas que ofrece el sistema educativo son las siguientes: e) Formación profesional”, sin embargo el artículo 39 establece que únicamente la formación profesional inicial forma parte del sistema educativo, pero no las acciones de inserción y reinserción laboral de los trabajadores, ni las orientadas a la formación continua en las empresas que permitan la adquisición y actualización permanente de las competencias profesionales.*

*(...) al margen de que la AGASP, conforme al artículo 5 de la Ley 1/2007, realiza otras funciones además de las formativas, las de esta naturaleza no se integran en el sistema educativo de la LOE».*

#### 7.4 Cuantificación de la tasa por ocupación del dominio público a operadoras de telecomunicaciones. Inaplicabilidad del tipo del 1,5 % de los ingresos de facturación establecido en la legislación de haciendas locales

La Sentencia de 11 de octubre de 2017 del TSJG (Secc. 4.<sup>a</sup>, ponente: Fernández Leiceaga) ratificó la liquidación de la tasa girada por el Concello de A Coruña a una operadora de telecomunicaciones por ocupación del dominio público, con la siguiente fundamentación:

*«(...) A STXUE do 12 de xullo de 2012 respondeu en sentido afirmativo sobre a eficacia directa do artigo 13 da Directiva 2002/20, que debe ser entendido no sentido de que se opón á aplicación a un canon por dereitos de instalación de recursos nunha propiedade pública ou privada, ou por encima ou por baixo desta, aos operadores que, sen seren propietarios dos devanditos recursos, os utilizan para prestar o servizo de telefonía. E, á vista da resposta dada a esta cuestión, resultaba innecesario responder á suscitada sobre a cuantificación da taxa.*

*Desde a devandita sentenza do TXUE, a doutrina desta sala é a seguinte:*

*1.º) En relación co feito imponible permítese exclusivamente a imposición de canons ou taxas polos dereitos de uso de radiofrecuencias (taxa por espectro electrónico); dereitos de uso de numeración (taxas por numeración); e dereitos de instalación de recursos en propiedade pública ou privada, ou por encima ou por baixo desta (taxa por ocupación ou aproveitamento especial do dominio público local).*

Regap



NOTAS

2.º) *En canto á transcendencia da titularidade da rede ou recursos instalados no dominio público local, seguindo neste punto a doutrina do TXUE:*

- *O artigo 13 da directiva de autorización non permite incluír nos canons ou taxas os operadores que, sen seren propietarios dos recursos instalados no dominio público, utilicen os recursos instalados doutras operadoras.*

- *A directiva non define nin o concepto de instalación, de recursos nunha propiedade pública ou privada ou por encima ou por baixo desta, nin o obrigado ao pago do canon devindicado polos dereitos correspondentes á instalación. Con todo, do artigo 11.1 da directiva marco pode deducirse que se refire á empresa ou operadora habilitada para instalar os recursos necesarios no solo, subsolo ou o espazo situado por encima do solo; e os termos recursos e instalacións remiten ás infraestruturas físicas que permiten a comunicación electrónica e á súa colocación física na propiedade pública ou privada.*

3.º) *En canto á cuantificación da taxa, este tribunal, de maneira reiterada e en aplicación da doutrina contida nas mencionadas conclusións da avogada xeral cando non é compatible cos seguintes requisitos:*

- *Transparencia, para cuxo efecto, este tribunal sinala que as ordenanzas reguladoras cumpren con este requisito se resulta adecuado e coas garantías suficientes o procedemento normativo de aprobación e a publicidade.*

*Agora ben, poden xurdir problemas cando as regras ou a fórmula de cálculo non gardan relación co valor real do aproveitamento.*

*Para estes efectos, non resulta transparente o método de cálculo se os informes económicos non incorporan criterios de cálculo que se correspondan cos valores de mercado da propiedade ou da utilidade obtida pola súa utilización, resultando difícil interpretar a necesaria conexión.*

- *Obxectividade ou xustificación obxectiva, exigencia que non se dá cando o importe do canon ou a taxa non garda relación coa intensidade do uso do recurso escaso e o valor presente e futuro do devandito uso. E este requisito non se cumpre cando a contía da taxa vén determinada polos ingresos brutos obtidos por unha compañía ou polo seu volume de negocio.*

- *Proporcionalidade, requisito que non concorre na cuantificación que utiliza parámetros que presenta un importe que vai máis aló do necesario para garantir o uso óptimo de recursos escasos. Isto é, a contía debe gardar unha relación de proporcionalidade cos usos ou utilización do dominio público polos operadores de telefonía.*

- *Non discriminación, exigencia que se infrinxe cando o gravame resulta superior para un operador con respecto a outro ou outros se o uso ou a utilización do dominio público por un e outros é equiparable.*

*(...) O TRLFL tampouco impón un determinado método para o cálculo do importe da taxa de que se trata, polo que as corporacións locais poden establecer diferentes fórmulas sempre que se respecten os límites derivados dos seus artigos 24 e 25.*

É dicir, ha de terse en conta: 1.º) que non resulta aplicable o réxime especial de cuantificación do artigo 24.1.c) aos servizos de telefonía móbil; 2.º) que ha de atenderse á regra xeral do artigo 24.1.a) que impón que se tome como valor de referencia o valor que tería no mercado a utilidade derivada da utilización ou aproveitamento, se os bens afectados fosen de dominio público –“para tal fin, as ordenanzas fiscais poderán sinalar en cada caso, atendendo á natureza específica da utilización privativa ou do aproveitamento especial de que se trate, os criterios e parámetros que permitan definir o valor de mercado da utilidade derivada”–; 3.º) que para a determinación da contía das taxas poderán terse en conta criterios xenéricos de capacidade económica dos suxeitos obrigados a satisfacelas; e 4.º) que os respectivos acordos de establecementos de taxas pola utilización privativa ou o aproveitamento especial do dominio público deben adoptarse á vista de informes técnico-económicos en que se poña de manifesto o devandito valor de mercado –informes que se incorporarán ao expediente de adopción do correspondente acordo.

O criterio desta sentenza é aplicable tamén para o caso do artigo 24.1.c no que afecta ás empresas de telefonía fixa e supón unha evidente matización da STS 16/02/2010 (por todas, sentenza Cilfit e outros, asunto 283/81, do 6 de outubro de 1982).

QUINTO.- Pois ben, nestes momentos, debemos partir da sentenza do Tribunal de Xustiza do 21 de xullo de 2011 (TXCE 2011, 230) que, no que agora interesa, se pronunciou nos seguintes termos (...):

35 Tendo en conta as anteriores consideracións, procede responder á cuestión exposta que o artigo 6 da Directiva 97/13 debe interpretarse no sentido de que non se opón a unha normativa dun Estado membro que lles impón aos titulares dunha autorización xeral unha taxa que se calcula con periodicidade anual sobre a base dos ingresos brutos de explotación dos operadores suxeitos a ela e que se destina a sufragar os gastos administrativos relacionados cos procedementos de expedición, xestión, control e execución das ditas autorizacións, sempre que o total dos ingresos obtidos polo Estado membro en virtude da dita taxa non exceda o total dos gastos administrativos mencionados, o que lle corresponde comprobar ao órgano xurisdiccional remitente.

Desta escolma de xurisprudencia resulta que o establecemento do 1,5% da facturación bruta como método de cuantificación da base impositiva da taxa non cumpre as exixencias de relación custo do servizo/taxa, ao non acreditar a debida correspondencia e proporcionalidade entre un e outro, o que implica que ratifiquemos a sentenza neste punto.

Outro dos atrancos suscitados polo letrado do Concello é á extensión da nulidade acordada –artigo 4-5 da ordenanza– polo xulgador de instancia; o que acontece é que a dita oposición non é correcta, dado que o xulgador de instancia non anula –carece de competencia para facelo o artigo 8.1 e 10.1.a LXCA– ningún artigo da ordenanza, limitándose a fundamentar a anulación das liquidacións na ilegalidade da ordenanza (artigo 26-27 LXCA). Ao respecto cómpre indicar que a ordenanza –neste aspecto– é unha reprodución do artigo 24.1.c RDL 2/2004, e a causa de nulidade non é a infracción da Constitución, senón da normativa europea, polo que propiamente non estarmos ante unha cuestión de ilegalidade; o tema de se é compatible co ordenamento comunitario, a dita cuestión debe resolvela o tribunal, de considerar que non existe compatibilidade non aplicando a normativa nacional –como correctamente realiza– sen precisar que eleve a cuestión á Sala do Contencioso do TSX de Galiza (por tratarse dunha ordenanza), dado que o artigo 27 está previsto para os supostos

Regap



NOTAS

*de ilegalidade, entendida ao confrontar a norma regulamentaria coa normativa nacional, e non cando a ilegalidade é por vulnerar normativa comunitaria. O dito implica que non proceda facer unha declaración expresa de nulidade dos artigos 4-5 da ordenanza».*

## 8 Turismo

### 8.1 Reglamento regulador de los apartamentos y viviendas turísticas en Galicia

El TSJG (Secc. 1.ª), en su Sentencia de 15 de noviembre de 2017 (Rec. 91/2017, ponente: Díaz Casales), desestimó el recurso interpuesto por la Asociación de Viviendas Turísticas de Galicia contra el Decreto 12/2017, de 26 de enero, “por el que se establece la ordenación de apartamentos turísticos, viviendas turísticas y viviendas de uso turístico en Galicia” (DOG de 10/02/2017). En la sentencia se coteja cada uno de los preceptos impugnados con lo dispuesto al respecto en la Ley 7/2011, de 27 de octubre, de turismo de Galicia (modificada por la Ley 12/2014), concluyéndose su total compatibilidad. Entre otros aspectos, declara conforme a derecho la limitación a la posibilidad de cesión por habitaciones de la vivienda turística y la vivienda de uso turístico (artículos 4.2 y 5.1 del decreto); el establecimiento de un régimen diferenciado en función de elementos temporales para las viviendas de uso turístico, en atención a su reiteración o su duración de 30 días (artículo 5.2); la exigencia de la declaración responsable previa (artículos 5.4 y 30.1); la posibilidad de restringir el número máximo de viviendas de uso turístico por parte de los ayuntamientos (artículo 5.6); la limitación del período de alojamiento continuado a 3 meses (artículo 9.1); los requisitos técnicos y los servicios mínimos impuestos a los apartamentos y viviendas turísticas (artículos 15 y ss., artículos 23 y ss.), en especial que la vivienda no pueda superar las 10 plazas o la superficie mínima de las habitaciones; los requisitos mínimos de las viviendas de uso turístico (artículo 39); la exigencia de cédula de habitabilidad, licencia de primera ocupación o certificado del APLU (artículo 41.2.e); y la posibilidad de prohibición de la actividad por la ordenación de usos del sector o los estatutos de la comunidad de vecinos (artículo 41.5).

## 9 Universidades

### 9.1 Obtención de sexenios por silencio administrativo positivo

El TSJG (Secc. 1.ª), en sus Sentencias de 12 de julio y 27 de septiembre de 2017 (recs. 34/2017 y 14/2016, ponente: Díaz Casales), clarificó el sentido del silencio administrativo producido en los procedimientos de reconocimiento de los sexenios de los profesores universitarios tras las últimas reformas normativas. Concluyó que el silencio continúa siendo positivo, estimatorio de la solicitud de reconocimiento del sexenio, con las siguientes consideraciones:

*«(...) esta sala se inclina por entender que los efectos del silencio es positivo por los siguientes motivos: 1.º) la regla general ante la falta de resolución en plazo en los procedimientos iniciados a solicitud de los interesados es el silencio positivo, así resulta tanto del artículo 43 de la LPAC como del vigente artículo 24 de la Ley 39/2015 de procedimiento administrativo común; 2.º) la excepcionalidad de aquella regla exige que venga impuesta por una norma con rango de ley o norma de derecho comunitario que establezca lo contrario; 3.º) con arreglo a*



*los precedentes de esta sala entendimos que la falta de resolución determina la estimación del silencio, por lo que la inclusión en el anexo I del Real decreto ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, resultaba innecesaria y redundante, porque venía a confirmar el criterio que se deducía con anterioridad de las disposiciones citadas; y, por último, 4.º) la supresión del referido anexo operada por la disposición final vigésima sexta de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2014, vendría a confirmar aquella innecesidad y, en todo caso, tornaríamos a la situación de partida, de falta de previsión por disposición legal o norma de derecho comunitario del sentido negativo de la falta de resolución en plazo (...).*

*En el presente caso el recurrente defiende que la disposición adicional 26.ª de la Ley 22/2013 supuso la supresión de la referencia al procedimiento de reconocimiento de los sexenios del anexo del Real decreto ley 8/2011, en la que se incluye no solo el sentido del silencio, sino también el plazo, por lo que el mismo no puede entenderse de 6, sino de 3 meses.*

*Pues bien, la transcripción literal de los preceptos anteriormente referida nos lleva en efecto a esa conclusión por los siguientes motivos: 1.º) el Real decreto 1086/1989 sobre retribuciones de catedráticos y profesores de universidad no fijó ni el plazo máximo del procedimiento ni el sentido del silencio; 2.º) esa omisión fue colmada en el Real decreto 1777/1994, de 5 de agosto, que fijó que el sentido del silencio era negativo y el plazo del procedimiento era de 7 meses, pero que ha de entenderse derogada por la previsión contenida en el artículo 26 del Real decreto ley 8/2011; 3.º) por su parte, la disposición adicional primera de la Ley 4/1999 dio un plazo de 2 años para la adaptación de los procedimientos y la determinación del sentido del silencio, cuyo incumplimiento nos conminó a que mantuviéramos en varias sentencias que las previsiones del Real decreto 1777/1994 habían perdido vigencia, por lo que mantuvimos que en estos casos habríamos de estar a la aplicación del criterio general de sentido positivo del silencio en el caso de que no hubiera respuesta en el plazo de 3 meses (en este sentido, las Sts. de 8 de febrero de 2012 y de 29 de junio de 2016 recaídas, respectivamente, en los recursos 265/2011 y 367/2015); 4.º) por el Real decreto ley 8/2011, como dijimos, se incorpora el procedimiento al anexo, estableciendo el sentido positivo y el plazo de 6 meses; 5.º) la derogación de esa mención por la Ley 22/2013 de presupuestos para 2014 determina que volvamos a la situación originaria de falta de previsión de plazo y sentido del silencio, por lo que hemos de optar por aplicar la regla general contenida en los artículos 42 y 43 de la Ley 30/1992, vigente al tiempo de que el recurrente formuló su petición, y actualmente en los artículos 21.3 y 24 de la Ley 39/2015, que entró en vigor en octubre de 2016, en atención a que es evidente que la previsión contenida en el Real decreto 1777/1994 fue derogada por el Real decreto ley 8/2011 y que no recobró vigencia por la ulterior derogación de esta última por la Ley 22/2013, conforme a lo que dispone el artículo 2 del Código civil.*

*Por ello, al resultar contraria la denegación al sentido del silencio producido, se impone la estimación del recurso y la anulación de la resolución recurrida con arreglo a lo dispuesto en los artículos 44.4 a) de la LPAC, porque la resolución desestimatoria extemporánea en estos casos equivale a una revocación sin seguir el procedimiento de revisión».*

regap



NOTAS