

Xurisprudencia contencioso-administrativa

Jurisprudencia contencioso-administrativa

Contentious-administrative jurisprudence



FRANCISCO DE COMINGES CÁCERES

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

Recibido: 14/01/2019 | Aceptado: 19/01/2019

DOI: <https://doi.org/10.36402/10.36402/regap.v1i58.121>

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

SUMARIO: 1 Administración local. 1.1 Convenios de colaboración entre a Xunta de Galicia e os concellos para a coordinación dos servizos de transporte público. Requisitos procedementais. 1.2 Persoal do corpo de extinción de incendios. Legalidade da prohibición de realización de "horas extra" retribuídas a quen supere unha determinada idade. 1.3 Persoal da Administración local. Desempeño de funcións de superior categoría. Equiparación retributiva. Consolidación do grao persoal. 1.4 Responsabilidade patrimonial da Administración municipal por accidente de peón na vía pública. O Concello non pode achacarlle no proceso xudicial a responsabilidade ao seu contratista se non o declarou previamente na vía administrativa. 1.5 Reclamación de pagamento de facturas. Prescrición, determinación e cálculo dos xuros de demora. 2 Contratos públicos. 2.1 Procedemento administrativo para a imposición de penalidades ás contratistas de servizos públicos que cumpran incorrectamente as súas obrigas. Non lle resulta de aplicación o instituto da caducidade. 2.2 Contratación por unha universidade do servizo de rede sen fíos. Compatibilidade das restricións tecnolóxicas establecidas nas bases da licitación cos principios de libre concorrancia e competencia. 3 Medio ambiente e urbanismo. 3.1 Disciplina urbanística. Admisibilidade de recurso extraordinario de revisión fronte a orde de demolición firme, pola aparición sobrevida de fotografías sobre a antigüidade da obra. 3.2 Obras e actividades permisibles en edificios en situación de fóra de ordenación. 4 Patrimonio cultural. 4.1 Delimitación do Camiño de Santiago. Concepción dinámica do trazado. 4.2 Determinación da cor da pintura da fachada dunha edificación protexida estruturalmente. 5 Persoal. 5.1 Límites de acceso dos órganos de representación sindical aos datos dos empregados públicos da súa Administración. 6 Proceso contencioso-administrativo. 6.1 Medidas cautelares contra ordes de demolición e multas por infraccións urbanísticas. 6.2 Requisitos de procedibilidade das administracións locais para interpor recursos contencioso-administrativos: deben achegar informe xurídico do secretario da Corporación. 6.3 Lexitimación activa en materia de medio. Límites da acción popular. 6.4 Non cabe instar a execución forzosa dunha sentenza desestimatoria ditada en proceso promovido fronte a unha orde de demolición. 6.5 Procesos contra resolucións da Tesouraría Xeral da Seguridade Social de

derivación de débeda. Determinación da contía. 7 Tributos. 7.1 Imposto sobre o incremento de valor dos terreos (plusvalía): Responsabilidade patrimonial do Estado lexislador. Acreditación da “minusvalía”. 7.2 Non-aplicación aos parques eólicos da taxa municipal por ocupacións da vía pública. 7.3 As vendas de ouro de particulares a comerciantes están suxeitas ao imposto de transmisións. 8 Universidades. 8.1 Axudas posdoutorais da Xunta de Galicia. Incompatibilidade con axudas ou contratos previos.

1 Administración local

1.1 Convenios de colaboración entre a Xunta de Galicia e os concellos para a coordinación dos servizos de transporte público. Requisitos procedementais

A Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (TSXG), na súa Sentenza do 13 de setembro de 2019 (rec. 4013/2017, relator: Martínez Quintanar), desestima o recurso interposto por unha empresa de transporte de viaxeiros fronte ao convenio suscrito entre a Xunta de Galicia e os Concellos de Santiago de Compostela e Teo para a coordinación do transporte público. Afírmase nela o seguinte, sobre cuestións procedementais que afectan aos concellos subscritores do convenio:

«(...) Sostense na demanda que o convenio de colaboración é nulo por delegarse competencias da Xunta de Galicia e do Concello de Teo no Concello de Santiago á marxe do procedemento legalmente establecido. Neste sentido asepérase que o Concello de Santiago de Compostela asume a prestación, mediante o seu transporte urbano, do servizo interurbano Santiago-Os Tilos, competencia da Xunta de Galicia, servizo que excede o ámbito territorial dese municipio ou, cando menos, asume a competencia de regular as súas condicións (tarifas, frecuencias, bonos ordinarios, etc.). Na medida en que hai delegación de competencias da Administración autonómica, a aprobación deste convenio requiriría a aceptación expresa por acordo do Pleno do Concello de Santiago nos termos do artigo 8.1 Lei 5/1997 de Galicia e a súa tramitación de conformidade co disposto nesta (8.1 e 3, 61.r, 64.2.i, 64.4, 175, 178, 182 e 191.g) e concordantes LRBRL, aprobación que non se produciu (...).

Non cabe acoller a alegación procedemental da actora, porque propiamente non nos atopamos ante un acto de delegación intersubxectiva, entendido como a manifestación unilateral de vontade dunha Administración pola cal se transfire o exercicio dunha competencia propia a outra Administración, para que pase a desempeñala cos seus medios persoais e materiais. Trátase dun convenio de colaboración no que as administracións asinantes asumen as obrigas nel consignadas, respondendo a unha fórmula colaborativa en que se concreta a forma de prestación do servizo mediante a asunción recíproca de obrigas por todas as administracións asinantes do convenio. Non se trata dunha manifestación unilateral de vontade de transferencia de exercicio dunha competencia autonómica que fose aceptada por unha Administración local delegada. A disposición adicional 12.^a da Lei 14/2013, do 26 de decembro, de racionalización do sector público autonómico, presta amparo a esta fórmula convida na procura da colaboración interadministrativa, e o propio convenio remítese a esa disposición expresamente, cuxo teor literal ampara expresamente

o convenio asinado, bastando unha lectura deste para apreciar que a dita disposición non se limita a remitirse ás formas de cooperación previstas na Lei 6/1996, senón que establece, “ademais das mesmas”, e co fin de mellorar as condicións de accesibilidade das persoas usuarias á rede de transporte público, a posibilidade de que a Xunta de Galicia, a través da consellería competente en materia de mobilidade e transporte, formalice convenios de colaboración con outras administracións públicas galegas mediante os que se establecerán actuacións de coordinación de servizos de transporte público das súas respectivas competencias, incluíndo a habilitación da extensión dos servizos interurbanos ao transporte urbano ou viceversa.

Tendo en conta que o que fai o convenio de colaboración impugnado é habilitar o transporte urbano da cidade de Santiago de Compostela a estender os seus servizos á urbanización dos Tilos, situada fóra do seu termo municipal, para que poida realizar tráfico interurbanos coa dita urbanización, tanto de entrada como de saída á cidade, é claro o amparo xurídico da disposición adicional 12.^a da Lei 14/2013, que habilita a Xunta de Galicia a asinar convenios de colaboración como este que inclúen non a habilitación da extensión dos servizos interurbanos ao transporte urbano senón á inversa, isto é, a extensión do transporte urbano aos servizos interurbanos, o que é o caso.

(...) Por iso, e por non se tratar nin dunha transferencia de funcións ou actividades, nin a aceptación dunha delegación ou encomenda de xestión, non cabe soste a nulidade do convenio por ausencia de informes municipais dos servizos de asesoría xurídica e intervención, aducida pola actora no punto cuarto da fundamentación xurídica da demanda. Precisamente o obxecto do convenio é coordinar o exercicio das respectivas competencias, e non se aprecia que deste puidesen derivar gastos adicionais que fixesen precisos os informes de fiscalización económica, máxime cando se prevé expresamente que o réxime de prestación destes servizos convidados non suporá incremento de custos para o Concello de Santiago de Compostela (cláusula 4.^a), e si se prevé o sometemento do convenio na súa cláusula 5.^a á función interventora e de control financeiro exercidas pola Intervención Xeral da Comunidade Autónoma. (...)

A parte actora alega que o Convenio de colaboración debía ter sido aprobado polo Pleno do Concello de Santiago de Compostela e en cambio foi aprobado pola Comisión de Goberno do Concello de Santiago. Tamén debería ser aprobado por acordo do Consello da Xunta de Galicia, por ser un convenio de duración indefinida e comportar a asunción de obrigas económicas plurianuais de importe superior a 200.000 euros ao ano, e este acordo non consta adoptado. Tamén por este motivo aduce que o convenio de colaboración é nulo de pleno dereito ao abeiro do artigo 62.1.b) da Lei 30/1992.

A alegación debe ser desestimada, porque a aprobación polos plenos municipais sería requisito de validez para a aceptación dunha delegación de competencias, que é o que considera o artigo 8 da Lei 5/1997 de Administración local de Galicia. Conforme o artigo 123.1.j) da Lei de bases de réxime local, a competencia do Pleno nos concellos suxeitos ao réxime de municipios de gran poboación refírese á transferencia de funcións ou actividades a outras administracións públicas, así como a aceptación das delegacións ou encomendas de xestión realizadas por outras administracións, salvo que por lei se impongan obrigatoriamente, e xa se expuxo no fundamento de dereito anterior que non nos atopamos ante

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

ningún destes supostos, atendendo á natureza convida das actuacións de coordinación, no marco dunha fórmula de colaboración competencial que non supón en puridade nin transferencia de funcións ou actividades a outras administracións públicas, nin a aceptación das delegacións nin encomendas de xestión. (...)

Na demanda alégase que, como se desprende do expediente e do complemento do expediente do Concello de Teo, ademais de non constar os referidos informes de secretario e interventor, non se someteu o dito expediente a información pública (art. 123 e 136.1 LRBRL e 8.3 e 64.d) da Lei local de Galicia); tampouco consta a súa publicación no BOP unha vez aprobado, sendo pois este nulo en atención ao previsto no 62.1 da Lei 30/1992. Polo que respecta ao acordo do Concello de Santiago, ademais de non ser adoptado polo Pleno, de non se ter emitido os preceptivos informes do secretario asesor xurídico e do interventor en relación co texto do convenio suscrito, non foi sometido a información pública o texto definitivo do convenio e, unha vez aprobado, non se publicou no BOP (art. 123 e 136.1 LRBRL e 8.3 e 64.d) da Lei local de Galicia), sendo pois este nulo en atención ao previsto no 62 da Lei 30/1992. Por último, sinala que a Xunta de Galicia tampouco someteu o expediente e o texto definitivo do convenio a información pública nin publicou o acordo polo que se aprobou no DOG.

Ningunha das circunstancias alegadas determina a nulidade do convenio de colaboración aprobado, por tratarse dun instrumento de coordinación interadministrativa cun amparo legal específico na disposición adicional 12.^a da Lei 14/2013, no procedemento de aprobación da cal non está previsto como trámite preceptivo o sometemento a información pública. Nin o exige esa disposición nin o artigo 57 da Lei de bases de réxime local e na demanda non se cita ningún precepto legal aplicable ao caso que determine o carácter preceptivo dese trámite de información pública, do que se colixe que se trata dun trámite potestativo, de conformidade co previsto no artigo 86.1 da LRPAC 30/1992.

Debe precisarse que non se trata de ningunha ordenanza nin dunha disposición de carácter xeral, nin dunha delegación de competencias, polo que os preceptos citados pola actora non son aplicables. Ademais, si houbo un trámite de información pública por un dos concellos parte do convenio en relación cun borrador e a actora puido realizar alegacións, o que descarta, como xa se expuxo, a existencia de indefensión. Tampouco se aprecia a omisión de ningún informe preceptivo, ao tratarse dun procedemento de colaboración interadministrativa cun amparo legal específico que non determina a preceptividade de ningún informe que se omitise.

As mesmas consideracións cabe realizar en relación á ausencia de publicación do convenio de colaboración, xa que na demanda non se cita ningunha disposición legal ou regulamentaria que o estableza como requisito de validez, que sería o exixible para que a súa omisión determinase a súa anulación, que é o que se solicita na demanda. Trátase dun instrumento de colaboración administrativa, e para o caso de que algunha disposición establecese a exixencia da súa publicación en diario oficial, sería condicionante da súa eficacia, non da súa validez, polo que non podería fundamentarse nesa omisión a pretensión anulatoria. (...)».

1.2 Personal do corpo de extinción de incendios. Legalidade da prohibición de realización de “horas extra” retribuídas a quen supere unha determinada idade

O TSXG, na súa Sentenza do 18 de decembro de 2019 (rec. 152/2019, relator: Seoane Pesqueira), desestima o recurso interposto por personal do corpo de extinción de incendios do Concello de Vigo contra unha resolución na que se lle prohibe realizar “horas extras” retribuídas a quen alcance a idade mínima de prexubilación:

«(...) Consideran os recorrentes que co dito decreto se lles discrimina por razón da súa idade, vulnerando o seu dereito ao traballo, á libre elección de profesión ou oficio, a promoción a través do traballo e a unha remuneración suficiente para satisfacer as súas necesidades e as da súa familia. (...)

Co fin de saír ao paso de cada un dos argumentos que se expoñen no recurso de apelación para fundar a alegación de discriminación, debemos dicir:

A) Son datos reais e feitos obxectivamente constatados os que revelan a maior perigosidade e penosidade do desempeño da actividade de bombeiro cando se alcanza a idade de xubilación anticipada e se leva maior tempo de prestación de servizos, pois, á marxe dos estudos levados a cabo a nivel estatal, dentro do Concello de Vigo son reveladores os que ofrece o informe do 18 de outubro de 2017 da técnica de prevención de riscos laborais, aos que anteriormente fixemos referencia, polo que non debe estrañar que o Comité de Seguridade e Saúde Laboral, na súa reunión do 14/12/2017, adoptase o acordo unánime de que os bombeiros menos indicados para realizar traballos fóra de xornada eran os que quedaban afectados polo RD 383/2008 e que, se se vían abocados a facelas, debían ser compensados con descansos. Desde logo, o establecemento dunha normativa local sobre a xornada laboral dos empregados públicos que alcanzaron a idade de xubilación anticipada, en aplicación do disposto no RD 383/08, non pode quedar condicionada pola declaración de aptitude de condicións físicas e psíquicas dos que no Concello se atopan nesa situación, porque esa declaración non fai desaparecer o carácter perigoso e penoso da actividade que desempeñan, e tampouco pode facer esquecer que a partir daquela idade se incrementa o risco de maior sinistralidade porque correlativamente as aptitudes psicofísicas se ven reducidas.

B) No informe da técnica de prevención de riscos laborais ponse de manifesto que o feito de que o cadro de personal do corpo de bombeiros de Vigo presenta unha media de idade elevada incide no índice de sinistralidade, pero é que, á marxe diso, xa vimos que de todos os estudos previos se deduciu indiscutiblemente a influencia da idade nunha actividade penosa e perigosa como a de bombeiro, e por iso se aproba a normativa relativa á posibilidade da súa xubilación anticipada, o cal, polo demais, se adecúa á lóxica e racionalidade.

C) Debe reiterarse que para a aprobación do decreto impugnado non pode atenderse ao estado psicofísico dos recorrentes, porque se trata dunha normativa que regula a cuestión con carácter permanente e estable, debendo aclararse que 33 membros do servizo non realizaron o recoñecemento voluntario en 2017, o cal é moi diferente á afirmación de que non resultarían aptos para o servizo.

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

D) *Tamén se aclarou anteriormente que o feito de que existan bombeiros aos que con 59 anos se lles permite seguir realizando reforzos e excesos de xornada é debido a que non se encontran dentro do ámbito de aplicación do RD 383/2008 porque non levan prestando servizos o número suficiente de anos, de modo que neles non concorre o segundo factor que, xunto coa idade, fai especialmente penosa e perigosa a actividade. Ademais, con iso demostrárase que non existe unha intención de prexudicar os que teñen maior idade.*

E) *O feito de que se veñan realizando máis reforzos de categoría superior que os debidos ou aconsellados non contradí o seu carácter excepcional, xa que iso se produce polo reducido do cadro de persoal, e en calquera caso iso non podería servir de fundamento para considerar contrario ao principio de igualdade o decreto impugnado, porque aquilo nada ten que ver coa alegada discriminación por razón de idade.*

(...) convén advertir que a natureza das funcións exige unha aptitude psicofísica específica, na medida en que os fallos que poden producirse no exercicio das ditas funcións poden ter consecuencias importantes, non só para os propios funcionarios, senón tamén para os seus compañeiros e para terceiros, ademais de para a seguridade pública».

1.3 Persoal da Administración local. Desempeño de funcións de superior categoría. Equiparación retributiva. Consolidación do grao persoal

O TSXG, na súa Sentenza do 17 de xullo de 2019 (rec. 195/2019, relator: Rivera Frade), resolve a reclamación dun funcionario de carreira municipal motivada no desempeño efectivo de funcións dunha categoría superior á súa. Recoñece o seu dereito a percibir as mesmas retribucións do posto que está a desempeñar *de facto*. Pero denega a súa pretensión de consolidación do grao persoal dese posto superior ao seu:

«(...) debemos darlle a razón ao apelante pois a realidade constatada a través do expediente administrativo tradúcese en que a cobertura do posto de traballo que vén ocupando desde hai máis de dous anos non o foi para substituír unha ausencia temporal, como pode ser unha ausencia por enfermidade, por desfrute de permiso, ou por outros motivos, senón para cubrir unha vacante por xubilación do seu titular, aínda que esta cobertura sexa provisional mentres non se provexa o posto polas canles e a través dos procedementos legalmente establecidos. E tamén debemos compartir co apelante en que, á marxe de cal sexa a verdadeira natureza xurídica do seu nomeamento, debe recoñecérselle o dereito ao aboamento das retribucións complementarias que leva aparelado o posto de oficial efectivamente desempeñado durante todo este tempo.

O criterio que exixía unha adscrición formal ao posto de traballo de categoría superior debe entenderse superado desde que a Sentenza do Tribunal Supremo do 18 de xaneiro de 2018 (recurso: 874/2017) non o impón, bastando co exercicio material dese outro posto na súa totalidade ou nos seus contidos esenciais ou substantivos.

E, polo tanto, con maior razón debe recoñecerse aquel dereito cando se desempeña un posto de traballo de categoría superior ao abeiro dunha substitución por vacante, como sucede neste caso, que ademais implica o desempeño das súas funcións de forma completa e continuada. Xa o anticipara esta Sala e Sección na Sentenza do 14 de xuño de 2017

(recurso de apelación 409/2016), con cita da anterior do 18 de maio de 2016, ditada no recurso de apelación 329/2015, cando argumentamos: “No plano práctico e nas circunstancias concretas, o dereito debe remediar as situacións abusivas ou discriminatorias se concorre un escenario en que alguén proba que realiza funcións doutra categoría ou posto e as acomete ben por investidura expresa da Administración ou ben por compracencia e tolerancia tácita e inequívoca, en condicións de frecuencia, intensidade e modos que se impón evitar o enriquecemento inxusto daquela ou o desequilibrio no binomio prestación-contraprestación que inspira toda relación de servizos, laboral ou funcionarial. En consecuencia, sería suficiente con que a situación da realización de funcións de categoría superior de modo pleno, continuo e estable, se realizase por compracencia ou tolerancia tácita da Administración, pois dese modo pode previr o enriquecemento inxusto, xa que resultaría paradoxal que quen incumpre o deber de velar porque a distribución do traballo nas diversas dependencias se leve a cabo conforme os distintos niveis recollidos na relación de postos de traballo, se puidese beneficiar daquel desempeño de tarefas dun posto de categoría superior por parte dun empregado público”.

A doutrina que se recolle na Sentenza de Tribunal Supremo do 18 de xaneiro de 2018 (recurso: 874/2017) foi reiterada en sentenzas posteriores, citando entre as máis recentes a do 7 de maio de 2019 (recurso: 1780/2018), que sae ao paso da cita das sucesivas leis xerais de orzamentos do Estado que limitaban o aboamento dos complementos de destino e específico, recoñecendo unicamente os que se correspondían co posto ocupado en virtude dos procedementos de provisión previstos na lei.

O Tribunal Supremo sostén que as previsións que se recollen nas leis orzamentarias parten do principio de que os funcionarios desenvolven as tarefas correspondentes ao seu posto de traballo. E engade: “Agora ben, a xurisprudencia constatou que hai supostos en que a Administración consente situacións en que os funcionarios teñen que realizar todas ou a parte esencial das tarefas dun posto distinto, reservado a funcionarios de grupos de titulación superior e de superior nivel de complemento de destino. Este último é un suposto que non contempla a lei, pois esta refírese soamente ao desempeño de tarefas concretas doutro posto de traballo, non de todas ou das esenciais deste” (...).

Non obstante, o apelante non se poderá ver favorecido na pretensión encamiñada ao recoñecemento da consolidación de grao persoal en dous niveis superiores ao que ten consolidado no seu posto de traballo de suboficial, pois este dereito só se pode recoñecer cando un funcionario de carreira, como é neste caso o recorrente, ocupa un posto de traballo con carácter definitivo, pero non cando o ocupa de forma temporal. Durante o tempo de desempeño deste posto só poderá percibir o nivel consolidado do posto que lle pertence con carácter definitivo, tal como establece a normativa obxecto de cita na sentenza de instancia (disposición transitoria oitava da Lei de emprego público de Galicia, e o artigo 70 do Real decreto 364/1995, do 10 de marzo).

A situación en que se atopa o apelante non é a de persoal interino, que é o persoal ao que o Tribunal Supremo lle recoñeceu, na sentenza que cita aquel no seu recurso (Sentenza do 7 de novembro de 2018) o dereito de adquisición de grao persoal á luz da xurisprudencia do TXUE sobre a aplicación da Directiva 1999/70/CE, relativa ao acordo Marco da CES, a UNICE e o CEEP sobre o traballo de duración determinada».

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

1.4 Responsabilidade patrimonial da Administración municipal por accidente de peón na vía pública. O Concello non pode achacarlle no proceso xudicial a responsabilidade ao seu contratista se non o declarou previamente na vía administrativa

Así o conclúe o TSXG na súa Sentenza do 30 de outubro de 2019 (rec. 112/2019, relator: Seoane Pesqueira), na que se afirma o seguinte:

«(...) Na solicitude da demanda e do escrito de formalización da apelación pídesse exclusivamente a condena do Concello de Santiago de Compostela, sen alusión ningunha á empresa Ferrovial Servicios S.A., que ten a concesión dos servizos de mantemento, conservación e mellora dos espazos verdes e do arboredo urbano (informe do Departamento Municipal de Parques e Xardíns).

Neste caso non pode prosperar a alegación de falta de lexitimación pasiva do Concello de Santiago de Compostela porque, se este estimaba que a responsabilidade correspondía á concesionaria, debeu declaralo así expresamente no expediente, notificándollo á reclamante para que adoptase, se é o caso, as medidas oportunas.

Pero o que non cabe é permanecer inactivo en vía administrativa e posteriormente alegar falta de lexitimación pasiva en vía xurisdiccional baseándose na invocación do artigo 214.1 do Texto refundido da Lei de contratos do sector público.

En efecto, nos casos de silencio, de dirixirse a reclamación en vía xudicial unicamente fronte á Administración, esta non poderá alegar a súa falta de responsabilidade, atribuíndoa ao contratista, pois, como declararon as sentenzas da Audiencia Nacional do 17 de setembro de 2003 e a do 25 de outubro de 2016 da Sala 3.^a do Tribunal Supremo, “cando a Administración demandada incumpre o disposto e non dá a coñecer ao prexudicado se dos danos por el sufridos debe responder a propia Administración, ou ben a contratista das obras, a teor do artigo 98 citado, a Administración non pode exonerarse de responsabilidade, imputándolle a ela o resarcimento dos danos causados”. Esta doutrina xa foi aceptada por esta mesma Sala na Sentenza do 4 abril de 2003 (recurso contencioso-administrativo n. 4561/1999). Neste sentido non se pode esquecer que a Administración posúe a titularidade do servizo e un deber de supervisión do cumprimento do contrato.

Esta mesma doutrina mantívose nas sentenzas do Tribunal Supremo do 30 de marzo de 2009, recurso 10680/2004; do 30 de novembro de 2011, recurso 5978/2009; e do 11 de febreiro de 2013, recurso 5518/2010.

O/a cidadán/á que sufriu o dano pode acudir directamente á Administración que crea responsable (titular do servizo público no ámbito do cal se produciu o dano), ou tamén poderá dirixirse fronte ao contratista, ou prestador do servizo público.

O artigo 214 do Real decreto legislativo 3/2011 (era o que estaba vixente cando aconteceron os feitos, pero hoxe foi substituído pola Lei 9/2017) establecía que:

“3. Os terceiros poderán requirir previamente, dentro do ano seguinte á produción do feito, o órgano de contratación para que este, oído o contratista, se pronuncie sobre a cal das partes contratantes lle corresponde a responsabilidade dos danos. O exercicio desta facultade interrompe o prazo de prescrición da acción. 4. A reclamación daqueles

formularase, en todo caso, conforme o procedemento establecido na lexislación aplicable a cada suposto”.

Pero, se o reclamante decidiu acudir directamente fronte á Administración, pode facelo, sen prexuízo do dereito de repetición que, se é o caso, se exerza fronte ao concesionario (así se deduce da Sentenza do 20 de novembro de 2018 da Sala 3.^a do Tribunal Supremo, recurso de casación 1685/2017).

Polo tanto, non cabe acoller a alegación de falta de lexitimación pasiva da Administración local neste caso».

1.5 Reclamación de pagamento de facturas. Prescrición, determinación e cálculo dos xuros de demora

O TSXG, na súa Sentenza do 25 de outubro de 2019 (rec. 4124/2018, relator: Díaz Casales), clarifica o relativo á prescrición, determinación e cálculo dos xuros de demora nas reclamacións de contratistas fronte a concellos por atrasos no pagamento de facturas, nos seguintes termos:

«(...) Da prescrición dos xuros nos contratos de servizos.

En relación coa falta de cómputo da prescrición mentres o contrato non sexa liquidado nos contratos de xestión de servizos públicos, alegada pola apelante, debe advertirse que nestes contratos as prestacións teñen carácter autónomo e factúranse, en función do contrato, os servizos prestados cada mes, polo que non están suxeitos a unha liquidación final, como acontece nos contratos de obra, nos cales os pagamentos parciais se entenden efectuados “a boa conta” do que resulte da liquidación final. Polo que non se pode acoller ao argumento contido no recurso de apelación, o que determina a desestimación do primeiro dos motivos de impugnación da sentenza. (...) Esta sala en relación con esta cuestión deixou sentado que hai que estar á data de presentación da factura e, se é o caso, a reclamación, así o dixemos na St. do 1 de febreiro de 2019 (ditada no recurso 4204/2017) (...). No caso axuizado encontrámonos ante un contrato administrativo de servizos, de forma que é indiscutible que o dereito ao cobramento do contratista prescribe en todo caso aos catro anos, sendo o día inicial do cómputo do prazo de prescrición anterior, na hipótese máis favorable para o dito contratista, o correspondente á data da presentación da súa reclamación á Administración, estando de acordo neste punto tanto a parte recorrente como a Administración demandada, que no único punto no que discrepan é o da data daquela reclamación, que a primeira defende que é o día 8 de outubro do ano 2008, mentres que a Administración considera que é o día 5 de febreiro do ano 2010, de forma que o que hai que resolver é unha cuestión de proba dun punto de feito controvertido. En relación con esta cuestión, o primeiro que hai que deixar sentado é que é exacta a afirmación da demandante de que “a inexistencia da prescrición queda acreditada polo recoñecemento que a Administración fai da débeda e dos servizos prestados pola contratista que orixina esa débeda”, pois, como doadamente se advirte, o feito de que o debedor dunha obriga recoñeza ante a reclamación xudicial da débeda realizada polo acredor que a débeda é certa, ese recoñecemento non ten eficacia interruptiva da prescrición se esta xa se consumou antes (...). Así pois, o que hai que resolver é a data na que o contratista

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

reclama de xeito fidedigno ante a Administración, reclamación fidedigna que como acto propio do contratista, é este o que se atopa en condicións de acreditar cumpridamente, non correspondendo pola contra á Administración acreditar a data da reclamación, ao non ser ela a reclamante, e todo iso conforme o disposto no artigo 217.2 e 6 da Lei 1/2000, de axuízamento civil. Aplicando o anterior criterio a este caso é evidente que se produciu a prescrición da débeda que documenta a factura presentada en setembro de 2008 polos servizos correspondentes a limpeza viaria prestados no mes de agosto, porque desde a súa presentación a única reclamación que ten virtualidade interruptiva produciuse no mes de novembro de 2012, cando xa transcorreran os 4 anos para que operase a prescrición, sen que poidamos considerar a solicitude de certificación de débedas presentada en febreiro de 2009 (...).

TERCEIRO. Da renuncia aos xuros cando se acode ao mecanismo do RDL 2/2004. Unha pretensión idéntica á presente xa a resolvemos na St. 49/2019 do 25 de xaneiro, ditada no recurso 4414/2017 (...).

A entidade recorrente pretende fundamentar a súa falta de voluntariedade no acollemento ao plan de pagamentos na necesidade de mellorar a súa situación financeira, xa que, por un lado, non tiña medios efectivos para cobrar íntegra a débeda e, por outro, solicitara un procedemento concursal. Certamente entendemos o delicado da situación pero, por unha parte, non podemos asumir que a súa situación viñese exclusivamente provocada pola falta de aboamento das facturas polo Concello de (---) cando, segundo mantén no recurso de apelación, mantén a condición de concesionaria do servizo en 45 concellos e, por outra, é evidente que a súa decisión de acollemento ao plan de pagamentos viña condicionada pola situación en que se atopaba e mesmo que a viabilidade da alternativa da reclamación xudicial da débeda cos xuros se tornase dubidosa, pero en calquera caso o que non pode é tratar de evitar a consecuencia que o acollemento ao plan de pagamentos prevé no artigo 9, que supón a total extinción da débeda por principal, xuros e custas, máxime cando, como reiteramos, a situación que describe resulta coincidente coa tida en conta polo lexislador para habilitar este procedemento extraordinario de aboamento das débedas das entidades locais (...).

CUARTO. Da inclusión dos gastos de asesoramento.

Respecto aos custos de cobramento, o artigo 8 da Lei 3/2004, do 29 de decembro, pola que se establecen medidas de loita contra a morosidade nas operacións comerciais, no momento en que URBASER formulou a reclamación o precepto dispón: 1. Cando o debedor incorra en mora, o acredor terá dereito a cobrar do debedor unha cantidade fixa de 40 euros, que se engadirá en todo caso e sen necesidade de petición expresa á débeda principal. Ademais, o acredor terá dereito a reclamar ao debedor unha indemnización por todos os custos de cobramento debidamente acreditados que sufrise a causa da mora deste e que superen a cantidade indicada no parágrafo anterior. 2. O debedor non estará obrigado a pagar a indemnización establecida no apartado anterior cando non sexa responsable do atraso no pagamento. Neste caso a sentenza de instancia, que non foi impugnada polo Concello demandado, condena a este a aboar a cantidade fixa de 40 € por factura, o que multiplicado polas 85 facturas fan un total de 3.400 € (85 facturas x 40 €) polo que non cabe incrementar esta cantidade con outros 3.600 € polos honorarios de avogado

cando, por unha parte, a reclamación en vía administrativa non aparece formulada por un letrado e, por outra parte, a súa procedencia parece limitada a aqueles casos en que os custos excedan a prima fixa polo que só cabería en relación coa diferenza e non de forma acumulativa, como pretende a concesionaria.

QUINTO. Do anatocismo.

En relación con esta cuestión, resulta oportuno reiterar o claro criterio sentado polo TS recordado na St. do 13 de xuño de 2019 (ditada no recurso 328/2016) do TSX de Valencia conforme o cal só cabe o anatocismo cando a débeda é líquida, non séndoo cando se dis-
cuten os parámetros sobre os que deben realizar os cálculos. (...)».

2 Contratos públicos

2.1 Procedemento administrativo para a imposición de penalidades ás contratistas de servizos públicos que cumpran incorrectamente as súas obrigas. Non lle resulta de aplicación o instituto da caducidade

Así o declara a Sentenza do TSXG do 30 de outubro de 2019 (rec. 7087/2019) en que se confirman as multas impostas por un Concello á mercantil concesionaria do servizo de abastecemento de auga potable pola súa deficiente prestación, realizando as seguintes consideracións:

«Con data do 21 de maio de 2019 o TS ditou sentenza (...) na que, entre outras cousas, manifesta o seguinte:

A Sala (do Alto Tribunal) entende que a imposición de penalidades, conforme a normativa antes exposta por incumprimento contractual, non está suxeita a un prazo de caducidade e isto polas seguintes razóns:

1.º É punto común e pacífico que no substantivo tales penalidades non responden ao exercicio dunha potestade sancionadora, logo para a súa imposición non se segue un procedemento específico de natureza sancionadora nin este é aplicable supletoriamente. Ao respecto é xurisprudencia desa Sala que responden ao exercicio dunha facultade de coerción sobre o contratista para a correcta execución do contrato, facultade que implica poderes de dirección, inspección e control que, en garantía do interese público, se lle atribúe á Administración (cf. Sentenza desta Sala, Sección Quinta, do 6 de marzo de 1997, recurso de apelación 4318/1991).

2.º A súa natureza certamente achégase á lóxica da multa coercitiva como instrumento cuxo fin é forzar, mediante a súa reiteración e ata lograr o cumprimento de determinada obriga contractual. Tal similitude acentúase cando coa penalidade se reacciona ante atrasos do contratista ou outro cumprimento defectuoso mantido no tempo; agora ben, cando se impón como consecuencia dun incumprimento puntual ou executado do contrato, xa non implica coerción ningunha e a súa natureza aseméllase certamente á sancionadora ou cumpre un fin resarcitorio.

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

3.º *Aínda así, como tal penalidade ten unha soa regulación e non pode posuír diversa natureza dependendo da súa finalidade, hai que observar o criterio xurisprudencial segundo o cal carece dunha vocación sancionadora en sentido estrito, e configúrase como unha sorte de cláusula penal contractual (cf. artigo 1152 do Código civil, lexislación citada CC art. 1152) cuxa razón radica no interese público que se satisfai co contrato e que é necesario tutelar.*

4.º *No procedementa a imposición de penalidades sitúase sistematicamente na LCSP 2007 en sede de execución contractual, sen que se prevexa para o seu exercicio un procedemento específico e diferenciado, o que non é o caso deses outros supostos do artigo 194 da LCSP de 2007 nos que se prevé que a Administración contratante exerza certas potestades mediante procedementos concretos: é o caso dos supostos de interpretación, modificación, resolución, reclamación de débedas, cesión ou subcontratación (cf. artigo 195.1 da LCSP 2007).*

5.º *Cobra así sentido a cita da Sentenza do Pleno desa Sala, do 28 de febreiro de 2007, recurso de casación 302/2004, que constitúe a ratio decidendi da sentenza impugnada. Malia ditarse para un suposto distinto, dela cabería deducir que a imposición de penalidades non implica un procedemento autónomo ou diferenciado dentro do procedemento contractual iniciado coa adxudicación, senón unha decisión ou trámite en particular da fase de execución.*

6.º *Isto non quita que para a súa adopción haxa unha regulación mínima no artigo 196.8 da LCSP 2007, o que evita a idea de imposición de plano: prevese así que haxa proposta e decisión, e que haxa trámite de audiencia ou alegacións é unha exixencia non expresamente prevista, senón que responde a un cabal entendemento do principio de proscrición da indefensión, exixencia común a todo acto mediante o cal o poder público impoña un gravame.*

7.º *As revisións do citado artigo 196.8 das LCSP leva á idea certa de que hai un expediente, pero non un procedemento. En efecto, a idea de expediente supón a documentación da sucesión de actuacións que integran un procedemento, pero pode implicar só a constancia documental de decisións, o que asemella as penalidades coas multas coercitivas adoptadas para a execución de acto incumprido que si pon fin a un procedemento.*

8.º *Deste xeito, como xa a denominou a Sentenza desa Sala, Sección Quinta, do 30 de outubro de 1995 (recurso de apelación 5203/1991) coa imposición de penalidades estase ante unha “decisión executiva”, aínda que acordada no curso do procedemento de execución dun contrato, prevista nos contratos a modo de estipulación accesoria cuxa regulación mínima se esgota, neste caso, no artigo 196.8 da LCSP 2007. Non precisa, polo tanto, a aplicación supletoria da Lei 30/1992 –hoxe Lei 39/2015– para a súa regulación.*

9.º *Quebra deste xeito o presuposto normativo do artigo 44.2 da Lei 30/1992, pois a fase de execución contractual, dentro do procedemento administrativo, non ten por obxecto exercer unha potestade de “intervención” susceptible de producir efectos desfavorables ou de gravame: estase ante a regulación da dita fase dentro do procedemento contractual, cuxa finalidade é a correcta execución dun contrato mediante o que se satisfán intereses públicos (...).*

A Sala conclúe que na imposición de penalidades contractuais ao abeiro do artigo 196.8 da LCSP de 2007 aplicable ao caso –actualmente, artigo 194.2 da vixente Lei 9/2017–, non son aplicables os artigos 42.3.a) e 44.2 da Lei 30/1992 –actualmente, artigos 21.3.a) e 25.1.b) da Lei 30/2015...– porque constitúen trámites, decisións ou incidencias dentro do procedemento de execución».

2.2 Contratación por unha universidade do servizo de rede sen fíos. Compatibilidade das restricións tecnolóxicas establecidas nas bases da licitación cos principios de libre concorrència e competencia

Afirma ao respecto o TSXG na súa Sentenza do 11 de outubro de 2019 (rec. 4193/2017, relator: Martínez Quintanar) o seguinte:

«(...) O núcleo da argumentación da demandante baséase na alegación de incompatibilidade do sistema de xestión Airwave (do fabricante Aruba) con terceiros fabricantes non nativos e a inexistencia dunha API que permita a integración de terceiros. (...) só catro dos quince principais fabricantes (dezaseis, se se inclúe Aruba) presentarían algún tipo de compatibilidade, pero, aínda neses casos, os modelos soportados son antigos ou xa non están en venda e/ou non cumpren cos requisitos técnicos da licitación. (...) Por todo iso a demandante considera que se traspasaron os límites da discrecionalidade, por establecerse unha restrición inxustificada da competencia, impedindo o acceso aos licitadores en condicións de igualdade, por impoñer unha restrición á tecnoloxía Aruba e Airwave, non podendo ser substituída por outra.

En resposta ás alegacións da demandante, debemos valorar a proba practicada á súa instancia, e concluír que desta o que se deriva é que o PPT non impón un único fabricante, marca ou modelo, senón que establece uns requisitos técnicos e a obrigatoriedade de utilizar unha determinada ferramenta de xestión e uns determinados puntos de acceso, que son a ferramenta e puntos de acceso cos que xa conta a Universidade, deixando liberdade para a elección do fabricante para os puntos de acceso adicionais que deben ofertar os licitadores e para as controladoras (salvo unha, que debe ser de Aruba). Polo tanto, para a implantación do servizo contratado, non determina que sexa necesariamente un o fabricante que se deba ofertar, senón que se elixiu unha ferramenta que é compatible cunha variedade de fabricantes. (...)

A proba pericial achegada versa sobre o resultado restritivo a que conduce o prego de prescricións técnicas á hora de elixir os fabricantes con que poder concorrer á licitación, pero non desvirtúa que esa restrición está sobradamente xustificada, en función da finalidade de conservar e non desaproveitar a infraestrutura e equipamento xa existente, a cal, de aceptar a formulación da recorrente, a Universidade se vería abocada a substituír integramente, e iso para satisfacer os intereses particulares da demandante.

(...) A ausencia de proba sobre unha alternativa tecnolóxica máis aberta á compatibilidade de máis fabricantes e que permitise integrar o equipamento xa existente hai que póla en relación coa doutrina do Tribunal de Xustiza da Unión Europea, en particular a plasmada na Sentenza do Tribunal Xeral do 8 de outubro de 2015, Asunto T-90/14, conforme a

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

cal: “o principio de igualdade de trato dos licitadores non require que se obrigue o órgano de contratación a neutralizar absolutamente todas as vantaxes das que goza un licitador cuxo contratista actual é o subcontratista (Sentenza Evropaïki Dynamiki). Comisión, apartado 75 supra, EU:T:2008:67, apartado 73). Para preservar na maior medida posible o principio de igualdade de trato dos licitadores, a neutralización das posibles vantaxes do contratista titular aínda debe levarse a cabo, só na medida en que esta neutralización sexa tecnicamente doada de realizar, cando sexa economicamente aceptable e cando non infrinxe os dereitos do contratista titular ou dese licitador (Evropaïki Dynamiki/Comisión, apartado 75 supra, EU:T:2008:67, apartado 76)”.

Polo tanto, hai causa xustificada para a definición no PPT dunha ferramenta de xestión, da que xa dispón a Universidade, que conceptualmente é compatible con varios fabricantes e non só con Aruba, con independencia dos problemas que poidan xurdir na análise técnica desa compatibilidade á hora de cumprir o estándar tecnolóxico imposto no PPT con algúns deles. E esa causa xustificada radica na necesidade de aproveitar a infraestrutura e equipamento preexistente.

Téñase en conta que o artigo 117.2 do TRLCSP citado na demanda obriga a permitir o acceso en condicións de igualdade dos licitadores, sen crear obstáculos inxustificadas á apertura dos contratos, e aquí as dificultades de compatibilidade con outros fabricantes distintos de Aruba non derivan dunha elección caprichosa ou arbitraria, senón da necesidade de aproveitar e amortizar un equipamento, cunha determinada tecnoloxía, xa existente. Aínda que a regra xeral establecida no apartado terceiro do artigo 117 do TRLCSP é a de prohibición de mencionar nas especificacións técnicas unha fabricación ou unha procedencia ou un procedemento concreto, ou unha concreta marca, patente, orixe ou produción determinados, iso faise coa finalidade de evitar que se favoreza ou descarte a certas empresas e produtos e expresamente establécese unha excepción a esa regra xeral: salvo que o xustifique o obxecto de contrato».

3 Medio ambiente e urbanismo

3.1 Disciplina urbanística. Admisibilidade de recurso extraordinario de revisión fronte a orde de demolición firme, pola aparición sobrevida de fotografías sobre a antigüidade da obra

Analízase esta cuestión na Sentenza do TSXG do 23 de xullo de 2019 (rec. 4324/2018, relator: Díaz Casales), en sentido favorable á admisión a trámite do recurso extraordinario de revisión, coas seguintes consideracións:

«(...) Certamente coincidimos co Xulgador de Instancia en que determinados documentos non merecen a consideración de “aparecidos” senón que máis ben se trata de documentos “provocados” por instancia dos recurrentes, polo que non posúen a virtualidade para motivar a revisión dun acordo firme e confirmado xudicialmente (este é o caso do informe pericial achegado, a copia da acta da sesión plenaria e mesmo da inscrición rexistral –pola carencia de efectos probatorios respecto aos datos de feito–).

Pero hai un documento gráfico que podería resultar extremadamente relevante para acreditar a data de terminación das obras e a caducidade ou non da acción de reposición ao tempo e a incoación do expediente, como é a fotografía do voo de 2005 que se omitiu pola APLU no seu informe no expediente de reposición onde se recollen as fotos aéreas da construción. Resulta evidente que se trata dun documento “aparecido” en canto descoñecido para os recorrentes e debe ser valorado para resolver con criterios de estrita legalidade a cuestión capital para este asunto, como é se a acción de reposición estaba ou non caducada polo transcurso de máis de 6 anos desde a total terminación das obras cando se iniciou o expediente.

A relevancia é evidente se temos en conta que, mentres o Xulgador de Instancia considerou que a data límite de terminación era outubro de 2006, na sentenza de apelación se indica que algunhas das obras se terían levado a cabo en 2007, polo que a fotografía do voo de 2005 podería resultar determinante para decidir a cuestión.

O anterior, unido a que a resolución de inadmisión do recurso extraordinario de revisión se fundamenta nunha causa distinta das que permiten acordala, determinan que o recurso deba ser estimado, a sentenza revogada e a resolución impugnada anulada, ordenando a tramitación por parte da APLU do recurso extraordinario de revisión ditando a resolución que proceda respecto da cuestión de fondo».

3.2 Obras e actividades permisibles en edificios en situación de fóra de ordenación

O TSXG, na súa Sentenza do 18 de xuño de 2019 (rec. 4523/2016, relator: Martínez Quintanar), anula a licenza de obras concedida por un Concello para a instalación dun tanatorio nun edificio en situación de fóra de ordenación, con estes argumentos:

«(...) practícase proba que acredita notorias diverxencias e excesos construtivos nas construcións (nave-almacén e baixo de edificio de vivendas) nas que se proxecta a obra de reforma para implantar o tanatorio.

Tendo en conta a notoria antigüidade das construcións, é obvio que os excesos respecto ao autorizado polas licenzas non poden ser obxecto dun expediente de reposición da legalidade urbanística e que estas quedan suxeitas ao réxime de fóra de ordenación previsto no artigo 103 da LOUGA. Pero non se poden beneficiar do réxime máis flexible do réxime de fóra de ordenación parcial, porque son edificacións que, na súa consideración unitaria, non se pode dicir que teñan a cobertura dunha licenza, polos notorios excesos construtivos en que incorreron respecto ao autorizado e porque ningunha licenza ampara a totalidade da superficie obxecto do proxecto de reforma como integrante dun mesmo inmovible autorizado por esta.

Téñase en conta que o réxime de fóra de ordenación parcial está previsto no artigo 103.3 da LOUGA para construcións só parcialmente incompatibles cun novo planeamento. Está pensada a dita previsión para os casos de desaxuste sobrevido co planeamento por un cambio deste que determina unha parcial incompatibilidade con este. Pero aquí o desaxuste non se produce por un cambio no planeamento, senón en relación co autorizado na licenza de obra orixinaria.

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

Esta falta de cobertura total da licenza só pode determinar a aplicación do réxime de fóra de ordenación total. Así deriva da aplicación conxunta dos artigos 210.2, 103 da LOUGA e disposición transitoria terceira da Lei 2/2010. (...) Unha construción sen licenza, igual que unha construción executada prescindindo das condicións autorizadas nunha licenza outorgada, é merecedora, en ambos os dous casos, de medidas de reposición da legalidade urbanística, e se transcorre o prazo establecido para o exercicio desa acción, o propietario poderá eludir o sometemento ao expediente en que se ordene a súa demolición, pero en calquera dos dous casos verá limitado o tipo de obras de reforma que se poderá realizar ás permisibles no réxime de fóra de ordenación total.

Non basta con invocar o outorgamento dunha licenza para eludir a aplicación da disposición transitoria terceira da Lei 2/2010 se non hai concordancia entre o autorizado e o construído, diverxencia que se acreditou neste caso, no que non consta que as construcións en que se autoriza a reforma estean amparadas, na súa configuración física de superficie, volume e número de plantas actual, por ningunha licenza. (...).

Polo tanto, as obras de reforma proxectadas, cuxa envergadura se xustifícase precisamente pola necesidade de dotar espazos sen uso previo dos servizos necesarios para desenvolver unha actividade nova nunca antes desenvolvida –a de tanatorio– exceden claramente das permisibles en réxime de fóra de ordenación total, que é o aplicable, ao tratarse dunha realidade construtiva que como tal non está amparada en ningunha licenza, senón só partes determinadas das construcións independentes que a integran. Nese réxime de fóra de ordenación total só son permisibles as obras de mera conservación e as necesarias para o mantemento do uso preexistente, e, sendo construcións previas ao ano 2003, cando se acredite a preexistencia dun uso continuado, por aplicación da disposición transitoria terceira da Lei 2/2010 de modificación da LOUGA.

Nin se acredita ese uso continuado preexistente (senón o contrario), nin tampouco as obras autorizadas son de mera conservación –extremo incontrovertido–, xa que comprenden aspectos tan variados para dotar de novos servizos e funcionalidades inexistentes esas construcións (...). O propio informe pericial xudicial do Sr. Leopoldo valora que as obras proxectadas e autorizadas orixinan novas instalacións, teitos, pavimentos, carpintarías, apertura de ocos en forxado para colocar ascensor, novas escaleiras, desmontaxe das existentes, etc. E conclúe que non se trata de mera conservación, hixiene e ornato, aínda que as considera autorizables dentro do réxime de fóra de ordenación parcial, réxime non aplicable polo que expuxemos.

(...) A sentenza apelada só valorou que conforme o artigo 103 da LOUGA serían permisibles en réxime de fóra de ordenación parcial obras de ampliación, pero unha cousa é que unha obra de ampliación se poida realizar dentro dese réxime e outra cousa distinta é que toda obra, en calquera réxime xurídico –tamén en edificios non incursos en réxime de fóra de ordenación– debe cumprir o planeamento, e este aspecto atópase orfo de motivación, xa que se limita a valorar o carácter desmontable, obviando que, se se desmonta a obra de reforma, non pode ser autorizada porque o tanatorio incumpriría a normativa de accesibilidade e contra incendios, polo que debe ser valorada como elemento permanente, elemento que como tal impide pechar a banda edificatoria e é incompatible coa ordenanza de aplicación. (...).

Non hai ningún precepto no planeamento aplicable ao caso que contemple a posibilidade de obras de ampliación de superficie no réxime de fóra de ordenación parcial. Pero iso non implica condenar a edificación á imposibilidade de realizar ningunha obra e de privala de calquera posibilidade de uso, porque si contén unha regulación das obras permisibles, no artigo 50 do Plan Xeral de Ordenación Municipal do Carballiño, que para os edificios que como o caso non está prevista a súa expropiación ou demolición nun prazo de 15 anos, permite conceder licenzas para obras parciais de consolidación, modernización e reparacións que exixisen a hixiene, ornato e conservación do inmovible. (...). Pero as de ampliación debe considerarse que requiren unha previsión expresa no planeamento, que as delimite e acoute no seu alcance obxectivo e na determinación dos casos que se considere xustificada a súa admisibilidade, xa que estas só son permisibles segundo a LOUGA “en casos xustificadas que se determinen polo plan xeral respectivo”».

4 Patrimonio cultural

4.1 Delimitación do Camiño de Santiago. Concepción dinámica do trazado

A Sentenza do TSXG do 25 de novembro de 2019 (rec. 4717/2012, relator: Recio González) desestima o recurso interposto contra o Decreto da Xunta de Galicia 144/2012, do 29 de xuño, aprobatorio da delimitación dun tramo da ruta principal do Camiño de Santiago, Camiño Francés, no termo municipal do Pino, incluíndo os límites do territorio histórico que conforma o ben de interese cultural e ámbito de amortecemento. Incide o tribunal en que:

«(...) sempre hai varios camiños posibles e á hora de escoller entre eles, todos históricos, acudindo ao carácter inmaterial do Camiño, mutable e dinámico, será o identificado polas comunidades portadoras do contexto cultural polo que discorre, e neste caso é o Camiño Real. E, segundo os documentos máis recentes da Unesco, o foco debe estar centrado sobre os aspectos inmateriais da cultura, subordinando o histórico, dado que por ser máis antigo non ten máis valor, senón que o valor está no vivo e dinámico, na conservación dinámica dos aspectos culturais como sinal de autenticidade. No ámbito obxecto de autos hai varios camiños que se denominan, ambos os dous, Camiño Real ou Camiño Francés: o Camiño Central, que é un treito do camiño tradicional; e a antiga estrada de Lugo, deseñada en 1851 e construída en 1853. (...).

Da proba practicada resulta que a identificación do Camiño é conforme dereito, combinando a dita delimitación coa axeitada protección dos elementos vinculados ao camiño en desuso.

(...) Na LPCS non se establece de forma precisa a metodoloxía de delimitación a empregar, o cal acontece en todas as comunidades autónomas, nin se refire á necesidade de levala cabo, exclusivamente, baseándose en momentos históricos concretos nin trazas orixinarias, configurando o lexislador o Camiño de forma viva e dinámica. De feito, as variacións nas rutas do camiño foron constantes ao longo da historia e estiveron motivadas

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

na concorrencia de distintas circunstancias: dar continuidade funcional ao trazado, seguridade, infraestruturas públicas, etc. Pero se a historicidade fose o único criterio, debería acreditarse por que non o é o trazado contido no decreto, posto que nos atopamos ante conceptos xurídicos indeterminados e da pericial na forma en que quedou exposto, resulta a dificultade de recuperar de forma exacta o trazado dos camiños medievais, salvo en puntos esenciais e moi concretos, tendo que partir, como sucede neste caso, da motivación das decisións da Administración e a composición do equipo técnico encargado desa tarefa.

E o que resulta é que non se acredita suficientemente a falta de rigor histórico da delimitación polo decreto.

Neste sentido e tal e como se indicaba na Sentenza desta mesma Sala e Sección do 30 de outubro de 2014, en autos de PO n. 4680/2012, a parte demandante segue un concepto puramente historicista e estático do Camiño de Santiago, conforme o cal todo lugar polo que se produciu durante un tempo o paso dos que peregrinaban a Santiago de Compostela ten que ser considerado traza do camiño e recuperada e protexida como tal, aínda que actualmente non poida, en razón do seu estado, utilizarse como lugar de tránsito. Pero o Camiño, máis, que pertencer ao patrimonio de bens materiais, forma parte do patrimonio inmaterial, que é vivo, dinámico e suxeito aos cambios da cultura que o sostén (concepción dinámica). (...) “A concepción dinámica do trazado do Camiño de Santiago considérase máis funcional e razoable, pois é evidente que desde a súa orixe e ao longo de varios séculos sufriu variacións; e ademais o que a parte actora considera traza histórica está incluída na zona de protección do Camiño e cualificada como trazado con vestixios históricos, polo que non hai nin o descoñecemento nin a desprotección que a parte actora denuncia (...)”. De forma que o Camiño, máis, que pertencer ao patrimonio de bens materiais, forma parte do patrimonio inmaterial, que é vivo, dinámico e suxeito aos cambios da cultura que o sostén. De vivo e cambiante cualifícao a Comisión Territorial de Patrimonio Histórico, e a Facultade de Xeografía e Historia da Universidade de Santiago de Compostela entende que un camiño intransitable perde a súa funcionalidade e, en consecuencia, os valores asociados ao ben, concepción máis funcional e razoable, pois é evidente que desde a súa orixe e ao longo de varios séculos sufriu variacións».

4.2 Determinación da cor da pintura da fachada dunha edificación protexida estruturalmente

O TSXG, na súa Sentenza do 13 de setembro de 2019 (rec. 4201/2018, relator: Recio González), estima o recurso interposto por unha comunidade de propietarios contra unha resolución da Consellería de Cultura denegatoria da autorización para pintar a fachada do seu edificio cunha cor determinada, coas seguintes consideracións:

«(...) A Lei 5/2016, do 4 de maio, do patrimonio cultural de Galicia, dispón no seu artigo 41 os niveis de protección ao establecer que “1. Nos bens integrantes do patrimonio arquitectónico ou industrial, o diferente alcance da protección, derivada da relevancia do seu valor cultural e o seu estado de conservación, pode clasificarse nos seguintes niveis: (...) b) Protección estrutural: conservación dos elementos máis significativos e relevantes dos bens, así como daqueles que resulten máis característicos tipoloxicamente ou que sexan

obxecto dunha concreta apreciación cultural (...)”. E o que resulta da proba practicada é que o edificio ten un nivel de protección estrutural que foi respectado.

Da proba pericial practicada –e do exame da resolución impugnada–, resulta que o que se exixía é que a cor da pintura fose igual á existente e o que se pretendía era que se mantivese a unidade co resto da fachada correspondente a outros portais e que agora non se van pintar. O perito considera que son ordes de imposible execución e que o que pretendía a Dirección Xeral de Patrimonio só se podería conseguir no caso de que se exixise o tratamento de todo o conxunto inmobiliario e que dada a variabilidade cromática que presentaban as fachadas existentes, o resultado é válido, e que o tempo veu demostrando que a homoxeneización se está a producir. Tamén considera o arquitecto autor do informe que se achega coa demanda que sería de imposible cumprimento a condición imposta e que se podería ter imposto unha tonalidade concreta para evitar a indefinición e arbitrariedade –aínda que a Administración considera que se podían ter realizado mostras de cor–. Da pericial da demandante tamén resulta que as diferenzas se deben ao mal estado dos edificios lindeiros e que hai ata 10 tonalidades distintas. (...) É imposible coñecer a tonalidade orixinaria. E a parte baixa é de diferente cor que a parte alta. O que impoñía a Administración demandada era que fose a mesma cor que antes e que fose a mesma cor que os outros dous edificios, pero os outros non foron pintados ao mesmo tempo nin consta que fose co mesmo ton, ademais de que o paso do tempo afecta á cor e de que hai elementos do edificio como son as cornixas, etc., con distinta tonalidade, e todo iso afecta á cor. Co paso do tempo haberá menos diferenzas. Non pode asegurar cal era o ton inicial dos edificios co n. xx polo que nunca se van poder igualar. Pero co paso do tempo haberá menos diferenzas. En todo caso, o ton usado é similar. Aínda que fose o mesmo ton, íase notar ao pintalo novo. Da fachada saen 20 ou 22 tons (diferenciando entre as cornixas, a parte baixa, etc.). E o normal é facer mostras na parede para probar tons, pero para conxuntos enteiros e se se pintase o conxunto non tería habido problema. (...) De forma que non se trata de discutir os criterios estéticos impostos, pero si que debe insistirse en que a protección do edificio se conseguiu e que non se evidencia ningunha deterioración, cando non aparenta ser substancialmente diferente ao que se mantén nos tramos da fachada dos portais sobre os que non se actuou, polo que o nivel de protección estrutural foi respectado.»

REGAP



COMENTARIOS E CRÓNICAS

5 Persoal

5.1 Límites de acceso dos órganos de representación sindical aos datos dos empregados públicos da súa Administración

O TSXG, na súa Sentenza do 23 de outubro de 2019 (rec. 158/2019, relator: López González), resolve, en sentido desfavorable, a solicitude de varios sindicatos de persoal facultativo ao Servizo Galego de Saúde de información relativa aos nomeamentos estatutarios de todos os facultativos por servizo, especificando o tipo e data de inicio de prestación do servizo, incluíndo nese rexistro tanto os nomeamentos por

“acumulación de tarefas” como as “substitucións” e outras prazas “non estruturais”, coa seguinte motivación:

«(...) resulta necesario recordar que, segundo o informado pola Axencia Española de Protección de Datos, a función de vixilancia e protección das condicións de traballo atribuída ás Xuntas de Persoal pola Lei 7/2007 (e antes polo artigo 9 da Lei 9/1987) pode levarse a axeitado desenvolvemento sen necesidade de proceder a unha cesión masiva dos datos referentes ao persoal que presta os seus servizos no órgano ou dependencia correspondente. Só no suposto en que a vixilancia ou control se refiran a un suxeito concreto, que formulara a correspondente queixa ante a Xunta de Persoal, será posible a cesión do dato específico desa persoa. Nos demais supostos, a función de control quedará plenamente satisfeita mediante a cesión á Xunta de Persoal de información debidamente dissociada, segundo o procedemento definido no artigo 3.f) da Lei orgánica 15/1999, que permita a aquela coñecer as circunstancias cuxa vixilancia lle foi encomendada sen referenciar a información nun suxeito concreto, isto é, sobre persoas identificadas ou identificables.

En efecto, e a xuízo desta Sala, o dereito para solicitar información a través de listaxes dos nomeamentos estatutarios de todos os facultativos por servizo, con especificación do tipo e data de inicio de prestación do servizo, incluíndo nese rexistro tanto os nomeamentos por acumulación de tarefas como as substitucións e outras prazas non estruturais, non pode entenderse comprendido baixo a xenérica facultade que se atribúe ás xuntas de persoal (e menos aínda aos sindicatos recorrentes) no artigo 9 da Lei 9/1987, de recibir información sobre “a política do persoal” do departamento, organismo ou entidade local, ou a de “Vixiar o cumprimento das normas vixentes en materia de condicións de traballo, Seguridade Social e emprego, e exercer, se é o caso, as accións legais oportunas ante os organismos competentes”, de modo que unha información nos termos en que foi solicitada polas actoras entraría en colisión coa protección que dispensa a Lei orgánica 15/1999, constituíndo unha cesión ou comunicación de datos de carácter persoal, para a cal cómpre o consentimento previo dos interesados.

A pretendida finalidade de comprobación a través do coñecemento dos datos solicitados pode alcanzarse prescindindo da identificación das persoas que ocupan os concretos postos de traballo. E se o que se persegue é valorar a aplicación dos criterios de adscrición do persoal a eses postos, a información debe vir referida respecto á persoa en concreto que ocupa un posto determinado, se hai unha queixa denunciada ante a Xunta de Persoal».

6 Proceso contencioso-administrativo

6.1 Medidas cautelares contra ordes de demolición e multas por infraccións urbanísticas

Na súa Sentenza do 19 de setembro de 2019 (rec. 4109/2019, relator: Bolaño Piñeiro), o TSXG sintetiza o seu último criterio sobre o particular, favorable á suspensión das multas (coa constitución dunha caución) e desfavorable á das ordes de demolición:

«(...) respecto á solicitude de suspensión da multa imposta por importe de 41.001 euros, debe concluírse que os efectos económicos para a parte recorrente do acto impugnado son dunha importancia cuantitativa que permite acceder á medida cautelar solicitada mentres se tramita o recurso contencioso-administrativo, polo que procede acordar a suspensión da súa execución, pola incidencia na liquidez da parte recorrente dun pagamento inmediato. En definitiva, cabe concluír que concorren todos os requisitos legalmente establecidos para a concesión da medida en canto á multa. Dito o cal, posto que a suspensión acordada podería causar prexuízos directamente cuantificables para a Administración e o interese público na execución inmediata das resolucións administrativas, debe exixirse á parte solicitante da medida cautelar a prestación dunha fianza ou caución en cantidade suficiente para garantir a indemnización dos danos e perdas que puidesen ocasionarse coa inexecutabilidade do acto impugnado, caución que, conforme o que dispón o artigo 133.2 da LXCA poderá constituírse en calquera das formas admitidas en dereito. (...) Coa prestación da caución queda suficientemente salvagardado o interese público, referido ao aseguramento da posibilidade de cobramento da multa para o caso de desestimación do recurso, e evítanse riscos de prexuízos de difícil reparación na situación financeira da parte apelante, presumibles pola contía da multa. En canto ao importe da garantía, debe indicarse que a LXCA 29/1998 non concreta regras para fixar o importe da caución máis que por referencia no seu artigo 133 á necesidade de responder dos “danos e perdas que poidan derivar da medida cautelar”. Por iso no presente caso se conclúe que o seu importe debe ascender ao importe das multas impostas, isto é, 41.001 euros.

En terceiro lugar, no que se refire a solicitude de suspensión respecto á obriga de reposición da legalidade, de retirada das plantacións e demais elementos colocados no lugar pola parte recorrente, debe recordarse que a xurisprudencia sinalou en reiteradas ocasións que non procede a concesión de medidas cautelares respecto a resolucións administrativas firmes que ordenen a demolición de edificacións, construcións, e/ou plantacións, como sucede neste caso, posto que os prexuízos que se poderían ocasionar á parte recorrente serían de natureza económica e por iso perfectamente resarcibles.

Igualmente sinalou a xurisprudencia que ese criterio xeral cede naqueles casos en que a edificación sexa a vivenda habitual de quen a solicite ou se desenvolva na edificación unha actividade profesional, circunstancias ambas as dúas que deben ser acreditadas polo menos indiciariamente por quen solicita a medida cautelar.

A razón de ser desas excepcións ten o seu fundamento legal en que, neses casos, efectivamente, á marxe dos prexuízos económicos que ocasionaría a non concesión da medida en caso de que se ditase sentenza estimatoria do recurso presentado, se causarían ademais outro tipo de prexuízos, dificilmente resarcibles, en caso de Sentenza estimatoria, co que o suposto formulado cumpriría o requisito legalmente establecido respecto ás medidas cautelares, acerca de que, se non se concedesen, o recurso podería perder a súa lexítima finalidade (artigo 130 da Lei 29/1998, do 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa)».

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

6.2 Requisitos de procedibilidade das administracións locais para interpor recursos contencioso-administrativos: deben achegar informe xurídico do secretario da Corporación

A Sentenza do TS do 1 de outubro de 2019 (rec. 2273/2016, relator: Borrego Borrego) confirma a do TSXG que rexeitou o recurso contencioso-administrativo interposto polo Concello das Neves contra o Decreto da Xunta de Galicia 219/2012, do 31 de outubro, aprobatorio do expediente de deslinde entre os termos municipais de Arbo, As Neves e A Cañiza, por non achegar co escrito inicial de interposición do recurso o informe do secretario municipal exixido polo artigo 54.3 do Real decreto legislativo 781/1986, do 18 de abril, aprobatorio do texto refundido das disposicións legais vixentes en materia de réxime local.

Considera o Alto Tribunal, en primeiro lugar, que, unha vez que a parte demandada invoca este defecto procesual ao contestar á demanda, a Administración recorrente debe proceder a emendar o defecto procesual sen necesidade de que o órgano xudicial llo requira expresamente. En segundo lugar, incide na relevancia deste requisito procesual, obrigando a súa omisión á inadmisión do recurso contencioso. Afirmo en tal sentido que:

«(...) esta Sala veu matizando o requisito formal de acreditar a previa emisión do ditame do letrado para o acordo do exercicio de accións polas corporacións locais, establecendo que a soa falta de presentación inicial non é causa de inadmisión do recurso contencioso-administrativo, podendo emendarse en calquera momento, mesmo de forma convalidante; que non é imprescindible cando se trata de procesos aos que é traída a Corporación en concepto de demandada ou impugnada; que só debe producirse no exercicio inicial das accións e non para os sucesivos recursos ou instancias; que o informe ou ditame pode mesmo formularse “in voce”, etc., pero o que non dixo a xurisprudencia nin podía facelo –como finalmente non ten máis remedio que recoñecer a recorrente– é que o dito requisito formal non sexa xa exixible.

En efecto, a necesidade dunha opinión previa experta en dereito para a adopción de acordos das corporacións locais, sobre o exercicio de accións, para a que se dan amplas facilidades (pode prestala o secretario do Concello, os servizos xurídicos de asesoramento municipal cando existen, e, en defecto de ambos os dous, calquera letrado), ten por finalidade –aínda que non sexa vinculante– facer máis difícil que un órgano administrativo inicie un preito irreflexivamente ou sen coñecemento do que son os seus dereitos, o modo de exercelos e as razoables posibilidades de obter unha resposta favorable.

Esa finalidade, que é diferente á que persegue a acreditación do acordo da Corporación, non se cumpre se o ditame, aínda que sexa verbal, non consta realmente pronunciado.

Certamente non é indiferente ao interese xeral, tanto desde o punto de vista das propias corporacións como desde o común dos cidadáns aos que serven, que as institucións administrativas referidas poidan somerxerse sen o axeitado coñecemento previo nunha conflitividade xurídica estéril e por iso a exixencia dese mínimo requisito da procedibilidade, na forma flexible que se vén interpretando, non pode considerarse contrario ao principio de tutela xudicial efectiva, do art. 24 da Constitución».

6.3 Lexitimación activa en materia de medio ambiente. Límites da acción popular

A Sentenza do TSXG do 8 de xullo de 2019 (rec. 4507/2017, relator: Díaz Casales) realiza unha proluxa análise sobre os requisitos da lexitimación activa en materia de medio ambiente, exixibles para poder promover un proceso contencioso-administrativo fronte á inactividade da Administración no exercicio das súas potestades obrigatorias de protección da natureza, con especial atención ao disposto nos artigos 22 e 23 da Lei 27/2006, do 18 de xullo, pola que se regulan os dereitos de acceso á información, de participación pública e de acceso á xustiza en materia de medio ambiente (directivas 2003/4/CE e 2003/35/CE).

Finalmente, denégalle a lexitimación ao recorrente, porque:

«(...) non acreditou a titularidade dun interese persoal –recórdese que é unha persoa física– que lle atribúa unha posición de vantaxe polo feito de que a sanción tivese sido outra, non resultado suficiente a súa condición de propietario de varios bens inmoables nas inmediateces do establecemento en que se produciu a vertedura, aínda que acredite o seu arraigamento polo feito de telos adquirido en herdanza ou alegue a imposibilidade de gozar da contorna de conformidade cos recordos da súa infancia, polo que se impón a íntegra desestimación do recurso ao resultar conforme dereito a denegación da súa lexitimación malia a súa condición de denunciante».

6.4 Non cabe instar a execución forzosa dunha sentenza desestimatoria ditada en proceso promovido fronte a unha orde de demolición

Así o concluíu o TSXG na súa Sentenza do 25 de outubro de 2019 (rec. 4133/2018, relator: Martínez Quintanar), coas seguintes consideracións:

«A Sentenza do Xulgado do Contencioso-Administrativo n. 1 de Pontevedra do 7 de maio de 2010, ditada nos autos do procedemento ordinario 271/2009, non ordenou a demolición de ningunha edificación, senón que desestimou o recurso contencioso-administrativo interposto contra a Resolución do 15/07/2008 do director da APLU, que declarou ilegalizables as obras de construción de dúas naves contiguas de 1.000 m², por resultaren incompatibles co ordenamento urbanístico vixente, e ordenou a súa demolición por conta da interesada, prohibindo os usos a que desen lugar.

Visto o contido desestimatorio da sentenza, confirmatoria do acto impugnado, a execución que procede é a do acto administrativo, non da sentenza, a cal, en canto ao seu contido dispositivo, deixa intacto o acto administrativo que ordena a demolición, sen quitar nin engadir nada á súa forza executiva. Por iso, como non alterou en nada a situación do acto administrativo impugnado, a súa execución correspóndelle ao órgano autor do acto e non ao xulgado. Así o apreciou xa nun suposto similar a Sentenza desta Sala e Sección do 20 de decembro de 2012, n. 1147/2012, recurso 4536/2012, invocada na oposición á apelación. Por este motivo é correcta a remisión que fai a sentenza impugnada en apelación aos artigos 94, 95 e 99 da LRXPAC 30/1992, e 99, 100, 103 da LPAC 39/2015, xa que

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

a sentenza desestimatoria non ten neste caso ningún contido susceptible de execución, ao deixar intacto o mandato do acto administrativo, que debe executar a Administración autora deste, por imperativo dos preceptos transcritos na sentenza».

6.5 Procesos contra resolucións da Tesouraría Xeral da Seguridade Social de derivación de débeda. Determinación da contía

O TS na súa Sentenza do 18 de decembro de 2019 (RC 1098/2017), confirma o criterio da Sección 3.^a do TSXG, conforme o cal, nos procesos promovidos fronte a resolucións da Tesouraría Xeral da Seguridade Social (TXSS), de derivación de débeda a un terceiro (por responsabilidade solidaria ou subsidiaria), a contía do litixio non se corresponde co importe principal reclamado pola Administración ao demandante. Entende o Alto Tribunal que deberá considerar, desagregadamente e por separado, o importe de cada unha das cotas de cotización debida orixinariamente polo obrigado principal, como acumulación de accións. Se ningunha delas supera os 30.000 euros, non caberá interpor recurso de apelación contra a sentenza de instancia.

7 Tributos

7.1 Imposto sobre o incremento de valor dos terreos (plusvalía): Responsabilidade patrimonial do Estado lexislador. Acreditación da “minusvalía”

A Sentenza do TS do 21 de novembro de 2019 (rec. 6097/2017, relator: Tolosa Tribiño) estimou a reclamación indemnizatoria formulada por un particular contra o “Estado lexislador”, polos prexuízos padecidos como consecuencia da aplicación dos preceptos do Texto refundido da Lei de facendas locais reguladores do imposto municipal sobre o incremento de valor dos terreos (plusvalía) que foron declarados nulos polo Tribunal Constitucional na súa Sentenza 59/2017, do 11 de maio. Afirma o Alto Tribunal nesta sentenza que:

«(...) a Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público, introduce no noso ordenamento xurídico a primeira regulación lexislativa específica da responsabilidade patrimonial das administracións públicas por leis contrarias a dereito. En efecto, como vimos, o precepto distingue entre os casos en que a lesión deriva dunha norma con rango de lei declarada inconstitucional e aqueles en que os danos foron ocasionados pola aplicación dunha norma contraria ao dereito da Unión Europea. (...)

Só procederá a indemnización “cando o particular obtivese, en calquera instancia, sentenza firme desestimatoria dun recurso contra a actuación administrativa que ocasionou o dano, sempre que se tivese alegado a inconstitucionalidade [ou a infracción do dereito da Unión Europea] posteriormente declarada”. É dicir, os prexudicados pola aplicación da lei posteriormente declarada inválida, que non esgotaron todas as instancias xudiciais contra a dita aplicación ou non aduciron nelas a correspondente inconstitucionalidade ou

infracción do ordenamento xurídico comunitario, non poderán logo exixir o resarcimento dos danos sufridos.

CUARTO. En canto á antixuricidade do dano, nos casos en que o título de imputación da responsabilidade patrimonial do Estado lexislador o é a posterior declaración de inconstitucionalidade da lei ou norma con forza de lei cuxa aplicación irrogou o prexuízo, debe imporse como regra xeral ou de principio a afirmación ou recoñecemento da antixuricidade deste (...).

En canto á existencia e acreditación dun dano indemnizable, debemos ter en conta que a reclamación de responsabilidade patrimonial a formula a parte a partir da declaración de inconstitucionalidade contida na STC 59/2017. A Sentenza 1163/2018, do 9 de xullo, deste Tribunal interpreta o alcance da declaración de inconstitucionalidade contida na STC 59/2017, considerando, dunha parte, que os artigos 107.1 e 107.2.a) do TRLFL, a teor da interpretación que debe darse á resolución e fundamento xurídico 5 da STC 59/2017, “pecan só unha inconstitucionalidade e nulidade parcial”. É, precisamente, esta nulidade total do artigo 110.4 do TRLFL a que, de acordo coa sentenza desta Sala, “posibilita que os obrigados tributarios poidan probar, desde a STC 59/2017, a inexistencia dun aumento do valor do terreo ante a Administración municipal ou, se é o caso, ante o órgano xudicial, e, no caso contrario, é a que habilita a plena aplicación dos artigos 107.1 e 107.2.a) do TRLFL”. (...)

Partindo da anterior doutrina, correspóndenos agora examinar se a parte logrou acreditar a inexistencia dun incremento de valor por algún dos medios previstos en dereito.

A parte recorrente procedeu neste procedemento á achega de distintos medios probatorios para tratar de acreditar a inexistencia do incremento do valor. En efecto, en defensa da súa tese achegou (1) as escrituras de contraste (de adquisición e venda do inmovible do caso), (2) a proba pericial, (3) as declaracións de IRPF do actor e (4) as propias táboas da Administración demandada (referímonos ao seu Ministerio de Fomento). (...). Para resolver esta discrepancia, debemos sinalar como, tras a Sentenza do 9/7/2018 do Tribunal Supremo, as escrituras de adquisición e transmisión do terreo constitúen un sólido principio de proba da inexistencia de incremento de valor do terreo. Este Tribunal Supremo, en Sentenza do 18/7/2018 (recurso 4777/2017), atribúelles a mesma presunción de certeza que ás autoliquidacións presentadas por un contribuínte. Presúmense certas para os contribuíntes (artigo 108.4 da LXT). E a Administración pode dalas por boas, ou comprobalas (artigo 101.1 LXT). Por outra banda, fronte á exixencia, en todo caso, dunha proba pericial completa, como única forma de acreditar que o valor do terreo non se incrementou. Os custos que a dita proba leva consigo disuadiron moitos contribuíntes do seu dereito a recorrer, o Tribunal Supremo reaccionou e en Sentenza do 5/3/2019 (recurso 2672/2017) estimou un recurso de casación contra unha resolución do Tribunal Superior de Xustiza de Cataluña que desestimara o recurso do contribuínte “con fundamento en que, para que o obrigado tributario acredite a inexistencia de plusvalía non é suficiente, como sucedeu neste caso, achegar como indicio as escrituras de compra e venda, senón que cómpre unha taxación pericial contraditoria”.

É certo, non obstante, que os valores resultantes das escrituras non son válidos en todos os casos (...). Debemos ter en conta, igualmente, o contido da Sentenza do

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

Tribunal Constitucional n. 107/2019 (...) estima o recurso, declarando vulnerado o dereito á tutela xudicial efectiva do contribuínte, por non terse valorado as probas (escrituras de adquisición e transmisión do terreo) conforme as regras da sa crítica. (...)

Sendo esta a teoría xeral, no caso axuizado o obrigado tributario presentou a escritura pública, onde se reflectía unha diminución de valor do terreo, mentres que a Administración presentou a evolución positiva das referencias ao valor catastral do solo.

Pois ben, o Tribunal non estima que esa proba achegada sexa eficaz para desvirtuar a diminución de valor, e non só porque non se xustifica a correspondencia dos ditos valores catastrais co valor de mercado do solo nas datas de compra e venda –eses valores afástanse claramente dos prezos declarados de compra e venda, sendo en non poucas ocasións a discrepancia entre valor catastral e de mercado manifesta–, senón porque parece sorprendente que se poida soste que entre 2006 e 2014, coa crise inmobiliaria padecida entre as ditas anualidades, e sen que se achegue ningunha circunstancias xustificativa diso, o valor do solo subise a cantidade que se alega.

En atención ao exposto, debe concluírse que se estima producida a diminución patrimonial entre adquisición e transmisión do inmovible, tal e como se fai constar na correspondente escritura e, en consecuencia, procede estimar o recurso interposto».

7.2 Non-aplicación aos parques eólicos da taxa municipal por ocupacións da vía pública

O TSXG, na súa Sentenza do 28 de xuño de 2019 (rec. 15008/2019, relator: Núñez Fiaño), confirma en apelación a sentenza de instancia en que se declarou que a entidade mercantil explotadora dun parque eólico situado en terreos de titularidade privada carece da condición de suxeito pasivo da taxa municipal por ocupacións do solo, subsolo e voo da vía pública, atendendo ás seguintes consideracións:

«(...) A apelada é unha sociedade xeradora de electricidade a partir de enerxía eólica, non é titular de redes nin ten licenza ningunha de aproveitamento especial do solo, subsolo ou voo da vía pública en avión (polo menos non consta).

O artigo 3 da amentada ordenanza establece que: “Son suxeitos pasivos da taxa regulada nesta ordenanza, en concepto de contribuíntes, as persoas físicas e xurídicas (...), ao favor das cales se outorguen as licenzas para gozar do aproveitamento especial, ou os que se beneficien deste sen ter solicitado a oportuna autorización. En calquera caso, deberá tratarse de empresas explotadoras de servizos de subministracións que afecten á xeneralidade ou a unha parte importante da poboación do Municipio, tanto cando sexan propietarias da rede que materialmente ocupa o subsolo, solo ou voo das vías públicas municipais como no suposto de que utilicen redes que pertencen a un terceiro”.

Do teor literal deste precepto que non pode ser interpretado extensivamente, resulta que a consideración de suxeito pasivo depende da condición de empresa explotadora de servizos de subministracións que afecten á xeneralidade ou a unha parte importante da poboación do Municipio, tanto se son titulares ou non da rede que discorre polo dominio público municipal.

Para delimitar o concepto de empresas explotadoras nos efectos analizados resulta fundamental a acoutación do concepto que fai o artigo 24.1.c) do Real decreto legislativo 2/2004, do 5 de marzo, polo que se aproba o Texto refundido da Lei reguladora das facendas locais, que inclúe entre as empresas explotadoras dos ditos servizos de subministracións as distribuidoras e comercializadoras destes.

En efecto, como recensión o xulgador de instancia non abrangue nin a ordenanza nin o artigo 24.1.c) LRFL ás empresas xeradoras de enerxía eléctrica, e tal inclusión entendemos que non cabe facela en relación ao feito imponible pois, obviamente, pode limitarse o ámbito subxectivo da taxa ao regular o suxeito pasivo. E por iso, precisamente, tampouco cabe invocar a xurisprudencia do Tribunal Supremo ou a normativa reguladora do sector eléctrico. Por certo, as sentenzas SSTS Sala 3.^a, do 10 de maio de 2005 (FD quinto), cuxa doutrina reiteran as do 18 de maio de 2005 (FD terceiro), do 21 de novembro de 2005, do 18 de xuño de 2007 (FD cuarto) ou 22 de xaneiro de 2009 (FD cuarto) inciden na consideración do aproveitamento especial no sentido de que supón un uso cualificado en beneficio propio que non implica necesariamente a ocupación efectiva nin a exclusión do uso dos demais, e en que a utilidade do uso ou aproveitamento do dominio público local afecta a todo o sector eléctrico con independencia da titularidade das redes, para concluír a procedencia de comprender no concepto de empresas explotadoras as comercializadoras pola súa evidente relación coa subministración, pero isto non afecta as empresas xeradoras como o é a recorrente».

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

7.3 As vendas de ouro de particulares a comerciantes están suxeitas ao imposto de transmisións

OT S, entre outras, na súa Sentenza do 16 de decembro de 2019 (RC 4744/2017, relator: Maurandi Guillén), modifica a súa xurisprudencia sobre o particular, atendendo ao criterio establecido polo Tribunal de Xustiza da Unión Europea. Confirma en casación a sentenza do TSXG impugnada, que considerara suxeita ao imposto de transmisións a venda de metais preciosos de particulares a empresarios, malia que as seguintes transmisións tributarían por IVE. Incide o Alto Tribunal nesta sentenza en que:

«(...) sendo conscientes de que as operacións que aquí analizamos están encadradas no proceso de produción e comercialización do ouro de investimento, formulamos ao TXUE unha cuestión prexudicial de interpretación sobre a medida en que a suxeición a TPO destas compravendas podería afectar ao principio de neutralidade do IVE. Tivemos en conta, en efecto (e así o expuxemos no auto que formulaba a cuestión prexudicial de interpretación), que cando un particular revende as súas xoias a un comerciante, o ben reintrodúcese no circuíto empresarial para o seu procesamento e posterior transmisión a outro empresario dedicado á elaboración do ouro de investimento, dando inicio novamente ao ciclo de produción dese ouro de investimento; e cando este empresario vende o ouro (adquirido a un particular) a outro empresario, a base imponible do IVE é o importe da venda que volve ao circuíto do IVE polo seu valor total, sendo así que ao suxeitar a venda do particular ao empresario (como aquí sucede con TPO), podería producirse un dobre gravame sobre o valor do ouro no momento da súa adquisición e no da súa revenda, pois

non habería posibilidade de deducir o imposto pagado na primeira fase (adquisición) na fase ulterior (venta). (...)

A sentenza do Tribunal de Xustiza do 12 de xuño de 2019 resolveu a dúbida no sentido de que non está afectado o principio de neutralidade, de forma que –segundo a súa parte dispositiva–: “A Directiva 2006/112/CE do Consello, do 28 de novembro de 2006, relativa ao sistema común do imposto sobre o valor engadido, e o principio de neutralidade fiscal deben interpretarse no sentido de que non se opoñen a unha normativa nacional, como a controvertida no litixio principal, que somete a un imposto indirecto que grava as transmisións patrimoniais, distinto do imposto sobre o valor engadido, a adquisición por unha empresa aos particulares de obxectos con alto contido en ouro ou noutros metais preciosos, cando tales bens se destinen á actividade económica da dita empresa, a cal, para a súa transformación e posterior reintrodución no circuíto comercial, revende os bens a empresas especializadas na fabricación de lingotes ou pezas diversas de metais preciosos”.

Esta sentenza despexa calquera dúbida que puidese formularse sobre a posibilidade de que a nosa decisión (declarar suxeitas a TPO estas operacións) poida afectar, distorsionándoo, ao principio de neutralidade do IVE. (...)

A resposta debe ser afirmativa, declarando –xa que logo– a suxeición destas operacións ao tributo indicado na medida en que o esencial –como se dixo– é analizalas desde a perspectiva do particular que allea o ben, xa que (i) é ese particular o que realiza a transmisión e, polo tanto, o feito imponible do imposto e (ii) non hai ningún precepto legal que exonere do gravame pola circunstancia de que o adquirente sexa un comerciante que actúa no seo do xiro ou tráfico empresarial da súa actividade».

8 Universidades

8.1 Axudas posdoutorais da Xunta de Galicia.

Incompatibilidade con axudas ou contratos previos

O TSXG, na súa Sentenza do 9 de outubro de 2019 (rec. 47/2019, relator: Seoane Pesqueira), interpreta restritivamente a condición establecida pola Xunta de Galicia para o outorgamento das súas axudas posdoutorais, sobre incompatibilidades con outros contratos ou bolsas previas:

«(...) No artigo 6.1.a da Orde de convocatoria establécese que con cada solicitude se deberá achegar documento asinado pola persoa candidata a ser destinataria da axuda no que se fagan constar, entre outros aspectos:

- Que a persoa candidata non foi seleccionada nos programas posdoutorais da Xunta de Galicia, nunha convocatoria estatal das actuacións Juan de la Cierva, Formación posdoutoral, Juan de la Cierva-Formación ou Juan de la Cierva-Incorporación.

- Que non gozou con anterioridade de ningunha axuda e/ou contrato posdoutoral que recolla estadias en centros de investigación no estranxeiro de dous ou máis anos de duración. (...)

O recorrente atense a que (...) o disfrute durante dous anos se ten que ter cumprido con anterioridade á convocatoria. E considera que tal causa non concorre no demandante, porque no momento da convocatoria (publicada en maio de 2018, sendo o 24 de xuño de 2018 a data límite para presentación das solicitudes) non concluíra o disfrute da estadía no estranxeiro (xaneiro de 2019).

Dado que as bases da convocatoria vinculan todos os intervinientes, Administración, órganos cualificadores e aspirantes, a clave para decidir neste litixio encóntrase no último inciso do artigo 2.d da orde de convocatoria que anteriormente se transcribiu, en concreto na interpretación da expresión “non gozar con anterioridade de ningunha axuda e/ou contrato posdoutoral que recolla estadías en centros de investigación no estranxeiro de dous ou máis anos de duración”.

Conforme o artigo 3.1 do Código civil, para unha correcta interpretación non debe atenderse só ao sentido propio das palabras, senón tamén ao contexto, espírito e finalidade da norma.

Non existe base para entender que o termo “non ter disfrutado” só poida comprender a quen xa esgotou os dous ou máis anos de duración da estadía en centro de investigación no estranxeiro, e, pola contra, a expresión disfrute refírese a obtención (“non ter obtido”), de modo que quedaría excluído quen fose seleccionado con anterioridade para unha axuda e/ou contrato dese teor, tanto no caso de que no momento da convocatoria da nova axuda xa se esgotase aquel período de dous ou máis anos, como no de que aínda se estea a disfrutar desa anterior axuda e estadía. Bastaría con ter logrado con anterioridade unha axuda e/ou contrato posdoutoral que recolla unha estadía en centro investigador estranxeiro de dous ou máis anos de duración, para que o beneficiario deba quedar excluído da nova axuda.

En efecto, carecería de sentido excluír da axuda que se anuncia os que no momento da convocatoria da nova axuda xa tivesen esgotado o período de dous ou máis anos, e non obstante incluír os que non o tivesen concluído, porque esta última inclusión podería conducir á consecuencia de que se puidesen gozar ao mesmo tempo as dúas axudas e/ou contratos posdoutorais (a xa obtida e a convocada), que mesmo poderían gozarse en países estranxeiros diferentes, o que non resulta lóxico.

O contexto aboa a mesma conclusión porque no seu primeiro inciso o artigo 2.d da Orde de convocatoria, en relación cos programas posdoutorais da Xunta de Galicia, a axuda nunha convocatoria estatal das actuacións Juan de la Cierva, Formación posdoutoral, Juan de la Cierva-Formación ou Juan de la Cierva-Incorporación, refírese a non ter sido seleccionado, e non tería lóxica que para a axuda e/ou contrato posdoutoral que recolla estadías en centros de investigación no estranxeiro de dous ou máis anos de duración non exixise a mesma condición.

A finalidade que parece perseguirse con aquel precepto da Orde de convocatoria é que quen xa obtivo unha axuda e/ou contrato posdoutoral con estadía no estranxeiro de dous anos ou máis de duración non poida ser seleccionado para conseguir esta axuda, quizais para evitar a concentración de axudas posdoutorais nun só candidato, e con iso tratar de distribuír as axudas dese tipo entre o maior número de candidatos. Debido a que o señor ----- obtivera un contrato de traballo no Centre National de la Recherche Scientifique

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

(CNRS) da Universidade de Montpellier de Francia cun período de duración de dous anos, do 1 de xaneiro de 2017 ao 31 de xaneiro de 2019, aínda que no momento da convocatoria non tivese concluído, concorre a causa de exclusión, e é axustada a dereito a actuación da Administración».