

Xurisprudencia contencioso-administrativa

43 Regap

FRANCISCO DE COMINGES CÁCERES
Maxistrado

Regap

COMENTARIOS E CRÓNICAS

Contratación

1.- Revisión de prezos do contrato de recollida de residuos sólidos urbanos. A mediación de concelleiros municipais para solucionar o conflito laboral do persoal da concesionaria non leva consigo que o concello teña que asumir o custo do incremento salarial que puxo fin á folga.

A **Sentenza do TSXG (S^a do Cont.-Ad., Secc. 2^a) de 8 de novembro de 2012** (recurso 4378/2012, relator: Ilmo. Sr. Méndez Barrera) desestima o recurso promovido pola entidade mercantil concesionaria do servizo municipal de limpeza e recollida de lixo para que se incluíse, na revisión de prezos do contrato, o sobrecusto que lle supuxo o incremento do salario dos seus empregados co que se puxo fin a un conflito laboral (folga). Considera o Tribunal que a mera circunstancia de que dous concelleiros da Corporación municipal participasen na mesa de negociación, xunto aos inspectores de traballo e os representantes de empresa e traballadores, subscribindo con eles o “preacordo” co que finalizou a folga, non significa que o Concello impuxera a subida dos soldos nin que por iso se poida esixir un incremento correlativo no prezo do contrato. Incide, así, a sentenza en que:

«El interés del gobierno municipal en que se solucionase un conflicto laboral que incidía de forma tan negativa en la ciudad, como lo hace toda huelga en el servicio de limpieza y de recogida de basuras, no sólo es explicable sino que parece exigible. Pero no hay elemento alguno de prueba que acredite que su intervención fue más allá de instar el acuerdo entre empresa y trabajadores y consistió, a fin de facilitar

ese acuerdo, en asumir el referido sobrecoste, bien por manifestaciones expresas de alguna persona bien por alguna actuación a la que solamente cupiese atribuir ese significado»

2.- Concesión do servizo de transporte urbano colectivo de viaxeiros. Déficit da concesionaria por investimentos en material e terreos. Equilibrio económico-financieiro do contrato. Principio de risco e ventura.

A sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia -TSXG- (S^a do Cont.-Ad., Secc. 2^a) de 22 de novembro de 2012 (recurso 4442/2012, relator: Ilmo. Sr. Ramírez Sineiro) confirma en apelación a desestimación da reclamación de pagamento, de máis dun millón de euros, formulada fronte o Concello de Vigo pola empresa concesionaria do transporte urbano colectivo, polo suposto déficit que lle ocasionaron determinados investimentos en material móbil, terreos e instalacións. Motívase a sentenza en que pola entidade demandante:

«(...) ni siquiera se ha aportado pericial económico-contable alguna que acredite o al menos indiciariamente referencie con un principio de prueba aquel déficit de explotación e inversiones de contrario alegado, y además que dicho pormenor no sólo resultase imprevisible sino ajeno a los deberes de normal previsibilidad empresarial al suscribir aquel contrato de gestión de aquel servicio público de autos».

Tamén en que:

«(...) “requisito esencial —para la posible aplicación de la cláusula implícita “rebus sic stantibus”—, es el de la imprevisibilidad del acaecimiento que se invoca como causante de la ruptura del equilibrio contractual..., ya que si la oferta y el porcentaje de tarifas especiales lo realizó libremente la Empresa y erró en las apreciaciones que efectuó, a ella exclusivamente es imputable esa circunstancia. Que esa errónea apreciación no es un riesgo imprevisible es obvio. Pero, sobre todo —y esto es lo más importante—, que los ingresos por esa circunstancia sean menores que los esperados no rompe el equilibrio financiero..., tanto más cuanto las tarifas se revisan del modo previsto en el Pliego..., como ya quedó expuesto en su momento».

3.- Licitación de contrato de consultoría e asistencia para a redacción de proxecto básico e de execución de pavillón polideportivo. Competencia profesional para poder participar. Non se pode reservar exclusivamente a arquitectos.

A Sentenza do Tribunal Supremo (S^a 3^a, Secc. 7^a) de 19 de xaneiro de 2012 (Casación unificación doutrina 321/2010, relator: Excmo. Sr. González Rivas), estima o recurso interposto polo Colexio de Enxeñeiros de Camiños, Canais e Portos contra o acordo da Xunta de Galicia de licitación, mediante procedemento aberto e forma de adxudicación de concurso público, do “contrato de consultoría e asistencia para a redacción do proxecto técnico básico e de execución, o estudo de seguridade e saúde e a dirección de obra en calidade de arquitecto, para a construción dun pavillón polideportivo do Instituto de Educación Secundaria do Concello do Grove (Pontevedra)”. Incide o Tribunal Supremo nesta sentenza en que:

«cuando la naturaleza de la obra exige la intervención exclusiva de un determinado técnico, como sucede en el caso de construcción de una vivienda urbana, la competencia aparece indubitada y reconocida al Arquitecto y, en su caso, al Arquitecto téc-



nico, pero cuando como sucede en este caso, se convoca un concurso de un contrato de consultoría y asistencia técnica para la redacción de un proyecto técnico básico y de ejecución de construcción de un complejo polideportivo en Instituto de Enseñanza Secundaria en que concurren, por su carácter multidisciplinar, diversos factores (estudio de salud y seguridad, dirección de obra y el complejo no está destinado, con exclusividad, a vivienda urbana) no se da una atribución específica competencial, ya que, como hemos subrayado por el análisis de la jurisprudencia precedentemente invocada, la tendencia es no admitir un monopolio profesional en la proyección de todo tipo de construcciones, sino que en estos casos los conocimientos del técnico se corresponden con la naturaleza y clase del proyecto. (...). Se impone así la conclusión de primar el principio de idoneidad al de exclusividad, doctrina que subraya la capacidad técnica de los licitadores y es coherente con la jurisprudencia del TJUE sobre la libre concurrencia (SSTJUE de 20 de septiembre de 1988, asunto 31/87 y 16 de septiembre de 1999, asunto 27/98) y la jurisprudencia de esta Sala (por todas, STS, 3ª, 4ª, de 26 de diciembre de 2007, cas. 634/2002)».

4.- Contrato de obra pública. A revisión de prezos hase de liquidar nas certificaciones de obra mensuais.

A sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia —TSXG— (Sª do Cont.-Ad., Secc. 2ª) de 9 de febreiro de 2012 (recurso 4177/2011, relatora: Ilma. Sra. Paz Eiroa) estima o recurso promovido pola entidade mercantil contratista da obra de “Ampliación da estación depuradora de augas residuais de Bens. Mellora e vertido da Coruña”, declarando a obriga da Administración de incluír nas certificacións de obra mensuais «la revisión de precios y en la base de cálculo de ésta los gastos generales y el beneficio industrial, sobre cuyas cantidades se aplicará el IVA». Considera a sentenza que:

«La certificación de obra es el documento que acredita la cantidad líquida exigible. La certificación es el documento mediante el cual se le abonan al contratista las obras que va realizando mes a mes. Para valorar y abonar las obras (para confeccionar la certificación), todos los meses, la Dirección de obra efectuará la medición de las unidades de obra ejecutadas durante el período de tiempo anterior; a partir de estas mediciones el Director de la obra confecciona un documento denominado relación valorada al origen, en el que se realizan los cálculos necesarios para determinar cuál es el valor de las obras ejecutadas desde su iniciación hasta ese momento y, por tanto, es el que justifica la certificación de la obra; las operaciones que se hacen en la relación valorada son las mismas que se realizaron para confeccionar el presupuesto del proyecto pero partiendo (no de unas mediciones que se deducían de los planos) sino de las mediciones que resultan de la ejecución real de las obras. (...).

El precio líquido de la prestación realizada se obtiene, pues, “multiplicando los precios unitarios establecidos en el presupuesto de la obra por el número de unidades ejecutadas. A la cantidad resultante se añadirá el importe de los conceptos previstos en el artículo 131, párrafo 1, del que, a su vez, se deducirá el porcentaje de la baja de licitación y sobre el que, finalmente, se girará el Impuesto sobre el Valor Añadido”. “El importe de las revisiones que procedan se hará efectivo mediante el abono o descuento correspondiente en las certificaciones o pagos parciales o, excepcionalmente, en la liquidación del contrato, cuando no hayan podido incluirse en dichas certificaciones o pagos parciales” —artículo 108 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio,

por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas—.

La Ley establece como regla la obligación de hacer efectivo el importe de las revisiones mediante abono o descuento en las certificaciones o pagos parciales. También ha de rechazarse la alegación de que la Administración puede hacer efectivo el importe de las revisiones en la liquidación del contrato.

5º. Gastos generales y beneficio industrial se cifran en porcentajes aplicados sobre el presupuesto de ejecución material, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 131.1 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (las operaciones que se hacen en la relación valorada parten de las mediciones que resultan de la ejecución real de las obras, en la forma expresada más arriba).

No procede entender que los conceptos discutidos “se mantienen estables durante la vigencia del contrato” (...)».

5.- Administración do Estado. Contratos administrativos especiais. Contratos privados. Resolución de contrato de adquisición de concesión mineira. Infracción dos principios de seguridade xurídica e confianza lexítima.

A Sentenza do Tribunal Supremo (Sª 3ª, Secc. 7ª) de 21 de febreiro de 2012 (Casación 306/2009, relator: Excmo. Sr. González Rivas), anula un Acordo dun Consorcio entre distintas Administracións públicas que dispuxo a resolución dos contratos de adquisición de concesións mineiras que subscribira con varias entidades mercantís para a creación da plataforma loxística industrial de Salvaterra. Afirmar nela o alto Tribunal que:

«la resolución impugnada vulneró el principio de seguridad jurídica previsto en el artículo 9.3 de la Constitución y el de buena fe y confianza legítima previsto en el artículo 3.1 de la LRJAP y PAC).

El artículo 8 del Decreto Legislativo 2/2000 dispone en su apartado 1 que “Los contratos administrativos especiales se adjudicarán de conformidad con lo dispuesto en el Libro I de esta Ley, sin perjuicio de lo establecido en el art. 7.1”, y en su apartado 2, dispone que “En el pliego de cláusulas administrativas particulares se hará constar: a) Su carácter de contratos administrativos especiales,(...) c) Las prerrogativas de la Administración a que se refiere el art. 59.1.(...) e) Las causas específicas de resolución que se establezcan expresamente, y f) La competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo para conocer de las cuestiones que puedan suscitarse en relación con los mismos”.

Es decir, se exigen una serie de requisitos formales, que no aparecen cumplidos, por lo que no podría ser de aplicación el artículo 5.2 del Real Decreto Legislativo 2/2000. Pero es que además, aunque el artículo 8 del Decreto Legislativo 2/2000 prevea como causa de resolución el desistimiento (artículo 8.3.b), lo cierto es que estamos ante un contrato de compraventa, de tracto único y perfeccionado, por lo que el Consorcio no desiste en realidad de su celebración, sino que lo rescinde, al cabo de año y medio de su celebración, y ello alegando como causa, el resultado negativo de la compra hecha en su día, esto es, el alea económica que acompaña como elemento natural a todo contrato de compraventa.



En los supuestos en que se den las circunstancias previstas en el artículo 5.2 antes citado, es posible que pueda impugnarse por terceros un contrato de compraventa, si se entiende que debió seguir la tramitación propia de los contratos administrativos, pero lo que atenta contra los principios de seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima antes citados, es precisamente que, perfeccionado entre las partes un contrato de compraventa, sea la parte que ha incumplido las formalidades exigidas por la ley la que ejercite la resolución, pues ello claramente va en contra de lo dispuesto en el artículo 112.2 del Real Decreto Legislativo (Texto Refundido) 2/2000 que dispone que, salvo en el caso de declaración de insolvencia, “en los restantes casos de resolución de contrato el derecho para ejercitarla será potestativo para aquella parte a la que no le sea imputable la circunstancia que diere lugar a la misma”, precepto que concuerda con lo dispuesto en el artículo 100.3 de la ley 30/1992, que impide alegar vicios formales a quien los ha provocado.

Por otra parte, la Sala comparte los fundamentos alegados por la parte recurrente cuando considera que el desistimiento de la ejecución de un contrato es una prerrogativa que se otorga a la Administración para impedir que la formalización de un contrato, o la continuación de su vigencia si se trata de uno de tracto sucesivo, suponga para ella un perjuicio innecesario, siempre indemnizando a la contratista de los daños y perjuicios sufridos. Pero esta posibilidad no puede aplicarse a los contratos de tracto únicos, perfeccionados, y la prueba de ello es que cuando el TR 2/2000 prevé los efectos de la resolución, no regula el caso del desistimiento, ni tampoco estaban regulados en el contrato, sino precisamente el efecto contrario, esto es, que el incumplimiento del Consorcio no le eximía de abonar el precio convenido y la consiguiente indemnización al contratista, en caso de incumplimiento por el Consorcio de todos los daños y perjuicios causados. Sin embargo, como se desprende del tenor literal de los actos impugnados aquí lo que hace el Consorcio es trasladar la supuesta minusvalía sobrevenida al comprador».

Educación

1.- Decreto 79/2010, de 20 de maio, para o plurilingüismo na ensinanza non universitaria de Galicia.

O TSXG (5ª do Cont.-Ad., Secc. 1ª), en varias sentenzas ditadas os días **21 e 28 de novembro de 2012** (recursos 591/2010, 447/2010, 569/2010, 588/2010, 589/2010 e 595/2010) estimou en parte os recursos interpostos pola Real Academia Galega (RAG), a asociación Mesa pola Normalización Lingüística e varios sindicatos contra o “Decreto 79/2010, de 20 de maio, para o plurilingüismo na ensinanza non universitaria de Galicia”. As sentenzas rexeitan con carácter preliminar os argumentos impugnatorios de carácter formal (atribución competencial da Secretaría Xeral de Política Lingüística, memoria económico-financeira do regulamento, exposición pública do proxecto, etc). E sobre o fondo do asunto declaran, en primeiro lugar, a conformidade a dereito da distribución de clases en galego, castelán a lingua estranxeira —cun criterio de equilibrio— establecida no Decreto, considerando que:

«(...) Una vez garantizado que tanto la lengua cooficial autonómica como el castellano sean vehiculares en la enseñanza, sin exclusión de ninguna de ellas, en el sentido de que no sólo han de ser objeto de estudio sino medio de comunicación en el conjunto del proceso educativo, existen diferentes opciones posibles, de modo que nada



se opone a que la lengua cooficial autonómica sea el centro de gravedad del modelo de bilingüismo, pero siempre con el límite de que ello no determine la exclusión del castellano como lengua docente, de forma que quede garantizado su conocimiento y uso en el territorio de la Comunidad Autónoma. (...) no puede reputarse ilegal que se proclame como principio de elaboración del Decreto el de garantizar el máximo equilibrio posible en las horas semanales y en las asignaturas impartidas en las dos lenguas oficiales de Galicia para llegar a adquirir una competencia en igualdad en una y otra. (...) debe admitirse un margen de apreciación al poder público educativo autonómico de modo que si, como en el caso presente, se mueve en unos márgenes de racionalidad y proporción lógicos, a la hora de distribuir horarios y materias que han de impartirse en una y otra lengua, no puede ser considerada contraria a Derecho.(...)».

Porén, anulan o artigo 5.2 do Decreto, en que se dispón que: “A lingua materna predominante do alumnado será determinada polo centro educativo de acordo co resultado dunha pregunta que se efectuará aos pais, nais, titores/as ou representantes legais do alumno/a antes do comezo do curso escolar sobre a lingua materna do seu fillo ou filla”. E iso porque:

«(...) no se puede dar pie a que la consulta a los familiares de los alumnos determine, con carácter vinculante, la lengua a emplear en el aula, porque ese aspecto entra dentro de la potestad de ordenación de la enseñanza que corresponde a la Administración educativa en exclusiva. En este sentido, una cosa es que las familias hayan de colaborar para lograr una educación de calidad y otra muy distinta que la Administración educativa pueda abdicar de su potestad de ordenación general de la enseñanza, que le corresponde en exclusiva, haciendo dejación de su responsabilidad a la hora de garantizar que los niños reciban la primera enseñanza en su lengua materna. (...) se consulta a los familiares próximos del alumnado sobre la lengua materna predominante, y el resultado de la encuesta determina, con carácter vinculante, la que ha de usar el profesorado en el aula de la etapa de educación infantil, con lo cual se deja en manos de dichos familiares tal determinación, en contra de aquel deber de la Administración de ordenar la enseñanza en todos sus aspectos».

Tamén anulan o artigo 12.3 do Decreto, no que se preceptúa que: “o alumnado poderá empregar nas manifestacións oral e escrita a lingua oficial da súa preferencia. Malia o anterior, procurarase que o alumnado empregue a lingua en que se imparte a área, asignatura ou módulo”. Considera ao respecto o Tribunal, entre outras razóns, que o devandito precepto:

«resulta contrario al fomento del uso progresivo del gallego en la enseñanza que, como mandato imperativo, se contiene en el artículo 13.2 de la Ley de Normalización Lingüística, porque la libertad al alumnado en el empleo de la lengua oficial de su preferencia en sus manifestaciones oral y escrita, permitiéndole la utilización del castellano pese a que sea el gallego la lengua en que se imparte el área, asignatura o módulo, contradice aquel mandato, ya que no facilita la adquisición de la destreza exigida al alumno en la lengua propia de esta Comunidad Autónoma desde el momento en que se le permite que no hable o escriba en la lengua gallega cuando es ésta la propia del área, asignatura o módulo».

2.- Concertos educativos con centros docentes privados que só admiten alumnado dun único sexo. Non infrinxen o principio constitucional de non discriminación por razón de sexo.

A Sentenza do TSXG (5ª do Cont.-Ad., Secc. 1ª) de 8 de febreiro de 2012 (recurso 636/2009, relatora: Ilma. Sra. Galindo Gil) desestima o recurso interposto por un sindicato contra a Orde de 26 de agosto de 2009 da Consellería de Educación e Ordenación universitaria, aprobatoria dos concertos educativos cos centros docentes privados de educación infantil, educación primaria, educación secundaria obrigatoria, educación especial, programas de cualificación profesional inicial, ciclos formativos de grao medio e ciclos formativos de grao superior. Sinala o Tribunal que:

«(...) no se aprecian las vulneraciones invocadas por la actora, pues con la aprobación de conciertos educativos con centros privados de enseñanza única, esto es, con centros docentes que practican la educación separada admitiendo alumnado de un único sexo, no se infringe el ordenamiento jurídico. La Administración, al aprobar conciertos con estos centros docentes, y en particular, al aprobar los conciertos cuestionados por la actora, está respetando las previsiones legales y reglamentarias de aplicación, y entre ellas la Orden de 9 de enero de 2009. Esta Orden regula el desarrollo del principio de coeducación, no como requisito para acceder al régimen de conciertos educativos (incluida la renovación), sino como criterio de prioridad a la hora de aprobarlos. (...)

Cierto es que la admisión de alumnos sin discriminación de sexo ya se recoge en el artículo 84.3 de la LOE como una obligación que deben cumplir los centros docentes (obligación que también se recoge en artículo 6 de la Orden de 9 de enero de 2009). Sin embargo ni en la Ley de educación, ni en otra norma jurídica, se exige la enseñanza mixta como requisito para que un centro docente pueda ser beneficiario de financiación pública a través de los conciertos educativos, habida cuenta que la exigencia de la enseñanza mixta como requisito para acceder al régimen de conciertos educativos sólo puede imponerse por disposición legal.

Cita también la actora en su escrito de demanda, en apoyo de sus pretensiones, la normativa estatal y autonómica sobre la igualdad efectiva de mujeres y hombres (Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, y la autonómica 7/2004, de 16 de julio). Ahora bien ninguna de estas normas afectan a la interpretación que haya de darse a las previsiones que se recogen en la ley 2/2006. Véase que la Directiva del Consejo de la UE 2004/113 (para cuya trasposición se dictó la Ley Orgánica 3/2007), deja a la Educación fuera de su ámbito de aplicación. El considerando 13 de la Directiva se expresa de la siguiente manera: “La prohibición de la discriminación deberá aplicarse a las personas que presten bienes y servicios disponibles para el público y que se ofrezcan fuera del ámbito de la vida privada y familiar, y a las transacciones que se efectúen en dicho contexto. No se aplicará al contenido de los medios de comunicación ni de la publicidad, ni a la enseñanza pública o privada”. Y el artículo 3.3 establece que “La presente Directiva no se aplicará al contenido de los medios de comunicación o de la publicidad, ni a la educación».

Estranxeiría

A mera estancia irregular dun cidadán estranxeiro non comunitario en territorio español, sen circunstancias agravantes, leva consigo a sanción de multa e non a de expulsión.



O **TSXG (S^a do Cont.-Ad., Secc. 1^a)**, na súa **Sentenza de 5 de decembro de 2012** (recurso 430/2012, relator: Ilmo. Sr. Chaves García) avanza na liña xurisprudencial previamente iniciada coa sentenza de 25 de xuño de 2012 (recurso 15/2012), alcanzando a conclusión de que a mera permanencia ilegal dun estranxeiro en territorio español, sen circunstancias agravantes (entre as que non se inclúe a mera omisión de visado ou selo de entrada no pasaporte) debe sancionarse en primeiro termo con multa pecuniaria, non con orde de expulsión. A sanción primaria establecida para estes supostos na lexislación de estranxeiría é a de multa. De maneira que a orde de expulsión se reserva para os supostos máis graves, distintos dos de *"mera permanencia ilegal"* do inmigrante en territorio español, que haberán de ser pormenorizadamente motivados na resolución sancionatoria. Como afirma o Tribunal Constitucional na súa sentenza 145/2011, a elección pola Administración entre a sanción de multa e a de expulsión do inmigrante non é discrecional *«sino que la ley establece unos presupuestos objetivos y subjetivos, así como unos criterios de aplicación que condicionan normativamente a la Administración, como son los previstos en el art. 55.3 en relación con el art. 50 de la citada ley, que remite a lo establecido en el art. 131 de la Ley 30/1992, en concreción del principio de proporcionalidad y de los criterios de graduación de la sanción a aplicar en el curso de un procedimiento administrativo que deberá acomodarse a las exigencias del art. 20.2 de la citada Ley Orgánica 4/2000»*. Por outra parte, a imposición dunha multa ao estranxeiro en situación irregular —en lugar da expulsión—, non supón que se lle dispense da obriga legal de obter a preceptiva autorización de residencia para poder permanecer en España; nin do seu deber de abandonar o territorio español se non consegue a devandita autorización. Pero dálle ao inmigrante a posibilidade de regularizar a súa situación en España se cumpre os requisitos necesarios para iso. Ou, no caso contrario, de retornar ao seu país polo seu propio pé, sen a *"prohibición de entrada"* de ata 5 anos que se lle imporía coa orde de expulsión, podendo así solicitar desde alí en legal forma as autorizacións necesarias para regresar a España. Non se trata pois nin dunha dispensa no cumprimento polo estranxeiro das súas obrigas legais, nin da tolerancia dunha situación de *"clandestinidade"*. É sinxelamente a resposta que ofrece o propio sistema legal, en aplicación do principio de proporcionalidade, a unha concreta situación humanitaria, familiar ou social complexa, cuxa solución procura da maneira menos traumática posible.

Incide así o TSX Galicia nesta sentenza, en primeiro lugar en que:

«(...) si no existe pasaporte, ni se acredita la identidad ni lugar y tiempo de entrada, estamos ante un hecho negativo adecuado para la expulsión; en cambio, si existe pasaporte incompleto en este particular, el mero dato formal del desconocimiento del lugar y tiempo de entrada en territorio Schengen no constituye hecho negativo autónomo en sí mismo, salvo que quede clara su específica relevancia para los fines de orden público o control de circunstancias del titular del pasaporte».

E, en segundo lugar despraza cara a Avogacía do Estado a carga da proba sobre o factor negativo determinante da expulsión consistente na falta de arraigo do inmigrante. Sinala así que:

«no consta acreditado en el expediente ni en los autos que la estancia en España de la recurrente fuese tan breve que comportase inexistencia de arraigo suficiente (y que determinase la innecesariedad de motivación específica para la expulsión), puesto que lo más que se extrae del pasaporte (folio 5 expte.) es que el mismo se expidió el 12/1/2010 pero sin que se haya acreditado por la Administración la citada estancia

mínima (a través de interrogatorio u otras pruebas en fase de instrucción), y sin que podamos presumirlo por impedirlo la presunción de inocencia propia del ámbito sancionador».

Medio ambiente e urbanismo

1.- Xestión urbanística. Ocupación directa de terreos para sistemas xerais. A aplicación da devandita técnica require do consentimento dos afectados.

O **TSXG (5ª do Cont.-Ad., Secc. 3ª)**, nas súas **sentenzas de 22 e 29 de febreiro de 2012** (recs. 7539/2009 e 7529/2009, relator: Ilmo. Sr. Cibeira Yebra-Pimentel) analiza a natureza xurídica da técnica de xestión urbanística consistente na “ocupación directa” de terreos. Tras repasar a historia legislativa e a doutrina constitucional sobre a devandita institución conclúe que a día de hoxe en Galicia só se pode aplicar co consentimento dos afectados. E iso por canto se trata de «*una modalidad o técnica de gestión urbanística de obtención de terrenos dotacionales de carácter expropiatorio o asimilable*»; expropiación con pagamento en especie cuxo carácter coactivo só se pode establecer por lei estatal e non autonómica. Como a día de hoxe ningunha lei básica estatal lexitima a súa utilización, só se poderá recorrer á “ocupación directa” de terreos para a obtención de solo afecto a dotacións ou equipamentos se existe acordo cos interesados.

2.- Revisión do plan xeral. Efecto non vinculante dos convenios do plan. Clasificación do solo: Solo rústico de especial protección.

O **TSXG (5ª do Cont.-Ad., Secc. 2ª)**, na súa **sentenza de 18 de outubro de 2012** (rec. 4349/2009, relator: Ilmo. Sr. Méndez Barrera) desestima o recurso interposto contra a aprobación definitiva do Plan Xeral de Ordenación Municipal de Oleiros, respecto da clasificación como solo rústico protexido duns terreos que foran obxecto dun convenio do plan anterior. Insiste o Tribunal nesta sentenza en que:

«No se vulnera la estabilidad y la seguridad jurídicas porque la aprobación definitiva de un plan general se aparte de los términos de un previo convenio urbanístico de planeamiento. La doctrina jurisprudencial sobre este particular es clara: cualquiera que sea el contenido de los acuerdos a que un Ayuntamiento llegue con los administrados, la potestad de planeamiento siempre ha de ejercerse en aras del interés general y según principios de buena administración para lograr la mejor ordenación urbanística posible por lo que, sin perjuicio de las consecuencias indemnizatorias que, ya en otro terreno, pudiera desencadenar en su caso, la Administración se puede separar de los convenios urbanísticos previos o preparatorios de un cambio de planeamiento celebrados con los administrados cuando ejerce su potestad de planeamiento (SSTS de 7-10-2002, 15-3-97, 23-6-94, 19-3-92 y 13-2-92). Como dice la primera de estas sentencias, “la Administración no se encuentra limitada al aprobar la revisión de un Plan General por los convenios urbanísticos previos, aún de planeamiento, que haya concertado con los administrados”. Tampoco la Administración autonómica está vinculada por las propuestas de un Ayuntamiento expresadas en la aprobación inicial o provisional de un plan general en aquellos aspectos reglados, como es la clasificación del suelo, según pone de relieve lo dispuesto en el artículo 85 de la Ley 9/2002. La modificación de la clasificación que tenía en la aprobación inicial la finca litigiosa se llevó a cabo de acuerdo con lo determinado por la Administración autonómica en su



Orden de 14-3-2007, y en ella se explican los motivos de ese cambio (folio 113 del expediente de dicha Administración). En cuanto a la desigualdad y discriminación respecto de los suelos urbanos consolidados contiguos, la parte actora no sostiene que su finca sea suelo urbano consolidado ni pretende que se declare así, sino suelo urbanizable, con lo que reconoce la diferencia de características en relación con esos suelos, que, como urbanos, son de clasificación reglada, lo que no ocurre con el urbanizable, por lo que no puede aceptarse que exista ese tratamiento desigual y discriminatorio. Por ello las alegaciones a las que acaba de hacerse referencia no pueden ser acogidas».

Patrimonio histórico

Inspección do interior de bens inmoables de titularidade privada integrados no patrimonio cultural de Galicia (Pazo de Meirás). Non concorre desviación de poder.

A **Sentenza do Tribunal Supremo (S^a 3^a, Secc. 4^a) de 29 de febreiro de 2012** (casación 1563/2010, relatora: Excm. Sra. Pico Lorenzo), confirma a validez dunha resolución do Director Xeral de Patrimonio Cultural da Xunta de Galicia que ordenou a realización dunha inspección do Pazo de Meirás, en Sada (A Coruña), incluído no Inventario de Bens Culturais de Galicia «*con el fin de comprobar el estado del edificio y su entorno, a los efectos de constatar cual es su nivel de conservación, así como de realizar un reportaje fotográfico completo*».

Considera o Tribunal Supremo nesta sentenza que: «*El art. 70.2. de la LICA define la desviación de poder como el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico. Sin entrar en la interpretación de la Ley 8/1995, del Patrimonio Cultural de Galicia, resulta patente que la Administración autonómica puede solicitar de los titulares de derechos sobre los bienes integrantes del patrimonio cultural de Galicia el examen de los mismos, tal cual aquí se acordó, por lo que no se evidencia que la facultad de inspección fuere utilizada para un fin distinto del establecido por el ordenamiento jurídico autonómico*».

Persoal

Solicitude por asociación corporativa de empregados públicos, de convocatoria para cubrir nun concello postos de funcionarios con habilitación de carácter nacional. Procedemento que só se pode iniciar de oficio. Silencio administrativo negativo.

A **Sentenza do TSXG (S^a do Cont.-Ad., Secc. 1^a) de 23 de maio de 2012** (rec. 4/2012, relator: Ilmo. Sr. Díaz Casales) confirma a desestimación do recurso promovido polo Colexio de Secretarios, Interventores e Tesoureiros da Administración Local contra unha suposta inactividade do Concello da Coruña por non executar a “estimación presunta” da solicitude que previamente formularon de que se realizase a convocatoria por libre designación para cubrir as prazas de viceinterventor, vicesoureiro e oficial maior. E iso por canto:

«*(...) la cobertura de las plazas es un procedimiento típico de los iniciados de oficio y, por lo tanto, excluidos del ámbito de aplicación del silencio administrativo positivo con arreglo*

al Art. 43.2 de la LPAC, sin que pierda esta naturaleza por el hecho de que los interesados insten su puesta en marcha. Así resulta de lo dispuesto en los Arts. 19 —que reserva a los presidentes de las corporaciones la aprobación de las convocatorias—, 25 —que posibilita la convocatoria subsidiariamente por el Ministerio de Administraciones Públicas—, 28 —reservando al Presidente de la Entidad Local la aprobación de las bases de la convocatoria— del Real Decreto 1732/1994, de 29 de julio, sobre provisión de puestos de trabajo reservados a funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional o el Art.29 del Decreto 49/2009, de 26 de febrero, sobre el ejercicio de las competencias de la Comunidad Autónoma de Galicia respecto de los funcionarios con habilitación de carácter estatal, por lo que ha de concluirse que pese a que la sentencia de instancia yerra sobre la razón por la que no procede entender estimada por silencio la petición formulada por el Colegio recurrente, merece ser confirmada porque falta el presupuesto para que opere el silencio administrativo positivo que, a su vez, habría de servir de base para la pretensión ejercitada».

Proceso contencioso-administrativo

1.- Requisitos formais esixibles a un concello para promover un recurso contencioso-administrativo: Ditame preceptivo do secretario ou do xefe da asesoría xurídica municipal.

A **Sentenza do TSXG (S^a do Cont.-Ad., Secc. 2^a) de 22 de novembro de 2012** (rec. 4448/2012, relator: Ilmo. Sr. Méndez Barrera) inadmite o recurso contencioso-administrativo interposto polo Concello de Entrimo (Ourense) fronte unha resolución da Xunta de Galicia, por “falta de lexitimación ad procesum”, toda vez que a devandita Administración municipal:

«(...) no aportó documento alguno que acredite la emisión del dictamen que exigen el artículo 54.3 del Real Decreto Legislativo 781/1986, y el artículo 221.1 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, con lo que incumplió lo requerido en el artículo 45.2.d) de la Ley jurisdiccional; omisión que no se subsanó con posterioridad, pese a tener ocasión para hacerlo en las fases de prueba y de conclusiones, y a haber sido denunciada de contrario en la contestación a la demanda. Por ello el recurso de apelación tiene que ser acogido, revocada la sentencia impugnada y declarado inadmisibile el recurso contencioso-administrativo interpuesto».

2.- A sentenza que se limita a desestimar o recurso contencioso-administrativo dixido fronte a orde de demolición dunha construción ilegal non constitúe, en si, título de execución forzosa, nin lexitima a apertura dun incidente de execución para resolver nel a controversia que suscite a práctica efectiva do derrubamento.

A **Sentenza do TSXG (S^a do Cont.-Ad., Secc. 2^a) de 20 de decembro de 2012** (rec. 4536/2012, relatora: Ilma. Sra. Recio González) sinala ao respecto que:

«(...) siendo la sentencia desestimatoria, es decir, confirmatoria del acto administrativo impugnado, la ejecución que procede es la del acto, y no la de la sentencia, la cual, a los efectos de ejecución, lo ha dejado intacto, sin quitar ni añadir nada a su propia fuerza ejecutiva, de manera que como no ha alterado en nada la situación derivada

del acto administrativo impugnado, su ejecución le corresponde al órgano autor de tal acto, sin que nada pueda añadir, ni aconsejar, ni ordenarle el órgano juzgador sobre el modo de ejecutarlo».

Tributos

1.- Taxa por utilización privativa ou aproveitamento especial do dominio público por empresas explotadoras de servizos de telefonía móbil.

O **TSXG (S^a do Cont.-Ad., Secc. 4^a)** ditou numerosas sentenzas con data **10 de decembro 2012** (recs. 16641/2009, 15327/2009, 16815/2009, 15382/2009, 15035/2009, 15606/2009, 15477/2010, 16401/2009, 15169/2010, etc.) anulando determinados preceptos de ordenanzas municipais reguladoras da taxa por utilización privativa ou aproveitamento especial do dominio público por empresas explotadoras de servizos de telefonía móbil. E iso aplicando a novidosa xurisprudencia establecida polo Tribunal Supremo (S^a 3^a) nas súas sentenzas de 10 e 15 de outubro de 2012 (casación 4307/2009, 1085/2010 e 861/2009) a partir da sentenza do Tribunal de Xustiza da Unión Europea de 12 de xullo de 2012 (asuntos acumulados C-55/11, 57/11 e 58/11), conforme a cal debe eximirse:

«(...) a los operadores de telefonía móvil no sólo del régimen especial de cuantificación de la tasa, sino también de la obligación de pagar la tasa cuestionada cuando, no siendo titulares de redes, lo sean de derechos de uso, acceso o interconexión a éstas. De esta forma, los operadores de telefonía móvil no tendrán que abonar tasas municipales por el uso del dominio público municipal si se limitan a utilizar las instalaciones de terceros. La normativa sectorial debe prevalecer sobre la Ley de Haciendas Locales».

2.- Taxa por ocupación de vía pública para mudanza de enseres. Recurso indirecto contra a ordenanza reguladora. Vulneración do principio de equivalencia.

A **Sentenza do TSXG (S^a do Cont.-Ad., Secc. 4^a) de 6 de febreiro de 2013** (rec. 15758/2012, relatora: Ilma. Sra. Rivera Frade) estima a cuestión de legalidade formulada contra un determinado precepto da Ordenanza do Concello de Ourense reguladora da taxa por aproveitamento especial ou utilización privativa do dominio público, en que se establecía o importe a pagar pola ocupación temporal da vía pública cun camión de mudanzas para o traslado de enseres. Considera o Tribunal que a referida Ordenanza infrinxe o "principio de equivalencia" conforme o cal o importe da taxa non poderá exceder do custo real ou previsible do servizo, actividade ou prestación que se recibe.



1. As propostas de colaboración coa Revista Galega de Administración Pública remitiranse como arquivo adxunto a unha mensaxe de correo electrónico ao seguinte enderezo electrónico: **regap@xunta.es**.

Ademais, a ou o autor ou os autores enviarán o orixinal nun disco compacto, USB, ou dispositivo similar, en soporte informático *Microsoft Word*, así como dúas copias impresas asinadas ao seguinte enderezo:

Revista Galega de Administración Pública

Servizo de Estudos e Publicacións

Escola Galega de Administración Pública

Rúa de Madrid, 2-4

15707 Santiago de Compostela (A Coruña)

2. O disco compacto, USB, ou dispositivo similar, remitido por correo postal deberá conter un único arquivo ou documento co texto da proposta da colaboración.
3. Non serán aceptadas propostas de colaboración enviadas por fax ou por correo postal sen estaren acompañadas do correspondente soporte electrónico.
4. Os traballos deberán ser remitidos antes do 15 de maio e do 15 de novembro, para os números ordinarios. As datas de remisión e aceptación figurarán nun lugar visible da revista.
5. Os traballos enviados deberán cumprir as seguintes condicións:
 - a) Seren inéditos e non estaren incluídos en procesos de avaliación doutras publicacións.
 - b) Estaren redactados en galego, español, portugués, francés italiano, inglés e alemán.
 - c) Conteren un número máximo de 20.000 palabras para os traballos redactados como "Estudos"; e, de 10.000, para os editados como "Notas".
6. Os traballos que se propoñen para a súa publicación como artigos deberán incluír, por esta orde:
 - a) Un título descritivo do contido, nome, apelidos e profesión ou cargo da ou do autor ou dos autores.
 - b) Un resumo (dun máximo de 150 palabras) no idioma no que se presenta o texto principal e a súa

tradución ao inglés de non ser esta a lingua empregada na súa redacción.

- c) Unha relación dun mínimo de cinco palabras clave, e un máximo de dez, que identifiquen as materias sobre as que versa o texto principal, e a súa versión ao idioma inglés, de non ser esta a lingua empregada na súa redacción.
 - d) Sumario seguindo a estrutura da CDU. (Exemplo: 1, 1.1, 1.1.1, 1.1.1.a...).
 - e) O corpo principal do texto.
 - f) A bibliografía.
7. Os traballos deberán ser cuidadosamente revisados pola(s) persoa(s) responsable(s) da súa autoría no tocante ao estilo, e respectarán ademais os seguintes requisitos:
 - a) Todos os traballos deberán ser presentados a un espazo, con formato de fonte Times New Roman, tamaño 12.
 - b) As notas figurarán a pé de páxina, gardarán unha numeración única e correlativa para todo o traballo, e axustaranse ao seguinte modelo:
 - LIBRO: AUTOR, Título da publicación, núm. Edición, lugar da publicación, editor, ano, páxina.
 - AUTOR, "Título do artigo". Título da fonte (revista ou outra colectiva), número, ano, páxinas.
 - c) A bibliografía deberá conter con exactitude toda a información dos traballos consultados e citados (autoría, título completo, editor, cidade e ano de publicación; de se tratar dunha serie, serán indicados o título e o número do volume ou a parte correspondente).
 - d) Os documentos, fontes ou bases de datos publicados na Internet deberán indicar o URL respectivo. Por exemplo: http://www.un.org/base/publicad/pages/innovat_a.html.
 8. Dereitos de autoría. Unha vez que o consello editorial acepte publicar calquera material (artigo ou recensión) recibido, os dereitos exclusivos e ilimitados para reproducir e distribuír os traballos en calquera forma de reprodución, idioma e país serán transferidos á Escola Galega de Administración Pública (EGAP).