

Jurisprudencia contencioso-administrativa

43 Regap

FRANCISCO DE COMINGES CÁCERES
Magistrado

Regap

COMENTARIOS Y CRÓNICAS

Contratación

1.- Revisión de precios del contrato de recogida de residuos sólidos urbanos. La mediación de concejales municipales para solucionar el conflicto laboral del personal de la concesionaria no conlleva que el ayuntamiento haya de asumir el coste del incremento salarial que puso fin a la huelga.

La **Sentencia del TSJG (S^a de lo Cont.-Ad., Secc. 2^a) de 8 de noviembre de 2012** (recurso 4378/2012, ponente: Ilmo. Sr. Méndez Barrera) desestima el recurso promovido por la entidad mercantil concesionaria del servicio municipal de limpieza y recogida de basuras para que se incluyese, en la revisión de precios del contrato, el sobrecoste que le supuso el incremento del salario de sus empleados con el que se puso fin a un conflicto laboral (huelga). Considera el Tribunal que la mera circunstancia de que dos concejales de la Corporación municipal participasen en la mesa de negociación, junto con los inspectores de trabajo y los representantes de empresa y trabajadores, suscribiendo con ellos el "preacuerdo" con el que finalizó la huelga, no significa que el Ayuntamiento haya impuesto la subida de los sueldos ni que por ello se pueda exigir un incremento correlativo en el precio del contrato. Incide, así, la sentencia 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 del servicio de transporte urbano colectivo de viajeros. Déficit de la concesionaria por inversiones en material y terrenos. Equilibrio económico-financiero del contrato. Principio de riesgo y ventura.

La **sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia —TSJG— (5ª de lo Cont.-Ad., Secc. 2ª) de 22 de noviembre de 2012** (recurso 4442/2012, ponente: Ilmo. Sr. Ramírez Sineiro) confirma en apelación la desestimación de la reclamación de pago, de más de un millón de euros, formulada frente al ayuntamiento de Vigo por la empresa concesionaria del transporte urbano colectivo, por el supuesto déficit que le ocasionaron determinadas inversiones en material móvil, terrenos e instalaciones. Se motiva la sentencia en que por la entidad 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».

También 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 y asistencia para la redacción de proyecto básico y de ejecución de pabellón polideportivo. Competencia profesional para poder participar. No se puede reservar exclusivamente a arquitectos.

La **Sentencia del Tribunal Supremo (5ª 3ª, Secc. 7ª) de 19 de enero de 2012** (Casación unificación doctrina 321/2010, ponente: Excmo. Sr. González Rivas), estima el recurso interpuesto por el Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos contra el acuerdo de la Xunta de Galicia de licitación, mediante procedimiento abierto y forma de adjudicación de concurso público, del "contrato de consultoría y asistencia para la redacción del proyecto técnico básico y de ejecución, el estudio de seguridad y salud y la dirección de obra en calidad de arquitecto, para la construcción de un pabellón polideportivo del Instituto de Educación Secundaria del Ayuntamiento de O Grove (Pontevedra)". Incide el Tribunal Supremo en esta sentencia 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 compe-



tencia aparece indubitada y reconocida al Arquitecto y, en su caso, al Arquitecto técnico, 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. La revisión de precios se ha de liquidar en las certificaciones de obra mensuales.

La **sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia —TSJG— (Sª de lo Cont.-Ad., Secc. 2ª) de 9 de febrero de 2012** (recurso 4177/2011, ponente: Ilma. Sra. Paz Eiroa) estima el recurso promovido por la entidad mercantil contratista de la obra de “Ampliación de la estación depuradora de aguas residuales de Bens. Mejora y vertido de A Coruña”, declarando la obligación de la Administración de incluir en las certificaciones de obra mensuales «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 la sentencia 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 del Estado. Contratos administrativos especiales. Contratos privados. Resolución de contrato de adquisición de concesión minera. Infracción de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima.

La **Sentencia del Tribunal Supremo (Sª 3ª, Secc. 7ª) de 21 de febrero de 2012** (Casación 306/2009, ponente: Excmo. Sr. González Rivas), anula un Acuerdo de un Consorcio entre distintas Administraciones públicas que dispuso la resolución de los contratos de adquisición de concesiones mineras que había suscrito con varias entidades mercantiles para la creación de la plataforma logística industrial de Salvaterra. Afirma en ella el 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 mayo, para el plurilingüismo en la enseñanza no universitaria de Galicia.

El TSJG (S^a de lo Cont.-Ad., Sec. 1^º), en varias sentencias dictadas los días **21 y 28 de noviembre de 2012** (recursos 591/2010, 447/2010, 569/2010, 588/2010, 589/2010 y 595/2010) estimó en parte los recursos interpuestos por la Real Academia Galega (RAG), la asociación Mesa pola Normalización Lingüística y varios sindicatos contra el “Decreto 79/2010, de 20 de mayo, para el plurilingüismo en la enseñanza no universitaria de Galicia”. Las sentencias rechazan con carácter preliminar los argumentos impugnatorios de carácter formal (atribución competencial de la Secretaría Xeral de Política Lingüística, memoria económico-financiera del reglamento, exposición pública del proyecto, etc). Y sobre el fondo del asunto declaran, en primer lugar, la conformidad a derecho de la distribución de clases en gallego, castellano y lengua extranjera —con un criterio de equilibrio— establecida en el 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.(...)».

No obstante, anulan el artículo 5.2 del Decreto, en el que se dispone que: “La lengua materna predominante del alumnado será determinada por el centro educativo de acuerdo con el resultado de una pregunta que se efectuará a los padres, madres, tutores/as o representantes legales del alumno/a antes del comienzo del curso escolar acerca de la lengua materna de su hijo o hija”. Y ello 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».

También anulan el artículo 12.3 del Decreto, en el que se preceptúa que: “el alumnado podrá utilizar en las manifestaciones oral y escrita la lengua oficial de su preferencia. No obstante lo anterior, se procurará que el alumnado utilice la lengua en que se imparte el área, asignatura o módulo”. Considera al respecto el Tribunal, entre otras razones, que dicho 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.- Conciertos educativos con centros docentes privados que sólo admiten alumnado de un único sexo. No infringen el principio constitucional de no discriminación por razón de sexo.

La **Sentencia del TSJG (S^a de lo Cont.-Ad., Secc. 1^a) de 8 de febrero de 2012** (recurso 636/2009, ponente: Ilma. Sra. Galindo Gil) desestima el recurso interpuesto por un sindicato contra la Orden de 26 de agosto de 2009 de la Consellería de Educación e Ordenación universitaria, aprobatoria de los conciertos educativos con los centros docentes privados de educación infantil, educación primaria, educación secundaria obligatoria, educación especial, programas de cualificación profesional inicial, ciclos formativos de grado medio y ciclos formativos de grado superior. Señala el 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».

Extranjería

La mera estancia irregular de un ciudadano extranjero no comunitario en territorio español, sin circunstancias agravantes, conlleva la sanción de multa y no la de expulsión.

El **TSJG (S^a de lo Cont.-Ad., Secc. 1^a)**, en su **Sentencia de 5 de diciembre de 2012** (recurso 430/2012, ponente: Ilmo. Sr. Chaves García) avanza en la línea jurisprudencial previamente iniciada con la sentencia de 25 de junio de 2012 (recurso 15/2012), alcanzando la conclusión de que la mera permanencia ilegal de un extranjero en territorio español, sin circunstancias agravantes (entre las que no se incluye la mera omisión de visado o sello de entrada en el pasaporte) debe sancionarse en primer término con multa pecuniaria, no con orden de expulsión. La sanción primaria establecida para estos supuestos en la legislación de extranjería es la de multa. De manera que la orden de expulsión se reserva para los supuestos más graves, distintos de los de *“mera permanencia ilegal”* del inmigrante en territorio español, que habrán de ser pormenorizadamente motivados en la resolución sancionatoria. Como afirma el Tribunal Constitucional en su sentencia 145/2011, la elección por la Administración entre la sanción de multa y la de expulsión del inmigrante no es 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 otra parte, la imposición de una multa al extranjero en situación irregular —en lugar de la expulsión—, no supone que se le dispense de la obligación legal de obtener la preceptiva autorización de residencia para poder permanecer en España; ni de su deber de abandonar el territorio español si no consigue dicha autorización. Pero le da al inmigrante la posibilidad de regularizar su situación en España si cumple los requisitos necesarios para ello. O, en caso contrario, de retornar a su país por su propio pie, sin la *“prohibición de entrada”* de hasta 5 años que se le impondría con la orden de expulsión, pudiendo así solicitar desde allí en legal forma las autorizaciones necesarias para regresar a España. No se trata pues ni de una dispensa en el cumplimiento por el extranjero de sus obligaciones legales, ni de la tolerancia de una situación de *“clandestinidad”*. Es sencillamente la respuesta que ofrece el propio sistema legal, en aplicación del principio de proporcionalidad, a una concreta situación humanitaria, familiar o social compleja, cuya solución procura de la manera menos traumática posible.

Incide así el TSJ Galicia en esta sentencia, en primer 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».



Y, en segundo lugar desplaza hacia la Abogacía del Estado la carga de la prueba sobre el factor negativo determinante de la expulsión consistente en la falta de arraigo del inmigrante. Señala 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 12/11/2010 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 y urbanismo

1.- Gestión urbanística. Ocupación directa de terrenos para sistemas generales. La aplicación de dicha técnica requiere del consentimiento de los afectados.

El TSJG (5ª de lo Cont.-Ad., Secc. 3ª), en sus **sentencias de 22 y 29 de febrero de 2012** (recs. 7539/2009 y 7529/2009, ponente: Ilmo. Sr. Cibeira Yebra-Pimentel) analiza la naturaleza jurídica de la técnica de gestión urbanística consistente en la "ocupación directa" de terrenos. Tras repasar la historia legislativa y la doctrina constitucional sobre dicha institución concluye que a día de hoy en Galicia sólo se puede aplicar con el consentimiento de los afectados. Y ello por cuanto se trata de «una modalidad o técnica de gestión urbanística de obtención de terrenos dotacionales de carácter expropiatorio o asimilable»; expropiación con pago en especie cuyo carácter coactivo sólo se puede establecer por ley estatal y no autonómica. Como a día de hoy ninguna ley básica estatal legitima su utilización, sólo se podrá recurrir a la "ocupación directa" de terrenos para la obtención de suelo afecto a dotaciones o equipamientos si existe acuerdo con los interesados.

2.- Revisión del planeamiento general. Efecto no vinculante de los convenios de planeamiento. Clasificación del suelo: Suelo rústico de especial protección.

El TSJG (5ª de lo Cont.-Ad., Secc. 2ª), en su **sentencia de 18 de octubre de 2012** (rec. 4349/2009, ponente: Ilmo. Sr. Méndez Barrera) desestima el recurso interpuesto contra la aprobación definitiva del Plan General de Ordenación Municipal de Oleiros, respecto de la clasificación como suelo rústico protegido de unos terrenos que habían sido objeto de un convenio de planeamiento anterior. Insiste el Tribunal en esta sentencia 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 del interior de bienes inmuebles de titularidad privada integrados en el patrimonio cultural de Galicia (Pazo de Meirás). No concurre desviación de poder.

La **Sentencia del Tribunal Supremo (S^a 3^a, Secc. 4^a) de 29 de febrero de 2012** (casación 1563/2010, ponente: Excm. Sra. Pico Lorenzo), confirma la validez de una resolución del Director Xeral de Patrimonio Cultural de la Xunta de Galicia que ordenó la realización de una inspección del Pazo de Meirás, en Sada (A Coruña), incluido en el Inventario de Bienes Culturales 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 el Tribunal Supremo en esta sentencia que: «El art. 70.2. de la LCA 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».

Personal

Solicitud por asociación corporativa de empleados públicos, de convocatoria para cubrir en un ayuntamiento puestos de funcionarios con habilitación de carácter nacional. Procedimiento que sólo se puede iniciar de oficio. Silencio administrativo negativo.

La **Sentencia del TSJG (5ª de lo Cont.-Ad., Secc. 1ª) de 23 de mayo de 2012** (rec. 4/2012, ponente: Ilmo. Sr. Díaz Casales) confirma la desestimación del recurso promovido por el Colegio de Secretarios, Interventores y Tesoreros de la Administración Local contra una supuesta inactividad del Concello de A Coruña por no ejecutar la “estimación presunta” de la solicitud que previamente formularon de que se realizase la convocatoria por libre designación para cubrir las plazas de viceinterventor, vicesorero y oficial mayor. Y ello por cuanto:

«(...) 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 formales exigibles a un ayuntamiento para promover un recurso contencioso-administrativo: Dictamen preceptivo del secretario o del jefe de la asesoría jurídica municipal.

La **Sentencia del TSJG (5ª de lo Cont.-Ad., Secc. 2ª) de 22 de noviembre de 2012** (rec. 4448/2012, ponente: Ilmo. Sr. Méndez Barrera) inadmite el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Concello de Entrimo (Ourense) frente a una resolución de la Xunta de Galicia, por “falta de legitimación ad procesum”, toda vez que dicha 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 inadmisibles el recurso contencioso-administrativo interpuesto».

2.- La sentencia que se limita a desestimar el recurso contencioso-administrativo dirigido frente a la orden de demolición de una construcción ilegal no constituye,

en sí, título de ejecución forzosa, ni legitima la apertura de un incidente de ejecución para resolver en él la controversia que suscite la práctica efectiva del derribo.

La **Sentencia del TSJG (S^a de lo Cont.-Ad., Secc. 2^a) de 20 de diciembre de 2012** (rec. 4536/2012, ponente: Ilma. Sra. Recio González) señala al 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.- Tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público por empresas explotadoras de servicios de telefonía móvil.

El **TSJG (S^a de lo Cont.-Ad., Secc. 4^a)** dictó numerosas sentencias en fecha **10 de diciembre 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 municipales reguladoras de la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público por empresas explotadoras de servicios de telefonía móvil. Y ello aplicando la novedosa jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo (S^a 3^a) en sus sentencias de 10 y 15 de octubre de 2012 (casación 4307/2009, 1085/2010 y 861/2009) a partir de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de julio de 2012 (asuntos acumulados C-55/11, 57/11 y 58/11), conforme a la cual 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.- Tasa por ocupación de vía pública para mudanza de enseres. Recurso indirecto contra la ordenanza reguladora. Vulneración del principio de equivalencia.

La **Sentencia del TSJG (S^a de lo Cont.-Ad., Secc. 4^a) de 6 de febrero de 2013** (rec. 15758/2012, ponente: Ilma. Sra. Rivera Frade) estima la cuestión de legalidad formulada contra un determinado precepto de la Ordenanza del Ayuntamiento de Ourense reguladora de la tasa por aprovechamiento especial o utilización privativa del dominio público, en el que se establecía el importe a pagar por la ocupación temporal de la vía pública con un camión de mudanzas para el traslado de enseres. Considera el Tribunal que la referida Ordenanza infringe el "principio de equivalencia" conforme al cual el importe de la tasa no podrá exceder del coste real o previsible del servicio, actividad o prestación que se recibe.



1. Las propuestas de colaboración con la Revista Galega de Administración Pública se remitirán como archivo adjunto a un mensaje de correo electrónico a la siguiente dirección: **regap@xunta.es**.

Además, la o el autor o los autores enviarán el original en un disco compacto, USB, o dispositivo similar, en soporte informático *Microsoft Word*, así como dos copias impresas firmadas a la siguiente dirección:

Revista Galega de Administración Pública

Servicio de Estudios y Publicaciones

Escola Galega de Administración Pública

Rúa de Madrid, 2-4

15707 Santiago de Compostela (A Coruña)

2. El disco compacto, USB, o dispositivo similar, remitido por correo postal deberá contener un único archivo o documento con el texto de la propuesta de la colaboración.
3. No serán aceptadas propuestas de colaboración enviadas por fax o por correo postal sin estar acompañadas del correspondiente soporte electrónico.
4. Los trabajos deberán ser remitidos antes del 15 de mayo y del 15 de noviembre, para los números ordinarios. Las fechas de remisión y aceptación figurarán en un lugar visible de la revista.
5. Los trabajos enviados deberán cumplir las siguientes condiciones:
 - a) Ser inéditos y no estar incluidos en procesos de evaluación de otras publicaciones.
 - b) Estar redactados en gallego, español, portugués, francés italiano, inglés o alemán.
 - c) Contener un número máximo de 20.000 palabras para los trabajos redactados como "Estudios"; y, de 10.000 para los editados como "Notas".
6. Los trabajos que se proponen para su publicación como artículos deberán incluir, por este orden:
 - a) Título descriptivo del contenido, nombre, apellidos y profesión o cargo de la o del autor o de los autores.
 - b) Un resumen (de un máximo de 150 palabras) en el idioma en el que se presenta el texto principal

y su traducción al inglés de no ser esta la lengua empleada en su redacción.

- c) Una relación de un mínimo de cinco palabras clave, y un máximo de diez, que identifiquen las materias sobre las que versa el texto principal, y su versión al idioma inglés, de no ser esta la lengua empleada en su redacción.
 - d) Sumario siguiendo la estructura de la CDU (Ejemplo: 1, 1.1, 1.1.1, 1.1.1.a...).
 - e) El cuerpo principal del texto.
 - f) La bibliografía.
7. Los trabajos deberán ser cuidadosamente revisados por la o las personas responsables de su autoría en lo tocante al estilo, y respetarán además los siguientes requisitos formales:
 - a) Todos los trabajos deberán ser presentados a un espacio, con formato de fuente Times New Roman, tamaño 12.
 - b) Las notas figurarán a pie de página, guardarán una numeración única y correlativa para todo el trabajo, y ajustarse al siguiente modelo:
 - LIBRO: AUTOR, Título de la publicación, núm. Edición, lugar de la publicación, editor, año, página.
 - AUTOR, "Título del artículo". Título de la fuente (revista u otra colectiva), número, año, páginas.
 - c) La bibliografía deberá contener con exactitud toda la información de los trabajos consultados y citados (autoría, título completo, editor, ciudad y año de publicación; de tratarse de una serie, serán indicados el título y el número del volumen o la parte correspondiente).
 - d) Los documentos, fuentes o bases de datos publicados en Internet deberán indicar el URL respectivo. Por ejemplo: http://www.un.org/base/publicad/pages/innovat_a.html.
 8. Derechos de autoría. Una vez que el consejo editorial acepte publicar cualquier material (artículo o recensión) recibido, los derechos exclusivos e ilimitados para reproducir y distribuir los trabajos en cualquier forma de reproducción, idioma y país serán transferidos a la Escola Galega de Administración Pública (EGAP).