

Ficheiro de sentencias

Maxistrado do
Tribunal Superior de
Xustiza de Galicia

José Guerrero Zaplana

1

Sentencia núm. 375 de data: 17 de abril de 1996.

Tribunal: Sala do C-A do TSX de Galicia. Sección 3^a.

Ponente D.: Francisco Javier D'amorin Viéitez.

Materia: acción administrativa no comercio interior.

Conceptos básicos: fixación de horarios comerciais.

Comentario: non se considera que o R.D. Lei 22/93 do 29 de decembro que cobre o Decreto impugnado (20/94 da Xunta de Galicia que regula os horarios comerciais na CA de Galicia) infrinxa os principais principios constitucionais de igualdade dos españois, de unidade de mercado, libre competencia nin defensa dos consumidores polo que non se formula a cuestión de inconstitucionalidade suxerida pola parte recorrente.

O decreto autónómico non supón vulneración do principio de legalidade (na súa modalidade de reserva de lei) por limitación da liberdade de empresa que está reservada á lei segundo o artigo 53.1 da Constitución; a marxe na que se move o Decreto autónómico está dentro dos límites marcados pola lexislación estatal.

É necesario o informe do Consello de Estado só nos regulamentos autonómicos que desenvolvan as leis estatais, pero non nos que son independentes da regulación da lei.

Lexislación citada:

- L.O. 2/79 do Tribunal Constitucional, art. 35.
- Lei 3/80 de 22 de abril do Consello de Estado, art. 23.1.

Fundamentos de Derecho

Primero. Se impugna a través del presente recurso el Decreto de la Xunta de Galicia 20 /1994, de 4 de febrero, por el que se regulan los horarios comerciales en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia.

La entidad recurrente (Asociación Nacional de Medianas y Grandes Empresas de Distribución) sustancia el recurso en Los siguientes motivos:

- vulneración del principio de legalidad, por cuanto la regulación de los horarios de apertura y cierre de los establecimientos comerciales, en cuanto supone una incidencia limitativa de derechos, debe hacerse a través de norma con rango de ley.
- con expresa petición de que se eleve o proponga al Tribunal Constitucional la oportuna cuestión de inconstitucionalidad, aduce la Asociación recurrente que el Real Decreto-Ley 22 /1993, de 29 de diciembre, que da cobertura al Decreto impugnado al contener las bases para la regulación de los horarios comerciales, está viciado de inconstitucionalidad, al conculcar los siguientes principios constitucionales de igualdad básica de los españoles, unidad del mercado nacional, libre competencia y defensa de los consumidores.
- defectos de tramitación, pues no se solicitara y emitiera el preceptivo dictamen del Consejo de Estado o del órgano autonómico que hiciera sus veces, así como los informes previos de las Asociaciones de Consumidores.
- nulidad del art. 1 del Decreto impugnado, por vulnerar las bases fijadas en el precitado Real Decreto-Ley, pues aquel precepto al disponer que la actividad se desarrolle entre las 9 y las 21 horas, contrariaba el art. 2 de aquella Disposición que establecía que el horario se fijaba libremente por cada comerciante siempre que no sobrepase el número máximo de horas permitido.

Segundo. Siguiendo un orden lógico en el tratamiento de los motivos esgrimidos, procede la consideración previa de la procedencia del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad que interesa la recurrente, y que limita a sus arts. 1º y 2º, lo cual debe hacerse conforme a lo preceptuado en el art. 35 de la L.O. 2/1979, de 3-X, reguladora del Tribunal Constitucional, en relación con el art. 5 de la L.O. 6/1985, de 1-VII, del Poder Judicial, en relación con el art. 163 de la C.E.

Conviene, con carácter previo al juicio de constitucionalidad sobre dichos preceptos, dar respuesta a la cuestión formal planteada por el Letrado de la Xunta de Galicia en el escrito de contestación a la demanda, en el que sostuvo e interesó que se emplazara a la Abogacía del Estado, al cuestionarse la constitucionalidad de una Disposición de carácter estatal. Al margen de que la Administración General del Estado no es parte formal en el presente proceso, debe destacarse que "el art. 35 de la LOTC no concede un derecho a las partes al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad que establece el art. 163 C.E., sino únicamente la facultad de instarlo de los órganos judiciales, a cuyo único criterio, sin embargo, la C.E. ha confiado el efectivo planteamiento de aquélla cuando, de oficio o a instancia de parte aprecien dudas sobre la constitucionalidad de la norma aplicable al caso a resolver" (STC 130/1994, de 9 de mayo, entre otras), lo cual viene a significar que si el Tribunal no tiene dudas sobre la constitucionalidad de la norma legal cuestionada, no se ve compelido a apurar el trámite previo previsto en aquel precepto, sin perjuicio de que, por exigencia de los principios de congruencia y motivación, dé respuesta en sede de la propia sentencia a los argumentos o tachas de inconstitucionalidad aducidos por la parte recurrente, explicitando las razones jurídicas que le llevan a concluir sobre el acomodo o conformidad de la norma cuestionada al texto constitucional.

Desde la perspectiva de lo dicho anteriormente, debe anunciarse ya que este Tribunal no va a plantear la cuestión de inconstitucionalidad por las razones que se van a exponer.

Sostiene la recurrente, en primer término, que el Real Decreto-Ley 22/1993 atenta contra el principio de igualdad básica de los españoles (arts. 14 y 139 de la C.E.), al permitir un margen de discrecionalidad excesivo a las Comunidades Autónomas, que puede originar una intolerable desigualdad entre las empresas que operan en distintas CC.AA. y los consumidores de las mismas, pues mientras las empresas que actúan en CC.AA. que no tienen asumidas competencias en materia de comercio inte-

rior, pueden seguir actuando con absoluta libertad de horario, sin embargo, aquellas otras que operan en CC.AA. que asumieron dichas competencias y desarrollaron, mediante normativa propia, las bases allí establecidas, podría ver fuertemente limitada su libertad en materia de horarios y encontrarse en situación de grave desigualdad respecto de las anteriores, desigualdad que a la vez provocaría la ruptura de la unidad económica y de mercado, atentaría contra el principio de la libre competencia y de defensa de los consumidores y usuarios.

El Real Decreto-Ley 22/1993 establece las bases para la regulación de los horarios comerciales, que se justifica en su Preámbulo por la situación de profunda crisis por la que atravesaba la actividad económica, que aconsejaba introducir algunas limitaciones al principio de libertad de horarios que estableciera el art. 5.1 del Real Decreto-Ley 2/1985, con el fin de evitar que la recesión de la demanda repercutiera de forma excesiva sobre el comercio minorista. Al mismo tiempo, se aprovechó la ocasión para delimitar el ejercicio de las competencias de las CC.AA. en esta materia, a partir, se dice en ese mismo Preámbulo, de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, en el marco de los principios que sobre ordenación de la actividad económica corresponde al Estado en virtud del título competencial a que alude el art. 149.1.13^a de la C.E.

El Real Decreto-Ley de referencia, dictado al amparo del art. 149.1.13 de la C. E. como dice su Disposición Adicional, reconoce en su art. 1º la competencia de las CC.AA. para la regulación de los horarios de apertura y cierre de los locales comerciales en su respectivo ámbito territorial, en el marco de la leal y libre competencia, con sujeción a los principios generales que, sobre ordenación de la economía, se contienen en su art. 2º y que se pueden resumir así:

- se establece un horario semanal global, con el carácter de mínimo, de 72 horas en los días laborales de la semana, en que los comercios podrán desarrollar su actividad.
- se establece un mínimo de 8 días al año referidos a domingos y festivos en que los comercios podrán permanecer abiertos al público. La determinación de esos domingos o festivos corresponderá a las CC.AA. en su respectivo ámbito territorial, respetando, en todo caso, aquel número mínimo de 8 días anuales.
- que el horario de apertura, dentro de los días laborales de la semana, será libremente acordado por cada comerciante, respetando el límite máximo de horario global que en su

caso se establezca. Igual libertad se predica respecto del horario de cada domingo o festivo de actividad autorizada, sin que pueda ser limitado a menos de 12 horas.

Conviene señalar que su Disposición Final establece que en defecto de disposiciones autonómicas sobre las materias aquí reguladas, continuará siendo de aplicación lo dispuesto en el art. 5.1 del Real Decreto-ley 2/1985, de 30-IV.

En este momento ha de recordarse que el art. 5.1 del precitado Real Decreto-Ley, establece que "el horario de apertura y cierre de establecimientos comerciales de venta y distribución de mercancías o de prestación de servicios al público, así como el número de días y horas de actividad semanal de los mismos, serán de libre fijación por las Empresas en todo el territorio del Estado, sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas en los términos que establezcan sus respectivos Estatutos de Autonomía".

En una primera aproximación al R.D.L. 22/93, se obtiene la impresión de que esa norma estatal dejó sin efecto el carácter absoluto con el que aparecía reconocido el principio de libertad de horarios comerciales en el R.D.L. 2/85, fruto de la desregularización legal o liberalización que esta Disposición supuso o introdujo en la materia de horarios comerciales, estatuyendo un régimen de libertad limitada, que se articula, en concordancia con el carácter concurrente de las competencias en materia de comercio interior y de los títulos competenciales que ostentan el Estado y las CC.AA., conforme a los cuales corresponde al Estado establecer las normas básicas que delimitan un contenido mínimo garantizado de la libertad de horarios comerciales (mínimo común denominador normativo en todo el territorio nacional", por utilizar lo expresado por el propio T.C.), y a las CC.AA., en virtud de sus competencias normativas en la materia, les corresponde la regulación normativa, con sujeción a aquellas bases estatales y a los principios constitucionales que repercutan en esa materia sectorial.

Desde esa perspectiva, debe convenirse con la recurrente en que, tras el dictado del R.D. Ley 22/93, surge la posibilidad de que subsistan dos regímenes jurídicos distintos relativos a los horarios comerciales: por una parte, el correspondiente a aquellas CC.AA. que, ajustándose a los límites que establece aquella norma estatal, hagan uso de sus competencias normativas según los términos de sus respectivos Estatutos de Autonomía, y regulen la materia, regulación que, a su vez, puede resultar dispar; de otra, el de aquellas CC.AA. que no tomen tal iniciativa o que no ha-

yan asumido competencias normativas en materia de comercio interior, y para las que seguirá rigiendo el R.D.L. 2/85. En definitiva, la convivencia de un régimen o regímenes en que la libertad de horarios se vea sometida a limitaciones con otro en que ese principio de libertad de horarios no se vea constreñido.

Es momento de plantearse si ese posible sistema regulador dual provocado por la Disposición cuestionada vulnera los principios constitucionales a que alude la recurrente, no sin antes reseñar que la regulación contenida en aquella Disposición coincide esencialmente con la que en materia de horarios comerciales se contiene en la reciente L.O. 2/1996, de 15-I, complementaria de la de Ordenación del Comercio Minorista, lo que ya de por sí ofrece un argumento en favor de una cierta presunción de constitucionalidad de aquella norma estatal.

A este respecto, procede recordar lo que el T.C. tiene dicho sobre el particular.

En la sentencia 225 /93, de 8 de julio, ratificadas por las sentencias 228, 264 y 284 /1993, se dijo "... resulta difícil admitir que la libertad de horarios comerciales pueda constituir un desarrollo del art. 38 de la C.E. En efecto, ello sería tanto como suponer que del derecho del empresario a iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial se deriva, necesariamente, su libertad para decidir cuando ha de llevarla a cabo, estableciendo sin limitación alguna los días y horas de apertura y cierre de la empresa. Sin embargo, ello no se desprende necesariamente del art. 38 CE... en esta materia el art. 38 C.E. no genera otra exigencia que la de un régimen de horarios comerciales que permita el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial y esté exento, por tanto, de limitaciones irracionales, desproporcionadas o arbitrarias que puedan impedir o menoscabar gravemente el ejercicio de dicha actividad. Respetada esta exigencia, corresponde al ámbito de la libre configuración legal el optar por un régimen limitativo de los horarios comerciales o, por el contrario, de libertad de horarios, pues dichos regímenes no forman parte del contenido de la libertad garantizada por el art. 38", y que, por otra parte, "el presupuesto de un único orden económico y de un mercado nacional no excluye la existencia de la diversidad jurídica que resulta del ejercicio por los órganos autonómicos de competencias normativas sobre un sector económico, cuando éstas han sido asumidas en el Estatuto de una Comunidad Autónoma", todo ello, sin perjuicio de que "aún existiendo una competencia sobre un subsector económico que una Comunidad Autónoma ha asumido como «exclusiva»

en su Estatuto, esta atribución competencial no «excluye» la competencia estatal para establecer las bases y la coordinación de ese subsector, y que el ejercicio autonómico de esta competencia exclusiva puede estar condicionado por medidas estatales... siempre que el fin perseguido responda efectivamente a un objetivo de planificación económica, viniendo a reconocer que aunque “entre las condiciones básicas para el ejercicio de la libertad de empresa se halla la libre circulación de bienes en todo el territorio nacional... la interpretación conforme a esta exigencia constitucional de lo dispuesto en el art. 149.1.1 C.E.... no impide la atribución de competencias a la Comunidad Autónoma, ni obstaculiza por sí misma al empresario para ejercer su actividad libremente, ni excluye su acceso al mercado en cualquier parte del territorio nacional o fuera del mismo, aunque ello le obligue a una cierta diversificación en la producción”, argumento éste, que es plenamente aplicable si consideramos el posicionamiento y grado de afectación que pueda derivarse para los derechos e intereses de consumidores y usuarios de la regulación contenida en el R.D.L. 22 /93.

Por otra parte, es significativo que la misma sentencia venga a reconocer que difícilmente puede admitirse que la legislación ordenadora de la defensa de la libertad de competencia tenga directa vinculación con un régimen de libertad de horarios comerciales.

En la sentencia del T.C. 88/86, de 1 de julio, de la que se hizo eco anteriormente citada, se vino a decir que “esta unidad de mercado supone, por lo menos, la libertad de circulación sin traba por todo el territorio nacional de bienes, capitales, servicio y mano de obra y la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica”, sin embargo, tal unidad “no significa uniformidad, ya que la misma configuración del Estado español y la existencia de Entidades con autonomía política, como son las Comunidades Autónomas, suponen necesariamente una diversidad de regímenes jurídicos; la compatibilidad entre la unidad económica de la Nación y la diversidad jurídica que deriva de la autonomía ha de buscarse, pues, en un equilibrio entre ambos principios, equilibrio que al menos, admite una pluralidad de intervenciones de los poderes públicos en el ámbito económico”, el cual ha de encontrarse en “su cobertura competencial, la intensidad de la diversidad que introducen y su ordenación y proporcionalidad al fin que persiguen y, por último, que quede en todo caso a salvo la igualdad básica entre todos los españoles”.

De otra parte, es de significar que el T.J.C.E. (Sents. 148 y 149/1991, de 28 de febrero) vino a reconocer que la diversidad de horarios comerciales no conculca el principio de unidad de mercado.

Aunque la doctrina expresada se dictó con ocasión de enjuiciar la constitucionalidad de normas de Comunidades Autónomas directa o indirectamente relacionadas con la materia que se está tratando, es lo cierto que su tenor es plenamente aplicable al juicio de constitucionalidad respecto de una norma estatal. Dando por supuesto y no discutible el título competencial que el Estado ostenta para fijar las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (arts. 149.1.13 C.E.), resultaba legítimo y plenamente acomodado a la Constitución, que el Estado, para el cumplimiento de un objetivo económico, cual era el de la crisis que atravesaba el sector económico y la recesión de demanda sobre el comercio minorista, reconsiderara la medida liberalizadora adoptada en el año 1985, y sometiera a un régimen de limitaciones, sin derogarlo, aquel principio de libertad de horarios para la apertura y cierre de locales comerciales, llamando a tal fin a la colaboración de las CC.AA., a las que el bloque de constitucionalidad ha atribuido la competencia exclusiva sobre comercio interior, exigencia motivada por la doble razón del carácter concurrente de las competencias sobre la materia de comercio interior y por la posibilidad otorgada por el bloque de constitucionalidad a las CC.AA. de proyectar y en cierta medida planificar políticas comerciales en el seno de la propia C.A., sin perjuicio de que la norma estatal, a fin de evitar, precisamente, posibles limitaciones irracionales o desproporcionadas y, en todo caso, para preservar un mínimo común normativo garantizador de aquellos principios constitucionales, fijase las bases o garantías mínimas que en todo caso debían ser respetadas por la regulación que acometiesen las CC.AA., cohonstando así el principio de unidad económica que legitima la competencia estatal para adoptar decisiones sobre la ordenación de la economía con el título competencial concurrente que ostentan las CC.AA., aún a riesgo de que se produjera aquel efecto regulador de carácter diversificado.

Desde la óptica de lo razonado, ya se comprende que el R.D.L. 22/93 no conculca aquellos derechos y principios constitucionales a que se hizo referencia, pues la posibilidad que origina la propia norma estatal de concurrencia de diversos regímenes de horarios comerciales, territorializados en todo caso, no provoca una grave desigualdad de trato de unos comercian-

tes a otros o de los consumidores, al menos con la intensidad que exigen aquellos preceptos constitucionales, que hacen referencia a la igualdad básica, sin olvidar que como recuerda la STC 225/93, que no pertenece al ámbito de las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales la regulación de los horarios comerciales.

Tampoco conculcaría los principios de libertad de empresa y de unicidad del mercado, pues en última instancia, aquella normativa estatal no impide ni obstaculiza al empresario o comerciante para ejercer su actividad libremente o de acceder al propio mercado en cualquier punto del territorio nacional, contenidos esenciales mínimos de aquel derecho o libertad fundamental y este otro principio rector de la economía nacional, y sin que, en fin, sufran gravemente los legítimos intereses de los consumidores a que alude el art. 51 de la C.E., pues si bien puede quedar limitada la posibilidad de acudir a los establecimientos comerciales en el momento u ocasión temporal más adecuado a su particular conveniencia, debe repararse en que la medida restrictiva horaria propiciada por aquella Disposición no impide o corta de forma tajante la posibilidad de que el consumidor acceda a los productos ofertados por los comerciantes, sirviendo a tal fin los límites mínimos que se fijan en aquella Norma, que se presentan con una amplitud temporal lo suficientemente importante como para que aquel efecto perverso no se produzca, debiendo significarse, en última instancia, que estaría justificado aquel leve sacrificio que deben soportar los consumidores, en aras de la legítima finalidad y significativa incidencia que sobre la actividad económica general se quiere alcanzar con aquella medida, cuya oportunidad o conveniencia no corresponde enjuiciar a este Tribunal.

Desde la óptica de la libre competencia, no parece que esa medida restrictiva impida que las empresas actúen en condiciones de libertad de concurrencia o actuación en el mercado o afecte a su capacidad competitiva, pues una cosa es que como establece el T.C. quepa admitir que una restricción de los horarios pueda incidir en la actividad comercial de los establecimientos que operan en una determinada Comunidad Autónoma, al limitar su tiempo de funcionamiento, y otra muy distinta es que tal circunstancia incida negativamente sobre las condiciones de la libre competencia, en el sentido de que la restrinja, obstaculice o falsee, desde el momento mismo en que todas las empresas o comerciantes que operen en una determinada Co-

munidad Autónoma van a estar sujetos a un mismo régimen horario, y la incidencia que apunta la recurrente sobre la competencia entre empresas que operen en puntos limítrofes de CC.AA. con diferentes regulaciones sobre horarios, no deja de ser una mera hipótesis o posibilidad, sin olvidar que la circunstancia horaria, con ser importante, no es la más influyente en el orden distorsionador de aquel principio.

Tercero. Por lo que se refiere a los motivos de nulidad que se aducen contra el Decreto autonómico impugnado, se alega en primer término la vulneración del principio de legalidad en su modalidad de reserva de ley, ya que el establecimiento de horarios comerciales, en cuanto supone una limitación o restricción a la libertad de horario, con incidencia limitativa de un derecho o libertad fundamental como lo es el de la libertad de empresa, su regulación está reservada a la Ley, como así se desprende del art. 53.1 de la C.E.

El T.C. en su sentencia de 83/1984, de 24 de julio, señaló que con el principio de reserva de ley se pretende asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y, en consecuencia, de sus productos normativos propios, que son los reglamentos, sin que esté vedada la posibilidad de desarrollo o complementariedad de la Ley a través de las normas reglamentarias, siempre que la ley fije los principios o criterios básicos en la materia sobre la que se proyecta.

Ya se hizo alusión anteriormente al posicionamiento del T.C. sobre la relación entre el derecho de libertad de empresa y la libertad de horarios, al establecer que resultaba difícil admitir que la libertad de horarios comerciales pueda constituir un desarrollo del art. 38 de la C.E. Desde esa perspectiva, resultaba concorde con la exigencia que impone el principio de reserva de ley que bajo la vigencia del régimen de libertad absoluta de horarios comerciales instaurado por el R. D. L. 2/85, que el establecimiento de limitaciones a esa libertad debía hacerse por ley, y en ese sentido se pronunciaron las sentencias del T.S. que cita la recurrente (23 de marzo de 1988 y 16 de febrero de 1992), que decretaron la nulidad de sendos Decretos de las CC.AA. de Valencia y Cataluña que pretendían imponer determinadas limitaciones a la libertad de horarios bajo la vigencia plena de aquel Real Decreto-Ley. Ahora bien, con el dictado del R.D.L. 22/93, se opera un cambio de situación, pues dicha Disposición, cumpliendo

las exigencias de aquel principio constitucional, como tuvo ocasión de reconocer el propio T.C. en la meritada sentencia 225/93, sometió, sin derogarlo, aquel principio de libertad absoluta de horarios comerciales proclamado en el precedente Real Decreto-Ley a un régimen de regularización o de intervención administrativa en orden a lograr el objetivo anunciado por su Preámbulo, cuya regulación correspondía por título competencial a las CC.AA., estableciendo, con el carácter de norma estatal básica en función del título competencial que el Estado ostenta en esta materia, los límites mínimos (de horas semanales y de domingos y días festivos en los que los establecimientos podría permanecer abiertos al público) moduladores de la regulación de horarios que podía acometer cada Comunidad Autónoma, y máximos, desde la óptica de los comerciantes, al disponer que el horario de apertura será libremente acordado por cada comerciante respetando en todo caso el límite máximo del horario global que en su caso se establezca (por las CC.AA.).

En consecuencia, como quiera que aquella norma estatal ya comprendía las bases del régimen jurídico limitador de aquel principio de libertad de horarios comerciales, fijando tanto el límite mínimo que no puede ser rebajado o disminuido por la regulación autonómica, como el máximo en que los comerciantes podían ejercer dicha libertad, ya se comprende la innecesariedad de que se acometiese por norma de rango legal, autonómica, en este caso, la regulación de los horarios para la apertura y cierre de los locales comerciales, ya que el margen de disponibilidad de la Comunidad Autónoma discurriría dentro de aquellos límites, o si se quiere, dicho margen, como sostiene el Letrado de la Xunta, se utilizaría para elevar aquellos mínimos fijados por la norma estatal, o como impugnado para elevar a la condición de máximos los referidos límites mínimos, lo que sin duda no supone introducir un plus limitativo superior al ya querido y fijado por aquella norma legal estatal, pues se trataría de un desarrollo menor referido a la fijación de la banda horaria en que operaría aquel horario semanal (72 horas) con aquel doble carácter de mínimo y máximo, y la fijación de los concretos domingos y días festivos que dentro de aquel mínimo y máximo (8 días) podían permanecer abiertos al público los comercios. En definitiva, conteniendo aquella norma legal la regulación del núcleo esencial configurador de aquel aspecto intervencionista en el principio de libertad de horarios, no resultaba contrario al principio de reserva de ley que el Gobierno autonómico gallego ejercitase su potestad reglamentaria

a fin de regular el horario de apertura y cierre de los locales comerciales, sujetándose a las previsiones delimitadoras contenidas en aquella norma estatal; se está, pues, ante el típico supuesto en que no está vedada la colaboración del reglamento, por lo que el motivo aducido debe ser desestimado.

Cuarto. Por lo que se refiere a los vicios procedimentales denunciados, y principiando por el dictamen previo del Consejo de Estado, cuya falta en el presente caso se considera por la recurrente como constitutivo de vicio invalidante del Decreto impugnado, debe recordarse que 2 de la L.O. 3/1980, de 22-IV, del Consejo de Estado, establece la consulta preceptiva a la Comisión Permanente del Consejo de Estado para "los reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las leyes, así como sus modificaciones". Dejando al margen toda consideración sobre la finalidad y alcance de ese control ex ante de la potestad reglamentaria, así como sobre el criterio flexibilizador que la Jurisprudencia viene sosteniendo sobre la obligatoriedad de dicho requisito (STS de 8 de julio de 1994, entre otras), el análisis debe centrarse en la cuestión relativa a si el Decreto impugnado es un reglamento ejecutivo o independiente. Dando por conocida la diferenciación entre una y otra categoría de reglamentos, el aquí impugnado debe incardinarse en la segunda de las categorías (reglamento independiente), pues regula los horarios comerciales en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia en virtud de la competencia de normación propia, aunque compartida, que esta Comunidad ostenta en materia de comercio interior, y al hacerlo, no está desarrollando, completando, aplicando o ejecutando las previsiones de aquella norma legal estatal, aunque sí lo sea de su finalidad intervencionista, como tampoco ejecutando una habilitación que le proporcione aquella norma, al margen de que esa regulación independiente deba sujetarse a los dictados de la misma, dado su carácter de norma estatal básica en los términos del art. 149.1 de la C. E. En conclusión no devenía necesario el dictamen previo del Consejo de Estado, lo que resulta conforme con un consolidado criterio jurisprudencial que exige ese dictamen, únicamente, en los casos en que los reglamentos autonómicos desarrollan leyes estatales ello en función de la capacidad de autoorganización de que están dotadas las CC.AA. (STS 15 de diciembre 1989, 1 de junio y 27 de julio 1990 y 2 de noviembre 1993, entre otras), lo que no es el caso, sin que a la fecha del dictado del Decreto dispusiera la C.A. de Galicia de un órgano consultivo propio, por lo que a efectos de aquel control ex ante bastaba, como aquí se hizo, con los informes pre-

vios emitidos por la Asesoría Xurídica Xeral de la Xunta de Galicia y del Secretario General Técnico de la Consellería de Industria y Comercio a cuyo centro directivo correspondía la iniciativa de elaboración de dicha Disposición general.

Por lo que se refiere a la alegación de omisión del trámite de audiencia de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios, al margen de lo afirmado por el Secretario General Técnico de aquella Consellería en el sentido de que en la elaboración del proyecto de Decreto se diera audiencia a las partes afectadas por su futuro cumplimiento, es de destacar que el art. 130.4 de la L.P.A. de 1958, no derogado por la Ley 30/92, dispone que siempre que sea posible y la índole de la disposición así lo aconseje se concederá a las entidades que por Ley ostenten la representación o defensa de intereses corporativos afectados por la disposición de que se trate, la oportunidad de exponer su parecer en razonado informe, precepto cuya interpretación no fue pacífica en el seno de la Jurisprudencia, y así, si bien es verdad que en la STS de 23 de junio de 1992 se vino a decir que "la moderna jurisprudencia ha abandonado el criterio de considerar como facultativo el trámite de audiencia de los sindicatos y demás entidades que por ley ostente la representación de los intereses generales afectados por la disposición que se elabora", tal aseveración aparece contradicha, por ejemplo, en la relativa reciente STS. de 16 de diciembre de 1994, en la que se viene a decir que "la jurisprudencia de este TS, resolviendo anteriores posturas vacilantes, ha concluido por afirmar que «solamente ha de exigirse esta audiencia corporativa cuando se trate de Asociaciones o Colegios Profesionales que no sean de carácter voluntario y represente intereses de carácter general o corporativo» (SSTS. 19 de enero y 22 de mayo de 1991 y 16 de marzo de 1992). Esta doctrina ha sido reiterada en sentencia de 8 de mayo de 1992, que resolvió recurso de revisión num. 20 /1991". Cierto es que el referido precepto de la L.P.A. aparece superpuesto por lo que establece el art. 22 de la Ley 26 /1984, de 19 de julio, General para la defensa de los Consumidores y Usuarios, al considerar preceptiva la audiencia previa de aquellas Asociaciones en el procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general que "afecten directamente a consumidores o usuarios", entre otras materias, las que se refieren a la ordenación del mercado interior y disciplina de mercado. Como quiera que el Decreto impugnado viene a regular una materia o subsector relacionado con la ordenación del mercado, explicitando el cuadro regularizador de los horarios comerciales ya diseñado en forma de bases en aquella norma estatal, ya se advierte la no

conurrencia aquí de aquella condición establecida por el art. 22 de la Ley 26 /84, esto es, que la disposición general de que se trate «afecte directamente a consumidores o usuarios», por lo que se concluye con la innecesariedad de aquel trámite en el procedimiento de elaboración del Decreto impugnado.

Quinto. Procede, finalmente, analizar el último de los motivos de impugnación que se oponen al Decreto recurrido, relativo a que su art. 1 vulneraba las bases fijadas en el precitado Real Decreto-Ley, pues aquel precepto al disponer que la actividad se desarrolle entre las 9 y las 21 horas, contrariaba el art. 2 de aquella Disposición que establecía que el horario se fijaba libremente por cada comerciante siempre que no sobrepasase el número máximo de horas permitido.

Al margen de que este motivo ya tuvo parcial respuesta en consideraciones anteriores, conviene traer aquí lo que ya se dijera en el Auto de 19 de julio de 1994, por el que se resolviera la pieza de suspensión del Decreto impugnado. Allí se decía que "la interpretación sistemática de una y otra disposición autoriza a concluir que la Comunidad Autónoma, dentro del horario global semanal (72 horas, como mínimo, límite que, a su vez, se fijó como máximo) y del horario mínimo de 12 horas para los domingos y festivos autorizados (que también se consideraron como máximos, a lo que había que añadir el número mínimo de 8 domingos o festivos en que se autoriza la apertura, también tomados como máximos), puede regular o fijar los horarios de apertura y cierre de los locales comerciales, tal y como se hizo en el art. 1º que se está considerando, así se desprende del art. 1º de la Disposición estatal, sin que é ello contradiga o menoscabe el principio de libertad de apertura que proclama el párrafo 3º del art. 2º de la citada Disposición estatal, pues ésta limita esa misma libertad, al expresar «respetando en todo caso el límite máximo de horario global que en su caso se establezca», lo que debe interpretarse en el sentido de que cada comerciante podrá tener abierto su comercio (repárese en que la disposición estatal habla de horario de apertura) dentro de los topes horarios que cada Comunidad Autónoma fije respetando aquellos mínimos que fija la norma (límites que aquí aparecen respetados con su doble consideración de mínimos y máximos), o lo que es lo mismo, la libertad de apertura es limitada en el sentido de que su ejercicio aparece delimitado por la banda horaria que establezca cada Comunidad Autónoma dentro de los límites mínimos que establecen las bases estatales".

Cierto es que en el aludido Auto se apuntaba la posibilidad de otra conclusión interpretativa, que parecía sostener la recu-

rente en las alegaciones, relativa a que la Comunidad Autónoma podía fijar un máximo horario semanal, respetando aquel mínimo de 72 horas semanales que fijaba la norma estatal, pero no fijar una concreta banda horaria diaria, interpretación que es inadmisibles por el efecto perverso que tal conclusión produciría, pues dejaría vacía de contenido la competencia que la Comunidad Autónoma ostenta para la regulación de los horarios de apertura y cierre de los locales comerciales, y lo que sería más grave, contravendría a la propia norma estatal en su art. 1.

Por todo lo razonado, procede la desestimación del recurso.

Sexto. No se hace imposición de costas (arts. 81.2 y 131 de la Ley Jurisdiccional).

Fallo: Desestimatorio.

2

Sentencia núm.: 728 de data: 24 de xullo de 1996.

Tribunal: Sala do C-A do TSX de Galicia. Sección 3ª.

Ponente D.: José Guerrero Zaplana.

Materia: dereito tributario, Administración corporativa.

Conceptos básicos: obrigatoriedade recurso cameral permanente.

Comentario: fórmulase a obrigatoriedade do recurso cameral permanente que liquidan as cámaras de comercio en relación a figuras tributarias de exercicios anteriores á entrada en vigor da Lei 3/93, pero que son obxecto de liquidación con posterioridade á dita entrada en vigor.

Se ben a normativa anterior sobre a cuestión (Lei de 1911) foi declarada inconstitucional por Sentencia do TC do 16 de xuño de 1994, a Lei 3/93 foi declarada conforme á Constitución por outra sentenza do TC de data 12 de xuño de 1996.

Como o recurso cameral se perciba do mesmo xeito cós impostos ós que se refire, hai que interpreta-la Disposición Adicional 3ª da Lei 3/93 no sentido de que a nova lei só se aplica cando o imposto relacionado coa cota cameral permanente se percibiu despois da entrada en vigor da lei 3/93.

No caso presente, trátase de imposto de actividades económicas, exercicio de 1993, pola que se percibiu o día 1 de xaneiro de 1993 (antes da entrada en vigor da Lei 3/93) polo que non lle é aplicable este texto senón o derogado e declarado inconstitucional; en consecuencia, non é esixible neste caso o recurso cameral.

Lexislación citada:

- Lei de bases de cámaras de comercio do 29 de xuño de 1911.
- Lei 3/93 de cámaras de comercio; arts. 13, 14 e disposicións transitorias terceira e cuarta.

Fundamentos de Derecho

Primero. La cuestión esencial que se plantea en el presente recurso es una cuestión que se podría calificar como de derecho transitorio y consiste en resolver sobre la obligación de abonar el llamado "recurso cameral" liquidado en relación a figuras impositivas de ejercicios tributarios anteriores a la entrada en vigor de la Ley 3 /1993, de 22 de marzo, Básica de Cámaras de Comercio, pero que es objeto de liquidación por la Cámara correspondiente con posterioridad a dicho evento.

El problema consiste en que hasta la Ley 3 /93, la normativa reguladora de estas Corporaciones estaba contenida en la Ley de Bases de 29 de junio de 1911, las disposiciones de esta Ley que se referían a la adscripción obligatoria fueron declaradas contrarias a la Constitución por la Sentencia del Tribunal Constitucional num. 174 de fecha 16 de junio de 1994; la aplicación de dicha Sentencia obligó a declarar la nulidad de los recargos liquidados con fundamento en la adscripción obligatoria. Ahora debemos de determinar si la normativa aplicable a la liquidación que es objeto de este recurso se ampara en un devengo regulado por las disposiciones de la antigua Ley de 1911 o si se ampara en la Ley actualmente vigente; además debe tomarse en consideración que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de la nueva Ley en la Sentencia dictada en el recurso 1027/95 de fecha 12 de junio de 1996 y ha entendido que dicha nueva Ley, a pesar de establecer la adscripción obligatoria a las cámaras (Fundamento Jurídico Tercero) es conforme a la Constitución por atribuir a las cámaras funciones que no pueden desarrollarse eficazmente sin la afiliación obligatoria (Fundamento Décimo).

Segundo. Para resolver la cuestión objeto de recurso es necesario partir de las siguientes premisas de carácter fáctico y jurídico:

a) La mencionada STC 174/1994, de 16 de junio, declaró la inconstitucionalidad y nulidad de las Bases Cuarta y Quinta de la Ley de 29 de junio de 1911 y el art. 1º del Real Decreto-Ley de 26 de Julio de 1929, en cuanto implican la adscripción forzosa a las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación.

b) En relación con el recurso cameral y su conexión con el derecho negativo de asociación a las Cámaras de Comercio, la conclusión de dicha Sentencia es que obliga a todos los que son miembros de ella y precisamente por su pertenencia a ella, abstracción hecha de su ejercicio del comercio, la industria o la navegación. En consecuencia, si bien es cierto que los comerciantes, industriales y nautas son libres de pertenecer o no a las Cámaras, si pertenecen a ellas están obligados a soportar el "recurso cameral"; pero si en el ejercicio de su derecho negativo de asociación dejan de pertenecer a las mismas, no están obligados a soportar el recurso de referencia. (Doctrina ésta reiterada por múltiples Sentencias, entre las que cabe citar la del Tribunal Supremo (sección 2ª) de fecha 12 de Enero de 1995). Esta doctrina sobre la posibilidad de darse de baja en la correspondiente Cámara de Comercio deberá ser revisada sobre la base de la sentencia del Tribunal Constitucional de Junio de 1996 referida a la Ley 3/93.

c) La STC en cuestión precisó adecuadamente sus límites: 1) Se refiere exclusivamente al régimen de las Cámaras de Comercio existente hasta la Ley 3/1993 y 2) Al amparo de su pronunciamiento no son revisables las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada y las que no hubieran sido impugnadas a la fecha de publicación de la sentencia; es decir (fundamento jurídico 12) "tanto los pagos ya efectuados de cuotas no recurridas, como las devengadas y aún no pagadas, que no estén pendientes de recurso administrativo o judicial interpuestos dentro del plazo antes de dicha fecha, a partir de la cual esta sentencia producirá los efectos que le son propios".

d) Precisamente ésta es la situación que nos ocupa: la reclamación económico-administrativa se refirió a una cuota devengada y que no fué notificada al efecto sino con posterioridad a la publicación de la referida Sentencia del Tribunal Constitucional, por lo que se puede ver afectada por la inconstitucionalidad siempre que se entienda que se refiere a una liquidación devengada con anterioridad a la vigencia de la nueva Ley.

Tercero. La Cámara de Comercio demandante parte, en la defensa de sus pretensiones anulatorias de la resolución recurrida, de la aplicación al caso de preceptos de la Ley 3 /1993 que tanto directa como transitoriamente regulan la situación de autos y, en tanto que no afectados por la STC 179/94, son plenamente de aplicación; y ello por cuanto la referida Ley habría derogado el Reglamento General de Cámaras de Comercio en lo que se refería al recurso cameral permanente.

Concretamente se apoya en los artículos 13.2 y 14.2 de la Ley 3/93 y en las Disposiciones Transitorias Tercera y Cuarta de la Ley. El primero de dichos preceptos establece que "El devengo de las exacciones que el recurso cameral permanente... coincidirá con los de los impuestos a los que, respectivamente se refieren"; el art. 14.2 establece que "Las liquidaciones del recurso cameral permanente se notificaran por las entidades que tengan encomendada su gestión dentro del ejercicio siguiente al ingreso o presentación de la declaración del correspondiente impuesto". Combinando estos preceptos con la Disposición Transitoria Tercera de la Ley, la cual indica que "lo dispuesto en el art. 14 de esta Ley (referente a la recaudación del recurso cameral permanente) será de aplicación, a partir de la entrada en vigor de la misma, a las cuotas del recurso cameral permanente correspondiente a 1993" concluye que la expresión «recurso cameral correspondiente a 1993» alude directamente al ejercicio de su liquidación y no al del ejercicio cuyas cuotas impositivas sirven de base para la liquidación de la cuota cameral, desligándose así de las vicisitudes que hayan afectado a los tributos de los que, según los casos, el recargo dimanara.

Cuarto. Sin embargo es el Parecer de la Sala que no se debe compartir el criterio de la Cámara de Comercio recurrente, y ello por los motivos que pasamos a exponer.

Es un hecho que no debe admitir duda que el devengo del recurso cameral al que se refiere este recurso contencioso, tuvo lugar antes de la entrada en vigor de la Ley 3/1993. El artículo 13.2 establece que el recurso cameral se devenga coincidentemente con el devengo de los impuestos a que se refiere el recurso cameral y que son los impuestos mencionados en el art. 12 de la ley: Impuesto de Actividades Económicas, Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas e Impuesto de Sociedades.

Como en este caso el recurso cameral permanente se ha liquidado en relación con el impuesto de actividades económicas, ejercicio de 1993, así como en relación con el impuesto sobre la

renta de las personas físicas, ejercicio de 1992. En cuanto al IAE, este impuesto se devenga el primer día del período impositivo (artículo 90 de la Ley de Haciendas Locales) y el período impositivo coincide con el año natural, resulta que el devengo del impuesto de actividades económicas y el correlativo devengo del recurso cameral permanente se produce el 1 de enero de 1993. Por lo que se refiere al IRPF, resulta que se devenga (artículo 93 de la Ley 61/78) el 31 de diciembre de cada año, por lo que en este caso se debe entender devengado, tanto el impuesto como el recurso cameral permanente el 31 de diciembre de 1992. Por tanto, el derecho a la exacción nace para la Cámara recurrente bajo la normativa declarada inconstitucional por la STC 179 /94 e inescindiblemente ligado a la afiliación forzosa del obligado al pago, también declarada inconstitucional.

Por ello, no puede ahora obviarse que el devengo del recurso cameral queda afectado por la mencionada declaración de inconstitucional de la adscripción obligatoria a las Cámaras y por tanto no resulta exigible el recurso cameral con el mismo carácter de obligatorio; estamos, pues, en presencia de cuotas del recurso cameral liquidadas sobre impuestos devengados antes de la entrada en vigor de la Ley 3 /93 por lo que estas cuotas no se amparan en la Ley vigente sino en la derogada por inconstitucional, no resultando por ello exigibles dichas cuotas del recurso cameral y debiendo confirmarse la resolución recurrida. No se puede admitir la pretensión de la parte recurrente, de que en un procedimiento de recaudación, cuyo inicio se sitúa en el devengo del recurso cameral (coincidente con el devengo del correspondiente impuesto), y afectado éste por la declaración de inconstitucionalidad en cuanto el sujeto pasivo venía forzosamente obligado a pertenecer a las Cámaras, el procedimiento en cuestión comience solo a partir de la liquidación del recurso cameral, ya vigente la Ley de 1993.

Quinto. Hay que referirse, aún brevemente, a los argumentos que utiliza la parte recurrente para fundamentar su pretensión anulatoria de la resolución objeto de recurso:

■ La interpretación que se realiza por la resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 9 de Mayo de 1995 de la expresión "correspondiente a 1993" empleada por la Disposición Transitoria Tercera de la Ley 3 /93 se basa en la justificación de la existencia de la propia Disposición; respecto de ello ya se ha pronunciado esta Sala con ocasión de otros recursos idénticos al presente diciendo que: "Ahora bien, no puede olvidarse que de dicha Disposición Transi-

toria ni nace una obligación para los afiliados a las Cámaras de Comercio ni, por su naturaleza, podría pretenderse tal conclusión; por el contrario, la remisión que efectúa al art. 14 de la Ley, referente a la recaudación del recurso cameral permanente, deja claro que su finalidad es meramente instrumental, no material. Y ello indicado, ha de subrayarse igualmente que por su tenor literal, la conexión que efectúa con el referido precepto de la Ley, y el texto de la Disposición Transitoria Cuarta no pueden desligarse de la existencia de la STC 179 /1994, de 16 de junio, cuyos efectos son los indicados en el fundamento de derecho segundo de esta resolución”.

■ La utilización que realiza esa misma resolución como criterio interpretativo de lo establecido en la Disposición Transitoria Primera del Real Decreto-Ley 3/95 de 3 de Marzo no puede admitirse, y ello pues una disposición transitoria de un Real Decreto no tiene entidad suficiente para modificar lo establecido en una disposición con rango de Ley.

Por el contrario, debe interpretarse que las alícuotas a que se refiere la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 3/93 se refieren a liquidaciones del recurso cameral permanente que se realicen en atención a impuestos devengados a lo largo del ejercicio de 1993 y con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 3/93.

Sexto. No se hace imposición de costas (arts. 81.2 y 131 de la Ley Jurisdiccional).

Fallo: Desestimatorio.

3

Sentencia núm.: 5420/94 de data: 16 de maio de 1996.

Tribunal: Sala do C-A do TSX de Galicia. Sección 2ª.

Ponente D.: Juan Carlos Trillo Alonso.

Materia: urbanismo.

Conceptos básicos: concesión de licencias.

Comentario: concesión de licencias para a apertura dunha planta de transferencia de residuos sólidos urbanos. Non se pode

impugna-la concesión dicindo que se infrinxe o PGOU en canto ó volume edificable sen especificar e concretar tal exceso e sen enumera-las pautas seguidas para medir tal exceso.

Neste suposto hai posibilidade de reduci-la separación mínima que establece o ordenamento tanto respecto da ribeira do mar coma dos núcleos de poboación agrupada.

Separación de elementos tóxicos e perigosos.

En materia de actividades clasificadas, a concesión de licencias non escusa a Administración para vixiar en todo o momento o desenvolvemento da actividade e o cumprimento das prescricións establecidas.

Lexislación citada:

- Regulamento de actividades molestas, insalubres, nocivas e perigosas.
- Lei de costas 22/88.
- Lei 10/86 de residuos tóxicos e perigosos.

Fundamentos de Derecho

Primero. Es objeto de impugnación en el presente recurso la resolución de la Comisión Provincial de Medio Ambiente de la Xunta de Galicia de 24 de agosto de 1994, sobre clasificación y cumplimiento de medidas correctoras de la actividad a desarrollar en la planta de transferencia de residuos sólidos urbanos, prevista construir en Guixar-Teis, término municipal de Vigo, así como las resoluciones de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de dicha ciudad, de fechas 26 de agosto y 4 de octubre de 1994, por las que, respectivamente, se concede licencia de obra y apertura para la construcción de la mencionada planta, y por la que se aprueba el contrato entre el Ayuntamiento y la "Sociedad Galega do Medio Ambiente S.A." (SOGAMA), para la gestión del servicio de tratamiento de residuos sólidos urbanos.

Segundo. Un orden lógico-jurídico de enjuiciamiento obliga a examinar en primer término, de los distintos motivos impugnatorios invocados en la demanda, el relativo al emplazamiento de la planta desde una perspectiva exclusivamente urbanística, pues de conformidad con el art. 30 del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, aprobado por Real Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, el incumplimiento de la normativa urbanística resulta primario y condicionante,

de tal suerte que la disconformidad de la actividad con la ordenación urbanística constituye un obstáculo insuperable a la tramitación del expediente.

Desde esa exclusiva perspectiva urbanística, alega la parte recurrente que la obra contraviene el volumen y finalidad que las Ordenanzas del Plan General de Ordenación Urbana de Vigo señala para la zona, sin reparar que una alegación de tal naturaleza requiere una concreción de los puntuales extremos de la contravención, y la proposición de prueba dirigida a la acreditación del aserto. Afirmar, sin más especificación, que la obra excede del volumen edificable permitido, o que la actividad es incompatible con el uso previsto para la zona, supone una concreción inadmisibile, al menos en lo que se refiere al denunciado exceso de edificabilidad, pues oculta, con merma de los derechos de defensa de la contraparte, las pautas seguidas para la medición, originando asimismo en la Sala una situación de desconocimiento e inseguridad.

Pero en cualquier caso, tales afirmaciones deben ser probadas, máxime cuando en el expediente obra informe del arquitecto municipal (folio 802), en el que, tras la medición de las instalaciones, expresa el cumplimiento en cuanto al volumen de la Ordenanza que rige en la zona, y lo mismo en cuanto al uso, al calificarse los terrenos como zona ferroviaria, en cuya Ordenanza se describen "Almacenes e Industria" como edificaciones e instalaciones destinadas al depósito, envasado y conservación de mercancías que son transportadas por ferrocarril. Un examen del proceso de tratamiento que a los residuos urbanos pretende darse en la Planta, revela que no difiere sustancialmente de las de las actividades previstas en la Ordenanza como permitidas.

Tercero. Tampoco parece que pueda tener acogida el recurso con apoyo en la denunciada infracción de la Ley de Costas.

Admitiendo como probado que las instalaciones se encuentran a menos de 100 metros de la línea interior de la ribera del mar, y que el art. 25 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, prohíbe en dicha zona de servidumbre de protección unas instalaciones y actividades como las proyectadas, ello no supone reconocer la denunciada infracción, pues no tiene en cuenta quien así denuncia que se trata de suelo clasificado como urbano, en el que la anchura de la servidumbre de protección se reduce a 20 metros, según la Disposición Transitoria Tercera, apartado 3 de la Ley citada.

Cuarto. Es cierto que el emplazamiento de la Planta, y así lo sostiene la recurrente en su escrito de demanda, no cumple con la distancia que de 2.000 metros exige de separación, como regla general, en art. 4 del Reglamento de Actividades, entre las industrias fabriles peligrosas o insalubres y el núcleo más próximo de población agrupada; pero ello carece de relevancia cuando, como expresamente se indica en la resolución –informe vinculante– de la Comisión Provincial de Medio Ambiente, se siguió el trámite de excepción de los art. 15 y 20 del mencionado Reglamento, emitiendo informe la ponencia técnica, a cuya iniciativa se adoptan las medidas correctoras que se indican en aquella, precisamente con la finalidad de evitar los efectos negativos que la cercanía origina.

Quinto. El proceso de tratamiento que de los residuos sólidos urbanos se refleja en la Memoria del proyecto, permite la no clasificación de la actividad como peligrosa, atendiendo al concepto que de peligrosa se nos da en el art. 3 del Reglamento de Actividades. Es precisamente dicho proceso de tratamiento, lo que impide equiparar las operaciones proyectadas con los depósitos o vertederos, considerados como peligrosos en el art. 5-2 de la Ley 42/1975, de 19 de noviembre, por la que se regula específicamente la recogida y tratamiento de los desechos y residuos urbanos. Ciertamente la no separación antes del proceso de tratamiento, de los elementos considerados como tóxicos y peligrosos en la Ley 20/1986, de 14 de mayo, –Básica de Residuos Tóxicos y Peligrosos– y en su Reglamento, aprobado por apresurada, afirmar la naturaleza peligrosa de la actividad como consecuencia de la manipulación de elementos de dicha naturaleza, pero tal interpretación conduciría a considerar como peligrosas un gran número de actividades que por sí no lo son. Si la Ley y Reglamento citados regulan un tratamiento diferenciado de los elementos tóxicos y peligrosos que contemplan, esto es tratan de impedir su mezcla con los residuos ordinarios, parece obvio que no cabe considerar como peligrosa la actividad por la manipulación de unos elementos que no pueden depositarse legalmente como residuos ordinarios urbanos. Ciertamente es que materialmente si pueden depositarse como ordinarios tales productos, pero también es cierto que partiendo de conductas ilegales muchas actividades podrían calificarse de peligrosas, y no por ello así se consideran.

Sexto. La alegación relativa a la falta de un estudio del impacto negativo de la actividad, carece de la objetividad necesaria, o se formula sin un examen del expediente, en el que figuran diver-

sos informes al respecto. Podría invocarse que es más riguroso el emitido por el catedrático que lo emitió a instancia de los recurrentes, pero negar la existencia de estudios no se comprende.

Séptimo. Conocido es que la eliminación de las basuras o residuos sólidos urbanos es uno de los problemas más acuciantes de la gestión medio ambiental, originando fundamentalmente por su composición heterogénea y variable, mal olor, transmisión de enfermedades, volumen apreciable, lenta descomposición de muchos de sus componentes, etc.

Prescindiendo del tratamiento específico que necesitan los residuos tóxicos y peligrosos –Ley Básica de Residuos Tóxicos y Peligrosos– no debe ofrecer duda que los adelantos de la técnica en el campo de la recogida y tratamiento de los demás residuos, deben tener una especial y directa repercusión en las medidas que procede adoptar, haciendo así desaparecer progresivamente la incuestionable nocividad y peligrosidad que los depósitos o vertederos representan.

Y es precisamente desde esa perspectiva desde la que deben ser analizados los informes y estudios emitidos, en cuanto no parece que deba ponerse en duda que el tratamiento proyectado supone un progreso en relación al anterior, con un claro reflejo favorable en el medio ambiente en general, y en particular, en la contaminación.

Pues bien, desde esa perspectiva, y recordando que en materia de actividades clasificadas la licencia no agota la intervención de la Administración, obligada en todo momento a vigilar el estricto cumplimiento del desarrollo de la actividad y a adecuar las medidas correctoras a los adelantos de la técnica que refuercen o aseguren los efectos negativos, difícilmente puede apreciarse una actuación de la Administración contraria a Derecho en la resolución de la Comisión Provincial de Medio Ambiente o en la de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento por las que se conceden las licencias de obra y apertura.

Octavo. No apreciándose motivos para hacer una especial condena en costas (artículo 131 de la Ley Jurisdiccional).

Vistos: Los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

Fallo: Desestimatorio.

Sentencia núm.: 622 de data: 10 de xullo de 1996.

Tribunal: Sala do C-A do TSX de Galicia. Sección 3ª.

Ponente D.: José Guerrero Zaplana.

Materia: dereito tributario.

Conceptos básicos: IRPF; tributación conxunta ou separada.

Comentario: a posibilidade da división do período impositivo motivado polo feito de contraer matrimonio dentro do período impositivo está condicionada, segundo resulta do artigo 24.1 da Lei 44/78 (na redacción dada pola Lei 5/90) a que, despois do matrimonio a declaración sexa conxunta. Non é posible, despois do matrimonio, efectuar dúas declaracións separadas pois supoñería ignora-los efectos que o matrimonio ten en materia tributaria.

O dereito do contribuínte a optar pola tributación conxunta ou separada, que se recoñeceu na Sentencia do Tribunal Constitucional 45/89 (que obrigou a promulgar-la Lei 20/89 de adaptación da lei deste imposto) efectúase ó declarar de modo separado durante un período voluntario de declaración; non pode pretende-lo contribuínte que se lle conceda novamente a posibilidade de efectua-la dita opción unha vez que se redactou a acta de inspección pola Administración tributaria.

Lexislación citada:

■ Lei 44/78 de IRPF; art. 24.1.

■ Lei 20/89 de adaptación das leis do IRPF e do I. de sociedades.

Fundamentos de Derecho

Primero. De lo actuado en el presente procedimiento y de lo que consta en el expediente administrativo unido a los presentes autos, resultan acreditados los siguientes hechos:

■ Los dos recurrentes contrajeron matrimonio el día 1 de julio de 1991, y al presentar la declaración del IRPF del ejercicio 1991 realizaron dos declaraciones cada uno de los dos cónyuges: una individual por el período anterior a la celebración del matrimonio y otra separada por el período que restaba hasta la finalización del ejercicio.

■ La Agencia Estatal de la Administración Tributaria efectuó liquidaciones provisionales paralelas a las presentadas por los recurrentes de las que resultaban cantidades a ingresar por ambos contribuyentes, y ello pues ya se habían devuelto parte de las cantidades que resultaban de las declaraciones presentadas por los dos recurrentes.

■ Interpuestas las correspondientes reclamaciones económico-administrativas en desacuerdo con dichas liquidaciones paralelas, fueron desestimadas mediante resolución del TEAR de Galicia de fecha 22 de Marzo de 1994, que es la resolución objeto del presente recurso contencioso.

Los motivos de oposición esgrimidos por la parte recurrente se refieren fundamentalmente a las siguientes cuestiones: a) que los recurrentes tenían derecho a partir el período impositivo por la celebración del matrimonio para, a continuación, seguir tributando de modo separado en el resto del período impositivo; b) que no puede la Administración obligarles a tributar por separado en la segunda parte del ejercicio, y que se les debió dar ocasión para ejercitar la oportuna opción; y c) la improcedencia de la imposición de intereses de demora por la Administración, así como la procedencia de que la Administración devuelva las cantidades adeudadas con el correspondiente incremento de intereses.

Segundo. En cuanto a la posibilidad de partir del período impositivo dentro de un mismo ejercicio en atención a la celebración del matrimonio, hay que tener en cuenta que esa posibilidad se preveía en el art. 24.1 de la Ley 44/78 de IRPF, precepto que, para el ejercicio de 1991 tenía la redacción siguiente (demanante de lo establecido en la Ley 5/1990 de 29 de Junio): "El período impositivo será inferior al año natural en los siguientes casos:... c) Cuando el sujeto pasivo contraiga matrimonio conforme a las disposiciones del Código Civil. No obstante, en los casos previstos en las letras b) y c) será presupuesto para la interrupción del período impositivo, la tributación conjunta de la unidad familiar hasta la disolución del matrimonio o con posterioridad a su celebración".

Por tanto, si bien es cierto que en los casos de celebración de matrimonio es posible partir el período impositivo, esto se "condiciona" al hecho de que la tributación posterior a la celebración del matrimonio sea conjunta; además, es que de no ser así, se produciría una situación de claro favorecimiento respecto de las personas que han celebrado el matrimonio en el año del ejercicio tributario, respecto del resto de personas que tributan,

tanto en declaraciones individuales como separadas, a las que no se les permitiría partir el período impositivo. La justificación de permitir la división del período impositivo está en que la nueva situación matrimonial, con los efectos que tiene en la legislación en el Impuesto sobre la Renta, debe ser determinante de un nuevo sistema de tributación, es decir, se debe reflejar en una tributación conjunta, de no ser así, debe ignorarse la nueva situación matrimonial y tributarse como si el matrimonio no se hubiera celebrado: declaraciones individuales de ambos cónyuges pero por todo el período impositivo.

Tercero. También se pretende por los recurrentes, y esto constituye el segundo motivo de su recurso, que la Administración Tributaria les permita optar si, con posterioridad a la celebración del matrimonio, desean efectuar sus declaraciones de modo separado o conjunto. Se basan para ello en la Sentencia del Tribunal Constitucional 45 /89 que declaró la inconstitucionalidad de diversos preceptos de la Ley 44 /78 y reconoció el derecho a la opción por la forma de tributación que se prefiera por el contribuyente, sin limitación de este derecho.

Esta Sentencia del T.C. obligó a promulgar la Ley 20/89 de Adaptación de las Leyes del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas y del Patrimonio, dicha ley modificó el art. 4.2 de la Ley 44 /88 y estableció claramente el derecho de los miembros de la unidad familiar a optar por la tributación conjunta o separada, entendiendo que esta opción por parte de uno de los miembros de la unidad afecta al resto de miembros, y que la opción tiene efecto para cada período impositivo, pero nada impide modificar esta opción para períodos siguientes.

Olvidan los recurrentes que por parte de la Administración tributaria no se les ha privado de Su derecho a optar, sino que la opción la ejercitaron cuando decidieron efectuar dos declaraciones separadas por la parte del período impositivo posterior a la celebración de su matrimonio, dicha opción les vincula para el resto del período y justifica el modo como la Administración tributaria efectuó las declaraciones paralelas que dieron lugar a la resolución que se recurre.

Lo que no puede pretender la parte recurrente es efectuar dicha opción por dos veces dentro del período impositivo: una cuando efectúa su declaración, y otra cuando la Administración Tributaria le impide partir el período impositivo.

Cuarto. En cuanto a la improcedencia del devengo de intereses que sostiene también la parte recurrente, hay que decir que esta es una pretensión carente por completo de justificación ni mo-

tivación jurídica: se basa el escrito de demanda en un papel manuscrito que consta en el expediente administrativo pero del que se desconocen todos sus datos de origen ni procedencia, por esta razón no podrá ser estimada.

No obstante, en el escrito de conclusiones, se argumenta más detalladamente sobre esta petición de no devengo de intereses, y se solicita que, al menos, los intereses se devenguen solo desde el momento en que la Administración tributaria devolvió a los recurrentes (por medio de transferencia bancaria) las cantidades que resultaban de sus declaraciones y no desde la fecha en que finalizó el plazo de pago en período voluntario del impuesto en cuestión, y ello pues las declaraciones paralelas también son con resultado a devolver. Esta solicitud debe ser estimada como fórmula más adecuada para el cálculo de los intereses.

Quinto. No se hace imposición de costas (arts. 81.2 y 131 de la Ley Jurisdiccional).

Fallo: Estimación solo en lo relativo a intereses de demora.

5

Sentencia núm.: 381 de data: 19 de abril de 1996.

Tribunal: Sala do C-A do TSX de Galicia. Sección 3ª.

Ponente D.: Francisco Javier D'amorin Viéitez.

Materia: dereito tributario.

Conceptos básicos: nomeamento de terceiro perito; acto de trámite e impugnación por separado.

Comentario: a providencia de nomeamento de terceiro perito por superarse os límites cuantitativos previstos non é un simple acto de trámite e por iso é susceptible de reclamación perante TEAR. Isto é así porque está resolvendo, aínda que só sexa implícitamente, a determinación da base imponible sobre a que posteriormente xirará a liquidación tributaria. Ademais garátese mellor o dereito á tutela xudicial efectiva pois permite que en vía administrativa, e por este camiño, en vía xurisdiccional,

se poida reclamar respecto da fixación da base imponible tida en conta en cada caso.

Voto particular: Considera acto de trámite a providencia de nomeamento de terceiro perito pois os actos administrativos deben xulgarse polo que son (nomeamento de terceiro perito) e non polo que puideron ser (determinación da base imponible). O concepto que resulta da xurisprudencia do que se debe entender como acto de trámite propugna a un concepto limitado dos actos que sexan recorribles ó longo do procedemento administrativo, para evitar así que o procedemento se interrompa coa sucesiva interposición de recursos administrativos e xurisdiccionais.

Lexislación citada:

- Lei xeral tributaria; art. 52.2.1.
- Regulamento de procedemento de reclamac. económico-administrativas; arts. 2 e 41.
- TR Imposto de transmisións; art. 98.

Fundamentos de Derecho

Primero. Se impugna a través del presente recurso, resolución del TEAR de Galicia por la que se declarara inadmisibile la reclamación económico-administrativa que formulara el aquí recurrente, contra acuerdo del Servicio de Gestión Tributaria de la Delegación en A Coruña de la Consellería de Economía e Facenda, por la que se procedía al nombramiento de tercer perito en el trámite de tasación pericial contradictoria instada por el recurrente frente a la comprobación de valores seguida por aquella Administración tributaria para la fijación del valor del bien que le fuera transmitida en venta al recurrente en escritura pública de 9 de mayo de 1991, a efectos de fijación de la base imponible del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales.

La resolución recurrida, amparándose en los arts. 2 y 41 del Reglamento de Procedimiento en las Reclamaciones Económico-Administrativas, acordó la inadmisibilidad de aquella reclamación ya que el acuerdo objeto de reclamación era un simple acto de trámite que no ponía término a la vía de gestión ni decidía directa o indirectamente el fondo del asunto.

Segundo. No puede compartirse la tesis mantenida en el Acuerdo recurrido, pues debe repararse en que la resolución objeto de

aquella reclamación, al decidir la procedencia de la designación de tercer perito, estaba reconociendo, o si se quiere, se estaba pronunciando sobre la superación o exceso de alguno de los límites que señala el párrafo 2º del núm. 2 del art. 52.2 de la L.G.T. en relación con el art. 98 de la Ley del Impuesto, esto es, exceder en más del 10% o ser superior en 20 millones de pesetas, la diferencia de la tasación efectuada por el perito de la Administración sobre la valoración realizada por el perito del sujeto pasivo, excesos diferenciales que se erigen, precisamente, en condiciones queridas por la propia Ley para la viabilidad y procedencia del nombramiento de tercer perito, conforme dispone el párrafo 3º, núm. 2 del art. 52 de la L.G.T., y al hacerlo así estaba desestimando, por derivación e implícitamente, el otro efecto que aquel precepto liga a la no superación de aquellos límites en la discrepancia valorativa, cual es el de la valoración hecha por el perito del sujeto pasivo servirá de base para la liquidación, circunstancia que pondría fin al propio expediente de tasación pericial contradictoria, efecto cuyo pronunciamiento interesara el propio recurrente del órgano de gestión, en el sentido de que se aceptase y sirviera de base para la liquidación de aquel Impuesto, la valoración que había emitido el Perito nombrado a su instancia, al darse, a su juicio, las condiciones previstas en aquellos preceptos citados para la producción de tal efecto, y se declarase, en consecuencia, la improcedencia de la designación de tercer perito.

Siendo ésto así, ya se comprende que la resolución nombrando tercer perito no constituye un acto de trámite puro y simple, cuya reclamación en vía económico-administrativa resulte por ello improcedente e inadmisibile, por cuanto dicha resolución lleva consigo explícitas o implícitas consideraciones sobre aquel aspecto apriorístico, y que según sea el sentido apreciativo que del mismo se haga, determinaría, bien la procedencia de acceder al nombramiento de tercer perito o, por el contrario, el reconocimiento de aquel otro efecto querido por aquellas normas, que conllevaría la terminación del "incidente" de tasación pericial contradictoria, y lo que es más importante, la fijación de la base imponible del Impuesto. Todas estas razones llevan a concluir que se estaba en presencia de una resolución de contenido y eficacia superiores a la de los actos de puro trámite, no susceptibles, como se sabe, de reclamación económico-administrativa, asimilable a los de trámite que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto o ponen término a la vía de gestión, y así lo entendió con todo acierto el órgano

de gestión al señalar que dicha resolución era susceptible de ser impugnado por aquella vía. Debe significarse, por otra, que el propio derecho a la tutela judicial efectiva aboga por esta interpretación, si se advierte que de sostener la tesis del Acuerdo recurrido, resultaría que el contribuyente vería vedada toda posibilidad de hacer valer en vía administrativa el reconocimiento y aplicación de aquel efecto previsto en el párrafo 2º del núm. 2 del art. 52 de la L.G.T. y, en consecuencia, vedado el posterior acceso a la Jurisdicción, siendo así, además, que de pretender la aplicación de tal efecto con ocasión de impugnar la base imponible resultante de la valoración o tasación fijada por el tercer perito, podrían encontrarse ante la eventualidad de ver enervado esa pretensión ante el alegato de reclamar frente a un acto firme por consentido o la alegación de la doctrina de los actos propios.

Al no entenderlo así la resolución recurrida, resulta contraria a derecho, si bien, por razones de economía procesal, procede entrar en la consideración del fondo de la cuestión planteada en aquella reclamación.

(...)

VOTO PARTICULAR que formula el Magistrado D. José Guerrero Zaplana al disentir de la sentencia dictada en el recurso núm. 7700/94.

Se formula el presente voto particular con total respeto al criterio de la Sala, expresado y redactado por el Ponente de la presente Sentencia, y ello pues se mantiene, después de las deliberaciones precisas, una diferencia de criterio respecto del contenido del Fundamento Jurídico Segundo de la Sentencia. Como se verá, la redacción y el contenido del voto particular no afecta a la resolución final del recurso ni al sentido del fallo; se trata, pues, de una discrepancia puramente de técnica judicial.

Se aceptan los Antecedentes de Hecho y los Fundamentos Jurídicos Primero, Tercero y siguientes de la Sentencia.

Fundamento jurídico segundo

Debe tenerse en cuenta que la resolución objeto de recurso es la que se refiere a la decisión sobre la procedencia de designar tercer perito y ello por entender que se excedían los límites que señala el párrafo segundo del núm. 2 del art. 52.2 de la Ley General Tributaria, en relación con el art. 98 de la Ley del Impuesto, esto es, exceder en más del 10% o ser superior en 20 millones de pesetas la diferencia entre la tasación efectuada por el

Perito de la Administración sobre la valoración efectuada por el Perito del sujeto pasivo. La superación de dichos límites actúa como condicionantes para que se proceda al nombramiento del tercer perito, conforme establece el párrafo tercero del núm. 2 del art. 52.2 de la Ley General Tributaria.

La Sentencia de la que se discrepa considera que este acto de la Administración no es un acto de mero trámite por lo que entiende (aplicando los arts. 2 y 41 del Reglamento de las Reclamaciones Económico Administrativas) que sería susceptible de reclamación ante el TEAR y posterior impugnación en vía jurisdiccional.

Por contra, la tesis que ahora se defiende consiste en entender que el acto de nombramiento de tercer perito es de mero trámite y que no pone fin al procedimiento con lo que no es posible su impugnación en vía económico-administrativa ni jurisdiccional; ello en atención a diversas razones que se exponen a continuación:

La primera razón consiste en que los actos administrativos deben ser juzgados por lo que son y no por lo que pudieron ser. Es decir, el acto que ahora se recurre pudo haber tenido otro contenido (si la Administración hubiera entendido que no se habían superado los límites cuantitativos ya mencionados, en cuyo caso debería haberse fijado la base imponible según la tasación aportada por el contribuyente) pero eso no permite calificar el acto como de no trámite. Es decir, no se puede determinar la naturaleza de trámite o no de un acto por el hecho de que lleve en sí consideraciones implícitas por lo que pudo haber dicho de haber sido otro su contenido posible, sino que la naturaleza de los actos depende solo de lo que real y efectivamente disponen como contenido material.

En este sentido, el concepto de actos de trámite que resultan de la Jurisprudencia de la Sala Tercera Tribunal Supremo es conforme en entender, por un lado, que solo son recurribles ante los Tribunales de lo Contencioso los actos que no sean de trámite, y, por otro, que solo excepcionalmente se admite la recurribilidad de los actos de trámite. Del análisis de dicha jurisprudencia puede obtenerse una conclusión sobre la naturaleza del acto que es contraria a la obtenida por la Sentencia de la que se discrepa.

Así, la Sentencia de fecha 16 de marzo de 1993 establece que "sólo son recurribles en vía jurisdiccional las resoluciones o actos definitivos y no los actos de trámite, sin embargo éstos resultan, por excepción también recurribles, cuando bajo la

aparición de actos procedimentales, no resolutorios del fondo del asunto, vienen de hecho a decidirlo bien por poner término al procedimiento o suspender o hacer imposible su continuación, como explícita el art. 37 de la Ley Jurisdiccional". En el mismo sentido la Sentencia de 12 de Diciembre de 1993: "Ha de recordarse que uno de los criterios de clasificación de los actos administrativos es precisamente el de la función que aquéllos desempeñan dentro del procedimiento y así se distinguen, por un lado, los actos de trámite, que preparan y hacen posible la decisión, dirigiéndose al mejor acierto de ésta, y, por otro, las resoluciones, que son las que deciden las cuestiones planteadas. Es una diferenciación que deriva de la propia estructura del procedimiento en virtud de la cual los actos de trámite no son impugnables separadamente: es al recurrir la resolución cuando podrán suscitarse las cuestiones relativas a la legalidad de los actos de trámite. Esta irrecurribilidad autónoma de dichos actos aparece expresamente reconocida tanto por la Ley de Procedimiento Administrativo -art. 113.1- como por la Ley Jurisdiccional -art. 37.1- y encuentra excepción solo cuando aquellos determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o decidan directa o indirectamente el fondo del asunto". El simple acto consistente en entender que procede el nombramiento de tercer perito dentro del trámite de la tasación pericial contradictoria no es encuadrable en ninguno de los supuestos previstos para la excepcional recurribilidad de los actos de trámite.

La Sentencia de 15 de diciembre de 1987 estableció la justificación de la irrecurribilidad de los actos de trámite, justificación perfectamente válida para este caso: "Reiteradamente la jurisprudencia advierte que tal irrecurribilidad se justifica específicamente por la necesidad de impedir que un procedimiento ya de por sí complicado venga a convertirse en interminable con la interposición de recursos respecto de todos y cada uno de los actos iniciales o intermedios -sentencia de 24 de octubre de 1985-, con la salvedad naturalmente de que se impida la continuación del procedimiento, lo que no ocurre en el supuesto litigioso". Ahora, al nombrar tercer perito, no solo no se impide la continuación del procedimiento, sino que lo que se acuerda es la continuación del procedimiento de gestión del impuesto con el fin de obtener la base imponible.

La Sentencia 13 de octubre de 1987 consideró acto de trámite uno de parecida entidad al que ahora es objeto de recurso, estableciendo su irrecurribilidad independiente del acto final

resolutorio: "La simple resolución haciendo pública la fecha determinada en que las actas previas han de levantarse, no presupon, ni tiene más alcance, que el de notificar a los interesados el día y hora en que dicho trámite se va a efectuar. Mas este señalamiento ni pone término al expediente expropiatorio, ni concluye una de sus fases. Es tan sólo la fijación de la fecha para que los interesados, si a su derecho convinieren, asistan a tal efecto, y aduzcan lo que a su juicio consideren oportuno en orden a situación, descripción, características y demás circunstancias del bien expropiado, debiendo tal acto ser calificado, como acertadamente se realiza por la sentencia de instancia como un acto de trámite, y como tal no susceptible de su impugnación en vía jurisdiccional por carecer de entidad para ello".

Finalmente, la Sentencia de 16 de junio de 1987 hace recaer la consideración de acto de trámite del acuerdo iniciador del procedimiento sancionador en el hecho de su influencia en el procedimiento administrativo considerado en su conjunto "... porque la decisión no comporta ningún pronunciamiento definitivo en la vía administrativa, sino que realmente la inicia, ofreciendo una posibilidad de información de la que sin duda, formarán parte las alegaciones de los intereses, para llegar a una resolución definitiva sobre la que podrán deducirse, en forma legal, los recursos pertinentes. Algo parecido sucede en este caso en el que solo se decide sobre la continuación del procedimiento de tasación pericial contradictoria acordando el trámite siguiente (que es el nombramiento del tercer perito) pero nada se decide sobre lo decisivo que es el importe total que debe considerarse como base imponible.

De todo lo anterior resulta que debe considerarse acto de trámite aquel que, simplemente, acuerda proceder al nombramiento de tercer perito en el curso del procedimiento de tasación pericial contradictoria, por lo que resulta del todo acertada la resolución del TEAR que consideró irrecurrible dicho acto sin necesidad de entrar a resolver sobre el fondo de la cuestión inicialmente planteada.

Se dan por reproducidos los restantes pronunciamientos.

Sentencia núm.: 4767/94 de data: 30 de maio de 1996.

Tribunal: Sala do C-A do TSX de Galicia. Sección 2^a.

Ponente D.: Juan Carlos Trillo Alonso.

Materia: acción administrativa no transporte.

Conceptos básicos: modificación da lei por vía de regulamento autonómico.

Comentario: posibilidade da Xunta de Galicia de modificar por vía regulamentaria o dereito de preferencia previsto no artigo 89.2 da Lei de ordenación de transporte terrestre.

O regulamento autonómico considera que en Galicia practicamente tódalas liñas reúnen as condicións do artigo 89.2; polo que fai extensivo o dereito de preferencia a tódolos concesionarios de servizo público regular de viaxeiros, salvo os "servicios que conflúan nas grandes cidades ou comuniquen con estas".

Lexislación citada:

■ Lei 18/87 de ordenación do transporte terrestre.

■ Decreto 160/88 da Xunta de Galicia sobre transporte escolar e de obreiros.

Fundamentos de Derecho

Primero. Es objeto de impugnación en el presente recurso la resolución de la Consellería de Política Territorial, Obras Públicas y Vivienda de la Xunta de Galicia, de fecha de 30 de junio de 1994, desestimatoria del recurso de alzada deducido contra otra de la Dirección General de Transportes, de fecha 25 de octubre de 1993, por la que se deniega a la sociedad recurrente la autorización instada para el transporte de obreros de la Empresa XXX.

Segundo. Conviene empezar por significar, habida cuenta los términos de los escritos de contestación a la demanda, que en ésta no se cuestiona la competencia normativa de la Comunidad Autónoma Gallega en materia de transportes, expresamente reconocida en el art. 27 del Estatuto, conforme a las previsiones del art. 148 de la Constitución, cuando el itinerario se desarrolle íntegramente en el territorio de la Comunidad Autónoma, y

reafirmada por el Tribunal Constitucional entre otras Sentencias, en la 180/1992, de 16 de noviembre, y en las que en ella se citan, sino la posibilidad de la Xunta de modificar por vía reglamentaria, y no por Ley, el derecho de preferencia que en el art. 89-2 de la Ley estatal de Ordenación de los Transportes Terrestres, -Ley 16/1987, de 30 de julio- se limita a los supuestos de líneas de débil tráfico, baja rentabilidad o carácter rural.

Lo que sostiene la parte recurrente es que el derecho de preferencia regulado por la Xunta en el Decreto 160/88, de 9 de junio, para el transporte escolar y de obreros, supone una extralimitación con relación a la restricción de la Ley estatal, que por afectar a los derechos fundamentales de libertad de empresa y libre contratación, necesariamente tiene que ser regulado por Ley.

Tercero. Ciertamente el art. 9 del decreto 160/1988 citado, no limita literalmente el derecho de preferencia a los supuestos expresados de líneas de débil tráfico, baja rentabilidad, o carácter rural, significando en la Exposición de Motivos que "las circunstancias orográficas y sociológicas de Galicia determinan que la práctica totalidad de las concesiones de servicios públicos regulares de uso permanente general participen, en mayor o menor grado, de las características recogidas en el citado art. 89. Por ello se ha considerado conveniente hacer extensivo el derecho de prioridad a todos los titulares de concesiones de servicio público regular de viajeros de uso público general, con la única excepción, contenida en el art. 9.3, de los servicios que confluyan hacia las grandes ciudades o comuniquen con éstas".

Cuarto. En principio, y de conformidad con lo expuesto, parece que lejos de establecer la regulación autonómica los condicionamientos de la Ley estatal, amplía el derecho de preferencia a todos los supuestos salvo el expresado, suponiendo una clara extralimitación con relación a la Ley estatal. El propio texto de la Exposición de Motivos transcrito, expresa que "la práctica totalidad" de las concesiones a las que se refiere, participan "en mayor o menos grado" de las características recogidas en el citado art. 89, dando a entender, que al menos no todas las concesiones participan de tales características.

Quinto. Hecha la anterior consideración debe indicarse que no debe ofrecer duda que el derecho a la libertad de empresa, proclamado en el art. 38 de la Constitución, se ve limitado por el derecho de preferencia que analizamos, al igual que se limitan los derechos a la libre contratación y concurrencia. Es claro que

la concesión de un derecho de preferencia para el transporte que nos ocupa, limita la libre participación de otras empresas.

Sexto. Tampoco debe ofrecer discusión que la regulación del derecho a la libertad de empresa debe hacer por Ley, pues así lo establece el art. 53 de la Constitución. El derecho a ejercer libremente una actividad empresarial, no excluye que el ejercicio concreto de tal actividad resulte disciplinado por normas de muy distinto carácter. Son muchas las actividades empresariales sometidas o condicionadas al cumplimiento de requisitos administrativos fijados por Reglamentos e incluso por Ordenanzas. Sirva a título de ejemplo la incidencia de las Ordenanzas Urbanísticas Municipales o del Reglamento de Actividades Clasificadas en el instalación de las empresas.

Ahora bien, en el caso enjuiciado, la limitación del derecho de libertad de empresa responde a una exclusiva finalidad económica-empresarial, por lo que, de conformidad con el art. 38 en relación con los arts. 53 y 131, todos de la Constitución, parece que debiera exigir una disposición legal.

Séptimo. Decíamos anteriormente que en principio la regulación autonómica del derecho de preferencia parece que supone una extralimitación con relación a la Ley estatal y que ello era constitucionalmente rechazable, mas tal apreciación inicial se difumina si tenemos en cuenta que en realidad el Decreto se limita a interpretar o mejor adecuar los condicionamientos del derecho de preferencia a la realidad gallega, amparado por el principio de flexibilidad previsto en el Exposición de motivos de la propia Ley y por el art. 89 que remite a los reglamentos la determinación de los supuestos en los que procede el derecho de preferencia. Lo que interpreta el Decreto, sin variar "fundamentalmente" los condicionamientos de la Ley, es que salvo las líneas que comuniquen capitales de provincia o ciudades de más de 75.000 habitantes, los demás pueden considerarse como rurales, de débil tráfico o de baja rentabilidad, y ello dadas las circunstancias orográficas y sociológicas de Galicia. Se trata de una adecuación de la Ley estatal a Galicia por vía interpretativa que se desarrolla reglamentariamente, y es parecer de la Sala que no cabe cuestionarla con éxito.

Octavo. Cuestión distinta es si la normativa analizada ampara las resoluciones recurridas, teniendo en cuenta que la solicitud del transporte se realiza para un itinerario que comunica la Rамallosa, Nigrán, Vigo, Vilagarcía, y la empresa XXX, y que la concesión de Castromil comunica Bouzas con Vilagarcía, pa-

sando por Vigo, Redondela, Pontevedra y Nogueira. Y al respecto la Sala resuelve negativamente pues una de las excepciones previstas en el art. 9 del Decreto al derecho de preferencia, concretamente en el apartado 3, párrafo segundo, es que las expediciones de los servicios regulares permanentes de uso general comuniquen dos o más capitales de provincia o cualquiera de estas con la de la Comunidad Autónoma o ciudad de más de 75.000 habitantes, lo que sucede con la línea de Castromil ya referida.

Noveno No apreciándose motivos para hacer una especial condena en costas (artículo 131 de la Ley Jurisdiccional).

Vistos: Los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

Fallo: Estimación del recurso.

7

Sentencia núm.: 5157/94 de data: 21 de marzo de 1996.

Tribunal: Sala do C-A do TSX de Galicia. Sección 2ª.

Ponente D.: Juan Carlos Trillo Alonso.

Materia: urbanismo.

Conceptos básicos: unidades de actuación e de execución.

Comentario: distinción entre unidades de actuación e unidades de execución ó amparo da Lei do solo de 1976.

Esta distinción desaparece coa Lei do solo de 1992 ó preve-la execución mediante unidades de execución.

Lexislación citada:

■ Lei do solo de 1976, art. 117.

■ Regulamento de xestión urbanística, art. 36.3.

Fundamentos de Derecho

Primero. Es objeto de impugnación en el presente recurso la resolución del Pleno del Ayuntamiento de Lugo de 23 de septiembre de 1994, desestimatoria del recurso de reposición deducido contra otra de 25 de febrero del mismo año, sobre aprobación definitiva de la delimitación de la unidad de ejecución de los terrenos comprendidos entre la Ronda del Carmen y Rúa Baixa.

Segundo. Aún cuando se admitiera que en la tramitación del expediente se infringió el art. 38-1-b del Reglamento de Gestión Urbanística por falta de la citación personal del recurrente, ello no supone la nulidad de pleno derecho de las resoluciones recurridas, alegación invocada por el recurrente al amparo del art. 47-1-c de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 y del art. 62-1-a y c de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común y desde una perspectiva exclusivamente formal al no expresar que tal falta le originó una merma de sus derechos de defensa.

Tercero. Tampoco puede tener acogida el recurso con apoyo en que el acuerdo del Pleno de 25 de febrero de 1994 es un acto de contenido imposible (art. 47-1-b de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 y art. 62-1-c de la Ley 30 /1992), debiéndose indicar al respecto que ninguna duda debe ofrecer que la mención a la aprobación de la "Unidad de ejecución delimitada inicialmente" responde a un simple error de redacción, queriéndose expresar que lo que se aprueba es la delimitación de la unidad de ejecución aprobada inicialmente, y que no cabe desde una perspectiva exclusivamente formal invocar que lo aprobado inicialmente fue una unidad de actuación y que lo aprobado definitivamente lo fue una unidad de ejecución.

Con relación a esta última cuestión, razón tiene la parte recurrente al resaltar en el escrito de demanda la necesaria distinción entre unidad de actuación y unidad de ejecución, agrupando ésta última a la ejecución por polígonos, conforme a los términos previstos en el art. 117-1 y 2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976. El apartado 3 del citado art. 117 establece claramente la distinción al expresar que la delimitación de las unidades de actuación es el procedimiento adecuado cuando no es posible la delimitación de un polígono con los requisitos del apartado 2; y en igual sentido se pronuncia el art. 36.3 del Reglamento de Gestión.

Razón igualmente tiene dicha parte cuando expresa que la dualidad entre la delimitación por polígonos y por unidades de actuación desaparece en el nuevo Texto Refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 25 de junio, al limitar la ejecución del planeamiento a las unidades de ejecución, salvo en el supuesto de actuaciones asistemáticas en suelo urbano o cuando se trate de ejecutar directamente los sistemas generales o alguno de sus elementos (art. 113 del Texto Refundido vigente).

Ahora bien, la distinción entre unidad de actuación y unidad de ejecución, establecida en el Texto Refundido de 1976, desaparecida ya en la Ley 8/1990, de 25 de julio, de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, al prever la actuación mediante unidades de ejecución (art. 40) y no mediante unidades de actuación, carece de efectos prácticos, pues una vez delimitada la actuación con los requisitos exigidos en la ley de 1976, era susceptible de producir los mismos efectos urbanísticos que la del polígono. Una cosa es que el apartado 3 del art. 117 de la Ley de 1976 expresara que "al menos" las unidades de actuación permitan la distribución justa entre los propietarios de los beneficios y cargas, y otra muy distinta que la finalidad expresada fuera la única, tesis esta última poco acorde con la utilización en el precepto de la expresión "al menos".

Cuarto. Admitiendo que tanto la unidad de actuación como la ejecución por polígonos, según los términos del Texto Refundido de 1976, o la unidad de ejecución, según el Texto vigente, tienen como única misión específica la de ejecutar el planeamiento –así resulta del art. 117 del Texto Refundido de 1976 y de su ubicación en el Título III de dicho Texto referido a la "Ejecución de los Planes de Ordenación", y de la ubicación de los arts. 143 y siguientes del nuevo texto, reguladores de las unidades de ejecución, en su título IV, referido a la "Ejecución del planeamiento" – importante es destacar que la ejecución del planeamiento ha de entenderse como actuación que implique la realización de obras de urbanización –cesiones y equidistribución en los términos del art. 117 del texto Refundido de 1976– y que queda fuera del concepto estricto de ejecución del Plan de actividad edificatoria. Ello debe entenderse así pese a que el art. 20 del Texto Refundido vigente incluye la actividad edificatoria como de ejecución del planeamiento, pues tal inclusión lo es a los solos efectos de entender cumplidos "los deberes legales para la adquisición gradual de facultades" y así se corrobora por lo dispuesto en el art. 140, que al igual que el art. 117

del Texto de 1976, concreta la actividad de ejecución en las cesiones, equidistribución y realización de urbanización.

Y es importante destacarlo, pues no ofreciendo discusión que la finalidad de la delimitación de la unidad de ejecución es que las parcelas propiedad de los solicitantes, con frente a la proyectada Rúa Baixa, adquieran la condición de solar frente a la Ronda del Carmen, mediante una reparcelación que les permitiera acceder al frente de esta vía, con el objeto de aprovechar la edificabilidad de la parte de sus parcelas que se encuentran dentro del fondo máximo edificable de la misma, (capítulo 1 de la memoria justificativa y solicitud) claro es que no nos encontramos ante una ejecución por unidades de ejecución –antes ejecución por polígonos– o ante una unidad de actuación, que responden a unas necesidades urbanísticas previstas en el planeamiento, sino ante una ejecución o actuación aislada, como expresamente se reconoce en el capítulo II de la memoria justificativa, que según el art. 117-3 del Texto Refundido de 1976 veda la posibilidad de la delimitación de una unidad de actuación y no se corresponde con una unidad de ejecución.

Cuestión distinta es la actuación que ampara el apartado 421 párrafo tercero del Plan General, cuya aplicación al caso enjuiciado parece dudosa, pues la finalidad de las resoluciones recurridas es aumentar las posibilidades edificatorias de las parcelas de los solicitantes de la delimitación y no subsanar la imposible edificación de las mismas por alguna de las causas que tal apartado expresa (linderos configuración etc).

Quinto. No apreciándose motivos para hacer una especial condena en costas (artículo 131 de la Ley Jurisdiccional).

Vistos. Los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

Fallo: Estimatorio del recurso.

Sentencia núm.: 5332/94 de data: 20 de xuño de 1996.

Tribunal: Sala do C-A do TSX de Galicia. Sección 2ª.

Ponente D.: Juan Carlos Trillo Alonso.

Materia: acción administrativa no transporte.

Conceptos básicos: límites nas concesións de liñas.

Comentario: a interpretación que se lle debe dar á prohibición dirixida á empresa de captar viaxeiros entre "Santiago e Lalín, puntos intermedios e viceversa" debe prohibir o transporte de viaxeiros entre os puntos extremos da rota.

Outra interpretación non permitiría preservar o tráfico doutra concesión pre-existente. Non se pode alegar o principio de igualdade cando a interpretación literal veda a proposta.

Fundamentos de Derecho

Primero. Es objeto de impugnación en el presente recurso la resolución de la Consellería de Política Territorial, Obras Públicas y Vivienda de la Xunta de Galicia, de fecha 13 de julio de 1994, desestimatoria del recurso ordinario deducido contra otra de la Dirección General de Transportes, de fecha 3 de diciembre de 1993, por la que se requiere a la recurrente para que deje de captar tráfico entre Santiago y Lalín.

Segundo. La cuestión litigiosa se limita a la interpretación que deba darse a la cláusula de prohibición de tráfico impuesta a la recurrente en la concesión del servicio público regular de transportes de viajeros por carretera entre Lugo y Santiago de Compostela por Monforte de Lemos, con anexos (V-8 -XG), cuyo tenor literal es el siguiente: "Entre Santiago de Compostela y Lalín, puntos intermedios y viceversa".

Entiende la Administración demandada que la prohibición expresada implica no sólo la prohibición de tomar viajeros en un punto intermedio para dejarlos en otro punto intermedio, sino también la de tomar viajeros en un punto intermedio para dejarlos en Lalín o Santiago y viceversa, y la de tomar viajeros en Lalín para dejarlos en Santiago y viceversa.

Por el contrario la recurrente entiende que la prohibición no supone el tomar viajeros en Lalín para dejarlos en Santiago, y

viceversa, significando al respecto que la Jurisprudencia distingue entre las prohibiciones de tráfico que establecen la fórmula "De y Entre las localidades A y B" y las que establecen la fórmula "Entre A y B", alegando que la primera prohíbe la realización de los tráficos entre A y B y entre los puntos intermedios, y que sin embargo la segunda solamente prohíbe la realización de los tráficos intermedios, pero no entre A y B.

Tercero. Significando en primer término que la Sentencia del Tribunal supremo de 7 de julio de 1967 no resuelve la cuestión planteada en el presente recurso, en cuanto la interpretación que de la cláusula prohibitiva se da en los considerandos segundo y quinto se limita a lo que es de interés para la resolución del caso en dicho recurso debatido –puntos intermedios–; conviene igualmente significar que la interpretación de la referida cláusula ha de tener en cuenta fundamentalmente la finalidad de la prohibición, pues no siendo esta otra que la de preservar el tráfico de otra concesión preexistente, en el caso concreto que nos ocupa la de Castromil, es dicha finalidad la que impide que la Sala pueda compartir la tesis de la recurrente.

Pero es que además la redacción literal de la prohibición veda la interpretación que propone el recurrente, pues de haberse querido permitir el tráfico entre Santiago de Compostela y Lalín, y sólo excluir los puntos intermedios, la redacción adecuada sería la de puntos intermedios entre Santiago de Compostela y Lalín, y no la utilizada tras el epígrafe general de "Prohibiciones de Tráfico".

Cuarto. Resta por indicar que no es obstáculo a la conclusión dada la invocación de principio de igualdad, elemento interpretativo de segundo orden o en defecto de los expuestos, o la resolución de la Dirección General a la que se refiere el escrito de conclusiones de la recurrente, que tras el auto denegatorio de la suspensión instada, carece, por contradecir los actos recurridos, de explicación lógico-jurídica.

Quinto. No apreciándose motivos para hacer una especial condena en costas (artículo 131 de la Ley Jurisdiccional).

Vistos: Los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

Fallo: Desestimatorio.