

Xurisprudencia  
contencioso-administrativa  
**Jurisprudencia  
contencioso-administrativa**  
Contentious-administrative  
jurisprudence



FRANCISCO DE COMINGES CÁ CERES

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

Recibido: 09/03/2015 | Aceptado: 22/04/2015

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

**Índice:** I. Administración local II. Derechos fundamentales III. Medioambiente IV. Personal V. Responsabilidad patrimonial VI. Sanidad VII. Sanciones administrativas VIII. Tributos. IX. Universidades X. Urbanismo y ordenación del territorio

## I Administración local

- 1 Policía local. Inaplicación del límite de edad de 35 años para el acceso al cuerpo de la policía municipal por vulnerar la Directiva comunitaria que establece un marco general para la igualdad de trato en el empleo y en la educación. Efecto directo y primacía del derecho comunitario sobre la normativa interna

El Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (TSXG), S<sup>a</sup> de lo Cont.-Ad., Sección 1<sup>a</sup>, en su Sentencia del 26 de noviembre de 2014 (Rec. 252/2014, ponente: Ilmo. Sr. Seoane Pesqueira) anuló el límite de edad máximo de 35 años establecido por el Concello de Baiona en las bases para la provisión de plazas de policía local, aplicando la nueva doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia del 13 de noviembre de 2014 (asunto C-416/13) sobre un supuesto similar acontecido en Oviedo. El Tribunal europeo consideró que tal restricción de edad, exigida en una ley autonómica, vulnera la Directiva

2000/78/CE del Consejo, del 27 de noviembre de 2000, sobre Establecimiento de un Marco General para la Igualdad de Trato en el Empleo y la Ocupación. El TSXG concluyó en esta sentencia que lo mismo sucede con el artículo 33.2 de la Ley gallega 4/2007, del 12 de abril, de coordinación de policías locales ("*en todo caso, para el ingreso en la categoría de policía se requerirá no tener cumplidos los 36 años*"), por lo que en aplicación de los principios de primacía y efecto directo del derecho comunitario no debe aplicarse dicha Ley autonómica. Incidió al respecto el TSXG en que:

*«(...) A la luz de aquella doctrina del Tribunal de Justicia, ni las funciones mencionadas en el artículo 53 de la Ley Orgánica 2/1986 (protección a las autoridades de las Corporaciones Locales, vigilancia o custodia de sus edificios e instalaciones, participación en las funciones de Policía Judicial, la prestación de auxilio, en los casos de accidente, catástrofe o calamidad pública, participando, en la forma prevista en las Leyes, en la ejecución de los planes de Protección Civil, efectuar cuantas actuaciones tiendan a evitar la comisión de actos delictivos, vigilar espacios públicos y colaborar con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y con la Policía de las Comunidades Autónomas en la protección de las manifestaciones y el mantenimiento del orden en grandes concentraciones humanas) ni las del artículo 8.3.a de la Ley gallega 4/2007 (protección del menor y de la mujer, sobre todo en el ámbito de la violencia de género y uso de la coacción para la ejecución forzosa de los actos o disposiciones de la propia comunidad autónoma), constituyen justificación apropiada para establecer dicho límite de edad en función de los objetivos legítimos de política social tendentes a garantizar que los agentes tengan la formación requerida para el puesto de que se trata y asegurarles un período de actividad razonable previo a la jubilación. /// También en el caso de la convocatoria a que se refiere el presente litigio las propias bases exigen a los candidatos a las plazas de agentes de la Policía Local la realización de determinadas pruebas físicas específicas, las cuales permiten alcanzar el objetivo de que dichos agentes tengan las condiciones físicas especiales necesarias para el desarrollo de su profesión. /// Por tanto, asimismo puede afirmarse ahora que nada demuestra que las capacidades físicas específicas requeridas para el ejercicio de la función de agente de la Policía Local estén necesariamente vinculadas a un grupo de edad determinado y no puedan darse en personas que hayan superado determinada edad».*

## 2 Diputaciones provinciales. Principio de autonomía financiera. Obligación de financiar los servicios sociales en los municipios de menos de 20.000 habitantes

En la Sentencia del TSXG (Sección 1ª) del 21 de enero de 2015 (Rec. 281/2012, ponente: Ilmo. Sr. Chaves García) se desestima el recurso interpuesto por la Diputación Provincial de Lugo contra el Decreto 99/2012, del 16 de marzo de la Consellería de Trabajo e Benestar por el que se regulan los servicios sociales comunitarios y su financiación (DOG núm. 63, del 30 de marzo). En la sentencia se rechazan, en primer término, los argumentos impugnables de carácter formal. Concluye que por la naturaleza del reglamento recurrido y su incidencia en todas las entidades locales de Galicia no resultaba preceptivo concederle antes de su aprobación un trámite de audiencia individualizado a cada Diputación, bastando el realizado con la FEGAMP. Rechaza también los argumentos de fondo (desplazamiento indebido a las diputaciones de la obligación de la Xunta de financiar los servicios sociales en municipios de menos de 20.000 habitantes // vulneraciones de los principios de autonomía provincial y reserva de ley). Incide el Tribunal en que:

«(...) En esas condiciones en que el Decreto, bien por no ser tajante y claro, bien por no ser completo a la hora de precisar el reparto de la corresponsabilidad en la financiación de servicios comunitarios básicos en municipios de menos de 20.000 habitantes, nos encontramos con un escenario de cofinanciación de un servicio donde el reglamento impugnado no agota ni predetermina una única fórmula de financiación de los servicios litigiosos, como prueba la existencia de Convenios con otras Diputaciones en que éstas asumen voluntariamente la financiación exclusiva de los SAF básico para los ayuntamientos de menos de 20.000 habitantes, lo que revela la armonización voluntaria de intereses recíprocos entre Xunta y Diputaciones, propiciada por el Decreto impugnado que desarrolla y especifica las fórmulas de financiación de los servicios comunitarios básicos en ayuntamientos de menos de 20.000 habitantes en un contexto de crisis económica y consiguiente reordenación de relaciones interadministrativas. Y es que si los términos del Decreto comportasen la asunción exclusiva por las Diputaciones de tal carga financiera asistencial, en términos excluyentes de la participación financiera de la Xunta de Galicia, resultaría que las estipulaciones concordantes de los Convenios serían superfluas o inútiles.

En suma, consideramos que el Decreto 99/2012 aquí impugnado es ajustado a Derecho mediante una interpretación conforme con el Ordenamiento Jurídico y particularmente según las leyes de régimen local y las leyes autonómicas de servicios sociales, en relación con la fórmula reglamentaria de vincular la función asistencial a ayuntamientos de menos de 20.000 habitantes, de manera que la atribución de su financiación a las Diputaciones gallegas, lo que no impide que dicha previsión reglamentaria se explicite en relación con cada Diputación a través de un Convenio que contempla la situación financiera del ente local y cargas asumidas, bajo los principios citados de colaboración, buena fe y lealtad institucional. Esa interpretación del reglamento conforme a las claves constitucionales es la que debemos acoger.

(...) Por otra parte, el que la Xunta con anterioridad a la vigencia del Decreto 99/2012 aquí impugnado financiase a la totalidad de los ayuntamientos gallegos mientras que ahora la Administración autonómica solamente considera que debe financiar los gastos de ayuntamientos de más de 20.000 habitantes, no constituye factor que demuestre ilegalidad alguna, ni conculcación de precedente vinculante, sino sencillamente la flexibilidad de la participación de la Xunta en tal financiación bajo criterios de oportunidad y según el contexto imperante en cada ejercicio.

(...) Ahora bien, como se desprende de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 40/1998 y 13/2007), la circunstancia de que la cooperación sea voluntaria sólo implica que si alguno de los municipios o Diputaciones no desea participar en los órganos o fórmulas de colaboración —esto es, suscribir convenios— no se le puede obligar, pero no significa —no puede significar— en absoluto que la Comunidad Autónoma tenga que soportar los gastos de financiación en bloque de los servicios. Debemos trasladar esa doctrina al caso de las Diputaciones llamadas a colaborar y formalizar acuerdos con la Xunta de Galicia, en campos como el de la asistencia financiera para los servicios municipales básicos de municipios de menos de 2.000 habitantes, donde la colaboración provincial resulta legalmente obligada y además en parte significativa y preponderante. La citada lealtad institucional explica o justifica que si la Diputación

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

*renuncia a sus exigencias de negociar, deba afrontar la carga y costes de financiación; ello sin perjuicio, claro está, del derecho de las partes negociadoras, si acometen lo que la doctrina alemana califica de Convenios interadministrativos de transacción, en caso de plantearse un escenario de desacuerdo, bloqueo o abuso de posición de alguna parte, poder promover el ejercicio de acciones judiciales frente a la situación anómala».*

### 3 Relación de puestos de trabajo. Requisitos del personal eventual. Imposibilidad de atribución de puestos de dirección al personal del grupo “C”. Indebida asignación al personal laboral de funciones reservadas a los funcionarios. Exceso de puestos con sistema de provisión por libre designación

El TSXG, Sección 1ª, en la Sentencia del 2 de julio de 2014 (Rec. 289/2012, ponente: Ilmo. Sr. Díaz Casales) anuló, en una parte significativa, la Relación de Puestos de Trabajo (RPT) del Concello de Ourense. En primer lugar porque le asignó funciones de dirección a puestos del grupo “C”. En segundo, porque atribuyó sin justificación a personal eventual puestos como el de “director del museo municipal”, “técnico de comunicación”, “chófer del Alcalde”, “secretario de la Alcaldía”, “técnico asesor municipal”, etc. En tercero por permitir la cobertura por personal laboral de puestos reservados a funcionarios, como los de administrativos, jefes de negociado, etc. Y, por último, por establecer injustificadamente el sistema de libre designación para proveer 18 puestos de trabajo (alguacil de la Alcaldía, jefes de servicio, etc.). En lo referente al personal eventual insistió el Tribunal en esta sentencia en que:

*«(...) De conformidad con lo dispuesto tanto en el art. 7 del Decreto Legislativo 1/2008, aplicable al personal de la administración local, y en el art. 12 de la Ley 7/2007, por el que se aprobó el Estatuto Básico del Empleado Público, el personal eventual está reservado para aquellos puestos que realicen funciones de asesoramiento especial o confianza y como recuerda la Sentencia del TS de 22 de noviembre de 2011, recaída en el Recurso 5359/2009 por referencia a la de 2 de septiembre de 2004 “... impone concluir que los puestos reservados a personal eventual son excepcionales y su validez está condicionada a que sus cometidos se circunscriban a esas funciones de confianza y asesoramiento especial que legalmente delimitan esta específica clase de personal público”, añadiendo que “... deben quedar vedadas a ese personal eventual las actuaciones de colaboración profesional que se proyecten en las funciones normales de la Administración pública, bien en las externas de protección y policía frente a la ciudadanía, bien en las internas de pura organización administrativa...” por lo que, en el presente caso, no justificándose debidamente la reserva se impone acoger este motivo del recurso y declarar la nulidad también en este aspecto de la relación de puestos de trabajo recurrida».*

### 4 Repercusión a la contratista del servicio de recogida de los residuos sólidos urbanos del coste de contratación de emergencia a TRAGSA para la recogida de la basura en la vía pública durante una huelga

Con motivo de una huelga de los trabajadores del servicio de recogida de residuos sólidos urbanos, el Concello de Santiago de Compostela contrató de emergencia a TRAGSA para

que retirase la basura das vías urbanas durante tres días. Posteriormente le repercutió a la contratista los 112.000 euros cobrados por TRAGSA. El TSXG (Sección 2ª) en la Sentencia del 24 de julio de 2014 (Rec. 4126/2014, relatora: Ilma. Sra. Recio González) confirmó la validez de dicho acto, con las siguientes consideraciones:

*«(...) Ha de partirse de que la repercusión a Urbaser de los costes de la recogida de la basura es por los días de huelga en que no se recogió la misma, lo cual da lugar al coste adicional de contratar a Tragsa. Además hay constancia de que en la resolución de 20 de mayo de 2010 se adoptan medidas de emergencia, y ello se debe al riesgo para la salud a que se hace referencia en el informe del folio 1 del expediente, de la Directora General de Salud Pública de la Xunta de Galicia, puesto que el artículo 34 de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de Salud de Galicia, faculta para adoptar estas medidas. No son medidas cautelares provisionalísimas del artículo 72 de la Ley 30/1992 que se adopten para asegurar la eficacia del acto administrativo sino de la aplicación de la Ley de Salud, por lo que no se pueden aceptar los argumentos de la demandante cuando entiende que esas medidas tenían que ser ratificadas, modificadas o levantadas, cuando no tienen esta naturaleza. Son medidas de emergencia ante un riesgo evidente para la salud pública. Los trabajadores se encuentran bajo la dependencia y las órdenes del empresario, en este caso de Urbaser, que asume los riesgos de su actuación cuando aunque se encuentre ejercitando un derecho como el de huelga, hay ciudadanos afectados y ello ha generado unos costes que los mismos no tienen que soportar. No es una sanción sino que se le repercuten esos gastos ocasionados. Del informe obrante en los folios 42 y siguientes del expediente resulta que el 20 de mayo Tragsa empieza a preparar el operativo, a planificar los medios humanos y mecánicos, y la huelga no se desconvoca hasta el día siguiente, cuando Tragsa ya estaba trabajando, sin que conste que Urbaser contase con los medios necesarios para retirar tanta basura acumulada, y menos aún que lo llevara a cabo. El coste repercutido es el abonado a Tragsa, según informe de la misma en que explica los trabajos realizados, mano de obra y medios empleados. Frente a ello no se puede oponer la cantidad que suele cobrar Urbaser porque la misma lo es en circunstancias normales, y éstas no lo eran, dado que la basura llevaba acumulada quince días, y por razones de emergencia y salubridad pública hubo que retirarlo en mucho menos tiempo».*

## 5 Ley de la memoria histórica. No requiere eliminar monumentos erigidos en el régimen anterior de los que se retiró la simbología franquista

En la Sentencia del TSXG del 5 de febrero de 2015 (Sección 2ª, relatora: Ilma. Sra. Recio González. Incluye voto particular) se confirmó la desestimación por el Concello de Vigo de la solicitud de una asociación de defensa de la memoria histórica, de demolición de un "monumento a los caídos" construido en la dictadura franquista ("Cruz do Castro"). Se motivó la sentencia en las siguientes consideraciones:

*«(...) Partiendo de que carece de relevancia que se hayan sucedido diferentes partidos políticos en el gobierno municipal sin que retirasen la cruz porque no es hasta la Ley de la memoria histórica cuando se contiene la previsión legal objeto de discusión; y de que aun admitiendo que originariamente tuviera un significado de exaltación de la guerra civil y de la dictadura, no puede compartirse que hoy, una vez desaparecida toda*

REGAP



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

*la simbología fascista a que más arriba se hizo referencia —puesto que no se puede considerar que la tengan las figuras y símbolos representativos de los ejércitos—, siga teniendo ese componente de exaltación inicial, habiendo desaparecido su carga política, y puede ser contemplada como un elemento religioso, aunque no fuera su significado originario, puesto que es evidente que se trata de una cruz latina. Al margen de las manifestaciones del perito de la parte demandante, no se puede obviar que la cruz también refleja la persecución por razones políticas en un contexto histórico que no ha de ser olvidado para que no se repita, de forma que ha de conservarse esa memoria, pero no en el sentido de exaltación de los valores franquistas sino en el de que permita reflexionar sobre el pasado, una vez desaparecido el componente político inicial y dado el contexto político actual. Como ese aspecto de exaltación ha desaparecido, no se da la exigencia del artículo 15 antes transcrito. Y contemplada a día de hoy, al margen de las creencias superadas que motivaron su construcción, como muchos otros monumentos a lo largo de la historia de la humanidad, ha de llevar al conocimiento y reflexión por las generaciones presentes y futuras sobre un pasado ya superado pero que no ha de olvidarse, habiendo de considerarse representativo de los caídos de ambos bandos».*

## II Derechos fundamentales

### Derechos de reunión y manifestación. Concentración ciclista. Imposición por la Subdelegación del Gobierno de restricciones desproporcionadas e injustificadas

En la Sentencia del TSXG del 3 de octubre de 2014 (Sección 1ª, Rec. 286/2014, ponente: Ilmo. Sr. López González) se explica con detalle la extensión y límites de los derechos fundamentales de reunión y manifestación, concluyéndose con la anulación de las restricciones impuestas por un Subdelegado del Gobierno al recorrido de una marcha ciclista. Se afirma en la sentencia lo siguiente:

*«(...) Se trata de una concentración ciclista, pacífica, sin otro objetivo que el plausible de concienciar a la sociedad de los graves peligros que acarrea para los usuarios de velocípedos la densidad de tráfico automovilístico y la escasa diligencia, en la mayor parte de los casos, de los usuarios de vehículos de motor al no respetar las distancias reglamentarias. No podemos dejar en el olvido tampoco que no es la primera vez que concentraciones como ésta tienen lugar, no en vano nos hallamos ante la 30ª convocatoria del “Día da Bici”. /// La resolución recurrida motiva su decisión de modificar el trazado, con apoyo en un informe de la Policía Local, en la insuficiencia de efectivos para garantizar la seguridad del evento e, indirectamente, en la negativa incidencia que se podría generar por la presencia en vías públicas de un número indeterminado, presumiblemente elevado, de ciclistas. /// La primera razón, de índole claramente económica, no puede justificar en modo alguno la producida restricción de un derecho fundamental; si tal concentración se ha venido realizando año a año durante tan largo período de tiempo, no encuentra razones esta Sala para que, en esta ocasión, se restrinja su desarrollo, toda vez que la insuficiencia de efectivos policiales puede sustituirse por otras vías tales como habilitación de personal funcionario de la propia Policía Local, utilización de seguridad privada, empleo de vallas de separación, personal de la propia organización del acontecimiento, etc. /// Silencia la resolución administrativa qué*

*situaciones de alteración del orden público con peligro para personas o bienes pueden derivar de la pacífica concentración ciclista que nos ocupa en la que acostumbran participar ciudadanos de todas las edades, incluidos niños de muy corta edad y nada dice, tampoco, que situación de colapso circulatorio se va a originar en la capital orensana como consecuencia de este evento. Podría concretar, de darse el caso, que el cierre de determinadas vías produciría graves situaciones de riesgo por la imposibilidad de acceso de servicios médicos asistenciales, ambulancias, bomberos o policía, pero nada dice al respecto. /// Por último no está de más destacar que el espacio temporal que abarcará, desde su comienzo hasta su conclusión, la concentración ciclista, se reduce a cuatro horas, de las que las dos primeras son de agrupamiento y reunión en la calle Progreso y las dos siguientes de circulación por las vías de la ciudad. Y no debemos olvidar que se trata de un domingo en el que el movimiento ciudadano es inferior al de un día laborable. /// En definitiva, además de la escasa motivación aducida por el Ayuntamiento en justificación de su decisión limitadora, la razón primordial en que se asienta, de escasez de efectivos policiales, resulta a todas luces rechazable pues, como dijimos, una motivación meramente económica no puede servir jamás de sustento para coartar un derecho fundamental constitucionalmente consagrado».*

### III Medio ambiente

#### 1 Plan Hidrológico de la Demarcación Hidrográfica de Galicia-Costa

El Tribunal Supremo (S<sup>a</sup> 3<sup>a</sup>, Sección 3<sup>a</sup>), en su Sentencia del 23 de septiembre de 2014 (Rec. 582/2012, ponente: Excmo. Sr. Trillo Torres) estimó en parte un recurso formulado contra el Real decreto 1332/2012, del 14 de septiembre, por el que se aprobó el Plan Hidrológico de la Demarcación Hidrográfica de Galicia-Costa. Tras rechazar los argumentos impugnables dirigidos frente a la totalidad del Plan y contra varios de sus preceptos, finalmente anula en parte el artículo 36 del Real decreto, en los siguientes términos:

*«(...) En los párrafos penúltimo y antepenúltimo del artículo 36 de la normativa del Plan se dice que “la revisión así realizada, al no afectar a los derechos reales preexistentes, no dará lugar a indemnización. /// De conformidad con el artículo 59 del texto refundido de la Ley de Aguas, los caudales ecológicos constituyen una restricción que se impone con carácter general a los sistemas de aprovechamiento, sin que el título concesional garantice la disponibilidad de los caudales concedidos, por lo que la comunicación al titular de los caudales ecológicos que concretamente haya de respetar su aprovechamiento, no supondrá la revisión de la concesión para su adecuación a los Planes Hidrológicos en los términos del artículo 65.3 del texto refundido de la Ley de Aguas, salvo en aquellos casos en que la aprobación de un nuevo Plan altere tan sustancialmente los caudales disponibles o los usos a que éstos puedan destinarse, que en la práctica implique la desaparición del aprovechamiento o su inviabilidad”.*

*Se argumenta en contra de su legalidad que modifica el art. 65.3, según el cual las concesiones podrán ser revisadas cuando lo exija su ordenación a los Planes Hidrológicos, en cuyo caso “el concesionario perjudicado tendrá derecho a indemnización, de conformidad con lo dispuesto en la legislación general de expropiación forzosa”.*

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

*En este punto, la pretensión de la demanda ha de ser acogida.*

*El Abogado del Estado monta su contraargumentación sobre la base de lo dispuesto en el artículo 59.7 del TRLA, según el cual los caudales ecológicos “no tendrán el carácter de uso a efectos de lo previsto en ese artículo y siguientes, debiendo considerarse como una restricción que se impone con carácter general a los sistemas de explotación”, de donde deduce que “constituyen un límite implícito de las concesiones, de modo que su fijación en el Plan no puede considerarse una modificación de las concesiones determinada por el planeamiento, sino como una limitación estructural de los sistemas de explotación, ya que ni siquiera podría hablarse de su adaptación al Plan, el cual únicamente vendría a especificar un límite legal que ya pesaba estructuralmente sobre la concesión, que de ningún modo podía extenderse legalmente a caudales ecológicos mínimos”.*

*La argumentación choca con el contenido del propio texto reglamentario, que se mete explícitamente a aceptar supuestos en los que por causa del respeto al caudal ecológico, sí proceda la indemnización sugerida en el artículo 65.3.*

*Es por eso que no cabe admitir que por vía reglamentaria y concretamente de planificación, se entre en la delimitación de un precepto legal que contiene los elementos suficientes para su aplicación y desarrollo jurisprudencial y menos en términos de clara contradicción conceptual, como la que hemos dejado indicada».*

## 2 Estudio estratégico ambiental del litoral español para la instalación de parques eólicos marinos

La Audiencia Nacional (S<sup>a</sup> de lo Cont.-Ad.), en su Sentencia del 4 de diciembre de 2014 (Rec. 407/2009, relatora: Ilma. Sra. García García Blanco) estimó en parte el recurso interpuesto por la Xunta de Galicia contra la resolución conjunta de la Secretaría General de Energía y de la Secretaría General del Mar, del 16 de abril de 2009 aprobatoria del estudio estratégico ambiental del litoral español para la instalación de parques eólicos marinos (BOE del 08/05/2009). La sentencia anula la resolución impugnada «*exclusivamente en todo lo especificado en el mismo que concierna, aún con carácter orientativo, a las aguas interiores del litoral gallego*», con el siguiente fundamento:

*«(...) En cuanto a las aguas interiores, el Real Decreto 1028/2007, que sirve de cobertura a la resolución aquí recurrida, en su art. 1 establece una clara limitación territorial a la que puede afectar ya que determina que: “El presente real decreto tiene por objeto la regulación de los procedimientos, así como la determinación de las condiciones y criterios que han de regir para la obtención de las autorizaciones y concesiones administrativas precisas para la construcción y ampliación de las instalaciones de generación de electricidad que se encuentren ubicadas físicamente en el mar territorial”, y según la Convención del Mar de 1982 y el Real Decreto Legislativo 2/2011, el mar territorial es aquél que se extiende hasta una distancia de doce millas náuticas contadas a partir de las líneas de base desde las que se mide su anchura, por lo que el Estudio finalmente aprobado, y aquí recurrido, al margen de cuestiones competenciales, incide en extralimitación normativa en todo lo especificado en el mismo respecto de las aguas interiores (el Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto*



*Refundido de la Ley de Puertos del Estado en su art. 8.1 que determina que son aguas interiores marítimas españolas, a los efectos de esta ley, las situadas en el interior de las líneas de base del mar territorial e incluyen las de los puertos y cualesquiera otras comunicadas permanentemente con el mar hasta donde se haga sensible el efecto de las mareas, así como los tramos navegables de los ríos hasta donde existan puertos de interés general) aunque lo sea con carácter meramente orientativo como defiende el Abogado del Estado, habiéndose de estimar el recurso en este punto pero limitándose el pronunciamiento a lo concerniente a las aguas interiores en las que si concurre un interés de la recurrente dadas sus competencias y sin efectuar pronunciamiento anulatorio alguno en relación a lo que pudiera referirse a lo que exceda de las 12 millas náuticas (entre ellas la zona contigua y la zona económica exclusiva sobre las que también inciden los derechos soberanos de España) pues en este marco ninguna competencia autonómica puede suscitarse careciendo por ello de legitimación la recurrente».*

## IV Personal

### 1 Concurso de traslados de personal funcionario docente (enseñanza secundaria). Valoración de los servicios prestados como funcionarios interinos

La Sentencia del TSXG (Sección 1ª), del 17 de diciembre de 2014 (Rec. 397/2014, ponente: Ilmo. Sr. Seoane Pesqueira) desestimó el recurso formulado contra la Orden del 16 de octubre de 2013 de la Consellería de Cultura, Educación y Ordenación Universitaria, por la que se convocó concurso de traslados entre personal funcionario docente de los cuerpos de catedráticos y profesores de enseñanza secundaria, escuelas oficiales de idiomas y otros, en lo referente a la valoración de los servicios prestados como funcionarios interinos. Concluyó el Tribunal que resultaba obligada la valoración de dichos méritos por imperativo de lo dispuesto en el derecho comunitario (Directiva 1999/70/CE del Consejo, del 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP, sobre el trabajo de duración determinada), así como en el Estatuto Básico del Empleado Público. Se afirma en la sentencia que:

*«(...) Si, como vemos, con rotundidad se afirma por la jurisprudencia comunitaria que no constituye razón objetiva desvirtuadora de la discriminación el hecho de que los servicios hayan sido prestados en régimen de interinidad, no existe motivo alguno para que no se aplique el mismo criterio cuando se trata de un proceso de provisión. Ello es así porque la naturaleza de las tareas que se desarrollan no varía por el hecho de que los servicios desempeñados lo sean en virtud de una relación de interinidad. En consecuencia, al concurrir el mérito de la experiencia previa y antigüedad en la prestación de los servicios, han de ser computados tanto en un proceso de ingreso como de provisión (...).*

*Esa naturaleza peculiar de las tareas a desarrollar se destaca en el apartado 80 de la Sentencia del TJUE de 08/09/2011 cuando dice:*

*“En cambio, un requisito genérico y abstracto según el cual el periodo de servicio exigido debe haberse cumplido íntegramente en calidad de funcionario de carrera, sin que se tomen en consideración, especialmente, la naturaleza particular de las tareas que*

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

*se han de realizar ni las características inherentes a ellas, no se corresponde con las exigencias de la jurisprudencia relativa a la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco, como se ha recordado en los apartados 72 a 74 de la presente sentencia”.*

*Por lo demás, en el caso presente la valoración de los servicios previos prestados en régimen de interinidad es el único modo de conseguir el objetivo que se propone la Directiva de mejorar la calidad del trabajo de duración determinada y promover la igualdad de trato. Ciertamente es que las sentencias del TJUE que han quedado mencionadas se referían a procedimientos selectivos de acceso, pero no debe existir inconveniente alguno para extender su doctrina a los procesos de provisión, no sólo por lo argumentado hasta aquí, sino también por la misma razón por la que el Tribunal Constitucional ha entendido que el artículo 23.2 de la Constitución es aplicable tanto al acceso a la función pública como a la provisión, porque aquel derecho de acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas alcanza igualmente a la permanencia en la condición funcionarial, que no es inmóvil en un determinado puesto sino dinámica y evolutiva, abierta a cambios, que se realizan y actualizan mediante los procedimientos de provisión, siendo aplicable, por tanto, a los actos posteriores al acceso y, entre ellos, a los relativos a la propia provisión de puestos de trabajo (STC 192/1991, de 14 de octubre, FJ 4, y 221/2004, de 29 de noviembre, FJ 3) (...) ///*

*Así, en el artículo 10.5 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, se establece que “a los funcionarios interinos les será aplicable, en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera”, y a la luz de la doctrina del TJUE, es adecuada a la naturaleza de su condición el reconocimiento de los servicios previos como interinos en los concursos de traslados, pues la naturaleza de las tareas desempeñadas previamente es igual en un funcionario docente interino que en uno de carrera.*

*Dentro de la normativa autonómica, contribuyen a computar esos servicios previos en régimen de interinidad, tanto el artículo 11, último inciso, como la disposición transitoria 9ª, ambos del Decreto Legislativo 1/2008, de 13 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de la función pública de Galicia (...).*

*En el caso presente se convoca concurso de traslados autonómico entre funcionarios docentes, por lo que es lógico que se computen los servicios previos como docentes interinos.*

*Por su parte, la transitoria 9ª es todavía más clara al establecer:*

*“A dicho personal (interino) y a los laborales que accedan a la condición de personal funcionario les serán reconocidos, a efectos de trienios y antigüedad, los servicios prestados con anterioridad en cualquier Administración pública”.*

*Por último, la misma tesis que aquí se sostiene ha sido mantenida por las Salas de lo contencioso-administrativo de Extremadura, en su Sentencia de 17 de enero de 2013 (Recurso de apelación 290/2012), de 17 de abril de 2013 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León, con sede en Valladolid, y de 28 de noviembre de 2014 del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (Recurso de apelación 22/2014)».*

## 2 Oposiciones al Cuerpo Administrativo de la Xunta de Galicia. Requisitos de las pruebas tipo “test”. Reserva de plazas para discapacitados

El Tribunal Supremo (5ª 3ª, Sección 7ª), en la Sentencia del 16 de febrero de 2015 (RC 3521/2015, relatora: Excma. Sra. Pico Lorenzo) confirmó otra del TSXG desestimatoria del recurso interpuesto contra determinadas resoluciones de un procedimiento de selección de personal para el Cuerpo Administrativo de la Xunta de Galicia (Grupo C).

Sobre las pruebas “tipo test” señaló el Alto Tribunal que:

*«(...) El dato es la específica configuración que tienen esas tan repetidas pruebas, consistente en que lo único permitido al examinando es elegir una de las varias alternativas propuestas, sin que le sea posible un desarrollo expositivo que manifieste las razones de su opción. La meta consiste en evitar situaciones en las que, por ser claramente equívoca o errónea la formulación de la pregunta o de las respuestas, existan dudas razonables sobre cuál puede ser la respuesta correcta y, por dicha razón, carezca de justificación racional aceptar la validez solamente de una de ellas. Y la exigencia tiene que ser una exactitud y precisión tal en la formulación de las pruebas que haga inequívoca cual es la respuesta más acertada entre las diferentes opciones ofrecidas, para de esta manera evitar esa situación de duda que acaba de apuntarse (...). Se recalca que de la misma manera que al aspirante no se le permite ningún desarrollo explicativo de las razones de su opción, también habrá de existir una inequívoca correspondencia entre la pregunta formulada y la respuesta que se declare correcta entre las distintas alternativas enunciadas; esto es, la pregunta no podrá incluir ningún elemento que permita razonablemente dudar sobre la validez de la respuesta elegida como correcta por el Tribunal Calificador. Lo cual supone que cualquier error de formulación en las preguntas que pueda generar la más mínima duda en el aspirante impondrá su anulación».*

Sobre la reserva de plazas para discapacitados añadió que:

*«(...) Ciertamente todas esas normas incluyen ventajas o medidas de discriminación positiva en favor de las personas con discapacidad, pero no lo hacen en el sentido de establecer unos criterios distintos para la evaluación de la capacidad profesional que resulte necesaria para el desempeño de las plazas o funciones a cuyo acceso se aspire, sino en el que antes se subrayó de que, una vez superada esa capacidad mínima, se reserven unas plazas en las que únicamente se compita con personas que también tengan discapacidad (...). Las medidas de discriminación positiva establecidas a favor de las personas con discapacidad no autorizan a establecer para ellas distintos criterios técnicos de calificación de sus méritos y capacidad, pues en esta concreta materia (el de la idoneidad profesional mínima exigible para acceder a la función pública) rigen sin salvedad los mandatos de igualdad de los artículos 14 y 23.2 CE; (2) que esas medidas o beneficios sólo pueden ser aplicadas a quienes hayan superado el umbral mínimo de profesionalidad, común a todos los aspirantes, y, por ello, su significación es que, en el turno de plazas reservadas a personas con discapacidad, estas sólo compiten con quienes concurren por este turno; y (3) que en el planteamiento de la actual casación debe ser respetada la declaración de la sentencia recurrida de que no fue errónea o arbitraria la calificación del recurrente por debajo de ese mínimo de profesionalidad».*

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

### 3 Personal funcionario. Discriminación retributiva por ejercicio efectivo de funciones de superior categoría a los del nivel de complemento de destino del propio puesto de trabajo. Vulneración del principio de igualdad

Un funcionario del “Servicio Público de Empleo” estatal (letrado, con complemento de destino de nivel 23), solicitó la equiparación de su puesto —con efecto retroactivo desde la fecha de toma de posesión— con los de nivel 24, dada la absoluta identidad de las funciones que desarrollan todos los letrados del mismo servicio. La Sentencia del TSXG (Sección 1ª) del 17 de septiembre de 2014 (Rec. 222/2013, ponente: Ilmo. Sr. Seoane Pesqueira) estimó íntegramente el recurso, con el siguiente fundamento:

«(...) El hecho de que la cuantía de las retribuciones complementarias figure en la relación de puestos de trabajo no impide que pueda solicitarse la elevación de alguna de las fijadas, en base a que se realizan idénticas funciones a las de otro puesto que tiene asignada mayor nivel de complemento de destino, puesto que, como ha declarado la Sentencia de 17 de diciembre de 2009 de la Sección 7ª de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, la “naturaleza estatutaria de la relación de los funcionarios con las Administraciones Públicas no puede legitimar actuaciones ilegales como sucede en el caso de que una Relación de Puestos de Trabajo de funcionarios asigne niveles o complementos específicos que no se correspondan con las funciones o tareas que, en la realidad, se realicen en el desempeño de un puesto de trabajo en cuanto dichas funciones o tareas sean las mismas que se realizan en puestos a los que la misma Administración y en el mismo RPT asigne retribuciones superiores en el complemento de destino y complemento específico”. Es cierto que para que prospere la reclamación presente no basta con la coincidencia de denominación entre un puesto de Letrado y otro, sino que es imprescindible que se acredite la identidad funcional entre los sometidos a contraste, ya que la inclusión en la relación de puestos de trabajo de varios puestos con la misma denominación, pero con diferente nivel de complemento de destino y cuantía del complemento específico, no implica necesariamente que no pueda existir diferencia entre ellos en lo que hace a algunos aspectos de su contenido funcional y a las condiciones particulares que legalmente permiten el reconocimiento del complemento en cuestión (...). En consecuencia, al haberse demostrado aquella identidad funcional, no existe justificación alguna para la diferencia retributiva, y debe acogerse la pretensión de modificación del complemento de destino del puesto con código NUM000 desde el nivel 23 al 24».

## V Responsabilidad patrimonial

### 1 Responsabilidad patrimonial por actos de ordenación del territorio. Indemnización por perjuicios causados a empresa de acuicultura con la revisión del Plan Sectorial de Parques de Tecnología Alimentaria

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sª 3ª, Sección 6ª) del 20 de febrero de 2015 (RC 4427/2012, relatora: Excma. Sra. Huerta Garicano) desestimó los recursos de casación interpuestos contra la del TSXG que condenó a la Administración autonómica a abonarle a una empresa de acuicultura una indemnización de 689.000 euros por los perjuicios causados

como consecuencia de la revisión del Plan Sectorial de Parques de Tecnología Alimentaria, aprobada por Acuerdo del Consello de Goberno de la Xunta de Galicia del 28 de agosto de 2008 (Plan Galego de Acuicultura). Revisión que le impidió ejecutar una piscifactoría en Rinlo (Ribadeo).

En primer lugar rechazó la pretensión de indemnización de la reclamante por lucro cesante y una parte del daño emergente, con las siguientes consideraciones:

*«(...) La sentencia excluye de la indemnización por daño emergente el precio de los terrenos adquiridos para la ejecución del proyecto en razón de que siguen siendo de su propiedad, y, ciertamente es así, luego no existe deterioro patrimonial en este particular por la inejecución del proyecto, pues, en contra de lo que afirma y siguiendo el Informe Pericial aportado con la reclamación de responsabilidad patrimonial, el suelo adquirido estaba clasificado como rústico de protección agropecuaria, y, como tal, fue fijado el precio, clasificación que no ha variado, luego no existe —o al menos no ha quedado acreditada— la pérdida de valor de ese suelo de su propiedad.*

*En cuanto a la indemnización por lucro cesante (...) en el presente caso, estamos en presencia de meras expectativas de resultados de una actividad económica que nunca llegó a iniciarse y que, dados los términos del Plan Galego de Acuicultura de 2008 (que substituyó al Plan Sectorial que daba cobertura habilitante al Proyecto de la recurrente, precisamente por haber omitido un trámite esencial como era la DIA previa a su aprobación en la medida que algunos de los 21 Parques que definía afectaban a terrenos integrados en la Rede Natura 2000), nunca tampoco se podría haber iniciado en los términos pretendidos por la recurrente y en los que, incorrectamente, fue inicialmente aprobado. Se trata, pues, de meras expectativas o ganancias hipotéticas, como dice la precitada sentencia, excluidas de la obligación de indemnización en la medida que no constituyen un daño real y efectivo, por lo que no se infringe el principio de reparación integral (...).*

*Precisamente, porque se inicia la revisión de un Plan (aprobado once meses antes), que impuso una modificación sustancial en un Proyecto aprobado definitivamente, determinando su inviabilidad económica (Informe Pericial, base de su reclamación), se ha declarado la responsabilidad patrimonial de la Xunta. Ahora bien, ello no implica —y, por supuesto, no supone infracción del expresado art. 35.c) RD Ley 2/2008— que hayan de indemnizarse todos los conceptos que se reclaman. Es cierto que la recurrente tenía un derecho adquirido a ejecutar el Proyecto aprobado definitivamente en julio de 2005 y para el que contaba con la oportuna autorización para ejecución de las obras y licencia municipal de obras y provisional de actividad, y, por ello tendrá derecho a que se indemnizen cuantos gastos documentados haya efectuado en su ejecución hasta que le fue notificada la suspensión del Proyecto (septiembre de 2006). Pero ello no quiere decir que, tras la aprobación del Plan de 2008, pueda pretenderse la ejecución de un Proyecto (aprobado en julio de 2005) que ha quedado sin título habilitante. Y esa imposibilidad de ejecución, en sus propios términos, del Proyecto aprobado, da derecho, como acabamos de decir, a la indemnización por daño emergente, no así a la indemnización por lucro cesante (ganancias dejadas de percibir), con base en el cual reclama meras expectativas de beneficios de una actividad económica o negocio que no se inició al truncarse en fase de construcción de las instalaciones, y que no*

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

*podía iniciarse sino con el desplazamiento de la Planta a 280 m de la costa, lo que hizo inviable el negocio».*

En segundo lugar, desestimó el recurso de la Xunta de Galicia considerando que:

*«(...) Lo determinante, pues, para que el daño sea indemnizable, no es que la actuación de la Administración sea antijurídica (irrelevante al efecto), sino que el perjuicio que se causa al particular sea antijurídico porque no tenga obligación de soportarlo, y, entendemos, de la sucesión temporal de las actuaciones, que la mercantil recurrente no tenía obligación de soportar las consecuencias de un cambio —totalmente legítimo— en la política medioambiental, cuando, tras la oportuna tramitación, acababa de obtener la aprobación de un Proyecto y las autorizaciones y licencias pertinentes para la construcción de la planta, siendo, precisamente, la quiebra de esa confianza legítima en la legalidad y perdurabilidad del Plan Sectorial, con base en el cual se aprobó su Proyecto, una pauta interpretativa (que no la única) para determinar la antijuridicidad del daño irrogado. Daño que no cabe conectar con las dos sentencias dictadas por la Sala de Galicia en 2009, pues, aparte de ser posteriores, sus consecuencias no tendrían que haber sido idénticas a las impuestas por el Plan Gallego de Acuicultura, de no haber existido éste.*

*Y, en este sentido, se orienta el Legislador cuando en el art. 35.c) de la Ley del Suelo de 2008 (RDLeg 2/2008, de 20 de junio), declara, en todo caso, indemnizables las lesiones en los bienes y derechos que resulten de “la modificación o extinción de la eficacia de los títulos administrativos habilitantes de obras y actividades, determinadas por el cambio sobrevenido de la ordenación Territorial o Urbanística”».*

## 2 Responsabilidad de la Administración sanitaria. Doctrina de la “pérdida de oportunidad”

La Sentencia del TSXG (Sección 3ª) del 18 de febrero de 2015 (Rec. 7109/2014, relatora: Ilma. Sra. Fernández Conde) revocó la de instancia apelada y condenó a la Consellería de Sanidad de la Xunta de Galicia a abonar una indemnización de 50.000 euros por la “pérdida de oportunidad” sufrida por un paciente al ser remitido por el SERGAS con excesivo retraso al especialista en neurología **que** le detectó un tumor cerebral. Se afirma en la sentencia que:

*«No considera la Sala necesario para apreciar la existencia de lo que la doctrina denomina “pérdida de oportunidad”, en un caso como el de autos, acreditar que de haberse remitido antes al neurólogo, el tratamiento dispensado hubiera evitado o mitigado el alcance de las secuelas resultantes, como se afirma en la sentencia de instancia y se toma como causa determinante de la desestimación del recurso; la doctrina de la “pérdida de oportunidad” que, como es sabido, no requiere ni la infracción de la lex artis ni la evitación total y absoluta del resultado lesivo sino, tan sólo, la probabilidad de obtener un mejor resultado, es perfectamente aplicable al caso de autos, en cuanto a la vista del conjunto de circunstancias concurrentes y, especialmente, de la duración excesiva del periodo transcurrido entre la primera vez que se apreciaron síntomas de afección neurológica 2008 hasta el 2010 que fue diagnosticado e intervenida (dos años de evolución), resulta difícil no entender que un diagnóstico precoz, hubiera permitido “probablemente” advertir la presencia del tumor con un menor tamaño y,*

*en consecuencia, tal vez con tratamiento oportuno o una más rápida intervención que hubiera permitido se hubieran afectado un menor número de centros neuronales; es solo una posibilidad, pero a la Sala le parece factible y por ello llega a la conclusión de que sin necesidad de más consideraciones concurre una clara pérdida de oportunidad que ha de ser indemnizada».*

## VI Sanidad

### 1 Asistencia sanitaria concertada. Orden que fija las tarifas máximas y la revisión de los precios de los conciertos. Disposición de carácter general. Defecto de procedimiento: omisión de informe preceptivo de la Secretaría General Técnica de la Consellería de Sanidad

La Sentencia del TSXG (Sección 1ª) del 3 de octubre de 2014 (Rec. 107/2011, ponente: Ilmo. Sr. Seoane Pesqueira) anuló la Orden de la Consellería de Sanidad del 4 de noviembre de 2010, por la que se fijaron las tarifas máximas aplicables a la asistencia sanitaria concertada por el Servizo Galego de Saúde y se revisaron los precios de los conciertos vigentes.

Concluyó la sentencia, en primer lugar, que la orden en cuestión tenía naturaleza de disposición de carácter general, análoga a la reglamentaria, por las siguientes consideraciones:

*«(...) La Orden impugnada ostenta la naturaleza de disposición normativa de carácter general porque en ella se presentan los caracteres propios de una norma, cuales son la incorporación al ordenamiento jurídico permaneciendo su fuerza vinculante, sin que se agote su eficacia en una sola aplicación (criterios ordinamental y de consunción), pues lo cierto es que tiene como finalidad la fijación con carácter general, y ad extra, de las tarifas máximas aplicables tanto a las autorizaciones de uso temporales como a la asistencia sanitaria concertada y a la revisión de precios de los conciertos vigentes para todos aquellos conciertos que no tengan establecido en su texto un sistema de actualización de precios específico para éste. En dicha norma no se señala plazo de vigencia, y está claro que no se agota su eficacia en una sola aplicación si atendemos a su disposición final, en la que se faculta a la persona titular de la Gerencia del Sergas y a la persona titular de la Dirección de Recursos Económicos para adoptar las medidas necesarias en relación con la ejecución y desarrollo de la propia Orden».*

Y, en segundo lugar, que se aprobó omitiéndose un trámite preceptivo y esencial (informe de la Secretaría General **Técnica** de la Consellería). Vicio substancial determinante de su nulidad:

*«(...) Con arreglo al artículo 7.1 del mencionado Decreto 111/1984, “Los proyectos de disposición de carácter general, sea cual sea su rango normativo, habrán de ser informados por la Secretaría General Técnica de la Consellería respectiva antes de ser sometidos al órgano competente para promulgarlos”.*

*En este punto es coincidente tal normativa con el artículo 24.2 de la Ley estatal 50/1997, con arreglo al cual “en todo caso, los proyectos de reglamentos habrán de ser informa-*

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

*dos por la Secretaría General Técnica, sin perjuicio del dictamen del Consejo de Estado en los casos legalmente previstos”.*

*Por tanto, si bien la moderna jurisprudencia exige la necesidad de audiencia de una federación como la recurrente, por estimar que dicha audiencia sólo es preceptiva respecto de las corporaciones y asociaciones que no sean de carácter voluntario (...), sin embargo resulta esencial, en el procedimiento de elaboración, aquel informe de la Secretaría General Técnica, de la que se ha prescindido en la elaboración de la Orden impugnada. El estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo revela asimismo el carácter esencial del informe de la Secretaría General Técnica, y la nulidad que provoca la omisión de dicho trámite (...).*».

## 2 Áreas de Gestión Clínica del Servizo Galego de Saúde

La Sentencia del TSXG (Sección 1ª) del 4 de febrero de 2015 (Rec. 122/2014, ponente: Ilmo. Sr. Seoane Pesqueira) estimó en parte el recurso interpuesto por varios sindicatos médicos contra el Decreto 36/2014, del 20 de marzo, por el que se regulan las áreas de gestión clínica del Servizo Galego de Saúde. Rechazó los argumentos impugnables de tipo formal (omisión de dictamen del Consello Consultivo de Galicia, de memoria económico-financiera, y de negociación colectiva). También los de fondo referidos por ejemplo a la infracción de los principios de confidencialidad y protección de datos. Pero estimó el motivo dirigido frente al establecimiento de la libre designación como forma de provisión del puesto de director del área de gestión clínica, con la siguiente argumentación:

*«(...) El artículo 30 del Decreto Legislativo 1/2008, de 13 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de la función pública de Galicia, prevé como norma general que sean de libre designación los puestos de trabajo de carácter directivo o de especial responsabilidad y aquellos que requieran una confianza personal para ejercer sus funciones, pero también abre camino, excepcionalmente, para otros de nivel inferior que, como tales, figuren en la RPT. Lógicamente, para la inclusión de los puestos de nivel inferior a los de subdirectora o subdirector general, y las secretarías de altos cargos entre los que pueden ser provistos como de libre designación, será necesaria la exteriorización de las razones, relacionadas con su carácter directivo o de especial responsabilidad, que hayan llevado a la Administración a esa decisión, pues la excepcionalidad del sistema así lo impone, al apartarse de la regla general del sistema normal de concurso, como medio de evitar la arbitrariedad y controlar la racionalidad y objetividad de los motivos expuestos (...). IIII*

*Asimismo, la búsqueda de la conjunción con la estrategia de la organización y la posesión de la capacidad de liderazgo no puede entrañar una vía que permita olvidar la necesaria concurrencia de los principios de mérito y capacidad, que han de regir en todo caso en el seno de la función pública, incluyendo no sólo el acceso sino también la provisión, porque estos principios, derivados de los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución, operan no sólo en el momento inicial de acceder a la función pública sino también en el posterior momento del desarrollo o promoción en la carrera administrativa (lo que comprende la provisión de puestos de trabajo), porque aquel derecho alcanza igualmente a la permanencia en la condición funcional, que no es inmóvil en un determinado puesto sino dinámica y evolutiva, abierta a cambios, que se realizan y actualizan mediante los procedimientos de provisión, siendo aplicable,*



*por tanto, a los actos posteriores al acceso y, entre ellos, a los relativos a la propia provisión de puestos de trabajo (STC 192/1991, de 14 de octubre, FJ 4, y 221/2004, de 29 de noviembre, FJ 3)».*

## VII Sanciones administrativas

Infracción de la normativa de protección de los consumidores. Venta de entradas en un macro-concierto superando el aforo máximo permisible. Caducidad del expediente. Proporcionalidad de la sanción

En la interesante Sentencia del TSXG (Sección 1ª) del 16 de julio de 2014 (Rec. 667/2011, ponente: Ilmo. Sr. Seoane Pesqueira) se supervisa la sanción de 2.400.000 euros que la Consellería de Economía e Industria le impuso a la empresa organizadora del macro-concierto de Bruce Springteen celebrado en el Monte do Gozo en agosto de 2009, por vender un exceso de entradas muy por encima del aforo máximo del recinto, abrir tarde las puertas generando avalanchas y aglomeraciones, etc.

La sentencia rechaza el argumento impugnable referido a la caducidad del expediente sancionador. Considera aplicable en estos procedimientos el plazo de resolución establecido en el artículo 18.3 del Real decreto 1945/1983, del 22 de junio (un año desde la notificación de la propuesta de resolución). Norma reglamentaria que elevó su rango al de ley en virtud de la disposición final 3ª del Real decreto legislativo 1/2007, del 16 de noviembre (Texto Refundido de la Ley general de defensa de consumidores y usuarios).

En segundo lugar, considera acreditados los hechos infractores imputados a la recurrente en la sanción impugnada. Pero estima en parte el recurso por considerar que su importe final resultó excesivo, infringiendo el principio de proporcionalidad, rebajando así la sanción a 700.000 euros. Concretamente se señala en la sentencia que:

*«(...) A la hora de fijar la sanción a imponer la resolución sancionadora acude, en primer lugar, al artículo 51.1.b TRLGDCU, que establece, para las infracciones graves, entre 3.005,07 euros y 15.025,30 euros, pudiendo rebasar dicha cantidad hasta alcanzar el quintuplo del valor de los bienes o servicios objeto de la infracción.*

*Seguidamente argumenta que, si tenemos en cuenta el valor de los bienes o servicios objeto de la infracción, para lo que multiplica las 37.539 entradas vendidas por 65 euros de precio de cada una, puede considerarse proporcionada una sanción de multa de 2.400.000 euros. Y añade que dicha cifra entra en el grado medio del tercio inferior del quintuplo del valor de los bienes o servicios objeto de la infracción, ya que si las entradas vendidas fueron 37.539 y el importe de cada una fue de 65 euros, podría alcanzar los 2.440.035 euros, suma que multiplicada por cinco daría 12.200.175 euros (...).*

*Hay que considerar como bienes o servicios objeto de la infracción los relativos a los consumidores afectados por ésta, es decir, los que vieron defraudadas las expectativas de presenciar el concierto en condiciones idóneas. Para determinarlos hay que tener en cuenta, no la cifra admitida por la recurrente de 1.141, que son los que concreta como privados de acceso al auditorio, muchos de los cuales presentaron denuncia en*

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

*Comisaría al poco de concluir el espectáculo, como se deduce de las que se hallan incorporadas al expediente. Hay que tomar como número total de afectados el de 5.000, coincidente con el número aproximado de personas que, según el informe policial, se vieron obligadas a presenciar el concierto desde la ladera del monte, a mayor distancia y desde un lugar que no estaba previsto en las condiciones pactadas (algunos manifestaron en sus denuncias o reclamaciones que no podían ver nada), pues incluso en principio había sido instalada una malla de rafia en el vallado exterior del auditorio, junto al lago, que impidiese la visión, que finalmente fue retirada.*

*Por tanto, está justificada la no aplicación estricta de los límites que van de 3.005,07 euros a 15.025,30 euros, debido a la importante cantidad de espectadores que se vieron perjudicados. En este sentido, el artículo 131.3 de la Ley 30/1992 recoge el principio de proporcionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora (...).*

*Excluida la aplicación de aquellos límites, se considera procedente invocar la alternativa contenida en el último inciso del artículo 51.1.b TRLGDCU, es decir, “pudiendo rebasar dicha cantidad hasta alcanzar el quíntuplo del valor de los bienes o servicios objeto de la infracción”.*

*La entidad de los perjuicios se cifra en el valor de los bienes o servicios objeto de la infracción, que se concreta a través de la multiplicación de 5.000 por 65 euros de cada entrada, lo cual arroja la cifra de 325.000, mientras que el quíntuplo de dicha cifra asciende a 1.625.000. Guiándonos por los demás criterios de graduación de la sanción que se recogen en el artículo 131.3 de la Ley 30/1992, en el caso presente no concurre intencionalidad, sino negligencia grave, y no está acreditada reiteración, así como tampoco reincidencia, por lo que hemos de movernos en el tercio inferior, que va de 325.000 a 758.333,33 euros. Ahora bien, dentro de ese tercio la Sala aprecia que está justificada la aproximación al máximo del mismo porque hemos de tener presente, no sólo la gravedad de los hechos y el gran número de afectados, sino también que la falta de control de los tickets de entrada a un relevante número de espectadores llevó a que la afluencia fuese mayor de la debida, y no sólo condujo a que el auditorio se llenase, sino también a que la mayor parte de los que presenciaban el espectáculo, incluso los que se hallaban dentro del auditorio, lo hiciesen con menor comodidad, y además, la entidad recurrente no atendió al ofrecimiento de alcanzar acuerdos o transacciones con los perjudicados.*

*Todavía ha de añadirse, para justificar que la sanción se aproxime a la cuantía mayor del tercio mínimo, que el apartado 2 del artículo 131 de la Ley 30/1992 dispone que “el establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas”. Piénsese que si aplicásemos la cuantía inferior del grado mínimo (325.000 euros) sería tanto como si BT devolviese el importe de la entrada a aquellas 5.000 personas sin más, de modo que, en aras de la exigida proporcionalidad, es lógico que se aplique un suplemento sobre aquella cuantía que no coincida con el importe estricto de lo que entrañaría aquella devolución, a fin de que la comisión de la infracción no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de la norma infringida.*

*Es por ello que, en función de los anteriores criterios y de las circunstancias de los hechos que han quedado especificadas en el anterior análisis, la Sala estima adecuada la sanción de 700.000 euros».*

## VIII Tributos

### 1 Sujeción de las contratistas para la gestión indirecta de servicios públicos al impuesto de transmisiones patrimoniales

El TSXG (Sección 4ª), en la Sentencia del 19 de noviembre de 2014 (Rec. 15132/2014, ponente: Ilmo. Sr. Fernández Leiceaga), concluyó que la entidad mercantil adjudicataria de un contrato del Concello de A Coruña para la prestación del servicio de conservación y mantenimiento de zonas verdes debe pagar el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, toda vez que:

*«(...) Aquí estamos ante unha xestión indirecta do servizo público de conservación e mantemento dos xardíns e zonas verdes, que é un servizo público que obrigatoriamente debe prestar o Concello (artigos 25.2.d) e 26.1.b) da LBRL). O que se discute é se esta forma de xestión —contrato de conservación e mantemento do 18/03/2011— supón o outorgamento da facultade de xestión do servizo público e dá lugar a un desprazamento patrimonial. O TEAR, con cita da Resolución do TEAC do 28/06/2011, sostén que no contrato de setembro de 2011 é o Concello quen mantén a xestión do negocio, limitándose a empresa á prestación material do servizo. Aínda que isto sexa —no substancial— correcto, non supón que non esteamos no suposto do artigo 13.2 RDL 01/1993.*

*O servizo de mantemento dos xardíns non é dos que autoriza a xerar unha taxa (art. 20.4 e 21 da LFL) —como acontece co servizo do lixo—, do que se deriva que o feito de percibir o importe da prestación polo servizo directamente do Concello e non dos usuarios non é determinante nin relevante. Tampouco o é que sexa —en realidade— o Concello quen presta o servizo aos particulares, xa que falamos dun servizo obrigatorio (art. 26.1.b), polo que, ao final, será sempre o Concello o responsable da existencia e subsistencia do servizo, independentemente da forma de xestión. Que a empresa Cespa SA actúe por conta do Concello é propio de toda forma de xestión indirecta, e non figura no expediente —en particular no prego de cláusulas administrativas particulares— disposición ningunha distinta das propias de calquera concesión administrativa, en especial, algunha que convertera á empresa nunha simple asalariada que funcionara baixo a orde e supervisión directa do Concello, en calquera tipo de traballo. De feito, do prego de cláusulas administrativas e do contrato só é posible deducir que, máis aló dos labores propios de control e coordinación cos inspectores municipais, é a empresa quen dirixe ao servizo, co que se cumpre unha das esixencias do art. 13.2.*

*O dito obriga a concluir que o contrato si é un dos previstos no artigo 7.1.B - 13.2 do RDL 01/1993.*

*Adiantamos que este Tribunal muda a conclusión que viña mantendo verbo do non cumprimento da esixencia do desprazamento patrimonial a prol de particulares e con*

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

*base, fundamental, no obiter dicta do Auto do TS do 21/11/2013, onde o TS indica que o criterio correcto é o que reflecten as Sentenzas do 05/03/2007, 23/09/2013... sen que pareza existir razón para mudar o criterio. e non se trata de manter numantamente unha posición que é contraria ao parecer de case todo o mundo xudicial, o que resultaría lesivo ao principio de seguridade xurídica. Esta Sala consideraba que non se cumpría —seguindo as indicacións da STSX de Canarias 233/2011, que reitera na 245/2013— cando non existía desprazamento de medios materiais/humanos do Concello ao particular, sen que a estes efectos, o prezo de licitación puidera considerarse como desprazamento patrimonial (ou entender que, ao ter un valor o contrato/ concesión, implicitamente se realizaba un desprazamento patrimonial).*

*O dito obriga a considerar que a sinatura do contrato de 2011 supón unha transferencia patrimonial a prol de Cespa Jardinería, o que fai que acollamos o recurso da administración autonómica neste punto (...).*».

## 2 Catastro. Prevalencia de la realidad física de las fincas sobre la registrada. El Catastro no puede resolver conflictos de propiedad.

En la Sentencia del TSXG del 16 de julio de 2014 (Rec. 15458/2011, relatora: Ilma. Sra. Rivera Frade) se insiste en la prevalencia de la realidad física de las fincas (superficie, lindes, etc.) sobre la inscrita en los registros oficiales, así como en la obligación del Catastro de dar preeminencia a dicha realidad física. Dice así en la sentencia que:

*«(...) El recurso ha de ser estimado, pues a todo lo expuesto debe añadirse que conforme a lo dispuesto en el apartado primero del artículo 2 del RDL 1/2004 la información catastral estará al servicio de los principios de generalidad y justicia tributaria y de asignación equitativa de los recursos públicos, a cuyo fin el Catastro Inmobiliario colaborará con las Administraciones públicas, los juzgados y tribunales y el Registro de la Propiedad para el ejercicio de sus respectivas funciones y competencias, lo cual significa, en palabras de este Tribunal en Sentencia de 23 de abril 2012 (Recurso: 15189/2011) que el Catastro no efectúa definiciones de propiedad y está al servicio de Juzgados y Tribunales, y por tanto, las cuestiones relativas a conflictos sobre el derecho de propiedad deberán plantearse ante los órganos jurisdiccionales competentes.*

*De tal manera resulta que a la Gerencia del Catastro le está vedado dirimir litigios en relación con derechos reales sobre inmuebles, el atribuir la titularidad de alguno de ellos por el título que sea, competencia atribuida a la jurisdicción civil. O, como se razona en la Sentencia de esta Sala y sección de 21 de mayo de 2010 (Recurso contencioso-administrativo núm. 15820/2009) “Cómpre indicar, con carácter previo, que nin o Catastro, nin este Tribunal, son quen de facer declaracións de propiedade, cuestión reservada á xurisdicción civil, e que o labor xudicial limitase a constatar se o cambio de titularidade catastral contaba con abeiro legal”.*

*La línea de razonamiento expresada en el precedente fundamento jurídico fue seguida por este mismo Tribunal en la Sentencia de 11 de noviembre de 2009 (Recurso 15111/2008), según la cual “la modificación de los datos catastrales no se puede efectuar en discusión entre partes sobre el alcance de la respectiva titulación o como rectificación incluso de la propia que el interesado dispone (...)”.*

*Pero es que en el presente caso la controversia que mantienen las partes en el procedimiento estriba en una mera corrección o rectificación de la representación gráfica catastral, y en donde la discrepancia con el dato de superficie y configuración de la finca propiedad del actor, tal como aparece consignada en el Catastro, que no se corresponda con la realidad física, se puede solventar a la vista del título de propiedad y demás documentación aportada en vía administrativa, y a la vista del levantamiento topográfico efectuado por el perito designado judicialmente.*

*Todo lo expuesto impide declarar conforme a derecho el acto impugnado, y en consecuencia, procede estimar el recurso contencioso administrativo en el sentido de declarar el derecho del recurrente a que la Gerencia Territorial de Catastro de Lugo proceda a adecuar la inscripción catastral de la finca litigiosa a la realidad inmobiliaria reflejada en el plano número 5 incorporado al informe pericial emitido por el perito designado judicialmente, del que resulta que la finca propiedad del actor tiene 939 m<sup>2</sup>».*

### 3 Incremento de la tasa municipal por el servicio de recogida de basura. Anulación por falta de justificación

En la Sentencia del TSXG (Sección 4ª) del 26 de noviembre de 2014 (Rec. 15047/2014) se anuló la modificación de una ordenanza municipal reguladora de la tasa por el servicio de recogida de basura, por no haberse justificado el incremento del tributo realizado en la misma. Se efectúan en la sentencia las siguientes consideraciones:

*«(...) Do que reflicte esta escolma de xurisprudencia resulta que a capacidade económica non pode ser o único criterio para establecer a contía da taxa, mais o dito si pode ser tido en consideración e ser, inclusive, determinante da mesma. No caso presente o criterio aplicado para as empresas, profesionais, comerciantes... é o número de m2 do local; o recorrente considera que este criterio non é razoable e que, no seu caso, debía aplicarse ao valor catastral (...). Consideramos que manter o sistema precedente —pagar a taxa en atención aos m2 de superficie— non vulnera o principio de capacidade económica, xa que é un indicativo desta e trátase dun criterio obxectivo, aínda que na súa aplicación concreta a casos determinados poida xerar un gravame excesivo en atención ao lixo xerado. Que ao recorrente lle poida parecer mais xusto outro índice (valor catastral) ou que ao Tribunal lle seduza máis o sistema proposto no informe LAGARES (distinguía segundo a actividade desenvolvida no local) non fai que a opción do Concello de Porriño non sexa posible e acorde coas previsións legais, o que supón que —por esta causa— non atopemos motivo para anular a Ordenanza.*

*Verbo da infracción da igualdade/beneficio fiscal para os usuarios domésticos —non se muda a contía da taxa dos consumidores domésticos— (...) o que acontece no presente caso (e fai que non sexan de aplicación os principios referidos) é que se ben é posible un trato diferenciado para os usuarios domésticos e os industriais/comerciais, en atención á previsible xeración de lixo, en maior contía por parte dos segundos que por parte dos primeiros (o que non vulnera en abstracto o principio de igualdade). O que prohibe o principio de igualdade son, en suma, as desigualdades que resulten artificiosas ou inxustificadas por non vir fundadas en criterios obxectivos e razoables, segundo criterios ou xuízos de valor xeralmente aceptados, e, para que sexa constitucionalmente lícita a diferenza de trato, as consecuencias xurídicas que se deriven de tal distinción*

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

*deben ser proporcionadas á finalidade perseguida, de xeito que se eviten resultados excesivamente gravosos ou desmedidos [entre outras, SSTC 76/1990, do 26 de abril, FJ 9, e 152/2003, do 17 de xullo, FJ 5.c)]. O que non é razoable, dado que non existe ningún tipo de motivación ao efecto, é que se prescinda do informe LAGARES, que é a xustificación da modificación da ordenanza, e se xere unha situación de absoluta desigualdade que merece a cualificación de arbitraria. Aínda que estarmos ante unha taxa e non ante un imposto, da recepción constitucional do deber de contribuír ao sostemento dos gastos públicos segundo a capacidade económica de cada contribuínte configura un mandato que vincula, non só aos cidadáns, senón tamén aos poderes públicos (STC 76/1990, do 26 de abril, FJ 3) xa que, se uns están obrigados a contribuír de acordo coa súa capacidade económica ao sostemento dos gastos públicos os outros están obrigados, en principio, a esixir en condicións de igualdade esa contribución a todos os contribuíntes cuxa situación poña de manifesto unha capacidade económica susceptible de ser sometida a tributación (STC 96/2002, do 25 de abril, FJ 7). No caso presente, o Concello ten en conta a capacidade económica dunha parte dos usuarios do servizo, pero non aplica esta variable a outros.*

*Segundo resulta do informe —folio 95— o custo de xestión do lixo por vivenda é de 103,95 euros no ano 2004. Estaban pagando unha cota de entre 20,97 (núcleo rural) e 27,96 euros (núcleo urbano), que é a que se mantén para o ano 2010.*

*No ano 2004, dun custo estimado de 557.602 euros só se recadaban 150.000 euros, desfase (asumido polos veciños vía impostos ou déficit) que se incrementaría nos anos seguintes, o que facía razoable o incremento das taxas aos usuarios; o que non é razoable é que este incremento se faga nalgúns usuarios e sen motivación de ningún tipo se exclúa aos usuarios maioritarios (os que pagarían unha contía que non se achega por moita diferenza ao custo do servizo). A isto engadimos que tampouco se explica por que non se toma en consideración a capacidade económica dos usuarios domésticos e se trata por igual a todos eles, cando, pola contra se entende que é un criterio válido para outros usuarios.*

*Como indica a SAN 15.02.2008: as exencións supoñen unha quebra válida a ese principio que, por razóns de política económica e lexislativa, poden adoptarse validamente en atención a circunstancias subxectivas dos suxeitos obrigados, sempre que descansen en bases razoables e afecten a grupos determinados e definidos... aínda que no presente caso non estamos ante unha exención senón ante un beneficio fiscal (non explicitado como tal, mais si que funciona na práctica coma unha bonificación) os mesmos principios son de aplicación; é dicir, non se nega (en termos absolutos) que o Concello poida —nalgúns casos— beneficiar a grupos sociais/económicos na determinación da contía da taxa, o que se nega é que poida facelo sen motivar e sen unha base obxectiva e razoable.*

*Esta ausencia de motivación, máis que do incremento da taxa aos establecementos mercantís, do por que do desigual reparto do custo do servizo entre os usuarios, obriga a acoller o recurso anulando o artigo 6 e ANEXO da ordenanza aprobada polo pleno o 11/10/2010».*

## IX Universidades

### 1 Elecciones a rector de universidad

Varios profesores de la Universidad de Vigo impugnaron, por la vía especial de protección de los derechos fundamentales, el modelo de papeleta de votación establecido para las elecciones del cargo de Rector, al considerar que se debió incluir la opción de voto en contra del único candidato presentado. El TSXG (Sección 1ª) en la Sentencia del 17 de septiembre de 2014 (Rec. 250/2014, ponente: Ilmo. Sr. Chaves García) confirmó la no admisión del recurso, tras concluir que:

*«(...) No hay lesión de derecho fundamental de participación política, pues el art. 23.1 CE se refiere a los sufragios electorales propios de entes territoriales y no a los procedimientos electorales internos que se desarrollan en Administraciones institucionales para la provisión de sus cargos electivos, todos ellos miembros de la comunidad universitaria (el Rector es elegido entre Catedráticos, o sea, miembro del cuerpo docente, art. 20.2 Ley Orgánica de Universidades) (...).*

*Bajo un punto de vista sustancial, no hay lesión de un hipotético derecho fundamental de sufragio ya que lo meridiano es que con la papeleta ofrecida o aprobada por la Comisión Electoral siempre es posible el voto a la única candidatura, el voto en blanco (e incluso provocar el voto nulo), o no votar, por lo que se garantiza el derecho de votar o no hacerlo, por lo que la modalidad o concreta formulación, y su ajuste o no a lo que puede derivarse de una interpretación de los Estatutos, pertenece a cuestiones lejanas al núcleo duro del derecho de participación y voto de los miembros de la comunidad universitaria que puede derivarse de la Ley Orgánica de Universidades.*

*Es cierto que el art. 51 de los Estatutos da pie a una interpretación razonable y razonada como la patrocinada por los recurrentes ya que establece que “en caso de candidatura única, tiene que conseguir mayor número de votos a favor que en contra”, expresión que en su literalidad apunta para el éxito de la única candidatura a la necesidad de obtener no sólo votos favorables (con independencia de votos en blanco, abstenciones o nulos), sino que esos votos favorables sean más que los votos en contra de la única candidatura (y ello implicaría la habilitación de papeletas para votar en contra de esa candidatura única, para no vaciar y dotar de efecto útil el inciso transcrito del art. 51 citado).*

*Sin embargo, insistimos que nos encontramos ante una cuestión de legalidad ordinaria y en la que no debemos adentrarnos ya que por lo expuesto no hay derechos fundamentales en juego (y es que esclarecer la recta interpretación del precepto cuestionado exigiría tener en cuenta los antecedentes o debates con ocasión de la aprobación de esa regla en los Estatutos, el desarrollo que en su caso haya adoptado la Universidad, los precedentes en relación al cargo de Rector, así como de otras autoridades académicas, la normativa concordante, etc.). En suma, más que un derecho fundamental concurriría un posible derecho estatutario, y el mismo no es objeto de enjuiciamiento en esta apelación por el trámite elegido por la parte recurrente».*

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

## 2 Reclamación de complemento específico por actividad investigadora (sexenio). Estimación por silencio administrativo positivo

En la Sentencia del TSXG (Sección 1ª) del 22 de octubre de 2014 (Rec. 248/2014, ponente: Ilmo. Sr. López González) se estimó el recurso promovido por una profesora contra la denegación del reconocimiento específico por la actividad investigadora correspondiente al sexenio 2005-2010. Consideró el Tribunal gallego que en esta materia rige el principio del silencio administrativo positivo, y que la resolución denegatoria fue notificada después de la estimación presunta de la solicitud, en los siguientes términos:

*«(...) No se discute en las presentes actuaciones el dies a quo, es decir, la fecha inicial para el cómputo del plazo de que la Administración disponía para resolver, pues es obvio que éste comienza en fecha 4 de enero de 2013, día en el que la solicitud de evaluación formulada por la actora accedió al Registro de la Universidad, órgano competente para tramitarla (artículo 42.3.b de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre). Lo que aquí se debate es la determinación del dies ad quem; y en este punto es evidente que, con independencia de que el plazo se fijase por meses, inicialmente seis y, posteriormente se ampliase por cinco más, lo cierto es que en la resolución ampliatoria, de fecha 6 de junio de 2013 —acogida por el Rectorado de la Universidad demandada en fecha 21 de junio de 2013—, el día final se concretó de forma clara, expresa y terminante, fijando como tal el día 30 de noviembre de 2013, inclusive.*

*Consiguientemente, ya demos por válida la notificación realizada el día 7 de diciembre de 2013, ya así lo estimemos respecto de la intentada sin efecto el día 3 anterior, lo cierto es que ambas fueron llevadas a cabo una vez que el plazo para resolver había expirado, razón por la cual produjo su eficacia el silencio administrativo de cara al reconocimiento del derecho de la actora a que se le evalúe positivamente el tramo investigador de referencia».*

## X Urbanismo y ordenación del territorio

### 1 Plan de Ordenación del Litoral de Galicia

El TSXG (Sección 2ª), en 38 Sentencias dictadas en los días 29 de mayo, 5 y 12 de junio de 2014, desestimó todos los recursos interpuestos contra el “Plan de Ordenación do Litoral de Galicia” aprobado por Decreto de la Xunta de Galicia 20/2011, del 10 de febrero. Incidió el Tribunal en que (Rec. núm. 4206/2011):

*«(...) Respecto de la nulidad del POL por vulnerar la autonomía local; cabe decir que las comunidades autónomas con costa competentes para la ordenación del territorio lo son para la ordenación del litoral porque el mismo forma parte de su territorio y hay intereses supralocales para la comunidad gallega. Pero no se constata que se afecte al núcleo esencial de su autonomía cuando siguen teniendo capacidad decisora; es lógico que se establezcan normas de protección del litoral; ello no excluye la posibilidad de que se establezcan otras a mayores por los ayuntamientos, que siguen teniendo competencia en materia urbanística, pero han de adaptar los planeamientos al instrumento de ordenación del territorio para la conservación y protección de las zonas*



*costeras; y los mismos intervienen en la elaboración del POL. Conforme a su artículo 5, sus determinaciones no implican clasificación urbanística del suelo, sino que sigue siendo una competencia local, siempre de conformidad con las categorías establecidas por la legislación urbanística y en coherencia con el mismo. Precisamente la LOTGA se refiere a la necesidad del POL por el incumplimiento por los ayuntamientos del deber de adaptarse a la legislación urbanística y dado el deterioro costero, de ahí su necesidad, para proteger el litoral. Y refleja la clasificación urbanística de cada plan general de ordenación municipal (...). ///*

*Se alega también en la demanda la nulidad del POL por carecer del preceptivo estudio de sostenibilidad económica, que entiende viene impuesto por el artículo 13 de la LOTGA. Frente a ello, la parte demandada manifiesta que sí existe informe económico, pero dentro del informe de sostenibilidad ambiental y que indica por qué no es necesario un estudio económico financiero en detalle, dado que al ser un instrumento de ordenación territorial estratégico, y puesto que sus determinaciones se desarrollan a través de otras figuras de planeamiento, planes y proyectos, el coste no está directamente relacionado con el POL, exponiendo los criterios para dotar al litoral de una estructura territorial más coherente, pero no planifica, que es lo que supone una inversión económica. No es un plan de urbanismo sino que es un plan de ordenación del territorio; la LOTGA no lo exige, y la LOUGA sí pero para los planes generales de ordenación, en el artículo 61.1.i), y para los planes parciales y de sectorización, en los artículos 65 y 67. No contempla actuaciones de urbanización o de transformación urbanística. No planifica, que es lo que supone un coste económico. No tiene efectos inmediatos de carácter económico y no supone expropiación ni proyecto de urbanización alguno, por lo que no supone indemnizaciones (...). ///*

*Ha de partirse de que entre las funciones integradas en los objetivos del Plan de Ordenación del Litoral de Galicia se encuentra, además de los objetivos y de los contenidos que le son propios, establecidos en la Ley 10/1995, de 23 de noviembre, de ordenación del territorio de Galicia y en la Ley 6/2007, de 11 de mayo, de medidas urgentes en materia de ordenación del territorio y del litoral de Galicia en el presente Plan, de conformidad con los artículos 2º.2 d) y 5º.2 de la Ley 7/2008, de 7 de julio, de protección del paisaje de Galicia, se integra plenamente la protección, gestión y ordenación del paisaje en la ordenación territorial mediante las unidades de paisaje identificadas. Así, las determinaciones que establezcan los catálogos de paisaje litoral y las directrices de paisaje que los desarrollen se integrarán como un marco complementario de este plan, en cuanto que son los instrumentos previstos en la Ley 7/2008, para asegurar una adecuada protección, gestión y ordenación de los paisajes de Galicia».*

## 2 Régimen del silencio administrativo en la aprobación de los Planes Generales de Ordenación Municipal

En la Sentencia del 5 de diciembre de 2014 (RC 3738/2012, ponente: Excmo. Sr. Tolosa Tribiño) el Tribunal Supremo (Sª 3ª, Sección 5ª) reitera el criterio jurisprudencial sobre el régimen del silencio administrativo aplicable al procedimiento de aprobación de los planes urbanísticos, en los siguientes términos:

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

«(...) 1ª.- En la tramitación de planes de iniciativa pública municipal, que deban ser aprobados definitivamente por la Administración autonómica (ad. ex. Plan General), rige el silencio administrativo positivo (aún en el caso de que el contenido sustantivo del proyecto de planeamiento no se ajuste a Derecho). 2ª.- En el de aprobación de planes de iniciativa particular, el silencio será negativo. Y ello porque la «potestad pública de ordenación del territorio y del suelo es insustituible, de manera que no cabe atribuirle, de forma directa o indirecta, a los sujetos privados en el ejercicio del derecho de propiedad o de libertad de empresa (...). Los particulares no pueden adquirir por silencio facultades relativas al servicio público, cual es la ordenación y ejecución urbanísticas (STS 17/11/2010 – RC 1473/2006)».

No obstante, en esta sentencia el Tribunal Supremo matiza su criterio sobre la aplicación del silencio en la aprobación de los planes generales, en términos restrictivos. Concluye que en el concreto caso examinado no se produjo la aprobación presunta del PXOM porque el expediente remitido a la Xunta de Galicia tras la aprobación provisional por el Pleno del Concello no estaba completo y resultaba además necesario modificar varias determinaciones sustanciales. Añade así la sentencia que:

«(...) La actividad de planeamiento urbanístico no sólo afecta a intereses municipales, sino también a otros de carácter supramunicipal, atribuidos legalmente al ámbito competencial de diferentes Administraciones Públicas. Debido a ello, los órganos competentes de estas Administraciones Públicas, a los que por razón de la materia les vienen atribuidas competencias que pudieran verse afectadas por la aprobación del planeamiento, participan en la actividad urbanística mediante la emisión de informes para el control de sus intereses supramunicipales. Estos informes son los denominados por la doctrina informes sectoriales que, además de servir para el control citado, lo hacen también para ilustrar a los órganos que han de decidir el planeamiento. En el presente caso, la sentencia de instancia recoge textualmente que «No procede entender que el Plan se aprobó definitivamente por silencio si el expediente que se somete a aprobación definitiva no está completo. Y, aún completado el expediente, no se aplicará el silencio administrativo estimatorio cuando el Plan contuviese determinaciones contrarias a la ley, a los planes de superior jerarquía o a las directrices de ordenación del territorio de Galicia. En todo caso, la Ley 9/2002, de Ordenación Urbanística de Galicia, atribuye a la «consellería» el examen de la integridad documental y al «conselleiro» la competencia para aprobar definitivamente el plan; lo que la Ley prevé es que la consellería examine la integridad documental en el plazo de un mes y que no se apruebe definitivamente el plan mientras el expediente no esté completo».

### 3 Revisión del planeamiento general. Estudio económico-financiero. Vulneración de los límites de la potestad discrecional de planeamiento: ordenación irracional. Imposibilidad de reclasificar suelo rústico protegido en urbanizable

El TSXG (Sección 2ª), en su Sentencia del 12 de febrero de 2015 (Rec. 4586/2010, ponente: Ilmo. Sr. Méndez Barrera) anuló en parte el Plan Xeral de Ordenación Municipal de Valga de 2010.

En primer lugar consideró que el “Estudio Económico-Financeiro” del Plan era correcto pese al informe desfavorable del interventor municipal por no contar con un compromiso expreso de cofinanciación de su ejecución por las Administraciones supramunicipales:

*«(...) El único incumplimiento legal que le achaca es que no consta la conformidad de las otras Administración a las que se atribuye la financiación de parte del gasto previsto.*

*Sobre la cooperación económica de otras Administraciones para el desarrollo del plan hay que decir que la del Estado y la de las Diputaciones Provinciales con las corporaciones locales es una obligación recogida, respectivamente, en el Real Decreto 835/2003 y en el artículo 36 de la Ley de Bases de Régimen Local. El artículo 2.1 del Real Decreto dice que la cooperación del Estado a las inversiones de las entidades locales se instrumentará económicamente con los créditos consignados en los Presupuestos Generales del Estado a través del Programa de cooperación económica local del Estado. El citado precepto de la LBRL prevé la cooperación económica con los municipios y que para ello se aprobará anualmente un plan provincial de cooperación a las obras y servicios de competencia municipal. En el estudio económico-financiero del PXOM litigioso solamente se prevé de forma concreta la contribución de la Xunta de Galicia. La aprobación por esta Administración del PXOM supone su conformidad con la financiación que le asigna, confirmada por su actitud posterior en este proceso. Por ello lo que alega la parte actora sobre la ilegalidad del estudio económico-financiero no puede ser aceptado (...).»*

En segundo lugar, anula la clasificación de un sector de suelo urbanizable industrial, por las siguientes razones:

*«(...) Debe examinarse con carácter preferente la alegación referida al carácter totalmente injustificado de la creación de ese sector de suelo industrial, al no existir necesidad alguna de aumentar el ya existente con una superficie tal que supone multiplicarla varias veces. Se basa esta afirmación en que, como resaltan los informes periciales aportados por la parte actora, de los 225.000 m2 previstos en el anterior planeamiento para suelo de uso industrial sólo está ocupado el 30%, y que además en la Memoria ambiental se consideró no justificada la necesidad de un nuevo suelo de uso industrial con esa magnitud (unos 800.000 m2) ni en ese emplazamiento (...). En el informe justificativo de la incorporación de las consideraciones del documento de referencia y de la Memoria ambiental lo único que se dice, en cuanto al suelo de uso industrial de nueva creación, es que existe abundante documentación, de la Administración autonómica y de la municipal, que justifica tanto la necesidad de superficie como la localización propuesta, como son dos informes de viabilidad del polígono industrial de Xanza, y dos convenios para el desarrollo del polígono industrial. Esos documentos son anteriores a la Memoria ambiental (los convenios se concertaron en el año 2005), por lo que no suponen novedad alguna sobre los datos tenidos en cuenta en aquella, y además se refieren a una superficie mucho menor (90.000 m2). Sorprendentemente, en el informe de la Secretaría Xeral de Calidade e Avaliación Ambiental se dice, respecto del sector de nuevo suelo industrial, que se considera justificada la necesidad de creación de nuevo suelo industrial, y que los efectos sobre las variables suelo, ciclo hídrico, medio natural y paisaje lo que determinan es la necesidad de que se evalúe en fase de proyecto el impacto ambiental de las actuaciones. Además de que este*

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

*último criterio parece contradecir las declaraciones jurisprudenciales que equiparan, a efectos de repercusión ambiental, los planes urbanísticos con los proyectos de obras o actividades (SSTS de 30/10/2003, 03/03/2004, 15/03/2006 y 30/10/2010), no existe una explicación con datos objetivos sobre ese cambio de opinión. Y en ningún momento ha sido rebatido por las Administraciones demandadas el dato antes referido sobre el porcentaje de ocupación del suelo destinado a uso industrial por el anterior planeamiento general. Por ello hay que concluir que la creación del sector de suelo urbanizable industrial SI-07 que realiza el PXOM de Valga no puede ampararse en las facultades discrecionales del planificador urbanístico, ya que carece de racionalidad, y, por lo tanto, incurre en la arbitrariedad prohibida por el artículo 9.3 de la Constitución, por lo que procede anular las determinaciones que afectan a ese sector y al viario que se establece para su servicio (...).*

*Sexto:* Aunque lo expuesto y la conclusión indicada hacen ya innecesario el examen de las demás cuestiones planteadas en la demanda, cabe añadir que es un hecho objetivo que el anterior planeamiento clasificaba como suelo no urbanizable de protección forestal algunos terrenos que el nuevo incluye en el sector de suelo urbanizable de uso industrial SI-07. A esos terrenos le es aplicable lo dispuesto en la Ley 9/2002 para el suelo rústico en virtud de lo establecido en su Disposición transitoria primera, apartado 1.f). De acuerdo con el artículo 14.1 de esta ley, como regla general, un suelo rústico especialmente protegido no puede ser clasificado como suelo urbanizable. El mismo principio se deduce de lo establecido en los artículos 12.2 y 13.1 y 4 de la Ley del Suelo estatal. El artículo 32.2.b) de la Ley 9/2002 prevé que, excepcionalmente, el plan general pueda excluir de la categoría de suelo rústico de protección forestal las áreas sin masas arbóreas merecedoras de protección, limítrofes sin solución de continuidad con el suelo urbano o con los núcleos rurales, que resulten necesarias para el desarrollo urbanístico racional. Pero en el PXOM no aparece justificada esta actuación excepcional, y la ausencia de masas arbóreas es lo contrario de lo que aparece en la Memoria ambiental y en el documento de referencia, y, además, por lo antes dicho, tampoco se cumpliría el requisito de la necesidad para el desarrollo urbanístico racional».

#### 4 Licencias urbanísticas. Plazo para impugnarlas. Abuso de derecho del recurrente por dejar transcurrir un lapso prolongado de tiempo para recurrirla desde que tuvo conocimiento de su otorgamiento

En la interesante Sentencia del TSXG (Sección 2ª) del 19 de junio de 2014 (Rec. 4556/2013, relatora: Ilma. Sra. Recio González) se confirmó la inadmisión del recurso interpuesto contra la licencia de obras de un edificio de viviendas por haberse interpuesto extemporáneamente. El Tribunal alcanzó esa conclusión tras la acreditación en el litigio de que la demandante tuvo conocimiento de la licencia (por el “cartel de obra” del edificio) con más de un año de antelación a la fecha de impugnación. Incidió así en que:

*«(...) El principio pro actione tiene límites, en concreto el ejercicio abusivo del derecho, cuando es evidente que la apelante conocía la licencia y el alcance y condiciones del proyecto desde mucho antes de que se la notifiquen formalmente. De forma que con la referida disposición no se derogan los plazos para reaccionar contra los actos administrativos, sino que la misma va dirigida a los desconocedores, mientras que a*

*los concedores se les aplica el plazo de dos meses del artículo 46 de la LRJCA para impugnar el acto administrativo».*

## 5 Disciplina. Ámbito competencial de la Axencia de Protección da Legalidade Urbanística en los supuestos de modificación de la clasificación del suelo

El TSXG (Sección 2ª), en la Sentencia del 16 de octubre de 2014 (Rec. 4248/2014) aclaró las dudas que presenta la ejecución de las órdenes de derribo emitidas por la Axencia de Protección da Legalidade Urbanística (APLU) por infracciones cometidas en suelo rústico, cuando tras la revisión del planeamiento general se reclasifica dicho suelo en urbano o de núcleo rural, en el sentido siguiente:

*«(...) Si el suelo deja de ser rústico, y por ello esa autorización ya no es necesaria, tal circunstancia no afecta a la conformidad a derecho de las resoluciones dictadas por la Administración autonómica para reponer la legalidad urbanística, ratificada además judicialmente, por lo que esos actos no pueden ser revisados. Lo que ocurre es que la Administración que los dictó no puede ejecutarlos porque ha desaparecido la circunstancia que le atribuía competencia para ello, cual es la clasificación del suelo como rústico. Por eso es correcto que no ejecute sus resoluciones y remita lo actuado a la Administración municipal, que es la que tiene competencia respecto a las edificaciones realizadas en suelo de núcleo rural, no para que lleve a efecto las demoliciones acordadas, sino para que compruebe su ajuste a la normativa urbanística que rige en suelo de núcleo rural; comprobación que podrá concluir que sí se da esa correspondencia entre construcción y normativa, y que al contar ya con licencia municipal no hay que adoptar medida alguna de reposición de la legalidad urbanística».*

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS