

# Xurisprudencia contencioso-administrativa

Jurisprudencia contencioso-administrativa

Contentious-administrative jurisprudence



FRANCISCO DE COMINGES CÁCERES

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

Recibido: 26/07/2019 | Aceptado: 18/07/2019

DOI: <https://doi.org/10.36402/regap.v1i57.40>

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

**SUMARIO:** 1 Administración local. 1.1 Eleccións municipais 2019. 1.2 Relación de postos de traballo dos concellos. Valoración dos postos. Criterios para a determinación dos complementos específico e de destino dos policía locais. Principios de coherencia lexítima e actos propios. Inexistencia de dereitos adquiridos. 1.3 Contratación local. Servizos de asesoría xurídica e defensa letrada en xuízo. Requisitos de solvencia técnica. 1.4 Deslinde de bens de dominio público municipal. Posibilidade de interpor recurso de reposición. 2 Educación. 2.1 Adscrición administrativa obrigatoria dos centros de ensino privado aos públicos. 3 Medio ambiente e urbanismo. 3.1 Execución de sentenza anulatoria de licenza de edificio de vivendas por transacción xudicial alcanzada mediante técnicas de mediación. 3.2 Exención de avaliación de impacto ambiental de planta industrial regasificadora, acordada polo Goberno do Estado en funcións. 3.3 Licenzas urbanísticas en trámite na data de anulación xudicial do plan xeral de ordenación municipal. Sentido do silencio administrativo. 3.4 Disciplina urbanística. Caducidade da potestade para restaurar a legalidade sobre unha obra de uso industrial. 3.5 Execución de sentenza anulatoria de licenza de nave industrial. Prazo para promover incidente de inexecución. A disposición transitoria 7.<sup>a</sup> da Lei 2/2016 do solo de Galicia non leva consigo a legalización de construcións afectadas por sentenza. 4 Persoal. 4.1 Persoal temporal do Servizo Galego de Saúde (SERGAS). Plan de estabilidade no emprego. Dereito a indemnización polo cesamento. 4.2 O período de baixa por maternidade nas vinculacións de temporais debe computarse como tempo efectivo de traballo. 5 Proceso contencioso-administrativo. 5.1 Revisión de sentenzas firmes por vulneración do Convenio Europeo para a Protección dos Dereitos Humanos e Liberdades Fundamentais. Omisión de emprazamento dos propietarios afectados pola impugnación dunha licenza urbanística. 5.2 Suspensión do proceso por concorrencia de cuestión prexudicial penal. Reclamación de honorarios por servizos prestados sen contrato. 6 Responsabilidade patrimonial. 6.1 Responsabilidade sanitaria. Teoría do dano desproporcionado. Consentimento informado. 6.2 Reclamación indemnizatoria polos prexuízos derivados da inclusión de determinados terreos na Rede Natura. 7 Tributos. 7.1 Ordenanza municipal reguladora da taxa por utilización privativa ou aproveitamento espe-

cial do dominio público local das instalacións de transporte de enerxía eléctrica, gas, auga e hidrocarburos. 7.2 Nulidade do Real decreto 529/2017, de modificación do Regulamento do imposto sobre o valor engadido, por omisión do informe preceptivo do Consello de Estado. 8 Universidades. 8.1 Control xurisdiccional da avaliación negativa de períodos de investigación pola ANECA.

## 1 Administración local

### 1.1 Eleccións municipais 2019

Sobre as eleccións municipais celebradas o 26 de maio de 2019, resulta de interese a Sentenza da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (TSXG), do 26 de xuño de 2019 (rec. 213/2019, relator: Rivera Frade). Ordena repetir as ditas eleccións no termo municipal de Burela ao non se teren conservado varias papeletas de votos que foron declarados nulos nunha mesa electoral. Incide a sentenza en que:

*«Se descoñece se algún dos votos declarados nulos na Mesa 1.5.U do municipio de Burela podía favorecer a formación política recorrente, é dicir, se algún deses votos ía destinado a ela, pois as papeletas desapareceron. O único que se sabe é que as papeletas desapareceron, e que, de favorecero tan só unha delas, a formación política actora tería obtido representación no municipio de Burela cun concelleiro. Entende esta Sala que a incerteza sobre o sentido e a validez dos votos nulos cuxas papeletas desapareceron non pode prexudicar a actora, e deben conducir á invalidez do escrutinio efectuado, polas seguintes razóns: 1) En primeiro lugar, porque BURELA SEMPRE non estaba obrigada a estar presente na Mesa electoral a través dos seus representantes (“non existía nin interventor nin apoderado da Agrupación na citada Mesa, sen que, polo demais, exista obriga legal ningunha da súa presenza” –di a STC 57/1991, do 15 de xullo–). 2) En segundo lugar, porque a non constancia na acta de escrutinio dalgunha incidencia por parte dos interventores presentes o único que significa é que non tiñan nada que obxectar ao respecto, como tampouco o fixeron posteriormente no acto de escrutinio xeral ante a XEZ, probablemente porque a nulidade dos 6 votos, cuxas circunstancias coñecían, non os prexudicaba. Pero non impedía que a recorrente presentase reclamación contra ela. 3) E, en terceiro lugar, porque o incumprimento detectado ten especial importancia en canto, de poderse verificar tan só un voto nulo, que puidese ser validado, dirixido á formación política actora, esta tería obtido un concelleiro e, con el, representación no municipio, sempre e cando ningún dos votos restantes fose favorable ao BNG, con quen inicialmente empatara a recorrente. Non se puido comprobar o contido real dos votos nulos, e, polo tanto, non se puido coñecer a verdadeira vontade dos seis electores que os emitiron. Pero si sabemos, que, se un deles fose declarado válido e estivese dirixido á formación política actora, se alteraría a composición da Corporación municipal, pois obtería un concelleiro en detrimento doutra formación política (BNG), que o perdería.*

*Esta Sala na sentenza do 19 xullo de 1999 (Recurso 1059/1999), con cita no acordo da Xunta Electoral Central do 7 de xuño de 1991, pronunciouse no sentido de que a simple omisión das papeletas ás que se negase validez non se deduce a declaración de nulidade do acto de votación, en virtude dos principios de conservación dos actos electorais e*

efectividade dos dereitos de votantes e candidatos, “salvo que tal omisión poida, de resultar certa a reclamación do recorrente, determinar ou resultar determinante para o resultado da elección”. E isto é o que sucede no presente caso en que a irregularidade cometida na Mesa electoral 1.5.U do municipio de Burela, sometida aos canons de constitucionalidade, que impoñen a interpretación finalista e pro efectividade dos dereitos fundamentais dos electores recollido no artigo 23.1 CE, non supera o principio de veracidade material, isto é, impide descubrir a verdade material manifestada polos electores daquel distrito electoral, polo que unha ponderación da intensidade e gravidade da irregularidade cometida determina a desactivación do principio de conservación dos actos electorais, facendo imposible conservar o resultado da votación realizada na citada Mesa.

En consecuencia e dado que o vicio detectado no curso do procedemento electoral desenvolvido o día 26 de maio de 2019 na Mesa electoral 1.5.U do municipio de Burela pode ser determinante do resultado final da elección, en canto á formación política recorrente puidese corresponderlle un concelleiro nese municipio, e polo tanto representación política nel, procede acordar a nulidade da elección celebrada na dita Mesa nos termos solicitados pola recorrente e, de conformidade co artigo 113.1, letra d) LOREX, a necesidade de efectuar nova convocatoria nesta para que se repita a votación nesa mesa electoral, en todo caso no prazo de tres meses a partir desta sentenza, o cal conduce á estimación do recurso presentado».

O TSXG, na súa Sentenza do 25 de xuño de 2019 (rec. 214/2019, relator: Seoane Pesqueira), confirma a nulidade do voto dunha lista municipal introducido na urna das eleccións municipais, pero dentro dun sobre das europeas, con estes razoamentos:

«(...) é tallante o artigo 96.1 LOREX á hora de impor a invalidez do voto introducido nun sobre diferente do oficial. O dito artigo 96.1 da LOREX establece que será nulo o voto emitido en papeleta non oficial, o que loxicamente debe interpretarse como que ha de introducirse a papeleta das eleccións locais no sobre das propias eleccións municipais para depositalo na urna dos ditos comicios, tal como anteriormente se argumentou, de modo que non é válido o voto se a papeleta se inclúe en sobre oficial correspondente a outro proceso electoral, neste caso das europeas, aínda que se celebre o mesmo día, por dúas razóns: 1.<sup>a</sup> cada proceso electoral é autónomo, e de feito no caso que nos ocupa é normativa diferente a que regula a exixencia respecto das eleccións municipais e europeas, de xeito que, en concreto, se aproba como oficial un sobre diferente para cada proceso, en congruencia co cal nos comicios celebrados o 26 de maio de 2019 era de distinta cor o sobre en que se introducía a papeleta en cada unha das citadas eleccións, e 2.<sup>a</sup> se se dese validez á papeleta introducida en sobre de proceso electoral distinto estaríase a propiciar a conculcación da exixencia do segredo do voto, porque chamaría a atención que na urna en que todos os sobres fosen dunha determinada cor existise un de cor distinta, como sucede neste caso, en que todos os sobres das eleccións municipais serían de cor branca, e non obstante era de cor azul un deles, resultando perfectamente identificable o votante a quen na mesa se lle permitiu tal anomalía.

Polo tanto, non pode acollerse a alegación do recorrente de que non se vulnerou o artigo 96.1 LOREX, o que baseou en que a papeleta se introduciu en sobre oficial, non podendo

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

prosperar o alegado porque o sobre en que se introduciu a papeleta non era o oficial para as eleccións municipais, que era o exixido.

*Tampouco se pode compartir o argumento de que a interpretación do actor é a máis garantista para o exercicio do dereito fundamental contido no artigo 23.2 da Constitución, porque, ademais de todos os argumentos ata aquí razoados, hai que engadir que aquel dereito fundamental se debe cohonestar co dereito ao segredo do voto nas eleccións locais, recollido no artigo 14o da Constitución, para a preservación do cal se contén a normativa antes examinada».*

## **1.2 Relación de postos de traballo dos concellos. Valoración dos postos. Criterios para a determinación dos complementos específico e de destino dos policía locais. Principios de coherencia lexítima e actos propios. Inexistencia de dereitos adquiridos**

O TSXG, na súa Sentenza do 18 de xuño de 2019 (rec. 2/2019, relator: Seoane Pesqueira), desestima o recurso interposto contra a aprobación definitiva da relación de postos de traballo (RPT) do Concello de Vimianzo. A dita RPT elaborouse a partir da valoración dos postos realizada nun pormenorizado estudo por un profesor da Universidade da Coruña. O tribunal analiza os criterios conforme os cales se deben determinar os complementos específico e de destino dos postos dos policía locais, coas seguintes consideracións:

*«(...) o que se realizou coa aprobación da relación de postos de traballo agora impugnada é acatar canto se regula na dita normativa, valorando cada un dos postos de traballo existentes co fin de establecer o complemento específico que lle corresponde a cada un, evitando as disparidades e contradicións previamente existentes, pero conformando un réxime retributivo lóxico e coordinado do persoal funcionario, que impida a equiparación de niveis entre postos cun nivel de exixencia de titulación moi diferentes, e unhas contías de complementos específicos que non se correspondan cos factores recollidos naquel artigo 4 do RD 861/1986.*

*Para iso, e co fin de fixar así mesmo os niveis de complemento de destino a que se refire o artigo 3 daquel RD 861/1986, acudiuse a un docente da Universidade da Coruña, examinando este a normativa reguladora na materia que, á parte daquela norma regulamentaria, se recolle no artigo 93 da Lei 7/1985, de bases de réxime local, 48 da Lei 4/2007, de coordinación de policía locais de Galicia, e 211 da Lei 2/2015, de emprego público de Galicia.*

*Para a asignación dos niveis de complemento de destino e os importes dos complementos específicos examináronse as funcións de cada posto de traballo, tendo en conta para estes últimos os factores recollidos no apartado 1 do artigo 4 do RD 861/1986, é dicir, especial dificultade técnica, dedicación, incompatibilidade, responsabilidade, perigosidade ou penosidade, así como o traballo por quendas. Tamén convén ter presente que para a determinación do complemento específico se tiveron en conta así mesmo os criterios de contención e homoxeneización do gasto do conxunto da función pública española,*

tomando como referencia a Orde do 10 de febreiro de 2017, pola que se ditan instrucións sobre a confección de nóminas do persoal ao servizo da Administración autonómica para o ano 2017, cuxo anexo IV detalla para o persoal da Comunidade Autónoma as contías mensuais dos complementos específicos en función do complemento de destino. (...).

Nesta segunda instancia postula o demandante que na valoración do complemento específico se inclúan os factores de atención ao público, incompatibilidade, fin de semana e dispoñibilidade.

(...) En primeiro lugar, alega o apelante que o factor de atención ao público non se inclúe para os postos de traballo de policía local, malia que estes funcionarios teñen deber de atender o público tanto no seu centro de traballo como na rúa. (...) A atención ao público defínese na RPT como o factor destinado a retribuír aqueles postos que teñan atención ao público con carácter permanente durante a xornada laboral, polas singulares condicións de traballo que implica esta atención. Fundaméntase a exclusión debido a que, malia ser certo que, pola súa natureza os postos de traballo de policía local deben interactuar puntualmente cos cidadáns, esta atención non é permanente durante a súa xornada laboral, o cal se ofrece como lóxico e racionalmente motivado, porque evidentemente os de policía local non son postos que se inclúan entre aqueles en que permanentemente se teña que atender o público durante a súa xornada laboral, de xeito que non concorre este parámetro nin sequera nun nivel inferior, porque a desaparición do carácter permanente fai cualitativamente inviable este factor.

En segundo lugar, refírese o apelante ao factor de incompatibilidade. Este factor defínese como a posibilidade/imposibilidade de simultanear a ocupación do posto con outro/s posto/s ou actividades de carácter público ou privado nos termos sinalados na Lei 53/1984, do 26 de decembro, de incompatibilidade. O propio apelante reconece que este factor xa foi incluído no complemento específico, pero móstrase discrepancia con que a súa contía sexa distinta en función do grupo de titulación, cando se trata dunha limitación que afecta a todos os funcionarios por igual, sen que se poida xustificar un maior dano ou grao de afectación en función do grupo de pertenza. (...) a dita diferenciación non se considera contraria a dereito, porque: 1.º xustifícaa o artigo 48.3.a da Lei galega 4/2007, que establece o nivel de formación como un dos criterios para a fixación das retribucións complementarias dos funcionarios dos corpos de Policía Local, 2.º non se reputa vulneradora do principio de igualdade, recoñecido no artigo 14 da Constitución española, porque non se achegou ningún suposto de feito homoxéneo de contraste que revele que ao actor se lle discrimina en relación con outro oficial de policía local a quen se lle dispense un trato máis beneficioso, e 3.º este modo de concretar o parámetro de incompatibilidade constitúe unha opción discrecional que o ordenamento xurídico outorga ao Concello en función da súa potestade de autoorganización, cumprindo a finalidade homoxeneizadora e racionalizadora das retribucións públicas que deriva do marco integrado pola Lei orgánica 2/2012, do 27 de abril, de estabilidade orzamentaria e sustentabilidade financeira, e das leis anuais de orzamentos.

En terceiro lugar, alude o apelante ao factor de fin de semana, que na relación de postos de traballo só se inclúe para o persoal laboral e retribúe a xornada habitual en fin de semana como consecuencia das características do posto.

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

A Administración xustifica a exclusión deste factor porque a función de policía local constitúe un servizo público local obrigatorio e continuo, de xeito que a súa prestación é regulada mediante traballo a quendas, o cal se retribúe mediante o plus de quendas.

Esa xustificación ofrécese como racional, lóxica e conforme co establecido no ordenamento xurídico, xa que, á marxe de que o traballo por quendas entraña que o oficial de policía local deba prestar servizo en moitas ocasións en fin de semana, non se aprecia un plus que deba determinar necesariamente a contrariedade a dereito da exclusión daquel factor, tratándose dunha opción perfectamente lexítima que non incide en ilegalidade ningunha, ademais de que podería conducir a unha improcedente duplicidade a percepción ao mesmo tempo dos factores de traballo por quendas e fin de semana.

En cuarto lugar, quéixase o recorrente de que non se inclúa, como factor na valoración do complemento específico, a dispoñibilidade horaria, porque as características dos postos de traballo da policía obrigan os funcionarios que os ocupan a atender situacións non previstas, como emerxencias derivadas de accidentes, incendios, altercados, etc. Este factor está definido na RPT polo cumprimento de parte da xornada establecida para aqueles postos cuxas funcións así o requiren polas actividades programadas en horario de tarde e/ou fin de semana, polo que dentro do persoal funcionario só se lle reconece ás técnicas de emprego e cultura.

A xustificación que ofrece a Administración para a exclusión neste caso é que no caso das policías locais, do mesmo xeito que cando se trata dos membros de forzas e corpos de seguridade do Estado, a súa peculiaridade é a imputación dun deber legal de intervir, en calquera tempo e lugar, estean ou non de servizo, en defensa da lei e a seguridade cidadá, tal como se desprende do disposto no artigo 7.d da Lei 4/2007, que, no relativo á dedicación profesional, establece que é principio básico de actuación para os membros dos corpos de policía local, de acordo co artigo 5 da Lei orgánica 2/1986, que deben intervir sempre, en calquera tempo e lugar, estean ou non de servizo, en defensa da lei e a seguridade cidadá. Tamén cómpre considerar conforme a dereito esta exclusión porque: 1.º a petición non se axusta á definición da dispoñibilidade antes mencionada, xa que no caso dun oficial de policía local non ha de cumprir necesariamente parte da xornada establecida en horario de tarde e/ou fin de semana, 2.º ao formar parte da función inherente na propia dun policía local a intervención en todo tempo e lugar, estea ou non de servizo, iso non entraña un plus que se deba retribuír a través do complemento específico.

Non debe esquecerse que na RPT impugnada no posto de oficial de policía local se valoran os factores de traballo por quendas e perigosidade, o primeiro en función do réxime de traballo a quendas, e o segundo baseándose no manexo de armas que require o desempeño do servizo; así mesmo, reconécense os factores de penosidade e incompatibilidade, o primeiro polo desenvolvemento da realización dunha parte da súa xornada laboral no exterior, e o segundo nos termos que antes quedaron analizados. Con estas inclusións téñense en conta as peculiaridades propias do posto de oficial de policía local de que agora se trata, e lévase a cabo a valoración individualizada do posto nos termos exixidos polo artigo 4 do RD 861/1986, polo que non cabe acoller os reproches que o apelante lle dirixe.

En segundo lugar, alega o apelante que no suplico da demanda solicitaba a anulación da RPT impugnada respecto á minoración do nivel do complemento de destino do posto



*e subsidiariamente que se anulase pola redución do complemento específico asignado ao dito posto de traballo, e critica que na sentenza de primeira instancia se desestiman ambas as dúas pretensións ao non tomar en consideración a alegación de vulneración do principio de confianza lexítima, tamén denominado de actos propios. (...). O principio de confianza lexítima, recollido no artigo 3.1.e da Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público, ha de atopar un límite no exercicio lexítimo da potestade de autoorganización da Administración, porque se aquel se aplicase no xeito en que pretende o apelante entrañaría a petrificación da posibilidade da Administración de organizar os servizos ao seu cargo do modo que tivese máis conveniente, de maneira que, en concreto, non podería levar a cabo unha planificación dos recursos humanos que considerase máis acorde para servir con obxectividade os intereses xerais. Loxicamente, esa potestade, pola súa vez, ten o límite do acatamento á legalidade, porque o artigo 103.1 da Constitución española impón en todo caso “o sometemento pleno á lei e ao dereito”. É dicir, a actuación da Administración non pode ser alterada arbitrariamente senón con observancia da legalidade, pero se se comproba que se acomodou ao que o ordenamento xurídico establece, a mera invocación do principio de confianza lexítima non pode bastar para anular o feito pola Administración. (...).*

*O terceiro motivo de apelación apóiase na sentenza desta Sala e Sección do 18 de xaneiro de 2012, na cal se declaraba que o grupo de titulación non pode incidir na fixación do complemento específico, ao non ter conexión coas características do posto. No caso que se axuizaba naquela anterior sentenza criticábase a fixación do complemento específico atendendo exclusivamente á titulación dos empregados públicos, o cal xa vimos que non sucede neste caso, en que se toman en consideración os parámetros previstos no artigo 4 do RD 861/1986 e se atende á finalidade homoxeneizadora e racionalizadora das retribucións públicas a que antes se aludiu, que deriva do marco integrado pola LO 2/2012. En congruencia con iso, tamén é conforme a dereito a comparación dos complementos específicos locais cos estatais e os propios da Comunidade Autónoma de Galicia, e non cabe acoller a crítica do apelante relativa a que todos os postos de traballo que teñen o mesmo complemento de destino posúen igual complemento específico, pois o oficial de policía local e o técnico de cultura, malia coincidiren no nivel 18 de complemento de destino, teñen distinto específico (8.500 euros e 7.500 euros respectivamente), polo que un dos exemplos a citar afecta precisamente ao posto a que se refire a impugnación neste litixio.*

*O cuarto motivo de apelación céntrase en reiterar a alegación de vulneración do punto 14.13 do Acordo Regulador das Condicións de Traballo de Persoal Funcionario ao servizo do Concello de Vimianzo. Tampouco pode acollerse a dita alegación porque: 1.º Da acta da mesa negociadora do 2 de xuño de 2017, na cal estiveron presentes os sindicatos, formou parte a relación de postos de traballo de que agora se trata, polo que tacitamente se admitiu a superación do que naquel acordo se consignou, porque, noutro caso, faríase alusión a este, 2.º Non se demostrou a vixencia do acordo regulador mencionado, e 3.º En todo caso, a fixación do nivel de complemento de destino e da contía do específico do posto de oficial de policía local adecuouse á legalidade conformada polo RD 861/1986, Lei 4/2007, Real decreto legislativo 5/2015, do 30 de outubro, polo que se aproba o texto*

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

refundido da Lei do estatuto básico do empregado público, e Lei galega 2/2015, que teñen un rango superior a aquel acordo.

O quinto e último motivo de apelación céntrase en reiterar a pretensión de que se lle recoñeza ao actor un complemento persoal transitorio dunha contía igual á diferenza entre o complemento específico percibido no ano 2017 e o aprobado na relación de postos de traballo. Non merece mellor sorte esta última pretensión, porque xa argumentamos anteriormente que na RPT impugnada é a primeira ocasión en que se leva a cabo unha valoración singularizada dos postos de traballo segundo o que a legalidade exige, polo que non cabe confrontar o importe do complemento específico percibido en 2017 co aprobado na dita RPT, ao que cabe engadir que o complemento persoal transitorio recollido na mencionada RPT está previsto para o caso de dous empregados públicos que están en casos totalmente diferentes dos do actor, pois un e outro estaban moi próximos á xubilación e o propósito perseguido era que non visen reducida a súa base de cotización coa conseguinte redución da pensión a percibir, de xeito que non existe discriminación ningunha, ao tratarse de casos totalmente diferentes.

En todo caso, cómpre lembrar que o artigo 156 do Real decreto lexislativo 781/1986, do 18 de abril, polo que se aproba o Texto refundido das disposicións legais vixentes en materia de réxime local, establece que “O desfrute das retribucións complementarias non creará dereitos adquiridos en favor dos funcionarios, salvo o establecido legalmente respecto do grao consolidado en relación co nivel de complemento de destino”».

### **1.3 Contratación local. Servizos de asesoría xurídica e defensa letrada en xuízo. Requisitos de solvencia técnica**

O TSXG, na súa Sentenza do 10 de abril de 2019 (rec. 7009/2019, relator: Cibeira Yebra-Pimentel), confirma en apelación a anulación dun acordo municipal aprobatorio da contratación do “Servizo de asesoría xurídica, asistencia letrada e defensa en xuízo”. E iso por ter incluído no prego de cláusulas administrativas particulares a seguinte condición: «Establécese como requisito mínimo de solvencia técnica e profesional ter executado servizos de asesoría xurídica, asistencia letrada e defensa en xuízo para administracións locais nos últimos 3 anos por valor igual ou superior ao orzamento deste contrato, e deberán ser acreditados mediante certificados expedidos ou visados polo órgano competente (...)». Incide o TSXG nesta sentenza en que:

«(...) mesmo recoñecendo en principio que, a teor da lei aplicable que se citaba, a Administración contratante dispuña dun certo grao de discrecionalidade para determinar os requisitos de solvencia técnica e profesional exixible a este tipo de contratos no que se refire á experiencia, o certo é que tal potestade discrecional estaba condicionada por unha serie de elementos regrados e polos principios xerais do dereito administrativo, entre os que figuraba a salvagarda da libre competencia, a non discriminación e igualdade de trato entre os candidatos, e, sobre todo, o principio de proporcionalidade (art. 4 da Lei 40/2015) segundo o cal, nas exixencias para a mellor decisión conforme as pautas xa ditas, a Administración deberá elixir a medida menos restritiva, motivar a súa necesidade para a protección do interese público, así como xustificar a súa adecuación para lograr os fins que



*se persigan, sen que en ningún caso deban producirse diferenzas de trato discriminatorio, de maneira que a necesidade de motivación do acto discrecional resulta esencial para o seu posterior control, significándose que entre os elementos regrados que limitan a potestade discrecional figuran os contemplados no artigo 45 da Lei 14/2013 e no artigo 32. D) do TRLCSP actual, segundo os cales non se lles poderá outorgar ningunha vantaxe directa ou indirecta ás empresas que contratasen previamente con calquera Administración. A continuación, a sentenza aplica de maneira axeitada eses principios ás circunstancias do caso, e, con indubidable acerto, conclúe que esa condición de exixencia técnica e profesional era excesivamente restritiva e incompatible con tales regras esenciais, en especial coa salvagarda da libre competencia, aclarando que, aínda que sexa lóxico e razoable que se lle exixa aos candidatos para un servizo principal de asesoría xurídica e defensa letrada en xuízo unha especialización previa e un coñecemento profundo do dereito administrativo, o que hai que considerar inadmisibile é que se exixa, como requisito inescusable para poder participar na licitación, ter sido contratado por un Concello nos últimos tres anos nunha materia determinada, porque hai medios alternativos perfectamente válidos para poder acreditar os coñecementos xurídicos de que se trata necesarios para o desenvolvemento correcto desa función de asesoría, sen ter que acudir de xeito obrigado a esa exixencia obxectiva tan extrema de ter desenvolvido precisamente esa mesma función durante ese número tan prolongado de anos nun traballo de asesoría xurídica das mesmas características precisamente tendo prestado servizos para un Concello. Para o xuíz de instancia parece claro –e considerámolo razoable– que se trata dunha exixencia exorbitante que limitaría de maneira practicamente insalvable as posibilidades doutros moitos despachos profesionais que poderían prestar perfectamente esa función de asesoría nunhas condicións óptimas de preparación, pero que se verían inxustamente apartadas por ese requisito tan desproporcionado de ter que prestar previa e precisamente esa función para un organismo municipal, o que lles concedería unha vantaxe practicamente definitiva aos despachos que xa tivesen prestado esas funcións, ao que se opón legalmente –como se dixo– o precepto 32.d) da lei xa dita, a teor do cal non pode recoñecérselle ningunha vantaxe ás empresas que xa tivesen contratado previamente con calquera Administración, o que, en definitiva e por todas esas razóns xustificaba adecuadamente a declaración de nulidade de tal cláusula, sobre a base tamén da posibilidade de poder acudir a outras fórmulas alternativas que puidesen xustificar a preparación exigible para poder competir na adjudicación do contrato de que se trataba (certificacións académicas de coñecemento da materia, publicacións, impartición de cursos, experiencia profesional especializada anterior fóra do propio exercicio de asesoría na Administración local pero perfectamente equiparable a esta, etc.)».*

#### **1.4 Deslinde de bens de dominio público municipal. Posibilidade de interpor recurso de reposición**

O TSXG, na súa Sentenza do 1 de febreiro de 2019 (rec. 4144/2017, relator: Díaz Casales), interpreta o disposto no artigo 65 do Regulamento de bens das corporacións locais (RD 1372/1986), alcanzando a conclusión de que o acordo resolutorio do

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

procedemento de deslinde pode ser impugnado, en calquera caso, na vía administrativa mediante un recurso de reposición, xa que:

*«(...) o principio de xerarquía normativa e o que dispón que a lei posterior derroga a anterior, entendemos que a reforma introducida na LPAC pola Lei 4/1999 que estableceu a posibilidade de que todas as resolucións que poñan fin á vía administrativa fosen susceptibles de recurso de reposición, fan que o recurso resulte admisible, sen que poida oporse unha interpretación que priorice o principio de especialidade facendo a disposición regulamentaria tributaria da mesma xerarquía que aquela disposición legal, por ser desenvolvemento da Lei de bases de réxime local, que supón unha interpretación que contravén, neste caso, o dunha interpretación favorable á remoción dos obstáculos que impidan o acceso á xurisdición, polo que se impón a estimación de recurso e a revogación de sentenza de instancia.*

*A admisibilidade do recurso de reposición entraña a irregularidade do apeo ou amolamento practicado, porque, aínda que a súa práctica resulte condicionada á firmeza da resolución de deslinde (art. 67 do RBEL – debe entenderse que se está a referir á firmeza administrativa dada a executividade de que gozan os actos administrativos –) é evidente que, decretada a admisibilidade do recurso de reposición, o acordo non era firme en vía administrativa».*

## 2 Educación

### 2.1 Adscrición administrativa obrigatoria dos centros de ensino privado aos públicos

A Sentenza do TSXG do 29 de maio de 2019 (rec. 237/2018, relator: Seoane Pesqueira) desestima o recurso promovido pola Federación de Centros de Educación e Xestión da Comunidade Autónoma de Galicia e a Federación Autonómica de Centros de Ensino privado contra a resolución do 11 de maio de 2018 da Dirección Xeral de Educación, pola que se ditan instrucións para o desenvolvemento, no curso académico 2018-2019, do currículo establecido no Decreto 86/2015, do 25 de xuño, da educación secundaria obrigatoria e do bacharelato nos centros docentes da Comunidade Autónoma de Galicia (DOG 22/05/2018).

O alto tribunal galego analiza nesta sentenza o poder de control sobre os centros de educación privada polos públicos aos que se atopen adscritos, alcanzando as seguintes conclusións:

*«(...) convén significar que o ensino, ademais de actividade libre (artigo 27.1 da Constitución española), é así mesmo unha tarefa dos poderes públicos (Estado e da Administración pública nos seus diferentes sectores), pois estes non poden permanecer indiferentes ante a educación que se presta en todos os seus niveis, co fin de comprobar como son instruídas e socializadas as novas xeracións e cales son os mecanismos básicos de transmisión do coñecemento e dos valores, co obxecto de verificar que a educación que se presta cumpre a finalidade do pleno desenvolvemento da personalidade humana no respecto aos principios democráticos de convivencia e aos dereitos*

e liberdades fundamentais (artigo 27.2 da Constitución española). Por iso, baseándose na configuración constitucional, aínda que os poderes públicos non poden arrogarse un monopolio sobre o ensino, tampouco os particulares poden privar os poderes públicos do seu labor, tanto regulador como prestacional, na materia.

Unha vez aclarado o anterior, cómpre examinar se, dentro dos poderes públicos, a Comunidade Autónoma de Galicia posúe competencia para establecer a adscrición administrativa dos centros privados aos públicos no relativo á autorización para o cambio de modalidade en bacharelato e á anulación da matrícula así mesmo en bacharelato, para o que debemos estudar a doutrina constitucional relativa á distribución de competencias entre o Estado e as comunidades autónomas na materia educativa.

Tal como recordou a recente Sentenza do Tribunal Constitucional 51/2019, do 11 de abril, é no fundamento xurídico terceiro da STC 184/2012, do 17 de outubro, onde se sintetiza a doutrina do dito tribunal sobre o artigo 149.1.30 CE, no seu dobre contido, e na que se aclara o alcance xeral sobre as competencias do Estado e das comunidades autónomas en materia educativa. (...). a Comunidade Autónoma de Galicia posúe competencia para decidir sobre a adscrición administrativa dos centros privados aos públicos no relativo á autorización para o cambio de modalidade en bacharelato e á anulación da matrícula así mesmo en bacharelato, así como sobre a supresión que se establece anteriormente, porque non forma parte da normativa básica nin da que ten que ser competencia exclusiva o Estado pola vía do artigo 149.1.30.º da Constitución española. (...). Correspóndelle á Administración pública de Galicia tal fixación da adscrición como instrumento de organización e mellora da xestión académica, complementaria da propia da Inspección Educativa (artigo 151 da Lei orgánica 2/2006, na redacción que lle deu a Lei orgánica 8/2013), que entra dentro da súa potestade de autoorganización. Polo tanto, o mantemento ou supresión da adscrición de centros privados a públicos constitúe unha opción lexítima para a organización da xestión académica, que entra dentro do terreo da conveniencia ou oportunidade máis que da legalidade, e que non entraña unha incursión na parcela das facultades académicas que corresponde aos centros privados. A finalidade do mellor servizo aos intereses xerais que se desprende do artigo 103 da Constitución presupón a atribución á Administración da capacidade de organización e coordinación dos seus servizos, sendo indiscutible tal facultade da Administración de organizar os servizos ao seu cargo na forma que estime máis conveniente aos intereses públicos, tendo tal potestade para organizarse unicamente o límite representado polas normas de superior rango a aquelas mediante as cales se exerce tal potestade. (...). De feito, a adscrición dos centros privados aos públicos resulta un instrumento lóxico de comprobación de que os centros privados cumpran os designios marcados no Decreto galego 86/2015, do 25 de xuño (que, non o esquezamos, é o que está destinado a desenvolver a resolución impugnada), no relativo á modalidade ou itinerario. No dito decreto establécese o currículo da educación secundaria obrigatoria e do bacharelato para o sistema educativo galego como desenvolvemento da Lei orgánica 8/2013, do 9 de decembro, da mellora da calidade educativa, xa que no mencionado Decreto autonómico se determinan as diferentes modalidades do bacharelato e se establece o agrupamento das materias en tres bloques: troncais, específicas e de libre configuración autonómica, e así mesmo establécense as materias que o alumnado debe cursar en cada

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

unha das modalidades: as xerais do bloque de materias troncais, o grupo de materias de opción do bloque de materias troncais das que o alumnado cursará dúas, Educación Física no primeiro curso e as materias de libre configuración autonómica, entre as que está Lingua Galega e Literatura. E especificamente establécese no artigo 35.2 deste Decreto 86/2015 que “A consellería con competencias en materia de educación establecerá as condicións en que un alumno ou unha alumna que cursasen o primeiro curso de bacharelato nunha determinada modalidade poidan pasar ao segundo nunha modalidade distinta”, mentres que o artigo 36.1 dispón que “A superación das materias de segundo curso que se indican no anexo VI estará condicionada á superación das correspondentes materias de primeiro curso indicadas no devandito anexo, por implicar continuidade”, polo que é lóxico que a dirección do centro público ao que está adscrito o privado deba autorizar o cambio de modalidade ou de itinerario de alumnado, porque se é a Consellería de Educación a que establece as condicións para o cambio de modalidade, é lóxico que sexa o propio poder público quen teña que autorizar tal mutación. Tamén se controla dese xeito a observancia da Orde do 19 de abril de 2018 pola que se regulan aspectos relativos á organización das materias do bacharelato establecido no Decreto 86/2015, do 25 de xuño, para os centros docentes da Comunidade Autónoma de Galicia.

En canto á anulación da matrícula en bacharelato, a decisión pola dirección do centro público será para verificar as causas e xustificacións invocadas, coadxuvando ás funcións que lle corresponden nese aspecto á Inspección Educativa.

(...) A recorrente argumenta que os preceptos impugnados deixan en mans das direccións de centros públicos decisións sobre as que carecen do máis mínimo control, xa que nada poden coñecer, comprobar ou verificar respecto do alumnado doutro centro escolar, pero fronte a iso cabe opor: 1.º que previamente á decisión sobre a autorización do cambio de modalidade ou de itinerario debe emitir un informe a dirección do centro privado, que será tido en conta, pola vía do cal a dirección do centro público tomará o debido coñecemento, e 2.º á solicitude de anulación da matrícula achegaranse as xustificacións pertinentes, de modo que por esa canle ten coñecemento a dirección do centro público sobre as razóns que se ofrecen para tal petición para os efectos de seren valoradas.

(...) Os preceptos agora impugnados non impiden o exercicio das facultades de dirección do centro privado, senón que soamente introducen aquela autorización do cambio de modalidade ou itinerario e de decisión sobre a anulación da matrícula, por parte da dirección o centro público ao que o privado está adscrito, que han de reputarse xustificadas, proporcionadas e adecuadas nos termos que quedaron especificados no anterior fundamento xurídico, e non se pode afirmar que conduzan a unha situación de imposibilidade ou grave dificultade obxectiva para actuar a súa facultade discrecional por parte do director do centro privado, porque non derivan senón da potestade de organización que en materia educativa cabe recoñecerlle á Administración.

(...) o apartado p) do artigo 132 da Lei orgánica 2/2006, tanto na súa redacción inicial como tras a modificación levada a cabo pola LO 8/2013, atribúe como última competencia dos directores/as de centros públicos “Calquera outras que lle sexan encomendadas pola Administración educativa”, de xeito que deixa aberta a posibilidade de encomenda doutras funcións por parte da respectiva Administración educativa, que é o que se fai

nos preceptos impugnados da resolución de 11/5/2018. Por outra parte, o artigo 25 da LO 8/1985 vén desenvolver o contido do que debe entenderse como plenas facultades académicas dos centros privados, a que se refire o artigo 23, e pode comprobarse que tal contido non é incompatible coa autorización, realizada pola dirección do centro público ao cal está adscrito o privado, de cambio de modalidade ou de itinerario para o alumnado de bacharelato matriculado no dito centro, e tampouco coa decisión sobre a anulación da matrícula levada a cabo polo/a director/a do centro público ao que está adscrito o privado».

## 3 Medio ambiente e urbanismo

### 3.1 Execución de sentenza anulatoria de licenza de edificio de vivendas por transacción xudicial alcanzada mediante técnicas de mediación

O TSXG, en Sentenza do 20 de decembro de 2001, anulou unha licenza concedida en 1997 polo Concello da Coruña para transformar un edificio de oficinas en vivendas e locais comerciais (rec. 6937/1997). Tras diversos incidentes de execución forzosa, mediante Auto do TSXG do 2 de abril de 2013 declarouse a inexecución da sentenza por “imposibilidade material”. O TS, na súa Sentenza do 8 de xullo de 2014 (RC 2465/2013), revogou ese auto, obrigando a continuar a executoria. Na súa posterior Sentenza do 16 de marzo de 2016 (RC 1797/2015) o TS insistiu na necesidade de proceder á demolición da obra. Dadas as dificultades técnicas e xurídicas que levaba consigo a dita execución, as partes do proceso aceptaron sometela a “mediación”, designando para tal fin o TSXG un mediador externo independente de recoñecido prestixio profesional. Finalmente, a Sala do Cont.-Ad. do TSXG en Pleno, no seu Auto firme do 8 de febreiro de 2019 (relator: Recio González) aprobou a transacción xudicial que puxo fin á dita execución.

No auto realízase unha profusa análise da figura da mediación na xurisdición contencioso-administrativa e realízanse ademais as seguintes consideracións:

*«Interésase a homologación xudicial dos acordos de mediación adoptados polas partes (...), nos seguintes termos:*

*Recoñecemento público por parte do Concello da Coruña da responsabilidade da dita corporación municipal respecto da anulación da licenza correspondente á rehabilitación do Antigo Edificio de Fenosa.*

*Adopción dun Protocolo de Boas Prácticas urbanísticas por parte do Concello da Coruña, cuxa finalidade consiste en evitar que un caso como o Antigo Edificio de Fenosa se volva producir.*

*Construción dun edificio de vivendas de protección oficial por parte do Concello da Coruña.*

*Indemnización dos danos persoais de índole moral causados á parte recorrente.*

*Renuncia de accións pola parte recorrente.*

*Substitución da execución in natura da sentenza, evitándose o derrubamento do edificio do Antigo Edificio de Fenosa.*

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

*Modificación do planeamento urbanístico da Coruña para incluír o Antigo Edificio de Fenosa como “edificio singular”.*

*Bases para a compensación aos propietarios do Antigo Edificio de Fenosa. (...)*

*No contexto anterior, o instituto da mediación xorde no seo dunha execución de sentenza na cal xa debemos partir, naturalmente, de que se transcorreron 18 anos desde que a sentenza se dita, sen que medie a súa execución, se debe ás propias dificultades e incidencias da execución, que xa comezan polos termos da decisión da sentenza na medida en que, ao anular unha licenza de rehabilitación e ordenar a demolición ou derrubamento do construído ao seu amparo exixiría, in natura, a reposición do edificado ao seu estado anterior, o que, tras diversos incidentes resoltos pola Sala e o Tribunal Supremo, parece levarnos a que tal execución in natura levaría a demoler o edificio litixioso parcialmente, ata alcanzar a estrutura anterior que aínda permanece e, sobre ela, reconstruír novamente o edificio anterior (antigo edificio de Fenosa), ata alcanzar unha réplica del cuxa legalidade consonte o PXOM actual, ata onde permite coñecer o actuado, non está acreditada sen necesitar ulteriores legalizacións, mesmo modificacións do Plan, cando non a propia demolición do novamente construído. (...)*

*O que non é susceptible de transacción é a exibilidade da observancia da legalidade urbanística. A forma en que, no caso concreto, se teña que restablecer esa legalidade, dando cumprimento á sentenza que anulou a licenza de rehabilitación, si é unha cuestión aberta á discusión entre as partes e susceptible de que sobre esta se poidan alcanzar acordos, sen prexuízo do seu ulterior control polo órgano xudicial, co contido e límites que enuncia o artigo 77.3 da LRXCA. (...)*

*Neste suposto atopámonos cun difícil incidente de execución de sentenza en atención a todos os intereses implicados, e en que o que se pretende como base do acordo é fundamentalmente minimizar o impacto para todos os veciños ao ser inminente a demolición do edificio, cos consecuentes prexuízos non só para os ocupantes del –perda de vivenda de oitenta e sete familias e perda de emprego de máis de cen persoas que traballan nos locais comerciais e oficinas do inmovible–, senón de toda a cidadanía tal como se observa do exame da documentación achegada cos acordos de mediación, tendo en conta os enormes custos derivados dunha demolición e posterior reconstrución co fin de deixar o edificio no estado en que se atopaba antes do outorgamento da licenza, coa consecuente perda de servizos sociais durante moitos anos, unha insostible situación económico–financeira para o concello co consecuente custo social, achegándose unha valoración económica de aproximadamente 59.500.000 euros, en atención aos custos de demolición, reconstrución, construción de edificio de vivendas para recolocar os desaloxados, custos de realoxamento dos veciños durante a execución das obras e indemnizacións por perda de vivenda, así como incremento dos tributos municipais en cantidades aproximadas ao dobre da cota actual. Por consecuencia, fórmulase como a única alternativa neste momento ante a incidencia dunha demolición que presenta serios problemas para a súa execución.*

*En todo caso, non se trata dun suposto de inexecución de sentenza, senón de todo o contrario: unha forma alternativa de levar a cabo a súa execución e cumprimento in natura ou por equivalente que ten amparo legal no artigo 18.2 da LOPX e, tal e como*



*se pon de manifesto nos convenios, conseguindo un equilibrio entre a indemnización moral que corresponde á parte demandante en atención aos anos transcorridos desde a firmeza da sentenza da execución da cal se trata, xunto cun recoñecemento do seu labor e de diversas medidas tendentes a evitar que unha situación semellante se poida volver producir no futuro, xunto coa evitación do excesivo custo para os recursos públicos, cos intereses dos veciños do inmovible e finalmente conséguese un equilibrio e o mantemento da paz social dentro da cidadanía ante a eminencia da perda de prestacións públicas polo excesivo custo. (...)*

*Este medio de execución concreto, entendido como forma de restablecer a legalidade urbanística, coas actuacións descritas nos acordos, non foi contemplado nin valorado nos incidentes anteriormente tramitados e resoltos na executoria, que non versaron sobre medios de execución de sentenza por substitución ou equivalente, senón sobre solicitudes de declaración de imposibilidade material ou legal que non satisfacían os intereses de todas as partes, pronunciándose sobre tales incidentes e limitando a súa virtualidade ao ámbito da resolución das pretensións deducidas nestes, de distinta natureza ás actuacións agora convidadas entre as partes.*

*E, finalmente, hai que destacar que, nesta execución de sentenza, tal como resulta da sentenza do 20 de decembro de 2001, non existen outros intereses en xogo que a legalidade urbanística municipal; non existen compromisos de medio ambiente, estándares urbanísticos, patrimonio histórico, costas, Rede Natura ou outros que puidesen complementar o planeamento e facer inviable calquera solución que non fose a demolición. Por iso, o caso ao que nos enfrontamos non pode extrapolarse a outros supostos e formular, tamén de modo simplista, que calquera execución urbanística pode sortearse mediante institutos que suplan a execución in natura mediante o único requisito de pactar unha indemnización: nada máis lonxe da realidade e, polo tanto, e pode afirmarse desde este momento que calquera solución que esta resolución avale é válida unicamente nestes autos, sen que sexa en absoluto susceptible dunha sorte de extensión de efectos ou precedente que poida esgrimirse en calquera procedemento de execución urbanística. (...)*

*Desde o ano 1997, en que o procedemento se substancia, non se tivo coñecemento nin formaron parte do asunto outros intervinientes que os que subscriben a petición de homologación, polo que calquera invocación de intereses ou prexuízo para terceiros a partir deste acto debería entenderse, en principio, realizada en abuso do dereito.*

*Cabe tamén concretar, con relación aos intervinientes no incidente de mediación, que son exclusivamente aqueles que son parte no preito principal, interesados no recurso e afectados pola execución da sentenza e que como xa se adiantou no auto polo que se resolvía desestimándoo o recurso de reposición contra a providencia pola que se acordaba a derivación a mediación, que non nos achamos ante ningún dos supostos legais de necesaria intervención do Ministerio Fiscal. (...)».*

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

### 3.2 Exención de avaliación de impacto ambiental de planta industrial regasificadora, acordada polo Goberno do Estado en funcións

A Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo (TS), na súa Sentenza do 16 de xullo de 2019 (RC 4825/2016, relator: Trillo Alonso), resolve o recurso promovido por unha asociación veciñal contra o acordo do Consello de Ministros do 27 de maio de 2016, que declarou excluídos do trámite de avaliación de impacto ambiental os proxectos da planta de recepción, almacenamento e regasificación de gas natural licuado en Mugardos. A sentenza considerou, en primeiro lugar, que o Goberno podía ditar o referido acordo malia estar en funcións, xa que:

*«(...) a exención adoptada no Acordo do Consello de Ministros impugnado prodúcese no ámbito dun longo período de Goberno en funcións, que se iniciou co Real decreto 977/2015, do 26 de outubro (BOE do día 27), polo que se disolveron o Congreso dos Deputados e o Senado e se convocaron eleccións xerais, e rematou coa publicación do Real decreto 419/2016, do 3 de novembro, polo que serían nomeados os ministros do novo Goberno, logo de ter sido precisa unha segunda convocatoria electoral mediante o Real decreto 184/2016, do 3 de maio. Aínda que, a diferenza dos supostos contemplados nas sentenzas relativas aos plans hidrolóxicos, non concorre a circunstancia de finalización dos prazos establecidos para a aprobación da disposición neles impugnada, a coincidencia está en que a decisión de exención non constitúe un acto de orientación política, nin condiciona, nin compromete, nin impide as decisións que no exercicio das súas funcións deba adoptar o novo Goberno xurdido das eleccións xerais, por certo, de igual signo político que o anterior. (...). Equivócase a recorrente cando parece limitar as competencias dun Goberno en funcións “ao normal desenvolvemento do proceso dun novo Goberno”, apelando a unha falta de maioría parlamentaria ou a que non goza de confianza no Congreso, así como a unha vulneración do principio de lealdade constitucional ou a unha falta de control da Cámara, invocacións todas elas reveladoras dun desenfoque da cuestión se temos que aternos á doutrina xurisprudencial».*

Non obstante, anúlao, ao concluír que resultaba preceptiva a avaliación de impacto ambiental do proxecto:

*«(...) O acordo impugnado parece pretender atopar amparo no artigo 8.3 e 4 da Lei 21/2013, do 9 de decembro, de avaliación ambiental (...). Pois ben, aténdonos, como é obrigado, á propia fundamentación do acordo impugnado, a conclusión non pode ser outra que, malia cumprir co requisito da motivación legalmente exixida, non se adapta ao suposto habilitante da norma, a saber, un suposto de excepcionalidade. (...). Ben que a propia dicción do artigo 8 revela, ao incluír como supostos excepcionais e a título de exemplo, tal como se recoñece en sentenza desta sala do 17 de maio de 2017 –recurso 732/2015– que a idea do lexislador sobre o que constitúe un suposto excepcional é sumamente aberta desde o punto de vista material, debe concluírse que no suposto axuizado non nos atopamos cun remedio de urxencia co que atender a unha situación extraordinaria e de imposible previsión.*

*Non precisamente as sentenzas deste tribunal do 28 de marzo de 2016 e 25 de abril de 2016, polas que se anulan, respectivamente, as resolucións da Dirección Xeral de Política*

*Enerxética e Minas do 3 de xuño de 2003, polas que se lle outorga a Reganosa autorización administrativa previa para a instalación da planta litixiosa, e a resolución da Dirección Xeral de Política Enerxética e Minas, do 13 de febreiro de 2004, pola que se aproba o proxecto de execución da dita planta, as que, aínda que próximas no tempo ao acordo agora impugnado (27 de maio de 2016), impiden observar que o devandito acordo obedece á necesidade de acudir a un remedio de urxencia co que atender a unha situación extraordinaria e de imposible previsión.*

*Non obedece en efecto a exclusión do trámite de avaliación de impacto ambiental á necesidade de atender a unha situación extraordinaria de imposible previsión, pois a paralización da actividade na planta que trata de evitar o acordo impugnado pola vía de excluír as futuras autorizacións do trámite de avaliación ambiental nin responde a unha situación de imposible previsión, xa que a situación creada ten a súa orixe nunha actuación da Administración desconforme a dereito, como así o consideran as sentenzas referenciadas do 28 de marzo de 2016 e 25 de abril de 2016, nin unha situación excepcional e de inmediata urxencia orixinada por un moi próximo peche da planta, cando non consta que se iniciase o procedemento de execución daquelas, en cuxo curso poderían tentarse e adoptarse outros remedios procesuais distintos á exención, sen dúbida máis respectuosos coa normativa de aplicación, na cal a regra xeral é a avaliación e a excepción a dispensa ou exención, e sen dúbida máis acordes co principio de proporcionalidade ou, dito doutro xeito, coa importancia da planta desde a perspectiva ambiental, máxime cando por sentenza desta sala do 26 de xullo de 2016 (recurso de casación 2070/2014), se anula o Decreto 144/2007, do 9 de xullo, da Xunta de Galicia, polo que se aprobou o Plan de Emerxencia Exterior da planta litixiosa.*

*Ao fío do exposto, é de resaltar a cautela con que o Tribunal de Xustiza contempla a exención da correspondente avaliación ambiental cando os proxectos, como sucede no caso de autos, poidan ter repercusións importantes no medio ambiente (Sentenza do 16 de setembro de 1999, asunto C-435/1997). Polo exposto, coa estimación parcial do recurso, procede declarar a nulidade do acordo impugnado».*

### **3.3 Licenzas urbanísticas en trámite na data de anulación xudicial do plan xeral de ordenación municipal. Sentido do silencio administrativo**

A Sentenza do 22 de marzo de 2019 do TSXG (rec. 4435/2017, relator: Martínez Quintanar) conclúe que, tras a anulación xudicial dun plan xeral, as solicitudes de licenza en trámite deben rexerse pola ordenación anterior ao dito plan anulado. De resultar incompatible con ela, o silencio administrativo debe ter un efecto negativo, desestimatorio da licenza, aínda que se producise antes da data de declaración da nulidade do plan xeral:

*«(...) É certo que, de conformidade co artigo 73 da Lei 29/1998, do 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa, a sentenza firme anulatoria do PXOM de 2003 non afecta por si mesma á eficacia do acto administrativo firme que o tería aplicado antes de que a anulación alcanzase efectos xerais, pero non é menos certo que para considerar*

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

que existe un acto administrativo firme de outorgamento de licenza por silencio administrativo non basta o mero transcurso do tempo desde a presentación da solicitude. De conformidade co artigo 195.1 da Lei 9/2002, do 30 de decembro, de ordenación urbanística e protección do medio rural de Galicia, aplicable por razóns temporais, en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licenzas en contra da lexislación ou planeamento urbanístico.

Tratándose dunha solicitude de licenza presentada ao abeiro do PXOM de Ourense 2003, para considerar que esta foi estimada por silencio administrativo habería que examinar o axuste desa licenza ao dito planeamento, que é o que alega a parte apelante. O que sucede é que a dita disposición foi anulada xudicialmente e o vicio de nulidade radical ten unha eficacia ex tunc. Esta proxección temporal do vicio de nulidade modúlase, no sentido de non impedir que subsistan os actos firmes anteriores que se ditasen ao abeiro da norma anulada con posterioridade, pero neste caso non pode apreciarse a existencia dese acto firme, porque falta o primeiro presuposto necesario para considerar obtida a licenza por silencio administrativo positivo: tal como se razoa na sentenza apelada, sería unha licenza contra legem, porque o seu amparo era un plan xeral nulo, o que determina que esa solicitude de licenza fose contraria á lexislación urbanística, por derivación da nulidade do propio plan ao abeiro da cal se formulou a solicitude e se presentou o proxecto.

Dito noutros termos, pódese dicir que para que exista licenza obtida por silencio debe probarse o axuste a un planeamento válido e aplicable ao momento da solicitude, presuposto que non pode concorrer cando se dita sentenza anulatoria, que determina a declaración dunha nulidade radical dunha disposición, que en canto tal determina unha falta de validez desde o mesmo momento da aprobación.

Non é de aplicación neste caso a doutrina que, nos casos de resolución tardía do expediente, postula a aplicación do planeamento vixente no momento da solicitude en lugar do novo planeamento aprobado con posterioridade cando se trata dunha sucesión de normas, porque neste caso non hai sucesión de normas, senón nulidade da disposición xeral ao abeiro da cal se presentou a solicitude de licenza, nulidade que determina que o planeamento aplicable á data da solicitude sexa o plan anterior ao aprobado no ano 2003 e anulado xudicialmente. O Concello denega por acto expreso a licenza porque o proxecto non cumpre ese plan anterior de 1986 que resulta ser o aplicable e o apelante reconece que non hai proba desa conformidade a ese plan anterior. (...) hai que ter en conta que, se a licenza se outorgase por acto expreso antes da anulación xudicial do planeamento, presentaría igual nulidade derivada da nulidade do planeamento ao abeiro do cal se solicitou, e esa nulidade deberíase declarar no caso de impugnación en prazo. Por ese motivo non pode considerarse existente o silencio administrativo positivo neste caso, que se condiciona en materia urbanística non só ao transcurso do prazo desde a presentación da solicitude, senón que só se producirá ese silencio positivo se se proba a conformidade do solicitado coa lexislación e o planeamento urbanístico, e non pode afirmarse esa conformidade cando o amparo do proxecto construtivo é un planeamento nulo».

### 3.4 Disciplina urbanística. Caducidade da potestade para restaurar a legalidade sobre unha obra de uso industrial

O TSXG (Secc. 2.<sup>a</sup>) está considerando, en recentes sentenzas, que o mero transcurso do prazo de seis anos desde o remate total dunha obra ilegal de uso industrial non basta para podela considerar legalizada, en situación análoga á de “fóra de ordenación”. Cómpre acreditar a compatibilidade dese uso específico cos xerais admisibles para esa zona no plan urbanístico, así como o cumprimento das condicións mínimas exixibles de funcionalidade, seguridade e salubridade.

Pode así citarse a súa Sentenza do 4 de abril de 2019 (rec. 4324/2017, relator: Díaz Casales) en que conclúe que o transcurso do prazo dos seis anos non enerva a obriga do propietario, para poder manter un uso non residencial, de solicitar e obter as autorizacións sectoriais preceptivas segundo a clase de solo de que se trate. Tamén a sentenza do 14 de marzo de 2019 (rec. 4362/2017, relator: Martínez Quintanar), na cal se afirma o seguinte:

*«(...) O acto impugnado na instancia [anulado] acordou declarar en situación legal de fóra de ordenación total a edificación tipo nave destinada a almacén de bebidas e conservas situada na parte traseira da planta baixa do edificio (...) de Xinzo de Limia. (...) É incontrovertible que a dita nave careceu desde a súa orixe de licenza, tanto de obra como de apertura e actividade. A declaración de fóra de ordenación pode lexitimar, e lexitima –sen que iso sexa obxecto de controversia polas partes– a subsistencia da obra de construción orixinaria, na medida en que desde a súa finalización transcorreu o prazo para o exercicio da acción de reposición da legalidade urbanística. Pero o que non pode admitirse é que se utilice esa declaración de fóra de ordenación da obra para lexitimar unha actividade de almacén de bebidas e conservas que nunca se desenvolveu ao abeiro de licenza no dito inmovible. O que se pode preservar é a obra orixinaria ilegal respecto da que transcorreu o prazo para exercitar a acción de reposición da legalidade urbanística, pero esa declaración de fóra de ordenación polo dito motivo límitase á obra de construción, e non pode estenderse á actividade desenvolvida sen licenza, que como uso clandestino e ademais –polo que se dirá– contrario ao planeamento, púidose desenvolver ao longo dos anos. Unha cousa é que antes da declaración de fóra de ordenación os propietarios do inmovible ilegal o empregasen para facer abasto de determinados produtos, de forma puntual ou esporádica ou mesmo con certa continuidade, e outra cousa distinta é que se poida dicir que nesa nave se estivese a desenvolver de forma lícita unha actividade de almacén, que en todo caso estaba precisada dunha licenza que non obtivera. (...).*

*A clandestinidade do uso orixinal non pode beneficiarse da declaración de fóra de ordenación, obtendo a partir desta o status de actividade legalizada, especialmente neste caso, no que a actividade pretendida de almacén, e á que facía referencia o acto impugnado, é incompatible co planeamento, debendo ser cualificada, tal e como alega a parte apelada e como apreciou a sentenza, como actividade ilegalizable, ao ser un uso propiamente industrial, ao non estar vinculado a unha venda polo miúdo, senón por xunto. (...)*

*Polo tanto, nunca se desenvolveu unha actividade con licenza nin o uso alegado a que se referiu a proba era unha actividade legalizable.*

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

(...) Esta interpretación realizada pola sentenza impugnada é así mesmo congruente co alcance do réxime de fóra de ordenación derivado de situacións de obras executadas ilegalmente e contrarias desde a súa orixe ao planeamento, pero respecto das cales venceu o prazo de exercicio da acción de reposición da legalidade. Debe diferenciarse a situación da nave litixiosa, construída sen licenza e ilegal desde a orixe, que devén en fóra de ordenación polo transcurso do prazo de exercicio da acción de reposición da legalidade, da situación doutros inmobles construídos ao abeiro de licenza que poden devir en fóra de ordenación por un cambio sobrevido de planeamento que resulte incompatible con estes. Neste segundo caso –que non é o suposto que nos ocupa– pode existir un dereito adquirido a utilizar o inmovible de conformidade coa normativa urbanística baixo a vixencia da cal se autorizou a execución da obra, dereito que non pode aplicarse a este suposto, no cal a nave se construíu de forma ilegal, sen licenza e en contravención da normativa xa vixente no propio momento da construción, e cuxa subsistencia en canto obra de construción deriva exclusivamente de que transcorreu o período de caducidade de exercicio da acción de reposición da legalidade urbanística. Sendo este o caso que nos ocupa, non existe a posibilidade de invocar dereitos adquiridos a realizar determinada actividade en canto aparelados á licenza urbanística, posto que a dita licenza nunca existiu».

### **3.5 Execución de sentenza anulatoria de licenza de nave industrial. Prazo para promover incidente de inexecución. A disposición transitoria 7.<sup>a</sup> da Lei 2/2016 do solo de Galicia non implica a legalización de construcións afectadas por sentenza**

O TSXG (Secc. 2.<sup>a</sup>), na súa Sentenza do 20 de xuño de 2019 (rec. 4343/2017, relator: Díaz Casales), analiza unha solicitude de inexecución dunha sentenza firme de 2007 que anulou a licenza de obras e actividade dunha nave industrial. Afirmo o tribunal, en primeiro lugar, que o prazo de dous meses establecido no artigo 105.2 LXCA para poder promover o incidente de inexecución debe interpretarse de xeito flexible, comezando o seu cómputo cando se legaliza a construción ou actividade afectada pola sentenza. En segundo lugar conclúe que a regulación sobre os “asentamentos xurdidos á marxe do planeamento” establecida na disposición transitoria sétima da Lei 2/2016, do 10 de febreiro, do solo de Galicia, non permite enervar os efectos dunha sentenza destas características, que leva consigo a demolición da construción ilegal. De maneira que:

*«a posibilidade de continuar coa actividade por parte das instalacións industriais xurdidas á marxe do planeamento, non pode afectar a aquelas sobre as que pesa unha orde de demolición xudicial firme; só con esta interpretación cabe salvar a constitucionalidade do precepto, en atención aos precedentes do T.C. que se deixan sinalados. En todo caso, debemos advertir que a modificación parcial das normas subsidiarias, aprobadas en 2016, ao abeiro da D.T. 13.<sup>a</sup> da LOUGA (que se produciu 14 anos máis tarde da entrada en vigor da lei) non pode determinar un suposto de inexecución legal que só pode vir determinado polas licenzas de legalización das cales a interesada carece, polo que o incidente debe ser desestimado».*



## 4 Persoal

### 4.1 Persoal temporal do Servizo Galego de Saúde (SERGAS). Plan de estabilidade no emprego. Dereito a indemnización polo cesamento

O TSXG, na súa Sentenza do 3 de abril de 2019 (rec. 393/2018, relator: López González), avanza na análise da contraditoria e polémica xurisprudencia do Tribunal de Xustiza da Unión Europea sobre os efectos da prolongación das contratacións temporais de funcionarios na Administración pública, nos seguintes termos:

«(...) A Dirección Xeral de Recursos Humanos, en resolución do 25 de abril de 2017, dispuxo a publicación do Plan de Estabilidade no Emprego e Provisión de Prazas de Persoal Estatutario (DOG do 4 de maio de 2017). Un dos obxectivos que persegue o Sergas con este plan, é “continuar na aposta pola estabilidade no emprego con medidas de estabilización de persoal temporal e a convocatoria periódica de procedementos selectivos para a adquisición da condición de persoal fixo, nos cales se garantan os principios que rexen o acceso ao emprego público e que incorporarán as novas tecnoloxías á súa tramitación –fase de oposición e concurso– para unha xestión máis áxil, transparente e simplificada destes”. Entre as medidas de estabilización de persoal temporal (apartado III) inclúese a “Conversión de nomeamentos para a cobertura de servizos determinados en nomeamentos de interinidade”, para o cal o Plan de Estabilidade recolle o compromiso do Sergas de dotación de prazas, establecendo que:

“Para a súa cobertura mediante nomeamentos de interinidade, procederase á dotación de vacantes nun número equivalente a aqueles nomeamentos para a cobertura de servizos determinados que carezan de substantividade propia; é dicir, aqueles en que o persoal nomeado non atenda programas ou actividades temporais, conxunturais ou extraordinarias, senón actividade ordinaria e habitual (necesidades estables e permanentes) durante un período igual ou superior a un ano. Esta medida suporá a extinción dos nomeamentos para a cobertura de servizos determinados que reúnan as ditas características, a dotación de 438 vacantes nos cadros de persoal das institucións sanitarias do Servizo Galego de Saúde e a expedición doutros tantos nomeamentos de interinidade, coa conseguinte redución da porcentaxe de eventualidade”.

As demandantes, que pertencen á categoría de Enfermeira especialista en Obstetricia-Xinecoloxía (Matrona) forman parte do colectivo de persoal que o Sergas veu nomeando durante os últimos anos ao abeiro de sucesivos e concatenados nomeamentos como persoal eventual temporal que non respondían a necesidades puntuais ou de carácter estrutural, senón á realización de servizos cuxa prestación obedecía a necesidades permanentes da Administración sanitaria. Os servizos que viñeron prestando ao abeiro destes nomeamentos fórono na Área Sanitaria de Pontevedra-O Salnés, no Hospital do Salnés.

Parte do persoal que se atopaba na mesma situación que as recorrentes presentou reclamación ante o Sergas solicitando un recoñecemento da súa condición de persoal indefinido non fixo, asimilado o persoal interino. E se estas reclamacións foron rexeitadas

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

por aquel organismo público, non obstante, foron estimadas xudicialmente. Isto é o que pretenden as actoras neste procedemento.

Con posterioridade á presentación do recurso de alzada contra a desestimación presunta da reclamación presentada ante o Sergas, foron incluídas no Plan de Estabilidade no Emprego, publicado no DOG do 4 de maio de 2017, de modo que os seus nomeamentos se converteron en nomeamentos de interinidade por vacante, pasando a ocupar unha das prazas vacantes dotadas na súa execución, e en concreto prazas vacantes de enfermaría no referido hospital. Pero negan que con esta actuación administrativa se estea a dar satisfacción aos seus intereses, pois no relativo á modificación da antigüidade, tan só se recoñeceu desde o 1 de abril de 2017 no seu actual vínculo, e respecto da relación que as une co Sergas, resulta axustado a dereito que o persoal estatutario, nomeado fraudulentamente, transforme a súa vinculación en indefinida, con dereito a ser indemnizado no momento do seu cesamento. (...)

O Plan de estabilidade no emprego tivo por obxecto, tal como se admite no acto que estimou parcialmente o recurso de alzada, buscar unha solución á problemática xurdida respecto do persoal temporal do Sergas, sobre todo con base na sentenza desta sala do 14 de setembro de 2016 (asunto C-16/15), e os pronunciamentos do TXUE sobre a sucesión de vínculos de duración determinada no sector da sanidade pública.

E a pretensión das actoras está encamiñada a que se declare a súa condición de persoal indefinido non fixo, coas consecuencias inherentes a esta declaración, e entre elas o recoñecemento da antigüidade no Sergas desde a data dos seus nomeamentos e o dereito indemnizador que poidan facer valer no momento do seu cesamento derivado do feito de ter sido obxecto de sucesivos e encadeados nomeamentos como persoal eventual temporal realizados en fraude de lei, e por tanto de forma irregular, o cal debe comportar un recoñecemento como persoal indefinido non fixo, e a súa antigüidade, para todos os efectos, desde a data do primeiro nomeamento, tal como se pronunciou esta sala en diversas sentenzas, como as do 20 de abril de 2016 (recurso 528/2015), 21 de marzo de 2017 (recurso 395/2016), 27 de setembro de 2017 (recurso 105/2017), 8 de novembro de 2017 (recurso 250/2017), ou a do 5 de decembro 2017 (recurso 149/2017).

A cuestión sometida a debate neste preito céntrase en comprobar se as actoras merecen o recoñecemento da súa condición de persoal indefinido non fixo do Sergas, e a reposta ha de ser negativa, a diferenza da adoptada pola xuíza de instancia, polas razóns que se pasan a expor:

En primeiro lugar, porque a doutrina sentada polo TXUE na Sentenza do 14 de setembro de 2016, asunto C-16/15, foi matizada polo Tribunal Supremo na Sentenza 3250/2018, do 26 de setembro de 2018 (recurso de casación número 785/2017), e sobre todo porque o relevante neste procedemento, que o fai diferente tanto do resolto polo TXUE como do resolto polo Tribunal Supremo, é que as actoras adquiriron a condición de persoal interino do Sergas vinculado a unha praza concreta, que ocupan por estar vacantes, e serano mentres non sexan cubertas polos procedementos legalmente establecidos, en virtude de nomeamentos que tiveron lugar o 1 de abril de 2017.

De tal xeito, non é aplicable a doutrina que se recolle na sentenza do TXUE do 5 de xuño de 2018 (Asunto C-677/2016), na cal se di que incumbe ao xulgado examinar se, tendo

en conta a imprevisibilidade da finalización do contrato e da súa duración, inusualmente longa, procede recualificalo cun contrato fixo, pois o que solicitan neste caso as recorrentes non é a recualificación dos seus nomeamentos como de persoal fixo, senón o recoñecemento da condición de indefinido non fixo.

O réxime de maior estabilidade da súa relación estatutaria rexe desde que tiveron lugar os seus nomeamentos de interinidade en praza vacante, pois só poderán ser destituídos nos supostos de amortización ou cando se provexan a través dos procedementos legalmente establecidos.

Tampouco é de aplicación o criterio que se recolle na Sentenza desta sala do 11 de xullo de 2018, pois nela entendeuse que, a pesar de que as recorrentes naquel procedemento se viran favorecidas por un nomeamento de interinidade (como sucede agora coas demandantes), non se producira unha perda sobrevida do obxecto. Pero este pronunciamento fíxose valorando as consecuencias indemnizatorias a que podería dar lugar o cesamento das recorrentes ao abeiro dos pronunciamentos do TXUE (Sentenza do 14 de setembro de 2016, asunto de Diego Porras C-596/2014, matizada na máis recente do 5 de xuño de 2018, asunto C-574/16, Grupo Norte Facility, e C-677/16, Lucía Montero Mateos).

E resulta que este pronunciamento ha de ser matizado á luz da doutrina sentada polo Tribunal Supremo na sentenza do 26 de setembro de 2018 (recurso de casación 785/2017), segundo a cal non procede recoñecer dereito indemnizatorio ningún distinto do que leva consigo a subsistencia e continuidade da relación de emprego, descartando a posibilidade de recoñecer un dereito indemnizatorio de futuro».

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

## 4.2 O período de baixa por maternidade nas vinculacións de temporais debe computarse como tempo efectivo de traballo

Así o considerou o TSXG na súa Sentenza do 8 de maio de 2019 (rec. 50/2019, relator: Rivera Frade).

«(...) a Sra. ----- viuse privada do recoñecemento do período en que permaneceu de baixa por maternidade, ou período de descanso por maternidade, como período de servizos prestados. E iso constitúe, nos termos que se dirá, unha discriminación por razón de sexo derivada da maternidade, ao concorrer neste caso as seguintes circunstancias: durante o período de suspensión de chamamentos foi chamada para a cobertura dunha substitución de comisión de servizos con duración previsible superior a un ano.

Recordemos que o artigo 2.7 da Directiva 76/207/CE, relativa á aplicación do principio de igualdade de trato entre homes e mulleres no que se refire ao acceso ao emprego, á formación e á promoción profesionais, e ás condicións de traballo, de conformidade coa redacción da Directiva 2002/73/CE, do 23 de setembro de 2002, establece que: “un trato menos favorable dispensado a unha muller en relación co seu embarazo ou o seu permiso de maternidade no sentido da Directiva 92/85/CE constituirá unha discriminación no sentido desta directiva”.

Estes principios tamén inspiran a nosa normativa nacional e autonómica. E iso ten o seu reflexo en artigos como o 5 (Igualdade de trato e de oportunidades no acceso ao emprego, na formación e na promoción profesionais, e nas condicións de traballo) da Lei

*orgánica 3/2007 (...). A garantía do principio de igualdade de trato e de oportunidades entre mulleres e homes, e a protección da maternidade, debe constituír un criterio de actuación dos poderes públicos. Así aparece recollido no artigo 14.7 da Lei orgánica 3/2007 (...). Os mesmos principios e criterios inspiran a normativa autonómica (...). Esta comprensión da maternidade perde sentido se non se recoñece a traballadora durante o período de descanso por maternidade, e como servizos prestados, aqueles que si desempeñaría por existir un chamamento das listas, pero que non puido desempeñar por razón da maternidade.*

*Tal como consta no expediente administrativo, a baixa por maternidade produciuse nun momento en que a apelante se atopaba prestando servizos en virtude dun chamamento das listas de interinos, pero este contrato finalizaba o día 25 de decembro de 2016, e polo tanto a finalización nesa data da prestación de servizos, non traería causa no embarazo.*

*Agora ben, tamén consta, como xa se adiantou, que, durante o período de suspensión de chamamentos, que comezou ao día seguinte (26 de decembro de 2016), foi chamada para a cobertura dunha substitución de comisión de servizos con duración previsible superior a un ano. Este chamamento tivo lugar o día 27 de xaneiro de 2017, cuxo nomeamento non se formalizou ata que rematou a situación de suspensión dos chamamentos por maternidade, o día 2 de abril seguinte. E, como di a apelante no seu recurso, débese permitir a formalización de calquera contrato laboral durante o período de baixa maternal, ben que o desempeño efectivo do traballo terá que posporse á finalización da baixa, preservando a traballadora todos os dereitos inherentes a ese contrato, entre eles, o recoñecemento dese período como de servizos prestados.*

*O contrario implicaría a discriminación alegada por razón de sexo, pois a protección nestes casos debe dispensarse non só ás traballadoras interinas que se atopan prestando servizos de forma real e efectiva, senón tamén ás que por razón do seu embarazo non poden facelo, pero xeraron un dereito a ser contratadas unha vez chamadas das listas para a cobertura dun posto de traballo. (...) a situación de maternidade non pode asimilarse á falta de capacidade funcional necesaria para desempeñar as funcións propias dun posto de traballo, senón que o ha de ser a un período de descanso que se desfruta por tal situación, tal como sinala literalmente o artigo 177 da LXSS.*

*A discriminación apreciada non deixa de ser tal polo feito de que o pacto lle reserve á muller o vínculo ofertado durante o período de maternidade, nin polo feito de que a mesma suspensión dos chamamentos se prevexa respecto dos homes que gocen dun permiso de paternidade. A discriminación existe, pois eliminada a situación de maternidade os servizos teríanse prestado, e polo tanto deben recoñecerse como tales, aínda que non se poidan prestar por atoparse a traballadora nunha situación que está protexida pola lei.*

*Pero por esta mesma razón o recoñecemento debe quedar limitado ao período de tempo para o que a traballadora é chamada das listas, como son neste caso aqueles aos que xa se refire a apelante no terceiro apartado do fundamento de dereito terceiro do seu recurso, isto é, o comprendido desde a data de chamamento o día 27 de xaneiro de 2017, ata o día 3 de abril de 2017, en que se formalizou o contrato despois da baixa de maternidade. O período anterior (desde o 26 de decembro de 2016, día seguinte á finalización do contrato, ata o 27 de xaneiro de 2017, data en que se produciu o chamamento de referencia) non*

*se pode recoñecer para os efectos pretendidos, pois implicaría privilexiar a apelante en relación cos demais integrantes das listas de vinculacións temporais».*

## 5 Proceso contencioso-administrativo

### 5.1 Revisión de sentenzas firmes por vulneración do Convenio Europeo para a Protección dos Dereitos Humanos e Liberdades Fundamentais. Omisión de emprazamento dos propietarios afectados pola impugnación dunha licenza urbanística

O TS, na súa Sentenza do 19 de febreiro de 2019 (recurso de revisión 12/2018, relator: Cudero Blas), revoga a do TSXG e dun Xulgado Contencioso-Administrativo que anularan unha licenza concedida polo Concello de Sanxenxo para a construción de 16 vivendas, por non ter emprazado os propietarios para que puidesen comparecer e defenderse no proceso como parte codemandada. Afirmo o alto tribunal, en primeiro lugar, que os afectados dispoñen do prazo dun ano desde a notificación da sentenza do Tribunal Europeo de Dereitos Humanos para poder instar a revisión das sentenzas firmes. E sobre o fondo do asunto realiza as seguintes consideracións:

*«(...) O matrimonio (...) adquiriu en agosto de 2001 unha vivenda en Sanxenxo, incluída nunha urbanización de dezaseis, que contaba cos permisos necesarios outorgados pola Corporación e cuxo dominio inscribiron no Rexistro da Propiedade. En decembro de 2002 un veciño da localidade interpón recurso contencioso-administrativo fronte á licenza municipal que autorizou aquela construción (...) e obtén sentenza estimatoria (...) que anula a licenza, aínda que declara inadmisíbel a petición de demolición que o interesado formulou. Interposto recurso de apelación ante a Sala da Coruña polo recorrente no dito procedemento (porque a resolución do xulgado non incluía a obriga de demoler as vivendas), a sentenza do Tribunal Superior de Xustiza do 29 de marzo de 2007 estímalo e ordena o derrubamento da obra amparada na licenza ilegal. (...) Os propietarios dunha das vivendas afectadas por esa orde de demolición non foron emprazados naqueles procedementos, nin ante o xulgado en primeira instancia, nin ante a sala en apelación. Cando coñeceron a citada decisión xudicial (por notificación efectuada polo Concello con data do 5 de febreiro de 2009), diríxense ao xulgado solicitando a nulidade das sentenzas e este considera que compareceron os ditos interesados, pero eleva o incidente á sala por ser esta a que ditara a sentenza en segunda instancia. A sala denega mediante auto o incidente de nulidade por entender que “non consta documento ningún revelador de que fose coñecida polo xulgado a súa existencia cando se iniciou o proceso e nin sequera durante a tramitación deste en primeira ou segunda instancia”. Fronte a tal decisión, acoden os propietarios ao Tribunal Constitucional, que rexeita o recurso de amparo deducido por resolución do 21 de decembro de 2010 “por non apreciar neste especial transcendencia constitucional”. Presentan entón –o 2 de agosto de 2011– demanda ante o Tribunal Europeo de Dereitos Humanos, que é estimada polo dito tribunal mediante Sentenza do 10 de xaneiro de 2017, na parte dispositiva da cal se declara que –ao tramitar e resolver en ausencia de participación dos demandantes no procedemento contencioso-administrativo que concluíu coa sentenza*

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

que ordenaba a demolición da súa vivenda– “os tribunais españois vulneraron o dereito a un proceso equitativo proclamado no artigo 6.1 do Convenio de Roma para a protección dos dereitos humanos e as liberdades fundamentais”. (...)

A Sentenza do Tribunal Europeo de Dereitos Humanos do 10 de xaneiro de 2017 declara expresamente que os tribunais españois vulneraron o dereito a un proceso equitativo proclamado no artigo 6.1 do Convenio de Roma para a protección dos dereitos humanos e as liberdades fundamentais, ao terse pronunciado sen intervención dun interesado con dereito a ser oído e participar nun proceso que afecta aos seus dereitos e intereses, pois era propietario dunha vivenda cuxa demolición é ordenada por aqueles tribunais. (...) “Non hai no expediente ningún elemento –malia a alegación do Goberno– que permita establecer que os demandantes tiveran coñecemento extraxudicial do procedemento referente á legalidade da licenza de obras mesmo cando o resultado do dito procedemento podía ter consecuencias negativas para eles”. Polo demais, os interesados utilizaron –diligentemente– todas as posibilidades que o ordenamento lles ofrecía (...). En canto ao resto das exixencias contidas no artigo 102.2 da Lei xurisdiccional, está claro que o procedemento que nos ocupa non só é idóneo para corrixir a vulneración dos dereitos fundamentais que padeceron os hoxe demandantes, senón que é difícil descubrir no noso sistema procesual outra canle que permita conseguir aquela reparación (...) Por último, non entendemos que concorran “dereitos adquiridos por terceiros de boa fe”, circunstancia que –en aplicación da lei– podería impedir o acollemento da demanda. Desde logo, non pode afirmarse que o demandante orixinal –cuxa impugnación deu lugar ás sentenzas que anularon a licenza e ordenaron a demolición– incorporase ao seu patrimonio unha sorte de dereito á restauración da legalidade urbanística nos termos que no seu día postulou, máxime se se ten en conta o alcance desta sentenza, na cal non se declara improcedente a demolición, nin se afirma que é conforme a dereito a licenza que amparaba a construción da vivenda dos hoxe demandantes senón que, simplemente, se lles permite a estes exercer un dereito que se lles vulnerou ao non seren emprazados como interesados nun procedemento que terminou cunha sentenza –firme– que afectaba claramente aos seus dereitos e intereses lexítimos e que foi ditada sen darlles a oportunidade de ser oídos e actuar en defensa deses mesmos dereitos».

## **5.2 Suspensión do proceso por concorrencia de cuestión prexudicial penal. Reclamación de honorarios por servizos prestados sen contrato**

O TSXG, na súa Sentenza do 15 de maio de 2019 (rec. 7023/2019, relator: Quintas Rodríguez), ratifica en apelación a decisión dun xulgado contencioso-administrativo de suspender un proceso en que o demandante lle reclamaba a un concello o pagamento de determinados servizos prestados sen contrato, porque a principal proba do actor consistía precisamente na declaración testifical dun concelleiro que figura imputado nunha causa penal polos mesmos feitos (contratación “a dedo”).



## 6 Responsabilidade patrimonial

### 6.1 Responsabilidade sanitaria. Teoría do dano desproporcionado. Consentimento informado

O TSXG, na súa Sentenza do 12 de xuño de 2019 (rec. 472/2018, relator: Seoane Pesqueira), afonda na análise da responsabilidade patrimonial da Administración sanitaria por “dano desproporcionado” e defectos no “consentimento informado”, nos seguintes termos:

*«(...) O erro que achaca á sentenza contra a que apela o defensor da Administración autonómica radica en considerar responsable a Administración do dano ao non se achegar explicación científica á evolución da ferida cirúrxica, pois entende que a doutrina do dano desproporcionado non exige que probe a causa ou orixe do dano. A Sala non pode compartir esa argumentación (...). se o resultado danoso é anormal ou inusualmente grave, en relación cos riscos que comporta a intervención, como agora sucede, presúmese que a Administración sanitaria non se acomodou aos estándares de actuación exixibles ou non puxo á disposición do paciente os medios e coñecementos da ciencia e da técnica atemperados aos tempos presentes, é dicir, tivo lugar a infracción da lex artis ad hoc, co cal debe considerarse concorrente o requisito da antixuridicidade do dano, xa que o prexudicado non ten deber xurídico de soportalo (artigos 32.1 e 34.1 da Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público). A Sentenza da Sala 3.<sup>a</sup> do Tribunal Supremo do 14 de marzo de 2018 (recurso de casación 347/2017), recolle un resumo da teoría do dano desproporcionado, e contradí así mesmo o alegado polo letrado do Sergas (...). Unha didáctica síntese do que significa esa doutrina recóllese na Sentenza do 19 de maio de 2016 (recurso 2822/2014), con precedente na do 6 de outubro de 2015 (recurso 3808/2013), nos seguintes termos: “a doutrina do dano desproporcionado ou resultado clamoroso significa o seguinte: 1.º Que o resultado danoso excede o previsible e normal, é dicir, non garda relación ou proporción atendendo á entidade da intervención médica, pois non hai dano desproporcionado, por exemplo, se o resultado lesivo é un risco inherente á intervención, pero houbo unha errónea execución. 2.º O dano desproporcionado implica un efecto danoso inasumible –pola súa desproporción– ante o que cabe esperar da intervención médica; é, polo tanto, un resultado inesperado e inexplicado pola demandada. 3.º Ante esa quebra do normal, do esperable e o desproporcionado do efecto danoso, presúmese que o dano é causado por unha quebra da lex artis por parte da Administración sanitaria, presunción que pode destruír se proba que a causa está fóra do seu ámbito de actuación, é dicir, responde a unha causa de forza maior. 4.º Polo tanto, para que non se lle atribúa responsabilidade por dano desproporcionado, desde o principio de facilidade e proximidade probatoria a Administración debe asumir esa carga de probar as circunstancias en que se produciu o dano. 5.º De non asumir esa carga, a imprevisibilidade ou a anormalidade do dano causado atendendo á entidade da intervención médica é o que fai que sexa antixurídico, sen que poida pór o pretexto de que é un caso fortuíto, excluínte da responsabilidade polo dano causa”.*

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

Neste caso resulta incuestionable que se produciu un resultado desproporcionado no tratamento dunha cirurxía “tan simple” (en palabras do cirurxián plástico señor Ovidio) como é o desteitamento (apertura lonxitudinal do tenso e engrosado ligamento baixo o cal o nervio mediano sofre compresión no interior do túnel do carpo) dun túnel carpiano, pois, tras precisar un número exaxerado de intervencións e presentar un cadro importante de dor do membro superior dereito, quedou inutilizada a man dereita da paciente para calquera tipo de actividade, á parte do prexuízo estético, moral, laboral, familiar e de ocio que lle ocasiona, ademais dunha patoloxía psiquiátrica asociada. Fronte a iso, a Administración non foi capaz de ofrecer unha explicación científica razoable (...). Non basta con afirmar que o tratamento foi correcto e que a paciente foi tratada de forma totalmente correcta, pois a presenza daquel resultado desproporcionado obrigaba a Administración a demostrar a causa ou orixe do dano producido, en virtude da inversión da carga da proba que nestes casos ten lugar. (...). En definitiva, tal como informa o perito doutor Ovidio, a orixe máis lóxica do resultado producido é a infección nosocomial da ferida cirúrxica por ruptura da cadea de asepsia durante o proceso asistencial, xa que antes da operación o único que presentaba a paciente era a compresión do túnel carpiano, diagnosticada pola clínica e polo estudo electromiográfico, e despois da cirurxía e tras nove intervencións cirúrxicas quedoulle unha man en garra inutilizada irreversible, comezando a supurar a ferida poucos días despois da primeira operación de desteitamento do túnel carpiano.

En todo caso, en virtude daquela aplicación da doutrina do dano desproporcionado, basta con que a Administración non conseguise demostrar a causa daquel dano e que a orixe estivo fóra do ámbito de actuación dos servizos sanitarios que atenderon a paciente para que se deba desestimar este primeiro recurso de apelación. (...)

É certo que no expediente administrativo figura un documento de consentimento informado do 31 de xaneiro de 2013, en que se describe como un dos riscos típicos da cirurxía do túnel do carpo a “infección da ferida”, pero nin a constancia nese documento de tal risco pode servir de patente de corso para eludir a responsabilidade e levar a cabo todas as medidas de esterilización e asepsia precisas para evitar calquera contaminación, nin o resultado producido neste caso se limitou á infección da ferida cirúrxica, senón que, tras demostrarse, en análise realizada con ocasión do ingreso hospitalario producido o 23 de marzo de 2013, que crecían abundantes colonias de estafilococo *Areus* e *Parvimonas micra*, permaneceu resistente a infección ata o punto de motivar oito intervencións cirúrxicas máis, terminando por provocar que quedase a man dereita en garra da paciente, con inutilización dela, que é a dominante, ademais de que a paciente presenta cambras por todo o membro superior, con anestesia do cuarto e quinto dedos e hipoestesia do primeiro, segundo e terceiro dedos. (...) a sinatura do consentimento informado non pode servir de patente de corso para eximir a Administración da súa responsabilidade patrimonial e moito menos para permitir descoidar o deber de dilixencia que incumbe ao facultativo e á propia Administración sanitaria, aos que lles corresponde desenvolver unha correcta praxe médica, engadindo que manter o contrario equivalería a consagrar en dereito a irresponsabilidade da Administración sanitaria por danos derivados de calquera acto médico pola simple razón de ter informado xenericamente o paciente».

## 6.2 Reclamación indemnizatoria polos prexuízos derivados da inclusión de determinados terreos na Rede Natura

A Sentenza do TSXG do 3 de abril de 2019 (rec. 118/2016, relator: López González) examina o recurso interposto por unha entidade mercantil contra unha resolución da Xunta de Galicia desestimatoria da reclamación dunha indemnización de quince millóns de euros formulada polos danos e perdas derivados da inclusión de determinados terreos na Rede Natura 2000, como consecuencia da aprobación do Decreto 37/2014, do 27 de marzo, polo que se declaran zonas especiais de conservación os lugares de importancia comunitaria de Galicia, e se aproba o Plan Director da Rede Natura 2000 de Galicia. O tribunal descarta finalmente a concorrencia de responsabilidade, coas seguintes consideracións:

*«(...) as limitacións ao uso dos terreos da recorrente non derivan do Decreto 37/2014, porque xa se impoñían na normativa anterior, dado que previamente xa tiñan unha regulación singular, fundamentalmente contida no artigo 16.2 da Lei 9/2001 e 2 do Decreto 72/2004, así como nas Leis 42/2007 e 7/2012, nas que, se ben se permitía que se puidesen seguir realizando, de modo tradicional, os usos e actividades anteriores que non vulnerasen os seus valores naturais, impúñase a existencia de autorización previa para a realización de actividades, distintas das anteriores, que puidesen pór en perigo os valores que xustifican a protección dos devanditos espazos.*

*Aínda é máis, a Lei galega 9/2002, do 30 de decembro, de ordenación urbanística e protección do medio rural de Galicia, somete, no artigo 32.2. f (“constituído polos terreos sometidos a algún réxime de protección por aplicación da Lei 9/2001, de conservación da natureza, ou da lexislación reguladora dos espazos naturais, a flora e a fauna”), os predios que se atopen en solo rústico de especial protección de espazos naturais a un réxime de protección especial, catalogación que merecen os da actora incluídos no Plan Director da Rede Natura 2000 de Galicia, mentres que no artigo 39 se especifican para o dito solo os usos permitidos, os autorizables e os prohibidos, de xeito que desde a súa entrada en vigor existían unhas limitacións legalmente previstas que cumpría ter en conta necesariamente.*

*Do ata aquí exposto deriva que non concorre a necesaria relación de causalidade entre o funcionamento do servizo público (que a actora deriva da aprobación do Decreto 37/2014) e o dano que se afirma como causado, sen que o informe pericial achegado desacredite tal dedución derivada da fundamentación xurídica que queda exposta, pois os aspectos técnicos sobre os que debe informar o perito non se poden nin deben estender ás deducións xurídicas derivadas do exame da lexislación ata aquí examinada.*

*Tampouco demostra a recorrente a concorrencia do requisito de dano efectivo.*

*Neste sentido, os danos reclamados céntranse nas perdas por afección á explotación de gando de monte (calculadas pola diferenza entre a explotación dos terreos con pasto mellorado e con pasteiro arbustivo), así como nas relativas á mingua do valor dos terreos (mingua que tamén se calcula capitalizando as rendas obtidas con pasto mellorado e con pasto non mellorado).*

*Non obstante, non se acreditou a realización, con anterioridade á entrada en vigor do decreto, dunha efectiva explotación de gando nos terreos nos termos que se alegan previstos*

REGAP



COMENTARIOS E CRÓNICAS

no informe pericial que se achega coa reclamación. É de destacar que no informe pericial se parte de datos relativos non á explotación gandeira concreta do reclamante, senón á “carga gandeira de pasteiros, mellorados ou arbustivos, en zonas medio altas e altas como as dos terreos da recorrente, e con gando autóctono de raza loura galega ou cruzada” e á “producción de carne para os pasteiros (mellorados ou arbustivos) nestas zonas”, sen que consten labores de mellora de pasto neles, nin sequera que a demandante tivese previsión de acometer tales labores con anterioridade á mencionada entrada en vigor, que se vise posteriormente frustrada. En definitiva, non consta acreditado que os danos reclamados respondan á efectiva perda de usos con que a reclamante contaba e que exercía con anterioridade á aprobación do decreto, e dos que se viu privado como consecuencia directa desa aprobación.

Así mesmo, no informe pericial practicado en sede xudicial pártese de hipóteses ou expectativas afastadas de danos reais e concretos, que non se poden dar por acreditados.

Con iso ponse de manifesto así mesmo que non se cumpren os requisitos b), c) e d) do artigo 29.2 da Lei 9/2001, porque non consta que as limitacións de usos establecidas afecten a usos ou aproveitamentos legal e efectivamente exercidos no momento de imposición da restrición, nin que se produza unha lesión patrimonial efectiva e actual. E tampouco se cumpre o requisito do apartado d), porque as limitacións establecidas non son singulares, nin se trata de privación de dereitos especificamente prevista para a actora, senón que afectan a máis propietarios con titularidades que resulten afectadas».

## 7 Tributos

### 7.1 Ordenanza municipal reguladora da taxa por utilización privativa ou aproveitamento especial do dominio público local das instalacións de transporte de enerxía eléctrica, gas, auga e hidrocarburos

A Sentenza do TSXG do 27 de febreiro de 2019 (rec. 15358/2018, relator: Núñez Fiaño) desestima o recurso interposto por Rede Eléctrica de España contra a Ordenanza Fiscal do Concello da Pobra de Trives reguladora da “Taxa por utilización privativa ou aproveitamento especial do dominio público local das instalacións de Transporte de Enerxía Eléctrica, Gas, Auga e Hidrocarburos” (BOP de Ourense do 21/02/2018) e o seu “Anexo de Tarifas”.

Conclúe o tribunal que a taxa non xera un suposto de “dobre imposición” tributaria e que o sistema de xestión/liquidación prevista na ordenanza é correcto. Sobre a determinación do importe a pagar realiza as seguintes consideracións:

«(...) 1.<sup>a</sup>) A ordenanza fiscal discutida establece a taxa pola utilización privativa ou o aproveitamento especial do dominio público local polas empresas dedicadas ao transporte e subministración de enerxía eléctrica, gas, auga e hidrocarburos. Aquela utilización e ese aproveitamento do dominio público local responden ás mesmas pautas calquera que sexa o municipio: os terreos afectados teñen a mesma natureza e as instalacións cuxo establecemento son a súa causa presentan iguais características (liñas aéreas de alta tensión,

canalizaciones de gas, de auga, etc.). Por iso nada de estraño hai en que as ordenanzas de distintos concellos respondan ás mesmas pautas e contén con igual xustificación técnico-económica, sendo razoable que no informe que xustifica e explica o importe da taxa e as súas tarifas non se conteñan máis mencións á concreta corporación local que as que resulten imprescindibles.

2.<sup>a</sup>) Calquera que sexa a cualificación que a cada cal lle merezan as consideracións xurídicas e económicas que contén o informe técnico-económico, o certo é que, como a propia RED ELÉCTRICA reconece, dedica máis de dez páxinas a explicar os parámetros que serven para determinar a base impositiva da taxa, dando conta de onde procede cada elemento e o método seguido, polo que mal pode sosterse que o dito informe, que acompaña á ordenanza discutida, non cumpre co obxectivo sinalado polo lexislador: pór de manifesto o valor de mercado da utilidade que se grava coa taxa e xustificar as tarifas que se aplican. Máis adiante, o fundamento desta afirmación farase patente cando, ao resolver o primeiro motivo de casación, expoñamos o contido da ordenanza e do seu informe técnico-económico.

3.<sup>a</sup>) Non responde á realidade a afirmación de que a ordenanza fiscal impugnada e o seu informe técnico-económico perseguen gravar unicamente a ocupación que do dominio público local fai RED ELÉCTRICA coas instalacións da súa titularidade. É unha afirmación voluntarista que se dilúe cando se constatan os dous seguintes feitos: (i) a taxa refírese non só á utilización do dito dominio público pola instalación de liñas aéreas de alta tensión, senón tamén por canalizacións de gas e de auga, así como por outro tipo de instalacións (léanse o seu título, o anexo e o contido do informe técnico-económico), realidade que non se desdía pola circunstancia de que a xustificación económica e técnica que aparece nese documento se deteña máis nas instalacións de transporte de enerxía eléctrica; e (ii) este é o terceiro recurso que resolve esta sala en relación coa ordenanza do Concello de Arteixo, nos outros dous as recorrentes, e polo tanto suxeitos pasivos, eran sociedades distintas e independentes da agora demandante, unha dedicada ao transporte e a distribución de gas e a outra ao de enerxía eléctrica.

4.<sup>a</sup>) O feito, sen máis, de que o informe técnico-económico se sustente nun “informe tipo” realizado para a Federación Española de Municipios e Provincias polo gabinete que a asesora non nega a súa capacidade para xustificar e sustentar a decisión impositiva que a ordenanza incorpora. Foi elaborado por un asesor “xurídico” e outro “técnico”, contando cos elementos precisos dunha e outra natureza. Unha vez incorporados á decisión municipal, conforman a vontade do consistorio, sendo válido o dito informe se explicita, xustifica e motiva os elementos técnicos e xurídicos que cimentan a taxa e a súa contía.

B) A ordenanza é a norma xurídica que contén os elementos configuradores do tributo: o feito impositivo, a determinación da base, a fixación do tipo de gravame, así como os demais elementos determinantes da contía da débeda tributaria [véxase neste sentido o artigo 8 da Lei 58/2003, do 17 de decembro (RCL 2003, 2945), xeral tributaria (BOE do 18 de decembro)]. Entre eles non se conta o número de metros lineais de tendidos de rede eléctrica que discorren polo dominio público municipal. Este non é un concepto normativo, non é un elemento configurador do tributo, senón un dato que debe constar na liquidación tributaria para determinar a débeda de cada suxeito pasivo. A reserva de lei (en sentido

REGAP



COMENTARIOS E CRÓNICAS

*ampla, comprensiva cando se trata de tributos locais das ordenanzas fiscais) non exige expresar numericamente na norma as instalacións cuxo establecemento determina o uso ou o aproveitamento que constitúe o feito impositivo, senón concretar ese feito impositivo, os elementos que han de servir para cuantificar a base e a cota mediante a aplicación da cal quedará determinada a débeda tributaria de cada suxeito pasivo, atendendo, ao tempo da liquidación (entón si), á cantidade ou intensidade da utilización ou o aproveitamento, determinado polo número de metros lineais de solo de dominio público afectado. En definitiva, os dous argumentos da demanda aos cales a sala de instancia non deu resposta deben ser desestimados.*

*En aplicación desta doutrina xurisprudencial cuxa aplicación non poden exceptuar os votos particulares que se citan na demanda, procede declarar a conformidade a dereito do artigo 4 da ordenanza fiscal que nos incumbe, salientando para concluír este bloque de motivos impugnatorios que, no informe técnico económico tras citar a normativa catastral e ordes de referencia, se concreta na páxina 20 a fórmula do valor do solo rústico ocupado con construción con cita expresa da OM EHA/3188/2006 e OM EHA/2816/2008, ademais das fontes (entre as que obviamente se atopan os datos que pode obter a través do Concello ou da Xerencia de Catastro, derivados do relatorio de valores). (...). Dada a xurisprudencia do Tribunal Supremo citada, que resulta de parecer maioritario dos maxistrados da sala, non se advirte a necesidade de suscitar a cuestión de inconstitucionalidade do artigo 24.1.a) do TR da Lei reguladora das facendas locais ou prexudicial de dereito comunitario do inciso final do apartado 7 do artigo 15, en relación coa letra a) do apartado 6 do artigo 37 e concordantes, ambos os dous da Directiva 2009/72/CE do Parlamento Europeo e do Consello do 13 de xullo de 2009, pois debemos resolver a controversia conforme aquela doutrina xurisprudencial que defende a legalidade de ordenanzas similares a esta. Ademais diso, cabe destacar que o artigo 7 inciso final da directiva citada simplemente sinala que a condición aplicable polos xestores de rede de transporte destes servizos deberá fixarse segundo unha metodoloxía compatible co artigo 37, apartado 6, de forma non discriminatoria e que reflecta os custos e serán publicadas, o que sucede con estas taxas fixadas legalmente; e o artigo 37.6.a) da citada directiva, que as autoridades reguladoras se encargarán de fixar ou aprobar, coa suficiente antelación da súa entrada en vigor, como mínimo, as metodoloxías utilizadas para calcular ou establecer as condicións para a conexión e acceso ás redes nacionais, incluíndo as tarifas de transporte e distribución e as súas metodoloxías que permitirán realizar os investimentos necesarios nas redes de forma que quede garantida a viabilidade da rede, extremo ao que tamén cremos que se dá satisfacción a través de aprobación, grazas ao disposto na Lei de facendas locais, que prevé a posibilidade de establecer esta taxa».*

## **7.2 Nulidade do Real decreto 529/2017, de modificación do Regulamento do imposto sobre o valor engadido, por omisión do informe preceptivo do Consello de Estado**

A Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo (TS), na súa Sentenza do 5 de xullo de 2019 (RC 535/2017, relator: Merino Jara), estima o recurso interposto



polo Colexio de Economistas de Pontevedra contra o Real decreto 529/2017, do 26 de maio, que modificou o Regulamento do imposto sobre o valor engadido (RD 1624/1992, do 29 de decembro), introducindo dúas novas disposicións transitorias: a cuarta (“baixa extraordinaria no rexistro de devolución mensual e renuncia extraordinaria á aplicación do réxime especial do grupo de entidades durante o ano 2017”) e a quinta (“opción por levar os libros rexistros a través da Sede electrónica da Axencia Estatal de Administración Tributaria polos suxeitos pasivos acollidos ao réxime simplificado para o ano 2017”). A dita modificación completaba outra anterior do mesmo regulamento, aprobada polo Real decreto 596/2016, do 2 de decembro, para a modernización, mellora e impulso do uso de medios electrónicos na xestión do imposto sobre o valor engadido, co fin de establecer un novo sistema de levar os libros de rexistro do Imposto a través da Sede Electrónica da Axencia Estatal de Administración Tributaria.

O alto tribunal declara a nulidade desta modificación regulamentaria por terse omitido na súa tramitación o preceptivo Ditame do Consello de Estado. Afírmase o seguinte na sentenza:

*«(...) Atopámonos ante un “regulamento executivo”, entendendo por tales “os que a doutrina tradicional denominaba “regulamentos de lei” e se caracterizan, en primeiro lugar, por ditarse como execución ou consecuencia dunha norma de rango legal que, sen abandonar o terreo a unha norma inferior, mediante a técnica deslegalizadora, os acouta ao sentar os criterios, principios ou elementos esenciais da regulación pormenorizada que posteriormente debe establecer o regulamento en colaboración coa lei e, en segundo lugar, en que o regulamento que se expida en execución dunha norma legal innove, no seu desenvolvemento, o ordenamento xurídico” (Cfr. por todas, SSTS do 19 de marzo de 2007, recurso de casación 1738/2002, e 25 de xuño de 2009, recurso de casación 992/2007). Achámonos, pois, ante un regulamento executivo, como tamén o é o Real decreto 596/2016, do 2 de decembro. Non obstante, un foi ditaminado e o outro non. Sendo, sen dúbida un regulamento executivo o que nos ocupa, como tal debe ser ditaminado polo Consello de Estado, aínda que sexa unha modificación doutro anterior que si foi informado, na medida en que este tamén innova o ordenamento xurídico ao introducir dúas disposicións transitorias totalmente necesarias para pór en práctica, nos termos pretendidos, o novo sistema de levar os libros rexistro de IVE o 1 de xullo de 2017.*

*(...) consideramos que as modificacións si resultan transcendentales e revisten carácter esencial. Sinálase na contestación á demanda que ambas as dúas modificacións dan resposta á demanda de boa parte do colectivo afectado pola obriga de levar os libros rexistro do imposto sobre o valor engadido a través da Sede electrónica da Axencia Estatal de Administración Tributaria. Non negamos que sexa así, pero iso confirma que ningunha das dúas previsións atopa acomodo no Real decreto 596/2016, que foi o único sometido ao ditame do Consello de Estado, atopándonos, por conseguinte, ante unha modificación relevante. (...)*

*Por conseguinte, a ausencia do ditame preceptivo do Consello de Estado no procedemento de elaboración dunha disposición xeral debe reputarse un vicio substancial que determina a nulidade de pleno dereito da disposición xeral que o padeza, tal e como reiterou*

REGAP



COMENTARIOS E CRÓNICAS

a nosa xurisprudencia (SSTS do 17 de xullo de 2009, Rec. 1031/2007; do 24 de novembro de 2009, Rec. 11/2006; e do 1 de xuño de 2010, Rec. 3701/2008, entre outras)”. A nulidade do Real decreto 529/2017, do 26 de maio, orixínase na inobservancia do disposto no 3 do artigo 22 da Lei orgánica do Consello de Estado, no procedemento da súa elaboración (...)».

## 8 Universidades

### 8.1 Control xurisdicional da avaliación negativa de períodos de investigación pola ANECA

O TSXG, na súa Sentenza do 20 de febreiro de 2019 (rec. 87/2018, relator: Seoane Pesqueira), desestima o recurso promovido por un profesor da Universidade de Vigo contra unha resolución da Axencia Nacional de Avaliación da Calidade e Acreditación (ANECA) que avaliou negativamente o tramo de investigación solicitado. Afirma o tribunal galego nesta sentenza que:

«(...) en congruencia coa moderna doutrina xurisprudencial sobre o control da discrecionalidade técnica, ditouse nesta materia por parte da Sección 4.<sup>a</sup> da propia Sala 3.<sup>a</sup> do Tribunal Supremo a Sentenza do 3 de xullo de 2015 (recurso de casación 2941/2013), na cal se matiza a aplicación daquela STS do 5/07/1996, no sentido de que esta non exclúe o deber de expresar as razóns polas que se establece unha determinada puntuación, de xeito que non poderá entenderse motivada a decisión cando o “informe técnico” unicamente contén unha cifra numérica, sen engadir ningunha explicación relevante, que faga comprensible o contido do acto posterior (o da CNEAI). Na propia STS argumentase que “É certo que o xuízo técnico do Comité “se expresará en termos numéricos de cero a 10”, segundo dispón o artigo 8.2 da Orde de 1994, pero iso non significa que se crease unha sorte de actos exentos ou alleos á exigencia da motivación dos actos administrativos. O xuízo técnico efectivamente resúmese ou remata nunha cualificación, pero ese resultado final debe ir precedido da correspondente motivación, explicando as razóns polas que a Comisión, ou por remisión o Comité, cifrou a súa cualificación nunha determinada puntuación”. Seguidamente, a dita STS do 3/07/2015 especifica en que consiste o control xudicial neste caso de discrecionalidade técnica: “o control xudicial deste tipo de actos atópase acoutado, é limitado, e non pode alcanzar a plenitude do noso control xurisdicional sobre os actos administrativos alleos á discrecionalidade técnica. A avaliación da actividade investigadora, en tanto, ao ser unha decisión froito da discrecionalidade técnica, pois o Comité, que proporciona a motivación, valora os méritos segundo os criterios científicos ou técnicos, ao concorrer nos membros do órgano a capacitación e especialización exixida pola norma para estes casos, non pode ser corrixida respecto dese xuízo técnico. Que o acto de avaliación deba ser motivado non significa, insistimos, que, logo, os órganos xudiciais poidan revisar a valoración técnica que contén o acto administrativo. Dito doutro xeito, a motivación do acto non nos permite examinar a entraña da decisión técnica, produto da indicada discrecionalidade técnica, e substituír ese xuízo técnico polo que expresa o recorrente ou o do propio tribunal. O que nos permite a motivación, en definitiva, é controlar que efectivamente se puxeron de manifesto, de forma comprensible, as razóns da puntuación expresada e, ademais, que esa decisión

non é arbitraria, non incorre en desviación de poder, non se opón aos principios xerais do dereito, ou incorre en defectos de índole formal”. No seu fundamento de dereito oitavo a citada STS do 3/07/2015 continúa razoando: “Acorde co exposto, a discrecionalidade técnica non lle permite ao órgano xurisdiccional, polo tanto, revisar a calidade e aptitude dos traballos ou achegas do recorrente. Os órganos xurisdiccionais non poden corrixir ou alterar a apreciación realizada pola Comisión Nacional Avaliadora no relativo á súa estimación técnico-científica. E non poden facelo, aínda que se trate de áreas de coñecemento en que os tribunais teñan a preparación técnica ou científica exixida, neste caso no ámbito do dereito, porque o control dos órganos xurisdiccionais é de carácter xurídico respecto do acomodo da actuación administrativa ao ordenamento xurídico, e non técnico-científico. Dicimos isto porque no suplico do escrito de interposición se solicita, como pretensión principal, que “se recoñeza a suficiencia de méritos do solicitante para unha valoración positiva do tramo de investigación solicitado”. E de ningún xeito esta sala vai realizar unha valoración dos méritos do recorrente, para emendar a puntuación realizada polo Comité Asesor. Será a Comisión Nacional, autora do acto administrativo, quen deberá motivar por si mesma, ou por remisión ao correspondente informe do Comité Técnico, as razóns da puntuación que establece, segundo o tipo de motivación que prevé o artigo 8.3 da citada Orde de 1994. Para iso retrotraeranse as actuacións, que é a pretensión que se solicita en segundo lugar, á vía administrativa, concretamente ao momento anterior ao informe do Comité Asesor, para a emisión dun informe motivado”.

A lectura repousada da demanda pon de manifesto que o demandante pretende, en primeiro lugar, que este tribunal reavalíe cada unha das achegas presentadas ata o punto de que se recoñeza a avaliación positiva do tramo de investigación solicitado, penetrando na avaliación técnica efectuada polo comité asesor, porque, como se deduce das alegacións do recorrente que, en síntese, foron resumidas no anterior fundamento xurídico, aborda todos e cada un dos aspectos que deben ser valorados para alcanzar a cualificación final. É dicir, o actor está a penetrar no axuizamento técnico da Administración, pois expresamente alude a que non lle parece correcto o criterio técnico empregado, o cal excede o control que a moderna xurisprudencia admitiu nesta materia.

De todo o anteriormente argumentado despréndese que non cabe acoller a petición principal contida no suplico da demanda, porque iso entrañaría revisar a calidade e aptitude dos traballos ou achegas do recorrente, e, por conseguinte, abrir a posibilidade de corrixir ou alterar a apreciación realizada polo comité asesor e pola CNEAI e ANECA no relativo á súa estimación técnico-científica, extralimitando o control xurídico que a este tribunal lle corresponde.

Se, conforme coa dita moderna xurisprudencia, o control dos órganos xurisdiccionais é de carácter xurídico respecto do acomodo da actuación administrativa ao ordenamento xurídico, e non técnico científico, non é posible a substitución da valoración técnica verificada polo órgano administrativo. Ademais, tal substitución avaliativa non é fiscalización, senón que vai máis alá, incidindo na prohibición contida no artigo 71.2 da Lei 29/1998, do 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa, xa que proscribe que os órganos xurisdiccionais determinen o contido discrecional dos actos anulados. (...)

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

*Consecuencia do anteriormente exposto é que o exame se debe centrar na análise de se pode considerarse que a resolución administrativa impugnada, á que se incorporou o informe do comité asesor emitido antes da decisión sobre o recurso de alzada, está correcta e suficientemente motivada. En congruencia con tal exigencia de motivación, esta sala e sección incidiu na necesidade de que a Administración ofrezca a debida resposta aos argumentos esgrimidos no recurso de alzada interposto contra a decisión inicial da CNEAI, adecuándose estes argumentos aos criterios específicos da correspondente resolución da CNEAI, pois a propia xurisprudencia exixiu esa resposta explícita para cumprir axeitadamente o requisito da motivación (artigo 35 da Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas), co fin de que quen postula o recoñecemento do seu xuízo poida coñecer as razóns polas que se puntuán negativamente determinadas achegas.*

*É dicir, o feito de que sexa bastante que o comité asesor correspondente exprese o seu xuízo técnico en termos numéricos de cero a dez, sendo preciso un mínimo de seis puntos para obter unha avaliación positiva, tal como impón o artigo 8.2 da Orde do 2 de decembro de 1994, non escusa de expor os motivos polos que se outorga unha determinada puntuación inferior a 6 puntos (ou mesmo superior) se se presenta un recurso de alzada fronte ao acordo inicial da CNEAI, que se apoia no informe do comité asesor, en cuxo recurso se esgriman argumentos concretos polos que unha determinada achega puidese ser avaliada positivamente, sobre todo se eses argumentos están baseados nos criterios específicos que se fixeron públicos a través da resolución da propia CNEAI. Entendelo doutro xeito sería tanto como recoñecer unha zona inmune de poder, e propiciar que a discrecionalidade, por moi técnica que sexa, poida incidir na arbitrariedade derivada da falta de explicación do realizado, o cal se compadece mal coas exigencias dun Estado de dereito e co principio de interdicción da arbitrariedade dos poderes públicos, proclamado no artigo 9.3 da Constitución.*

*Nada impide que aqueles criterios específicos sexan interpretados polo comité asesor e pola CNEAI dun xeito distinto ao exposto polo actor na súa solicitude, pero é preciso que se exteriorice ese diferente modo de entendemento para que, á vez que se achega aquela contestación aos argumentos do recorrente, poida levarse a cabo a fiscalización xudicial a que obriga o recurso contencioso-administrativo presentado. (...)*

*As afirmacións do actor quedan en alegacións sen apoio probatorio, mentres que as razóns ofrecidas polo comité asesor integran unha motivación axeitada, en canto integralmente conectada cos criterios xenéricos e específicos que han de servir de pauta para axuizar a conveniencia daquela. (...) a Administración expón razoadamente os motivos da puntuación outorgada a cada unha das achegas presentadas, e ademais céntrase nos criterios xerais da Orde do 2 de decembro de 1994 e específicos recollidos na resolución do 26/11/2015, co que, á parte de cumprir o deber exixido no artigo 35 da Lei 39/2015 e dar a coñecer a fundamentación da decisión adoptada, lle outorga a posibilidade ao recorrente de rebater as ditas argumentacións.*

*É dicir, neste caso resulta incuestionable que existe motivación, e esta é suficiente e axeitada, porque se adecúa aos criterios xenéricos e específicos que constitúen as pautas a que debe axustarse a valoración. Cousa diferente é que a actora mostre a súa desconformidade coa aplicación daqueles criterios no caso das distintas achegas. Por todo cando queda exposto, procede a desestimación do recurso interposto».*