

Xurisprudencia contencioso-administrativa

Jurisprudencia contencioso-administrativa

Contentious-administrative jurisprudence



FRANCISCO DE COMINGES CÁCERES

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

Regap



NOTAS

Sumario: 1 Administración local. 1.1 Modificación do cadro de persoal para amortización de praza cuxo titular se atopa en situación de excedencia ocupando un posto eventual noutra Administración. Requisitos procedementais. 1.2 Negociación colectiva na aprobación dos orzamentos municipais. 1.3 Competencia do alcalde para a recuperación de oficio de bens de dominio público. 2 Bens públicos. 2.1 Natureza pública demanial do solo da illa de Ons. 3 Contratos públicos e subvencións. 3.1 Revisión da concesión do servizo de transporte marítimo na ría de Vigo en réxime de exclusividade por incompatibilidade co dereito da Unión Europea. Dereito do contratista a obter unha indemnización. 3.2 Contratos mixtos. Servizo de xestión integral de espazos dun complexo hospitalario. Posibilidade de licitación nun mesmo contrato dos servizos de subministración enerxética, limpeza, seguridade, etc. 3.3 Reintegración de fondos FEDER. Prazo de prescrición. 3.4 Protección de datos persoais nos procedementos de outorgamento de subvencións. 4 Expropiación forzosa. 4.1 Composición do Xurado de Expropiación Forzosa de Galicia. O vogal técnico representante do concello expropiante debe ter a titulación de arquitecto. 4.2 Insolvencia da entidade beneficiaria da expropiación. Obriga subsidiaria da Administración expropiante de lles pagar o prezo xusto aos propietarios afectados, en substitución da beneficiaria. 5 Persoal. 5.1 Procedementos de selección de persoal. Designación dos membros do tribunal da oposición: acto de trámite cualificado impugnabile coa resolución final. Infracción dos principios de paridade de xénero e de imparcialidade e obxectividade. 5.2 Idade mínima e máxima para poder acceder ás brigadas contra incendios forestais. 5.3 Supresión da paga extra dos funcionarios da Administración autonómica (xustiza). Entrada en vigor respecto da paga adicional do complemento específico. 6 Responsabilidade patrimonial. 6.1 Accidente de circulación por defectuoso estado da calzada (mancha de aceite). Cómputo do prazo de prescrición cando resulta nun principio dubidosa a titularidade da estrada. Requisitos da relación de causalidade. 7 Sancións administrativas. 7.1 Participación en manifestación ilegal. Lei orgánica de protección da seguridade cidadá. 8 Tributos. 8.1 Canon eólico. 8.2 Imposto de construcións, instalacións e obras. Tras a liquidación definitiva, a Administración local xa non pode revisar a base impoñible do imposto. 9 Urbanismo e ordenación do territorio. 9.1 Plan Xeral de Ordenación Municipal. Avaliación ambiental estratéxica. 9.2 Revisión do planeamento xeral. Indemnizacións por vinculacións singulares. 9.3 Xestión urbanística. Sistema de cooperación. Natureza xurídica das cotas de urbanización. Posibilidade de impugnación indi-

recta do proxecto de reparcelación. 9.4 Compatibilidade coa Directiva de servizos do Decreto 211/2012 regulador do procedemento para a obtención da autorización comercial autonómica.

1 Administración local

1.1 Modificación do cadro de persoal para amortización de praza cuxo titular se atopa en situación de excedencia ocupando un posto eventual noutra Administración. Requisitos procedementais

A sentenza da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (TSXG) do **15 de xullo de 2015** (rec. 258/2013, relator: Ilmo. Sr. López González) desestimou o recurso interposto contra o acordo plenario dun concello que modificou o cadro de persoal para amortizar unha praza de persoal laboral fixo cuxo titular se atopaba en situación de excedencia por incompatibilidade ao ocupar un posto eventual na deputación provincial. Sinálase o seguinte na sentenza:

«(...) La demandante parte de una situación equivocada; parece confundir plaza con puesto de trabajo. No puede olvidar que su excedencia supuso una situación de suspensión de su relación laboral y no una ruptura de la misma. Olvida igualmente que la excedencia que disfruta no le comporta, respecto del Ayuntamiento demandado, otro derecho futuro que el de reingresar con preferencia en el puesto vacante igual o similar al que en su día ocupó, pero no en el mismo puesto, toda vez que aquella excedencia no llevaba aneja reserva de plaza. De ahí que no se comprenda cómo puede entender la actora que la amortización operada implica un despido o ruptura de su antigua relación laboral. De acogerse la pretensión de la recurrente, de intentar preservar su hipotético retorno al puesto de origen, tan incierto en el sí como incierto en el cuándo, se le estaría otorgando no solo la situación de privilegio derivada de su excedencia por incompatibilidad, sino también la posibilidad de paralizar, sine die, cualquier acuerdo futuro por parte del municipio en orden a la elaboración de su organigrama y a la gestión de sus propios recursos, poniendo límites a la potestad de autoorganización del ente local. Ignoramos, por tanto, si lo que la demandante defiende en esta litis es su propio y particular interés o si actúa en defensa de la legalidad. Distinto sería que el problema surgiera por la respuesta que, en su momento, diere el Ayuntamiento a raíz de manifestar la recurrente su voluntad de reingreso en el mismo, pero eso supone entrar en el terreno de las hipótesis y por ello escapa del conocimiento actual de este Tribunal.

Por otro lado, nadie discute las ventajas que el Deporte conlleva para la población, pero eso no impide destacar que su promoción desde el ámbito municipal no constituye un servicio de carácter obligatorio cuando el Ayuntamiento no excede de los 20.000 habitantes a que aluden los artículos 25.2.l) y 26.1.c) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, por lo que no es exigible que cuente en su plantilla con un Técnico/Animador Deportivo, pudiendo gestionarlo de modo externalizado, como ya vino haciendo durante los últimos años, incluso con anterioridad a que la demandante solicitase la excedencia. (...) Sea lo que fuere, nada obsta, por tanto, a la posibilidad que tiene, en este caso, la Administración, en uso de sus facultades autoorganizativas, para amortizar una plaza vacante en aras de una mejora en la prestación de sus servicios propios por la vía de liberar una partida presupuestaria para disponer de esos fondos en la gestión de otros servicios públicos. Es un mero reflejo de

su potestad discrecional, de su potestas variandi, frente a la cual la actora no puede invocar derecho adquirido alguno.

(...) la modificación ha afectado a la plantilla o cuadro de personal y no a la Relación de Puestos de Trabajo. Tiene importancia este detalle toda vez que las plantillas o cuadros de Personal son objeto de aprobación anual con ocasión de los presupuestos municipales, lo que no sucede respecto de las Relaciones de Puestos de Trabajo. De ahí que, del mismo modo que ahora se amortizó la plaza, nada impide que, en un momento posterior, vuelva a incluirse en la plantilla o en el cuadro de personal. Y es obvio que entre los factores que avalan estas modificaciones, el económico juega un papel fundamental, al tener que responder las plantillas a criterios de racionalidad y eficiencia y establecerse conforme a la ordenación general de la economía, al no poder exceder los gastos de personal de los límites fijados con carácter general. Ahora bien, la modificación de la plantilla de personal, durante la vigencia del Presupuesto, requiere, como anexo que es del mismo, el cumplimiento de idénticos trámites a los establecidos para la modificación de éste. En el presente caso, así ha ocurrido, pues se ha convocado y reunido la Mesa de Negociación, ha mediado la existencia de una memoria justificativa de la modificación introducida, ha sido informada por la Intervención y Secretaría municipales, ha sido aprobada inicialmente la modificación, se concedió trámite de alegaciones y audiencia, se resolvieron las alegaciones y se aprobó definitivamente la modificación determinante de la amortización de la plaza que fue objeto de publicación en el BOP correspondiente».

Regap



NOTAS

1.2 Negociación colectiva na aprobación dos orzamentos municipais

Na sentenza do **TSXG** do **3 de xuño de 2015** (rec. 256/2013, relatora: Ilma. Sra. Galindo Gil) anúlase en parte o acordo de aprobación dos orzamentos dun Concello por terse omitido na súa tramitación o requisito da negociación colectiva. Afírmase na sentenza que:

«(...) el artículo 90.1 de la Ley 7/1985 de Bases de Régimen Local impone que cada Corporación “apruebe anualmente, a través del Presupuesto, la plantilla, que deberá comprender todos los puestos de trabajo reservados a funcionarios personal laboral y eventual”, y aunque ello no suplanta la funcionalidad propia de las Relaciones de Puestos de Trabajo (creación de puestos, requisitos y forma de provisión) u otros instrumentos de ordenación de recursos humanos, lo cierto es que el presupuesto aquí examinado incorpora el Anexo de Persoal y acompaña decisiones retributivas de cuño propio, incorporando en relación con el personal un Capítulo I de gastos de personal, lo que habilita para que los interesados o sindicatos puedan cuestionar sus determinaciones, dando entrada a su intervención por vía de la negociación colectiva en la Mesa Xeral de Negociación del ente municipal, al tener el Anexo de Persoal y el Capítulo I un contenido material previsto en la enumeración del artículo 37.1 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, que aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público.

Dicho esto, la cuestión litigiosa se centra en determinar si tuvo o no lugar la negociación con el sindicato de tal actuación administrativa. Como expresamente ha declarado la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 2004, en congruencia con las anteriores de 21 de marzo y 8 de noviembre de 2002, los preceptos de la Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas (trasladable a los artículos 33 y siguientes de la Ley 7/2007), son claros en el sentido de exigir la constitución de la Mesa

de Negociación y la negociación dentro de ella de las cuestiones relativas a retribuciones y puestos de trabajo de los funcionarios, de modo que la falta de negociación, con independencia de que su resultado sea uno u otro, determina la nulidad de pleno derecho del acuerdo administrativo, por lesionar el contenido esencial del derecho de libertad sindical (artículo 62.1.a de la Ley 30/1.992, de 26 de noviembre). En el mismo sentido, la sentencia de 21 de diciembre de 2009 ha declarado que el derecho a la negociación colectiva aparece integrado en el de libertad sindical, reconocido en el artículo 28.1 de la Constitución, como un contenido adicional del mismo.

(...) El examen del expediente y el contraste con el mismo de las alegaciones municipales ponen de manifiesto la ausencia de negociación con el sindicato recurrente. En primer lugar, porque se trata de una mera información unilateral y no de una negociación, pues dicha información además no puede ser calificada de recepticia, ya que no invita a la negociación o a emitir informe alguno, si tenemos en cuenta que la reunión de la Mesa Xeral de Negociación celebrada el día 01/08/2013, fue convocada con un hora de antelación. Consta la queja expresa del sindicato recurrente, que concibe, con buen criterio, que se trata del momento idóneo para dialogar y pactar, convenir o estipular (de eso se trata el proceso negociador), la estructura administrativa del personal del Concello, aprobada el día 27/12/2012, que consta y así fue declarado por esta Sala y Sección, que se hizo de forma unilateral, vulnerando el derecho a la libertad sindical del sindicato recurrente. Y frente a la queja de que para el estudio y negociación de la documentación entregada, es insuficiente la convocatoria con una hora de antelación, el Alcalde contesta con evasivas, pues no de otra forma debe ser calificada la respuesta dada cuando indica que no se está negociando la RPT sino el capítulo I de gastos "e son fabas contadas, xa que vai o persoal funcionario e o persoal laboral fixo e indefinido". En efecto, ya el Tribunal Supremo, en su sentencia de 20/10/2008 (RC 6078/2004), explica que la aprobación de la plantilla orgánica supone la aprobación de una partida de los presupuestos y aunque no es un instrumento jurídico idóneo para fijar ni el nivel de complemento de destino, ni el complemento específico por ser extremos propios de la RPT, aquella y ésta, si bien son cosas distintas, están interconectadas y son interdependientes, toda vez que la RPT propiciará la existencia de las plazas (pues primero debe hacerse la RPT) y ésta será el indicativo para crear las plazas necesarias en la plantilla orgánica, quedando integradas en ella según las diferentes escalas, subescalas, clases y categorías, declarando, expresamente la sentencia del Tribunal Supremo número 850/2008, de 06/05/2008 (RC 315/2007), al invocar otra previa de 01/02/2002 (RC 743/1997), que la RPT es un prius de la plantilla estructural y previa a la plantilla presupuestaria. (...). En suma, forzosamente ha de estimarse el recurso, ya que se ha conculcado el derecho a la negociación colectiva del sindicato recurrente. Ahora bien, la estimación debe serlo en parte, toda vez que la invalidez apreciada lo es tan solo respecto del Capítulo I y Anexo de Persoal, mas no del Presupuesto General, ya que la vinculación del Concello al principio de obligatoriedad de la negociación colectiva, de conformidad con el artículo 37 del EBEP, lo es tan solo respecto de aquéllos».

1.3 Competencia do alcalde para a recuperación de oficio de bens de dominio público

A sentenza do **TSXG** do **30 de abril de 2015** (rec. 4052/2015, relator: Ilmo. Sr. Méndez Barrera) pronúnciase sobre os requisitos competenciais e substantivos para o exercicio da

potestade municipal de recuperación posesoria de bens de dominio público nos seguintes termos:

«(...) la competencia del alcalde ha sido declarada por esta Sala y confirmada por el Tribunal Supremo (STS de 2-4-08) en estos términos: “La interpretación que la parte recurrente hace del artículo 71.2 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales, como si exigiera acuerdo del Pleno del Ayuntamiento, no es acertada. Lo que el precepto exige es “acuerdo de la Corporación”, y no pueden asimilarse los conceptos de “Corporación” y “Pleno”. La Corporación es la entidad pública, y así se deduce del artículo 22-2-j) de la Ley de Bases de Régimen Local, cuando dice que corresponderá al Pleno “la defensa de la Corporación en materias de competencia plenaria”, distinguiendo la persona jurídica (la Corporación) y el órgano (el Pleno). Por ello, cuando el Reglamento de Bienes exige “acuerdo previo de la Corporación”, no está atribuyendo la competencia a un órgano concreto dentro de la Corporación, para lo cual haya que acudir a los artículos 21 y 22 de la L.B.R.L., en el primero de los cuales se atribuyen al Alcalde “aquellas competencias que la legislación del Estado (...) asigne al municipio y no atribuya a otros órganos municipales” (artículo 21-1-s). Este es el título de atribución a los Alcaldes de la competencia para ordenar la recuperación de oficio de bienes en vía administrativa, y no el del artículo 21-1-k (“el ejercicio de acciones judiciales y administrativas”); el ejercicio de una acción administrativa es cosa distinta a la recuperación de oficio, pues alude necesariamente a la comparecencia ante otras Administraciones en defensa de intereses municipales, sin lo cual no puede decirse que haya “ejercicio de acción administrativa”, lo que es distinto al puro ejercicio de potestades municipales (v.g. tributaria, de disciplina urbanística, de seguridad vial, expropiatoria, etc.); en todos estos supuestos existe ejercicio de competencias administrativas pero no ejercicio de acciones administrativas”. (...) Para ejercitar las facultades de recuperación de sus bienes atribuida por la normativa antes citada a los entes locales “es absolutamente preciso que el previo uso público y detentación posesoria por parte del Ayuntamiento recurrente haya quedado establecido de modo medianamente convincente, sin necesidad de complicados juicios valorativos, bien porque conste la utilización con ese carácter por una pluralidad de vecinos de manera reiterada y pacífica, bien a través de una actividad de conservación y cuidado del camino por parte del ente público, bien por cualquier otra circunstancia análoga (Sentencias de 4 de junio de 1991, 13 de febrero de 1989, 2 de octubre de 1997, 25 de marzo, 7 de julio y 14 de octubre de 1998, entre varias otras)” (STS de 11-7-2001). Esas circunstancias a las que se refieren las citadas sentencias concurren de forma clara en este caso, especialmente en lo que se refiere al pavimento del espacio litigioso, realizado con el mismo material y sin solución de continuidad con el del resto del pueblo, y al punto del alumbrado público, que, como ocurre de forma normal en pueblos y ciudades con los de ese tipo, está colocado en la fachada de una casa particular. La propia configuración del lugar, por el que tienen su acceso varias viviendas, y los testimonios sobre su uso comunitario, también avalan el uso público. El espacio cuyo uso público se acuerda recuperar está perfectamente identificado y delimitado en los planos unidos a la resolución municipal. Y la perturbación posesoria no solo resulta de las fotografías que obran en el expediente administrativo sino que está reconocida en la demanda al decir que los que se atribuyen el carácter de copropietarios han venido usando y disfrutando desde siempre el espacio litigioso. Por ello tampoco las alegaciones de la apelante que se refieren a la no concurrencia de los supuestos necesarios para la recuperación posesoria pueden tener acogida».

regap



NOTAS

2 Bens públicos

2.1 Natureza pública demanial do solo da illa de Ons

A Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo (**TS**), na Sentenza do **13 de maio de 2015** (RC 1778/2013, relator: Excmo. Sr. Fernández Valverde), rexeitou o recurso promovido polo Concello de Bueu contra o Decreto 174/2010, do 1 de outubro, do Consello da Xunta de Galicia, que desenvolve o réxime xurídico e regula o procedemento para o outorgamento das concesións da illa de Ons, cos seguintes argumentos:

«(...) debe tomarse en consideración que el Decreto autonómico impugnado 174/2010 no hace sino desarrollar la Ley 5/2001, de 28 de junio, de Régimen jurídico de las concesiones de la isla de Ons, la cual, como señala la sentencia de instancia, establece que las islas de Ons y Onza son bienes de dominio público de titularidad autonómica; esto es, la norma reglamentaria impugnada se limita a regular las posibles concesiones que pueden concederse por la Junta de Galicia respecto de los bienes inmuebles sitos en las citadas islas, pero, sin lugar a dudas, partiendo de la premisa previa de que los terrenos de las islas –todos ellos, sin exclusión alguna– cuentan con la naturaleza de bienes de dominio público, si bien de titularidad autonómica.

Incluso, profundizando en la citada consideración de bienes de dominio público, debe señalarse que cuentan con la citada naturaleza por cuanto los mismos –todos ellos– se encuentran “afectos al uso general o a los servicios públicos” y así ha sido declarado por una Ley, como aquí acontece con la Ley 5/2001, de 28 de junio, de Régimen jurídico de las concesiones de la isla de Ons, declaración que lleva implícita la utilidad pública e interés social de las islas, con la concreta finalidad actual de su preservación para el medio ambiente.

Debe recordarse que las islas fueron expropiadas en 1942, quedando entonces afectas a la defensa nacional, siendo luego transferidas sucesivamente al IRYDA y al ICONA con la finalidad de potenciar sus valores naturales, hasta que en 1984 su titularidad –con su naturaleza y afectación– fue transferida a la Junta de Galicia. Con tal naturaleza fueron inscritas en el Registro de la Propiedad de Bueu, sin que conste desafectación alguna, ni siquiera de algunos de sus concretos terrenos, por parte de la Junta de Galicia –pese a las proposiciones de Ley presentadas al respecto–, y sin que –en modo alguno– pudiera entenderse producida una desafectación fáctica o tácita derivada de la ocupación de los mismos por vecinos del municipio de Bueu, siendo, por el contrario, el Decreto impugnado el que, partiendo de la consideración jurídica de bienes de dominio público de todos los terrenos de las islas, viene a regular la utilización de algunos de los mismos mediante la técnica de la concesión administrativa; uso que, según la propia Ley 5/2001, ha de ser compatible con el Plan de Ordenación de Recursos Naturales y con el Plan Director de Uso y Gestión de las islas.

Así lo consideró el Dictamen de 15 de septiembre de 2010 del Consejo Consultivo de Galicia, y así lo declaró el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de los de Pontevedra, en el Procedimiento Ordinario 262/2010, seguido a instancia de algunos vecinos que alegaban la prescripción adquisitiva inmemorial prevista en el artículo 1959 del Código Civil, mediante sentencia de 9 de noviembre de 2011; sentencia confirmada en apelación (Recurso 53/2012) por la de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 30 de octubre de 2012.

(...) Para concluir solo hemos de recordar que, en principio, y salvo deslinde que desconocemos, los terrenos de los vecinos de Bueu no serían bienes de dominio público natural, de los contemplados en el artículo 132 de la Constitución».

3 Contratos públicos e subvencións

3.1 Revisión da concesión do servizo de transporte marítimo na ría de Vigo en réxime de exclusividade por incompatibilidade co dereito da Unión Europea. Dereito do contratista a obter unha indemnización

Na sentenza do **TS do 13 de outubro de 2015** (RC 2353/2014, relator: Excmo. Sr. Lucas Murillo de la Cueva) recoñéceselle á antiga concesionaria do servizo público de transporte marítimo regular de viaxeiros na ría de Vigo o dereito a percibir unha indemnización polos prexuízos derivados da perda da exclusividade na prestación do servizo como consecuencia da revisión de oficio da concesión por imperativo do Tribunal de Xustiza da Unión Europea. O TS toma como punto de partida os seguintes antecedentes:

«(...) la ahora recurrente, (...), obtuvo mediante el correspondiente concurso y en virtud de la resolución del Consejero de Política Territorial, Obras Públicas y Vivienda de la Junta de Galicia de 5 de octubre de 1999, la adjudicación, por veinte años, prorrogables por otros diez, de la concesión para prestar el servicio público de transporte marítimo regular de viajeros entre las riberas de la ría de Vigo y el estacional turístico a y desde las islas Cíes. Antes, la Ley del Parlamento de Galicia 4/1999, de 9 de abril, había declarado servicio público de titularidad de la Junta de Galicia el transporte público marítimo de viajeros en la ría de Vigo. Años después, la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de marzo de 2006, dictada en el asunto C-323/03, declaró la incompatibilidad de esa Ley con el Reglamento (CEE) 3577/92, del Consejo, de 7 de diciembre, por el que se aplica el principio de libre prestación de servicios a los transportes marítimos dentro de los Estados miembros (cabotaje marítimo). En particular, falló que lo infringía en tanto permitía “conceder los servicios de transporte marítimo de pasajeros en la ría de Vigo a un único operador durante un período de veinte años y que incluye como criterio de adjudicación de dicha concesión la experiencia de transporte en la citada ría; (...) someter a obligaciones de servicio público los servicios de transporte estacionales con las islas o los servicios de transporte regulares entre puertos continentales; (...) [y] nunca fue objeto de consulta con la Comisión de las Comunidades Europeas”. A raíz de este pronunciamiento, el Parlamento de Galicia dictó la Ley 2/2008, de 6 de mayo, por la que se desarrolla la libre prestación de servicios de transporte marítimo de personas en aguas interiores de Galicia. Su preámbulo explica que la mencionada sentencia “determina la necesidad de establecer un marco de libre prestación de servicios de cabotaje”, si bien, después, precisa que la liberalización no puede suponer la desregulación del sector y, por eso, procede a desarrollar el marco general en que se producirá la libre prestación del indicado servicio y su disposición derogatoria única 1 deroga la Ley 4/1999. Antes, el 22 de febrero de 2008, y también como consecuencia de la sentencia del Tribunal de Justicia, la Administración gallega incoó un procedimiento de revisión de oficio de la concesión, procedimiento que concluyó con la declaración de su nulidad por resolución de 17 de julio de 2008 sin disponer nada sobre las pretensiones indemnizatorias planteadas en sus alegaciones por la concesionaria (...).

regap



NOTAS

E conclúe que a mercantil contratista debeu ser indemnizada, xa que:

«es un concesionario cuya concesión se ha visto alterada sustancialmente, pues, siendo su objeto la prestación de un servicio de transporte en exclusiva, tras la sentencia del Tribunal de Luxemburgo no puede mantenerse esa exclusividad. Una exclusividad que, en los términos en que se convocó el concurso para adjudicarla y, posteriormente, se adjudicó (...) debía prolongarse por todo el tiempo de la concesión, es decir, por veinte años y, en su caso, de ser prorrogada, por otros diez. De ahí que la oferta de la actora se hiciera con esa perspectiva temporal y, naturalmente, que comprendiera las condiciones de prestación del servicio de transporte marítimo en la ría de Vigo y a las islas Cíes en exclusiva. Y, de igual modo que no es preciso un especial esfuerzo para advertir lo anterior, tampoco es menester de particular explicación para concluir que la privación de dicha exclusividad ha de repercutir negativamente en el concesionario que tendrá la competencia de otras empresas y, por tanto, transportará a menos viajeros. (...) La concesión seguía siendo válida y eficaz si bien no era posible ya su explotación por la variación sustancial que se había producido en la misma, del todo ajena a la concesionaria (...) no tenía ya posibilidades de desenvolverse en las condiciones en que se adjudicó pues, ciertamente, el pronunciamiento del Tribunal de Luxemburgo conducía de forma necesaria a la privación de la exclusividad del servicio e impedía, así, la explotación de la concesión. De ahí que lo procedente fuera, no la declaración de nulidad, sino la resolución anticipada de la concesión».

3.2 Contratos mixtos. Servizo de xestión integral de espazos dun Complexo Hospitalario. Posibilidade de licitación nun mesmo contrato dos servizos de subministración enerxético, limpeza, seguridade, etc.

O **TSXG** (Secc. 2ª), na sentenza do **9 de xullo de 2015** (recs. 4180/2014 e 4234/2014, relator: Ilmo. Sr. Méndez Barrera), estima o recurso formulado polo SERGAS contra unha resolución do Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) que anulara os pregos da licitación do servizo de xestión integral de espazos do Complexo Hospitalario Universitario de Ourense. Considera o Tribunal galego que é posible licitar conxuntamente, nun mesmo contrato, os servizos de limpeza, subministración enerxética, seguridade, mantemento, etc., dun hospital, dado que:

«(...) sí se da entre las prestaciones integradas en el contrato litigioso la complementariedad y vinculación a la que se refiere el artículo 25.2 de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP), así como también la unidad funcional dirigida a la satisfacción de una necesidad y a la consecución de un fin institucional propio del ente contratante, puesto que se trata de un contrato mixto de servicios y suministros destinados al funcionamiento de un hospital público de forma que se dé la respuesta más adecuada en tiempo y forma a las necesidades existentes, tanto de los usuarios como de los profesionales, y al mismo tiempo se obtenga un ahorro económico para la Administración, así desde el punto de vista del consumo de energía como de la simplificación de la estructura organizativa y funcional, con la consiguiente disminución de costes por las sinergias producidas y las economías de escala. (...) Las exigencias del artículo 25.2 de la LCSP deben analizarse en términos jurídicos y no económicos, cuando las Directivas 18/2004 y 2014/24 UE, al hablar de la necesidad de celebrar un único contrato mixto dicen que esa necesidad puede deberse a motivos tanto de carácter técnico como económico. El Real Decreto Ley 6/2010 trata de impulsar en materia de energía los

contratos que incluyan un conjunto de prestaciones, como inversiones inmateriales, obras y suministros. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Recomendación de 23-7-2009 incluye la limpieza como una de las prestaciones integrantes de un contrato de suministro de energía y gestión energética de edificios públicos. El artículo 11 de la LCSP incluye entre los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado el de gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas. El Real Decreto 475/2007 clasifica los servicios integrales a edificios e instalaciones como una de las actividades económicas. (...) III El Código Europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las Pyme a los contratos públicos, redactado para garantizar condiciones equitativas para todos los operadores económicos que deseen participar en licitaciones públicas, considera que una de las dificultades con las que se encuentran dichas empresas es la relacionada con el tamaño de los contratos; y para superarla propone recurrir a la posibilidad de que los operadores económicos se agrupen, o de que aprovechen su capacidad económica, financiera y técnica de forma conjunta. Esta posibilidad es facilitada en el PCAP del contrato litigioso, ya que en su artículo 5.3.1.f) prevé que para las prestaciones que tengan que ser realizadas por empresas especializadas con una determinada habilitación o autorización profesional, la clasificación en el grupo correspondiente pueda suplirse por el compromiso del empresario de subcontratar su ejecución con otros empresarios que dispongan de ella. Y en el mismo artículo hay un epígrafe destinado a las uniones de empresarios, y el 4.2 contiene una remisión al artículo 59 de la LCSP al regular la capacidad para contratar. En consecuencia también tiene que ser considerada como incorrecta la referida apreciación realizada en la resolución impugnada, por lo que, y por lo anteriormente expuesto, procede su anulación y la estimación de los recursos con la declaración de ser conformes a derecho los pliegos litigiosos».

regap



NOTAS

3.3 Reintegración de fondos FEDER. Prazo de prescripción

A sentenza do **Tribunal Superior de Xustiza de Madrid** do **30 de setembro de 2015** (rec. 685/2014, relatora: Ilma. Sra. Cadenas Cortina) anula unha resolución da Dirección Xeral de Fondos Comunitarios do Ministerio de Facenda que obrigaba a Deputación Provincial de Ourense a reintegrar uns dez millóns de euros percibidos de subvencións do Fondo Europeo de Desenvolvemento Rexional (FEDER) destinadas á construción de infraestruturas de depuración de augas residuais domésticas en pequenos núcleos rurais (proxectos DAREDO e DEPUTRANS do Programa de Iniciativa Comunitaria INTERREG III). A resolución impugnada tiña a súa última causa nas investigacións realizadas pola Oficina Antifraude Europea (OLAF), nas que se detectaran graves irregularidades nos procedementos de licitación das obras. O Tribunal Superior anula a resolución impugnada por apreciar causa de prescripción, sen pronunciarse sobre as irregularidades denunciadas pola OLAF:

«(...) se trata de una subvención financiada con Fondos de la UE. En esta materia, el Reglamento 2988/95 CE, del Consejo, de 18 de diciembre de 1995, relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, establece en su art. 1. párrafo 2º que: "2. Constituirá irregularidad toda infracción de una disposición del Derecho comunitario correspondiente a una acción u omisión de un agente económico que tenga o tendría por efecto perjudicar al presupuesto general de las Comunidades o a los presupuestos administrados por éstas, bien sea mediante la disminución o la supresión de ingresos procedentes de recursos propios percibidos directamente por cuenta de las Comunidades, bien mediante un gasto indebido". El art. 3 por su parte en referencia a la prescripción dispone que "1. El

plazo de prescripción de las diligencias será de cuatro años a partir de la realización de la irregularidad prevista en el apartado 1 del artículo 1. No obstante, las normativas sectoriales podrán establecer un plazo inferior que no podrá ser menor de tres años. Para las irregularidades continuas o reiteradas, el plazo de prescripción se contará a partir del día en que se haya puesto fin a la irregularidad. Para los programas plurianuales, el plazo de prescripción se extenderá en todo caso hasta el cierre definitivo del programa. La prescripción de las diligencias quedará interrumpida por cualquier acto, puesto en conocimiento de la persona en cuestión, que emane de la autoridad competente y destinada a instruir la irregularidad o a ejecutar la acción contra la misma. El plazo de prescripción se contará de nuevo a partir de cada interrupción”.

La Administración [del Estado] entiende que no cabe la prescripción alegada porque no se ha aprobado el Cierre de Programa y por tanto no se ha iniciado el plazo de obligación de conservación de la justificación documental a que se refiere el art. 38.6 del Reglamento CE 1260/1999 (que establece disposiciones generales sobre los fondos estructurales) (...). Con esta normativa general y específica ha de examinarse la alegación de prescripción realizada por la recurrente, teniendo en cuenta la prioridad de la normativa comunitaria, dado que se trata de una subvención del FEDER. La Administración considera que el plazo debe computarse desde el cierre definitivo del programa. El Abogado del Estado incide en la previsión del art. 3.1 del Reglamento 2988/1995, que hace referencia a este punto concreto, para los programas plurianuales, y la prescripción se extiende al cierre definitivo que todavía no se ha producido.

El tema se centra por tanto en la fecha desde la que ha de iniciarse el cómputo. (...).

En este supuesto, consta que la ejecución del proyecto DAREDO concluyó el 31 de diciembre de 2005, y en el programa del mismo se establecía un plazo de 6 meses para la solicitud de pago final acompañándose del informe final del proyecto. El 30 de junio de 2006 finalizaba el plazo de justificación, habiéndose presentado el informe correspondiente, y respecto al proyecto DEPUTRANS el plazo finalizaba el 30 de junio de 2007, dado que concluyó el 31 de diciembre de 2006. constando asimismo el oportuno informe. (...).

Aunque se trate de un programa plurianual, la intervención en el mismo de la Diputación Provincial de Ourense se circunscribe a los proyectos descritos finalizando con la presentación de los informes finales. (...). El expediente de reintegro se inicia en fecha 6 de septiembre de 2013, y este acuerdo fue debidamente notificado a la Diputación en su momento. Es cierto que la Diputación había tenido conocimiento de las actuaciones de la OLAF pero estas partieron de una denuncia de un particular, y la fecha de apertura de actuaciones, según consta en los informes, es el 25 de octubre de 2011 y la OLAF remitió una relación de hechos a la Diputación en diciembre de 2012. Por tanto, incluso partiendo de esas actuaciones de investigación, el plazo de cuatro años había transcurrido, de modo que no puede entenderse interrupción alguna cuando no se ha producido actuación en todo el periodo. Debe también destacarse que la investigación se ha centrado en los procedimientos de contratación, teniendo en cuenta que los anuncios se habían publicado en su momento en fechas muy anteriores.

(...) Es evidente que la OLAF podía efectuar la investigación que estimara necesaria para la adecuación de los proyectos a la normativa, pero el plazo de prescripción de la acción de reintegro en caso de irregularidades no puede prolongarse todo el tiempo de duración del proyecto cuando se trata de un proyecto general que tiene convocatorias independientes,

y los plazos se refieren a cada una de ellas tanto para realizar los proyectos, justificar su finalización y gastos y demás obligaciones, lo que lógicamente lleva a concluir que es desde estos momentos concretos, al finalizar cada proyecto y justificarse la realización del mismo, cuando debe computarse el plazo de prescripción sin que pueda mantenerse sine die hasta una eventual finalización del proyecto general que puede prolongarse, y de hecho se prolonga, varios años, puesto que cada una de las actuaciones se realiza en el marco de una convocatoria concreta. Por lo demás, en este caso las actuaciones parten de una denuncia centrada en los procedimientos de contratación, y parece razonable entender que tales procedimientos pudieron denunciarse en el momento en que se anunció la contratación para cada supuesto y se produjo la adjudicación determinada, datos estos que debían constar en cada una de las convocatorias debidamente publicadas.

En definitiva, se considera que ha prescrito la acción para exigir el reintegro. La obligación de tener la documentación a disposición no implica que el plazo de prescripción deba computarse desde que finalice el plazo fijado, sino que debe tenerse en cuenta la norma que regula la prescripción en concreto, que en es el Reglamento 2988/1995, interpretando la misma en el sentido de que cuando se trata de convocatorias específicas ha de estarse a cada una y al periodo de ejecución y comprobación de datos. Y ello teniendo en cuenta el criterio mantenido por el TS y la AN en las Sentencias antes citadas».

3.4 Protección de datos persoais nos procedementos de outorgamento de subvencións

Na sentenza do **Tribunal Supremo** do **9 de marzo de 2015** (RC 3552/2012, relator: Del Riego Valledor) desestímase o recurso interposto pola Xunta de Galicia contra unha resolución da Axencia Española de Protección de Datos (AEPD) que sancionou a Xunta de Galicia por publicar os datos persoais de determinadas persoas discapacitadas perceptoras de axudas do Fondo de Acción Social. Incídese na sentenza en que:

«(...) a través del buscador Google, era posible acceder a las listas de personas discapacitadas que había publicado la Xunta de Galicia en su página web. (...) Las prescripciones legales que plasman los principios de publicidad, transparencia y concurrencia que rigen la concesión de las subvenciones, esto es, la Ley estatal 38/2003, de Subvenciones, y las normas autonómicas sobre la misma materia, antes citadas, no exigen ni autorizan la publicación de los datos de identidad de las personas discapacitadas en cuya ayuda se concede la subvención, y tampoco casa con un cumplimiento riguroso y diligente de los deberes de cuidado y sigilo, que recaen sobre el responsable de un fichero, que los datos en él contenidos sobre la salud de las personas, que están especialmente protegidos por la LOPD, sean de libre acceso a través de un buscador de Internet, sin medidas eficaces que lo impidan. (...) no era necesario, para la tramitación de las subvenciones, el acceso generalizado a los datos de todas las personas discapacitadas que causaban derecho a las ayudas, y que existían medidas técnicas de protección de los datos de los ficheros, que hacían más difícil ese acceso indiscriminado, que no se adoptaron».

Regap



NOTAS

4 Expropiación forzosa

4.1 Composición do Xurado de Expropiación Forzosa de Galicia. O vogal técnico representante do concello expropiante debe ter a titulación de arquitecto

O **TSXG**, na sentenza do **4 de novembro de 2015** (rec. 7346/2011, relator: Ilmo. Sr. Villares Naveira), anulou unha resolución do Xurado de Expropiación Forzosa de Galicia de fixación de xusto prezo tras constatar un defecto substancial na composición do xurado. O concello expropiante enviou como representante (vogal técnico) un avogado de XESTUR (beneficiaria da expropiación). O tribunal insiste en que o vogal da Administración expropiante debe posuír a titulación de arquitecto, tratándose dun requisito esencial por que:

«(...) *Non se trata dun membro calquera do xurado, senón do **vogal técnico**, que é o que traslada ao seo do órgano un maior acervo científico á hora da determinación do xusto prezo, no sentido de que é quen recolle con maior precisión as circunstancias fácticas que permiten valorar as parcelas que serven de testemuña para os cálculos formularios e, ademais, quen manexa as táboas profesionais sobre relación de prezos de construción para determinar con éxito o valor da parcela, con referencia a calquera dos métodos de concreción do prezo xusto. Estas funcións son insubstituíbles dentro do xurado, e unha simple regra de maioría de votos interna non supliría estas carencias, posto que a dimensión volitiva do órgano de taxación non pode agochar a razón de ciencia en que se fundamenta o seu carácter técnico.*

*O segundo elemento é consecuencia do anterior, e xa foi apuntado: precisamente debido á composición técnica do xurado e á súa especialización, a xurisprudencia ten rebaixadas as exixencias de exhaustividade na **motivación da resolución**, porque hai unha confianza intrínseca á natureza e capacidades dos seus membros que fai que na propia resolución, obviándose moitas veces a orixe dos datos en que se basea o cálculo ofrecido na resolución, tense esta como satisfactoriamente xustificada en razón desa cualificación do xurado. E precisamente por isto tamén, tal como recoñece a sentenza antes transcrita, o ascendente do vogal técnico sobre o conxunto do xurado é tan relevante, pola súa formación. (...) Estamos perante o suposto en que un arquitecto superior é substituído por un avogado, o que orixina unha **inidoneidade absoluta** para a responsabilidade que se lle encomenda (...), pois en abstracto non albiscamos de que forma pode un xurista ilustrar o conxunto do xurado sobre a obtención de valores relativos ao produto inmobiliario final ou a atribución de magnitudes económicas a cada un dos elementos construtivos precisos para o cálculo, por poñer algún exemplo».*

4.2 Insolvencia da entidade beneficiaria da expropiación. Obriga subsidiaria da Administración expropiante de lles pagar o prezo xusto aos propietarios afectados, en substitución da beneficiaria

O Concello de Miño expropiou uns terreos para a execución dun complexo residencial-deportivo, promovido por unha entidade mercantil en calidade de beneficiaria da expropiación. Tras a ocupación dos terreos e a determinación definitiva do xusto prezo expropiatorio, a beneficiaria entrou en situación de concurso e insolvencia. Na sentenza do **TS** do **6 de xullo de 2015** (RC 3349/2013, relator: Excmo. Sr. Trillo Alonso) ratificouse a decisión do TSXG, que

declarou a responsabilidade subsidiaria do Concello e, conseguintemente, a súa obriga de pagar o xusto prezo en substitución da beneficiaria da expropiación. O Alto Tribunal incide en que, conforme o disposto no artigo 33.3 da Constitución:

«(...) la necesaria indemnización de los bienes expropiados constituye un presupuesto necesario e ineludible para el ejercicio de esa potestad administrativa, sin el cual la misma institución expropiatoria carece de fundamento y legitimidad. Así pues, existe ya una exigencia a nivel constitucional de la necesidad del pago del justiprecio como garantía de la expropiación que la legitima y que es obligado no se someta a condicionamiento alguno, porque es un derecho que el constituyente confiere a los ciudadanos, que ve sacrificado su patrimonio en aras del interés general, de ahí que cuando ya se ha fijado el justiprecio de manera definitiva debe procederse al pago del mismo de manera ineludible porque, en otro caso, se alteraría uno de los elementos esenciales de la institución que la legitiman. Y es manifiesto que esa condición que se impone a la potestad expropiatoria recae sobre la titularidad de la misma, es decir, sobre la Administración, que es a la que se confiere su ejercicio y se erige en garante ante el ciudadano de que sin la indemnización no podrá verse desposeído de sus bienes o derechos. (...) Ya estableció el Legislador de 1954, en la regulación de la expropiación forzosa, el principio de que para que se procediese a la ocupación del bien o derecho expropiado era necesaria la previa indemnización (artículo 124), estableciendo el régimen normal de la expropiación en el que sólo previo el pago del justiprecio podría ocuparse el bien o derecho expropiado (artículo 48)». De ahí habrá de concluirse que la situación indeseable en que se encuentran los expropiados en el presente recurso de no poder percibir el justiprecio de manera inmediata y en su integridad por la declaración en concurso de la obligada principal al pago no habría tenido lugar de haberse seguido el procedimiento ordinario que se regula en la Ley de Expropiación; esa situación se ha generado por la decisión de la misma Administración, que no solo acordó la expropiación, sino que en una decisión expresa decidió acudir al procedimiento de urgencia.

(...) la intervención del beneficiario en el procedimiento expropiatorio no altera la titularidad de la potestad expropiatoria, ni quien la ejerce, ni las garantías constitucionales (justiprecio) que se establecen en favor del expropiado. (...) El expropiado debe dirigirse directamente al beneficiario y solo de manera subsidiaria y acreditada la imposibilidad de obtener el cumplimiento por el beneficiario de la correspondiente obligación (en este caso abono del justiprecio) puede dirigirse a la Administración expropiante exigiendo su incumplimiento.

En todo caso, debe quedar claro que se trata de la exigencia de responsabilidad a la Administración expropiante derivada del ejercicio de la potestad expropiatoria y en cumplimiento de las garantías constitucionales establecidas en favor del expropiado a que está sujeta la expropiación. Y no puede confundirse ese deber, que está insito en la misma potestad expropiatoria, con la institución de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, porque ambas instituciones son bien diferentes. (...) Incluso sería de señalar que, si bien ambas instituciones están recogidas en la Constitución, la responsabilidad lo está en el Título IV al regular el Gobierno y la Administración y como una garantía de los ciudadanos frente a la Administración; en tanto que la expropiación está contemplada con mayor garantía en el Capítulo II, en el artículo 33.3º, como un derecho de los ciudadanos, estando también reconocida, como limitación al derecho de la propiedad, en el artículo 1º del Protocolo Adicional al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1952; es decir, con las garantías que se confieren a

Regap



NOTAS

esos derechos de los ciudadanos en la Ley Fundamental del Estado y precisamente frente a los poderes públicos. (...).

La cuestión surge cuando, efectuada la orden de pago, se constata que la previa declaración del concurso, sin perjuicio de los efectos que esa declaración tiene, hace imposible el pago al momento del requerimiento; es decir, en pura técnica procesal, imposibilita la ejecución de la sentencia. Y ante esa circunstancia, a la Sala de instancia solo le quedaban dos soluciones desde el punto de vista procesal; o declarar la inejecución de la sentencia, conforme autoriza el artículo 105 de la Ley, o asumir directamente el pago la misma Administración expropiante. Aquella primera solución estaba imposibilitada, porque la inejecución encuentra los motivos tasados en el artículo 105 de la Ley, que no concurre en el presente supuesto y, en todo caso, se somete a una indemnización sustitutoria que encontraría la misma dificultad que con el pago del justiprecio.

Ahora bien, es en ese momento, constatado que la beneficiaria como obligada al pago de manera inmediata y principal no puede dar debido cumplimiento a la sentencia, cuando es obligado que la misma Administración expropiante, en cuanto que titular de la potestad expropiatoria cuyo ejercicio ha generado la dificultad en los expropiados de ver frustrado el derecho a la percepción de la correspondiente indemnización, cuando ha de acudir a lo que antes se dijo en relación con la exigencia constitucional de que la potestad expropiatoria comporta un deber inexcusable la percepción de esa indemnización, deber que se impone, ya lo vimos, directamente al titular de la potestad, la Administración expropiante.

(...) Incluso es necesario añadir a lo expuesto que, en puridad de principios, la misma declaración de concurso es causa legal de resolución del contrato de concesión (artículos 223 y 269 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre) con la importante relevancia que tendría en relación con las obligaciones legales del concesionario, como sería el pago del justiprecio; dejando sin resolver la condición en la que concurriría el expropiado en un concurso de acreedores, con fundamento en unos créditos que ofrecen serias dificultades de calificarse como de carácter público, a los efectos de su exclusión y beneficios en el concurso de acreedores, cuestión propia del ámbito concursal que debe quedar al margen de la cuestión aquí suscitada y en todo caso desnaturalizando la condición de la deuda, que no responde a un crédito derivado de un negocio jurídico, sino a una indemnización establecida como presupuesto del ejercicio de la potestad expropiatoria y como tal no se satisface mediante el régimen del convenio y garantías propias del procedimiento concursal. (...)

En esa misma línea, el art. 7 del citado Real Decreto-Ley 1/14, ha modificado también el art. 271 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (Real Decreto Legislativo 3/11, de 14 de noviembre), añadiendo un nuevo apartado 7: “Si el concesionario no cumpliera con las obligaciones del beneficiario en las expropiaciones y en virtud de resolución judicial, cualquiera que fuera su fecha, la Administración concedente tuviera que hacerse cargo de abonar las indemnizaciones a los expropiados, ésta quedará subrogada en el crédito del expropiado. En todo caso, desde el momento en que se declare la obligación de pago a cargo de la Administración concedente, las cantidades que no le sean reembolsadas minorarán el importe global que corresponda de conformidad con lo dispuesto en el apartado primero de este artículo”. Previendo, en fin, su Transitoria Segunda que: “Lo dispuesto en los artículos sexto y séptimo de este real decreto-ley será aplicable a los contratos de concesión

cualquiera que sea su fecha de adjudicación...". Tales preceptos evidencian la conciencia del serio problema, ajeno totalmente a los expropiados y del que, obviamente, la Administración del Estado, que es quien ejerció la potestad expropiatoria, eligió el procedimiento, adjudicó la concesión y es titular de la infraestructura a la que se destinaron los bienes expropiados, no puede desentenderse, porque en modo alguno es ajena al pago del justiprecio, ya que, en su condición de Administración expropiante, deberá responder (en defecto del primer obligado), en la medida en que dicho pago –garantía constitucional de toda expropiación– no sólo es una obligación, sino, como decíamos en el Fundamento de Derecho Noveno de nuestra precitada Sentencia de 17 de diciembre de 2013, presupuesto de aquélla. En suma, lo que se quiere poner de manifiesto es que, existiendo aquel deber de la Administración frente a ciudadano al que se somete a la expropiación de sus bienes y derechos, la declaración en concurso del obligado principal le genera tal grado de incertidumbre en cuándo y cuánto podrá percibir en concepto de justiprecio que dejaría burlado su derecho garantizado a nivel constitucional, burla que se obviaría de asumir la obligación el deber que está ínsito en el mismo ejercicio de la potestad expropiatoria que la misma Administración impuso».

5 Persoal

5.1 Procedementos de selección de persoal. Designación dos membros do tribunal da oposición: acto de trámite cualificado impugnabile coa resolución final. Infracción dos principios de paridade de xénero e de imparcialidade e obxectividade

O **TSXG**, na sentenza do **17 de xuño de 2015** (rec. 1/2015, relator: Ilmo. Sr. Chaves García), confirmou en apelación a anulación dos resultados da oposición convocada para cubrir varios postos dunha Administración local, pola defectuosa composición do tribunal de selección. En primeiro lugar conclúe, desde unha perspectiva procesual, que é posible agardar á resolución final do procedemento selectivo para cuestionar o nomeamento dos membros do tribunal, xa que:

«(...) En este ámbito de la recusación hemos de recordar que la designación de los Tribunales calificadoros de procedimientos selectivos constituye un acto de trámite cualificado que por economía procesal puede plantearse en la primera ocasión que se brinda, pero también frente al acto definitivo que ultima el procedimiento selectivo, por parte de quienes siendo interesados no tenían noticia de las circunstancias de ilegalidad o de abstención (art. 29.1 en relación con el art. 28.2 Ley 30/1992), o por parte de aquéllos terceros, como el sindicato impugnante, a los que no se les notifica directamente resolución alguna y que pueden impugnar el acto definitivo cuestionando la legalidad o imparcialidad del Tribunal calificador. Y es que resultaría excesivo y desproporcionado poner en un tercero, como el sindicato impugnante, la carga de impugnar la Resolución que designa el Tribunal calificador cuando la misma se limita a efectuar una designación nominal e indicación de puesto de trabajo, pero sin expresar lógicamente su trayectoria o antecedentes, vinculación política o personal con la autoridad que los nombra, extremos cuya revelación o constatación pueden aflorar en el curso del procedimiento y confirmarse la parcialidad al tiempo de la adjudicación de las plazas. Por otra parte, los requisitos de composición de un Tribunal calificador por imperio de la Ley, como es la composición paritaria del mismo (al margen de las circunstancias es-

Regap



NOTAS

pecíficas de los designados) se alzan en condiciones de orden público y derecho necesario, de manera que pueden ser planteadas de forma válida al tiempo de impugnar el acto final del procedimiento selectivo. Así, estos supuestos o imperativos legales, en el caso de la Ley gallega, velan por la composición de un órgano colegiado responsable de asegurar el acceso al empleo público en condiciones de igualdad, lo que no solo alza un requisito esencial, sino que compromete derechos fundamentales (...)».

Sobre o incumplimento do **principio de paridade** nos membros do tribunal da oposición afirmou o seguinte:

«(...) el expediente es elocuente, puesto que tanto el art. 60.1 del EBERP como el art. 36 de la Ley 7/2004 de 16 de julio, de Galicia, para la igualdad de hombres y mujeres a que se remite el art. 34.2 del Decreto Legislativo de 13 de Marzo de 2008, imponen garantizar la paridad. Así, el citado art. 36 precisa que “La composición de los tribunales de selección del personal de la Administración pública gallega será paritaria para el conjunto de la oferta pública de empleo, tanto si se trata de acceso al empleo como si se trata de promoción interna. Para ello, en la designación atribuida a la Administración pública gallega, se garantizará la paridad entre mujeres y hombres, o, si fuera impar el número a designar, con diferencia de uno entre ambos sexos. Idénticas exigencias se aplicarán en la designación atribuida a cada instancia diferente a la Administración pública gallega”. Hacemos hincapié en que tal exigencia es imperativa y no potestativa (“será paritaria”) y se extiende a “la composición de los Tribunales de selección de personal”. De ahí, que la pretensión del concello apelante de considerar que se cumple la paridad computando titulares y suplentes en su conjunto es errada, puesto que lo relevante es asegurar la efectiva igualdad en la composición del Tribunal cuando está “constituido” sin olvidar que la interpretación del apelante puede conducir al absurdo de designar todos los titulares varones y todos los suplentes mujeres, lo que encerraría el incumplimiento frontal de la finalidad real de la medida que es asegurar que los tribunales que impulsen el procedimiento de forma efectiva tengan composición paritaria. Por eso, la composición del tribunal para administrativo por cinco hombres y una mujer, y del tribunal para letrado de cuatro hombres y una mujer es contraria a derecho».

E sobre a infracción do **principio de imparcialidade**, por teren a maioría dos membros do tribunal vínculos con determinado partido político e coas candidatas finalmente seleccionadas:

«(...) la apreciación de una amistad íntima por el juzgador entre el Alcalde y la adjudicataria de la plaza no descansa en fantasías ni decisionismo, sino que se apoya en lo que califica de “hecho público y notorio” (ex. art. 281.4 LEC), así como en el testimonio del Secretario municipal, unido al dato elocuente de la posterior abstención del Alcalde al final del procedimiento. (...) De forma similar al caso anterior, el Tribunal selectivo presentaba serios visos de estar contaminado en el criterio de designación. Y es que la sentencia parte de la condición del Presidente como titular de cargos de relieve del adjudicatario al servicio del Partido Popular (Delegado Provincial de la Consellería de Medio Ambiente en Ourense), a lo que se suma la filiación política similar de los cuatro funcionarios provinciales del tribunal y la del Presidente, funcionario que poseía cargos de significación política (Jefe Territorial de la Consellería de Cultura e Turismo en Ourense). En suma, la sentencia apelada no se apoya en un dato aislado ni ocasional, sino que el juzgador se forja la convicción que compartimos de la designación de los miembros del tribunal calificador “ad hoc” para favorecer a la adjudicataria final (...) dentro de la prueba de presunciones tiene cabida el juicio emitido por el juez de instancia que

anuda el dato de que el Alcalde fuere diputado del Partido Popular en la Diputación Provincial de Ourense (con probado papel directivo por delegación del Presidente de la Diputación) a la designación estadísticamente sorprendente de que todos los miembros del Tribunal fueren empleados públicos de la Diputación citada. A mayores, la sentencia apelada da cumplida noticia de los vínculos de tres miembros del Tribunal de Selección con el Partido Popular. Ello sin olvidar lo insólito del dato, que no cuenta con explicación razonable en contrario, de la ausencia de la presencia deseable y habitual del secretario municipal en el Tribunal, agravada por la ausencia de ningún otro empleado público municipal. Y aunque ciertamente un dato aislado no permitiría construir la desviación de poder, lo cierto es que el mosaico de datos y panorama indiciario desarrollado con precisión y lógica por la sentencia apelada es prueba suficiente del designio del Alcalde de predeterminedar la voluntad del Tribunal calificador mediante la designación "ad personam" de sus componentes, bajo el sencillo artificio de exigirles no solo cualificación (lo que no se cuestiona), sino propiciar las condiciones para contar con la potencial fidelidad de la mayoría de los miembros del Tribunal calificador a la hora de desarrollar su labor. (...) En el presente caso, no estamos ante un simple vicio formal de designación de un vocal de un tribunal, sino de algo más grave que hace ceder el principio de resistencia de los acuerdos de órganos colegiados que impide que el vicio en la designación de un local se comunique automáticamente a todo lo actuado, pues en el presente caso, además de las ilegalidades en la composición desconociendo la ley de paridad, nos encontramos con varios vocales aquejados de potencial parcialidad con peso específico determinante, unido a cargos políticos formando parte del Tribunal y concurriendo unas circunstancias o contexto detallado en la sentencia apelada, y aquí asumido, que revelan una voluntad estratégica de consumación de la adjudicación de las plazas que permitió al juez de instancia calificarla de desviación de poder».

Regap



NOTAS

5.2 Idade mínima e máxima para poder acceder ás brigadas contra incendios forestais

A sentenza do **TSXG** (Secc. 1ª) do **18 de novembro de 2015** (rec. 435/2015, relator: Ilmo. Sr. Chaves García) rexeitou o recurso interposto por un sindicato contra a resolución aprobatoria das bases de selección para a contratación temporal de brigadistas para prevención e defensa contra incendios, nas que se impuxo un límite de idade de entre 18 e 60 anos para poder participar na convocatoria. Afírmase o seguinte na sentenza:

«(...) Aduce el apelante el requisito de edad para el empleo público, que el art. 56.3 del EBEP establece en los siguientes términos: "Tener cumplidos dieciséis años y no exceder, en su caso, de la edad máxima de jubilación forzosa. Sólo por ley podrá establecerse otra edad máxima, distinta de la edad de jubilación forzosa para el acceso al empleo público". Ahora bien, hemos de tener presentes dos consideraciones. En primer lugar, que la edad máxima de jubilación forzosa viene impuesta exclusivamente al personal funcionario (art. 67.3 LEBEP), mientras que para el personal laboral habrá que estar a lo que dispongan los Convenios Colectivos (Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores), de manera que en el presente caso estamos ante personal contratado temporal sin que se haya acreditado o invocado ni el Convenio aplicable ni sus determinaciones cara a la edad máxima de jubilación, lo que excede el iura novit curia. En segundo lugar, que si bien el EBEP fija esa reserva legal para fijar una edad de jubilación forzosa como techo máximo de requisito de ingreso, no impide la habilitación que ofrece la Directiva y jurisprudencia comunitaria

en los términos indicados para que en supuestos justificados pueda establecerse de forma razonada y proporcionada un límite de edad para el acceso. En particular, tal habilitación por el principio de primacía del Derecho comunitario derivaría de la citada Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, y en particular de la doctrina derivada de las sentencias del Tribunal de Justicia de sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de Enero de 2010 (Wolf, C-229/08), así como de la de 13 de noviembre de 2014 (Mario Vital Pérez contra Ayuntamiento de Oviedo, asunto C-416/13). De ahí deriva que la existencia de condiciones objetivas de una labor en que domina el esfuerzo, diligencia y fortaleza física, puede justificar la exigencia de una edad máxima para el acceso a aquélla».

5.3 Supresión da paga extra dos funcionarios da Administración autonómica (xustiza). Entrada en vigor respecto da paga adicional do complemento específico

A sentenza do **TSXG** do **4 de febreiro de 2015** (rec. de interese de lei 309/2014, relator: Ilmo. Sr. Díaz Casales) estima un recurso de interese de lei interposto pola Xunta de Galicia e fixa a seguinte doutrina legal:

«De acuerdo con lo previsto en el artículo 1.1 de la Ley del Parlamento de Galicia 9/2012, la supresión de la paga adicional del personal al servicio de la Administración de Justicia en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia prevista en el artículo 12.3 de la Ley del Parlamento de Galicia 14/06 de Presupuestos generales de la Comunidad Autónoma para 2007, se hará efectiva desde la entrada en vigor de esta Ley del Parlamento de Galicia 9/2012».

Xustificase dita doutrina en que:

«la paga adicional del complemento específico viene regulada por una normativa autonómica y que, por lo tanto, es susceptible de ser modificada o suspendida por una norma de idéntica procedencia y rango que, en este caso, viene constituida por la Ley Autonómica 9/2012 de 3 de agosto (DOGA 9/08/2012) y que entró en vigor al día siguiente de su publicación (Disposición Final Tercera); por lo tanto, hemos de concluir que el presente recurso de casación ha de estimarse, ya que en relación con esta supresión no ha de estarse a la fecha de entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/2012 –como hace la Sentencia recurrida–, sino de la Ley autonómica 9/2012 que se produjo, como se dijo, el 10 de agosto de 2012».

6 Responsabilidade patrimonial

6.1 Accidente de circulación por defectuoso estado da calzada (mancha de aceite). Cómputo do prazo de prescripción cando resulta nun principio dubidosa a titularidade da estrada. Requisitos da relación de causalidade

O **TSXG** examina na súa sentenza do **16 de setembro de 2015** (rec. 7008/2012, relatora: Ilma. Sra. Fernández Conde) a responsabilidade patrimonial derivada de accidentes de circulación por defectuoso mantemento da estrada. En primeiro lugar, establece o seguinte

criterio para o cómputo do prazo de prescripción cando nun principio resulta dubidosa a titularidade da estrada:

«(...) La Sala entiende que, en el caso de que se ejercite la acción de responsabilidad y sean varias las Administraciones implicadas, se interrumpe el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración, cuando se reclama frente a una de ellas en tanto el procedimiento no se encuentre resuelto, comenzando a correr de nuevo cuando tiene o puede tener el particular conocimiento de la finalización del procedimiento. Y ello porque ninguna obligación tiene el administrado de conocer la titularidad de las carreteras por las que circula, y menos aún en determinadas circunstancias, entre las que se puede apuntar la concurrente en el caso –proximidad a un núcleo urbano–, caso en el que la implicación de varias Administraciones es factible se produzca. Afirma la doctrina que nos hallamos ante un Estado complejo, pero la complejidad no puede proyectarse sobre el ciudadano medio, sino que es una cuestión interna que deberán dilucidar las Administraciones o los Tribunales de Justicia, y es por ello que ante un procedimiento administrativo sobre responsabilidad patrimonial de un servicio público en el que pueden simultáneamente actuar dos o más Administraciones Públicas, tanto la Administración como los Tribunales deben partir del punto de vista del ciudadano que ha sufrido el daño.

Por ello, si en un caso como el de autos la competencia no está nítida y claramente determinada, ni puede la Administración ni deben permitir los Tribunales de Justicia obligar a un particular a un peregrinaje de administraciones, y menos aún se puede entender que a un particular que sufre un accidente en una carretera que se presume consecuencia del estado de la vía se le diga, a pesar de ser titular de la carretera en la que se ha producido el accidente, que su reclamación ha prescrito cuando el particular accidentado ha acudido previamente a otras administraciones en pretensión de resarcimiento, y no ha transcurrido el plazo desde la notificación de la resolución del procedimiento actuado precedente».

E sobre o fondo do asunto, conclúe desestimando a reclamación por considerar que:

«(...) en los supuestos de daños causados a los usuarios del servicio de carreteras por la presencia en la calzada de sustancias oleaginosas provenientes de vehículos que circulan sobre la misma con anterioridad al siniestro, es a la parte demandante a quien corresponde, en principio, la carga de la prueba sobre las cuestiones de hecho determinantes de la existencia, de la antijuridicidad, del alcance y de la valoración económica de la lesión, así como del sustrato fáctico de la relación de causalidad que permita la imputación de la responsabilidad a la Administración. En tanto que corresponde a la Administración titular del servicio la prueba sobre la incidencia, como causa eficiente, de la acción de terceros, salvo que se trate de hechos notorios, y, en el caso de ser controvertido, la acreditación de las circunstancias de hecho que definan el estándar de rendimiento ofrecido por el servicio público para evitar las situaciones de riesgo de lesión patrimonial a los usuarios del servicio derivadas de la acción de terceros y para reparar los efectos dañosos, en el caso de que se actúen tales situaciones de riesgo.

Mantiene la actora que el accidente se produjo debido a las condiciones de la vía, presencia de manchas brillantes en la curva (aceites y otros líquidos) que se concentran por efecto del agua de lluvia que cruza los dos carriles por un defecto de canalización del sumidero, lo que determinó la salida de la vía del recurrente causándole los daños materiales y personales cuyo importe reclama. Fundando la responsabilidad en el incumplimiento del deber

regap



NOTAS

de conservación de forma continuada y adecuada de las vías de su titularidad, así como en la responsabilidad en la conservación y señalización de las mismas, dada la ausencia de señalización de peligro. (...) Dado el contenido del atestado ha de analizarse por un lado si la existencia de las manchas brillantes responde a una situación de ausencia circunstancial de funcionamiento del Servicio de Carreteras de la Administración demandada, por ineficiencia en la función de restaurar las condiciones de seguridad o de advertir del peligro existente en la calzada, que corresponde a la Administración titular de la explotación de la carretera (artículo 15 de la Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras), actuación omisiva, que debiera apreciarse como título de imputación de la responsabilidad de la Administración en el resarcimiento del daño económico causado, en el caso de que en la producción del accidente hubiera concurrido con la acción de la persona tercera un incumplimiento del estándar de rendimiento exigible en función del principio de eficacia en la actuación administrativa de vigilancia y mantenimiento de la calzada, como ya se apuntó, o alternativamente si, como sostiene la defensa de la Administración, el daño no resulta imputable a esta por entender que, para evitar la situación de riesgo creada por terceros, el servicio de mantenimiento de la carretera y vigilancia de la misma fue el adecuado, lo que excluiría su responsabilidad. En el expediente administrativo consta, aparte del atestado de la Policía Local, informe emitido por el Servicio de Infraestructuras en el que se refiere que el vigilante de la zona no tuvo constancia de los hechos ni hubo notificación al servicio territorial (...); que la periodicidad de los recorridos es la necesaria y en todo caso una vez por semana; (...) y se adjuntan partes del vigilante de la zona y de la empresa encargada de la conservación correspondientes a la segunda quincena del mes de julio, constatándose en ellos la periodicidad semanal de la vigilancia del servicio y la vigilancia expresa de la zona, advirtiéndose que el propio día 23 de julio se efectuaron tres servicios en la carretera y uno de ellos finalizó a las 12:30, es decir diez minutos antes de que sucedieran los hechos por los que se reclama. Por otra parte y en cuanto a la circunstancia del defecto de canalización del sumidero que según se deduce del atestado de la Policía Local se produce al no absorber adecuadamente el agua de lluvia, es lo cierto que la prueba incorporada –Informe Meteorológico (folios 48-50 del expediente administrativo)– refleja que en la zona no se registraron lluvias sobre las 12:40 hora a la que sucedieron los hechos, aunque en zonas cercanas sí se produjeron leves precipitaciones 0,8 litros por m². Por todo ello, aun cuando sea cierto que el accidente tuvo como causa inmediata la existencia de dichas manchas brillantes (aceites y otros líquidos) advertidas en el atestado de la Policía Local, ello no implica por sí la existencia de título de imputación de responsabilidad en la Administración titular de la carretera, ya que, su presencia sobre la calzada ha de entenderse, a falta de otras pruebas, obedece a un derrame ocasionado por tercero, que es lo más probable, que en modo alguno puede apreciarse llevara con anterioridad a la producción del siniestro un tiempo del que poder deducir que concurrió un déficit de eficiencia en el servicio encargado del mantenimiento del vial; contrariamente, parece ser que el Servicio de Mantenimiento de la carretera desarrolló un seguimiento adecuado y diligente del vial; tampoco consta fehacientemente el defectuoso funcionamiento del sumidero, ninguna prueba se ha practicado al respecto salvo la alusión del atestado contradicha por el informe meteorológico respecto a las lluvias caídas en la zona. (...)».

7 Sancións administrativas

7.1 Participación en manifestación ilegal. Lei orgánica de protección da seguridade cidadá

Na sentenza do **TSXG** (Secc. 1ª) do **27 de maio de 2015** (rec. 249/2013, relator: Ilmo. Sr. Díaz Casales) anúlase a sanción imposta polo Ministerio do Interior a un participante nunha manifestación independentista non comunicada na que se rematou queimando unha bandeira española, por non terse probado que fose un dos promotores ou organizadores da algarada. Conclúe así o tribunal galego que:

«(...) Tratándose de una manifestación no comunicada, ha de estarse a la determinación de quiénes de hecho las presidan o dirijan, sin excluir tampoco a quienes por portar banderas y/o pancartas, pronunciar discursos y/o repartir folletos puedan reputarse como sus inspiradores. (...) Como ya dijimos en la St. de 15 de febrero de 2002 (Recurso 5278/1998, ponente Juan Carlos Trillo Alonso), la mera participación activa en los hechos no integra la infracción, sino que es preciso que se actué como organizador o promotor de la misma. En la que dijimos: La simple referencia en las denuncias a que el recurrente “participó de forma muy activa en la manifestación” no es suficiente para entender que el recurrente actuó como promotor u organizador, únicas conductas por las que es sancionado. (...). Pues bien, en el presente caso, pese a que el recurrente negó en vía judicial una concentración en la que admitió haber participado en sede administrativa cuando su existencia y los incidentes producidos resultan plenamente acreditados por la ratificación de los funcionarios de la brigada de información, resulta que, como se dijo, por una parte la mera participación activa no resulta suficiente para integrar la infracción para la que se sanciona y, por otra, que el único hecho individualizado que en el acto de la ratificación se consigna de la actuación del recurrente es que participó portando un instrumento musical, cuando resulta que la manifestación estaba presidida por una bandera y una pancarta que no consta que portara el recurrente y se realizaron actos de escalo a balcones para colocar banderas que tampoco se imputan al recurrente, limitándose a afirmar que en la quema de la bandera estaba presente pero no se le identifica como uno de sus autores, por lo que se impone la estimación del recurso y la anulación de la resolución recurrida porque, como dice la St. del TSJ de Castilla, ha de prevalecer el derecho fundamental a la presunción de inocencia».

regap



NOTAS

8 Tributos

8.1 Canon eólico

O **TS**, na sentenza do **27 de novembro de 2015** (RC 1757/2014, relator: Excmo. Sr. Huelin Martínez de Velasco), desestima totalmente o recurso promovido pola Asociación Eólica de Galicia contra a Orde da Xunta de Galicia do 15 de xaneiro de 2010 aprobatoria do modelo de declaración de alta, modificación e baixa do canon eólico (DOG 25/01/2010). En primeiro lugar, conclúe que o canon non incorre en dobre imposición respecto do imposto de bens inmobles (IBI):

«(...) 1ª) Porque este impuesto autonómico grava a los titulares de la explotación del parque eólico, aunque no lo sean de la autorización administrativa para instalarlo ni de los aerogeneradores, por lo que se puede ser sujeto pasivo del canon eólico y no serlo al mismo tiempo del impuesto sobre bienes inmuebles. 2ª) Porque el canon eólico se calcula en función del número de aerogeneradores que compongan el parque eólico, con independencia de cuál sea el valor catastral que se les haya atribuido, excluyendo de gravamen a aquellos que estén integrados en un parque eólico comprendido por hasta 3 generadores, sea cual sea su valor catastral. Si no grava a los mismos sujetos pasivos, no se calcula sobre la misma o semejante base imponible y ni siquiera recae sobre todos los parques eólicos, la colisión entre los hechos imposables de ambos tributos que prohíbe el artículo 6.3 LOFCA debe ser descartada, por más que habitualmente los sujetos pasivos del canon eólico gallego serán también los sujetos pasivos del impuesto sobre bienes inmuebles de categoría especial».

En segundo lugar, rexeita o argumento impugnatorio sobre a aplicación do canon a parques eólicos preexistentes:

«A la vista de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la aplicación retroactiva de las normas tributarias y su incidencia en las garantías constitucionales, que hemos sintetizado en la sentencia de 22 de enero de 2009 (casación 6612/04, FJ 5º; ES:TS:2009:1444), hemos de concluir que no se da en este caso la vulneración del artículo 9.3 de la Constitución. Se ha de tener presente, de entrada, que, conforme a esa doctrina, la seguridad jurídica no puede erigirse en un valor absoluto, pues daría lugar a la congelación o petrificación del ordenamiento jurídico existente, sin que exista una prohibición constitucional de legislación tributaria retroactiva. A lo anterior se ha de añadir que, de forma semejante a lo que acontecía en el caso resuelto por la sentencia del Tribunal Constitucional 6/1983 (FJ 3º), la Ley gallega 8/2009 surtió efectos a partir de una determinada fecha, la de su entrada en vigor el 30 de diciembre de 2009, exigiéndose el canon eólico a partir del 1 de enero de 2010 (disposición final tercera), por lo que, con arreglo al criterio del máximo intérprete de la Constitución, no hay retroactividad de grado máximo, ni siquiera de grado medio, todo lo más de grado mínimo, pero, con ello, no se vulnera el artículo 9.3 de la Constitución. Debe recordarse que, según hemos afirmado [sentencia de 13 de enero de 2014 (recurso ordinario 357/12, FJ 7º; ES:TS:2014:1)], el concepto de “retroactividad prohibida” es más limitado que el de la mera “retroactividad”, ya que no entran dentro del ámbito de la retroactividad prohibida las disposiciones que, carentes de efectos ablativos o peyorativos hacia el pasado (no obligan a revisar ni remueven los hechos pretéritos, no alteran la realidad ya consumada en el tiempo, no anulan los efectos jurídicos agotados), despliegan su eficacia inmediata hacia el futuro, aunque ello suponga incidir en una relación o situación jurídica aún en curso. A partir de esta premisa, una medida normativa cuya eficacia se proyecta no “hacia atrás” en el tiempo sino “pro futuro”, a partir de su aprobación, no entra en el ámbito de la retroactividad prohibida».

En terceiro lugar, considera que o canon non infrinxe o principio de igualdade. E, finalmente, reconece que o canon eólico galego é compatible coas:

«previsiones del Derecho de la Unión Europea (Directiva 2009/28/CE) y la legislación estatal básica (Ley 54/1997) orientadas a la promoción de la producción de energía eléctrica a partir de fuentes renovables. (...) La tesis de la recurrente hace supuesto de la cuestión al afirmar con rotundidad que la finalidad del canon eólico se opone frontalmente al objetivo de promover la utilización de energías renovables. Muy al contrario, el apartado I de la Ex-

posición de Motivos de la Ley 8/2009 deja claro que la energía eólica, en su consideración de renovable, es un activo que debe ser impulsado y estimulado desde los poderes públicos. Por ello, crea al canon eólico con la finalidad de reparar las lesiones medioambientales que conlleva la instalación de aerogeneradores, estimulando y promoviendo la incorporación de las nuevas tecnologías en los aerogeneradores, para darles una mayor potencia unitaria y reducir su número. Alude expresamente a la Directiva 2009/28/CE y a la necesidad de racionalizar los procedimientos administrativos que han de seguirse para poner en marcha una instalación eólica. Fiel a tales designios, la Ley se marca como uno de sus objetivos centrales la planificación del aprovechamiento de la energía eólica mediante la elaboración de un plan sectorial en Galicia, creando el canon y el Fondo de Compensación Ambiental como instrumentos para garantizar el equilibrio territorial afectado por la instalación de parques eólicos y la sostenibilidad de los valores naturales (artículo 1). Pretende estimular la incorporación de nuevas tecnologías en los aerogeneradores, para aminorar su número y para reforzar el equilibrio territorial generado por la instalación de parques eólicos (artículo 7). En particular, el Fondo, que se financia con los ingresos obtenidos del canon (artículo 24), realizará actuaciones de impulso de la eficiencia y utilización sostenibles de las energías renovables [artículo 25.1.b)]. La promoción de las energías renovables no lleva como necesaria consecuencia que sus instalaciones deban quedar al margen de todo tributo medioambiental. Cabe gravarlas y al tiempo estimular su uso mediante otras medidas de fomento como las que contempla la Ley gallega 8/2009. Correspondía a la Asociación recurrente acreditar que la disciplina de dicha Ley, lejos de incentivar ese tipo de energías, las coarta, lo que no ha hecho. Siendo así, difícilmente puede sostenerse que la instauración del canon eólico contradiga el objetivo de promover el uso de las energías renovables, por lo que este último motivo de la demanda también debe ser desestimado, sin que proceda dirigir una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ni tampoco, por lo dicho en los fundamentos anteriores, haya lugar a plantear cuestión ante el Tribunal Constitucional».

Regap



NOTAS

8.2 Imposto de construcións, instalacións e obras. Tras a liquidación definitiva, a Administración local xa non pode revisar a base impositiva do imposto

O **TS**, na súa sentenza do **12 de marzo de 2015** (RC 696/2014, relator: Excmo. Sr. Frías Ponce), desestima un recurso de casación en interese de lei interposto polo Concello de Ferrol. Conclúe que, tras a liquidación definitiva do imposto de construcións, instalacións e obras (ICIO), xa non é posible realizar unha inspección da edificación rematada e revisar a base impositiva do imposto. Afirmo o Alto Tribunal que:

«(...) el art. 103 del Texto Refundido de la ley Reguladora de las Haciendas Locales sólo contempla la posibilidad de practicar en relación con este Impuesto dos liquidaciones, una que denomina provisional a cuenta en función del presupuesto presentado por los interesados, o en función de los indicios o módulos que establezca la Ordenanza, cuando así lo prevea, y otra una vez finalizada la construcción, instalación u obra, cuando mediante la oportuna comprobación administrativa sí determina el coste real y efectivo. En modo alguno el legislador condiciona esta última liquidación, que denomina como definitiva, al resultado de un posterior procedimiento de inspección, ya que aquella sólo ha de practicarse si procede la modificación de la base imponible, tras la oportuna comprobación administrativa. Además ha de significarse que el art. 101 de la Ley General Tributaria considera definitivas no sólo a las practicadas en el procedimiento inspector previa comprobación de investigación de la

totalidad de los elementos de la obligación tributaria, sino también “a las demás a las que la normativa tributaria otorgue tal carácter”. Esta interpretación además concuerda con la actual regulación del procedimiento de comprobación limitada, que contempla los artículos 137 y siguientes de la Ley General Tributaria, cuyo art. 140.1 veda a la Administración, si ha mediado resolución expresa aprobatoria de una liquidación provisional, efectuar una nueva regularización en relación con igual obligación tributaria o elementos de la misma e idéntico ámbito temporal salvo que se descubran nuevos hechos o circunstancias que resulten de actuaciones distintas de las realizadas y especificadas en la resolución.

Ante la claridad del citado art. 140.1, esta Sala, en sentencia de 22 de septiembre de 2014, cas. 4336/2012, declaró la imposibilidad de la Inspección de regularizar elementos tributarios que ya habían sido previamente comprobados por la Administración Tributaria, no dando relevancia al alegato del defensor de la Administración que ponía el acento en el hecho de que la comprobación limitada realizada inicialmente había sido llevada cabo por los órganos de gestión, al no discriminar el art. 140.1, al impedir una posterior regularización, en los órganos de gestión y de inspección, refiriéndose sin más a la Administración Tributaria.

En la misma línea, se encuentra la posterior sentencia de 30 de octubre de 2014, cas. para unificación de doctrina 2567/2013, dictada en relación con una liquidación provisional practicada, por el Impuesto sobre Sucesiones, en el procedimiento de gestión, y revisada en un recurso de reposición interpuesto frente a la liquidación inicialmente girada, sentencia que no considera procedente que la única liquidación que pueda considerarse como definitiva sea la practicada en el procedimiento inspector previa comprobación e investigación de todos los elementos de la obligación tributaria, al no ser viable que una liquidación realizada por el órgano de gestión, ejerciendo sus potestades de revisión en vía administrativa y después de haberse comprobado todas las cuestiones de hecho y de derecho que dieron lugar a la estimación, pueda ser alterada mediante un procedimiento de inspección, ante lo que determina el art. 133 del Reglamento de Gestión e Inspección aprobado por Real Decreto 1065/2007, precepto que impide a la Administración Tributaria efectuar una nueva regularización en relación con el objeto comprobado, salvo que en un procedimiento de comprobación e investigación se descubran nuevos hechos o circunstancias que resulten de actuaciones distintas de las realizadas y especificadas en la resolución.

En definitiva, hay que entender que la intervención de la Inspección en casos como el litigioso sólo es posible antes de la resolución expresa, si se inicia un procedimiento de comprobación de efectos de la practica de la liquidación definitiva, pero no una vez emitida por el órgano de gestión».

9 Urbanismo e ordenación do territorio

9.1 Plan Xeral de Ordenación Municipal. Avaliación ambiental estratéxica

O **TS** (Secc. 5ª), en dúas sentenzas de datas respectivas **23 de decembro de 2014** (RC 3158/2012, relator: Excmo. Sr. Peces Morate) e **10 de novembro de 2015** (RC 1658/2014, relator: Excmo. Sr. De Oro-Pulido López), estimou os recursos de casación, revogou as sentenzas de instancia e anulou na súa totalidade os plans xerais de ordenación municipal de Teo e Vigo aprobados definitivamente nos anos 2010 e 2008, por terse omitido na súa

tramitación a “avaliación ambiental estratéxica” exixida na Lei estatal 9/2006, do 28 de abril, sobre avaliación dos efectos de determinados plans e programas no medio ambiente. Insistiu o Tribunal na primeira das sentenzas citadas en que:

«(...) De toda esta tramitación se deduce que, conforme a lo establecido en la Disposición Transitoria Primera.2 de la Ley 9/2006, de 28 de abril (...), la Administración autonómica no ha justificado la inviabilidad de someter el Plan General de Ordenación Municipal de Teo a evaluación de impacto ambiental, ya que las razones expresadas por la Dirección General de Desarrollo Sostenible tienen un carácter genérico y, por tanto, no se ha demostrado que, en el caso concreto, resulte inviable su sometimiento a evaluación de impacto ambiental. Es cierto que en nuestra citada Sentencia de fecha 11 de noviembre de 2014 hemos admitido que el término inviable, utilizado por el apartado 2 de la Disposición Transitoria Primera de la Ley 9/2006, de 28 de abril, no debe ser interpretado en su genuina significación de imposible, ya que, de ser así, carecería de sentido la excepción contenida en dicha norma, pero también hemos declarado en esa misma Sentencia que el precepto exige una singular motivación, que no se cumple con el argumento de haberse respetado en su tramitación la participación pública y estar concernidos bienes jurídicos e intereses públicos que es necesario proteger o que la protección del medio queda garantizada con el sometimiento de los planes y proyectos de desarrollo o ejecución posterior a evaluación ambiental, que son las únicas razones que, en definitiva, ha expresado la Administración autonómica competente para declarar la inviabilidad de sometimiento del Plan General de Ordenación Municipal del Concejo de Teo a los trámites previstos en el artículo 7 de la Ley 9/2006, de 28 de abril (...). Una vez publicado en el Diario Oficial de Galicia el anuncio de exposición pública por dos meses del documento de aprobación inicial del Plan General de Ordenación Municipal de Teo el día 22 de diciembre de 2005, se promulgó la Ley 9/2006, de 28 de abril, que transpone al ordenamiento interno la Directiva comunitaria 2001/42/CE, de 27 de junio (...) el Plan General no se aprobó definitivamente hasta el día 4 de junio de 2010 (...). El proceder manifiestamente ilegal de la Administración urbanística implica la vulneración no sólo del principio de desarrollo territorial y urbano sostenible, recogido por el artículo 2 del Texto Refundido de la Ley de suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, citado como infringido por la representación procesal de los recurrentes al articular ambos motivos de casación, sino también la conculcación de lo establecido en los artículos 9.3 y 103.1 de la Constitución, igualmente invocados como vulnerados al desarrollar el primero y segundo motivos de casación, en cuanto que la Sala sentenciadora ha extendido un manto de silencio cómplice sobre la arbitraria actuación administrativa, proscrita por el referido artículo 9.3 de la Constitución, y sobre la sinuosa actividad desplegada por ambas Administraciones urbanísticas demandadas y ahora recurridas enderezada claramente a incumplir lo preceptuado por el artículo 7 y el apartado 2 de la Disposición Transitoria Primera de la Ley 9/2006, de 28 de abril, así como por la Directiva comunitaria 2001/42/CE, de 27 de junio de 2001, disposición esta también citada por los recurrentes como infringida por el Tribunal a quo al hilo de los razonamientos desgranados en la exposición del primero de los motivos de casación aducidos, razones todas por las que procede la estimación de ambos motivos de casación con la consiguiente anulación de la sentencia recurrida y nuestro consiguiente deber de resolver lo que corresponda dentro de los términos».

Regap



NOTAS

9.2 Revisión do planeamento xeral. Indemnizacións por vinculacións singulares

A sentenza do **TS do 4 de maio de 2015** (RC 336/2013, relator: Excmo. Sr. Trillo Alonso) confirma a desestimación da reclamación dunha indemnización de varios millóns de euros formulada por determinados propietarios afectados por unha cualificación urbanística restritiva de edificabilidade. Afirmase o seguinte na sentenza:

«La pretensión del recurrente se fundamentó, al amparo del artículo 35.b) del Texto Refundido de la Ley del Suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, en la aplicación a la finca de su propiedad de la Ordenanza 6, de fincas singulares en suelo urbano, que establece una edificabilidad máxima de 0,15 m²/m² sobre parcela neta, una ocupación máxima del 20% de la parcela, e impide la parcelación y la propiedad horizontal tumbada, a diferencia de lo que sucede con las fincas que la rodean, a las que se le aplica la Ordenanza 2.B, que permite una ocupación máxima del 20% y una edificabilidad de 0,60 m²/m², así como la parcelación y la propiedad horizontal tumbada.

(...) En atención a la redacción del artículo 35.b), no hay razón para separarse de la doctrina jurisprudencial expuesta, que establece el término de comparación en el planeamiento vigente a la fecha de la reclamación con independencia de que la limitación o restricción singular de que se trata ya se contemplara en el anterior planeamiento (...). La problemática a resolver exige examinar si concurren los requisitos que viabilizan el ejercicio de la acción de indemnización al amparo del artículo 35.b) del Texto Refundido de la Ley del Suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, que en el supuesto de autos son: a) una vinculación o limitación singular, b) una restricción de la edificabilidad y c) la imposibilidad de que esa restricción no sea susceptible de distribución equitativa. La respuesta a esa problemática necesariamente debe ser negativa a la pretensión del recurrente. Con acierto alegaron el Letrado de la Xunta y el Letrado del Ayuntamiento de Oleiros en sus escritos de contestación a la demanda que realmente no existe una restricción de derechos urbanísticos en relación con las fincas colindantes y sí un tratamiento diferente que impide apreciar un daño efectivo. La existencia de un daño real y efectivo, junto con la antijuridicidad del mismo, constituye un requisito esencial para apreciar la responsabilidad hasta el punto de que si no concurre no existe responsabilidad. Pues bien, esa no concurrencia del requisito del daño se observa en el supuesto enjuiciado en el que el recurrente fundamenta su existencia exclusivamente en la distinta edificabilidad que atribuyen las Ordenanzas 6 y 2 b sin justificar y probar, carga que le incumbía, que la diferencia de usos contemplados en una y otra Ordenanza no compensa las minoraciones y restricciones de edificabilidad que establece la Ordenanza 6 con respecto a la 2 b. Si a lo expuesto añadimos, como también opuso el Letrado de la Xunta, que la aplicación de la Ordenanza 6 no deriva de un acto discrecional sino reglado, cual es que en la propiedad del recurrente se halla ubicado un bien catalogado, y que los informes técnicos valorativos sobre la disminución o restricción de la edificabilidad, incluido el emitido por el perito judicial, ofrecen serias dudas sobre si realmente se produce con la aplicación de la Ordenanza 6 un perjuicio o un beneficio económico, necesariamente debemos declarar haber lugar al recurso y anular la sentencia recurrida, pero también, necesariamente, desestimar la pretensión indemnizatoria formulada por el recurrente. Ello es así, dicho a modo de conclusión y resumidamente, por la inexistencia de prueba de una real y efectiva vinculación singular que suponga una minoración, desde una perspectiva económica, de las posibilidades edificatorias de la finca de litis o, dicho de otro modo, de un daño real y efectivo evaluable económicamente».

9.3 Xestión urbanística. Sistema de cooperación. Natureza xurídica das cotas de urbanización. Posibilidade de impugnación indirecta do proxecto de reparcelación

O **TSXG**, na súa interesante sentenza do **22 de abril de 2015** (rec. 15024/2015, relator: Ilmo. Sr. Selles Ferreiro), analiza polo miúdo a natureza xurídica das cotas de urbanización nos polígonos executados polo sistema de cooperación. Conclúe que a cota de urbanización se trata dunha:

«(...) prestación patrimonial de carácter público, por la que se ha decantado la jurisprudencia, a la cabeza el tribunal constitucional seguido por varios tribunales superiores de justicia, que las ha calificado reiteradamente como ingresos de derecho público de naturaleza parafiscal (...). No obstante, en ningún caso pueden quebrantar el principio de afección de plusvalías a la urbanización, lo que, a contrario sensu, supone que los gastos de urbanización no pueden ser superiores a aquellas plusvalías, a no ser que se pretenda una confiscación de parte de la propiedad privada. (...) La entidad local apelante aduce que, comoquiera que el proyecto de reparcelación fue aprobado, no cabe recurso indirecto contra él; como consecuencia, tampoco cabría impugnar las cuotas de urbanización fijadas con arreglo al mismo. A este respecto cabe contraponer que, al margen de los vicios procedimentales puestos de manifiesto por el perito dirimente en sede jurisdiccional –no se respetó en el plan de reparcelación los gastos de urbanización previsto en el plan de sectorización–, lo cierto es que tratándose de una exacción de carácter fiscal no cabe incluir en la base imponible conceptos no previstos por la normativa de aplicación, tal y como acontece en el presente caso, por lo que sería de aplicación lo prevenido en el art. 105 de la Ley 58/2003, de 17 diciembre, General Tributaria, en relación con lo dispuesto en el art. 102 de la misma norma. En efecto, las sentencias de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 3.3.11 y 24.11.11 son claras al decir que corresponde a los propietarios de los terrenos afectados por una actuación urbanística sufragar el coste de la obra urbanizadora, por ser una obligación ob rem impuesta en la normativa urbanística a esos titulares dominicales, aquí contenida en el artículo 132 de la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y protección del medio rural en Galicia, que impone a los afectados la obligación de sufragar la totalidad de los gastos de urbanización, en proporción a sus aprovechamientos. En sentido similar se expresan los artículos 8, 16, 18, 27, 28 y 54 del texto refundido de la Ley del suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, que refieren que tales cuotas son cargas de urbanización que, al igual que los beneficios, deben distribuirse de forma equitativa entre todos los propietarios y, ya dentro de la fase de ejecución, la financiación de las obras y servicios ha de recaer sobre los propietarios del sector en proporción a la superficie de los terrenos adjudicados, mediante el abono de las cuotas de urbanización (SsTS de 30.09.81, 10.06.85, 10.04.97 y 07.04.07, así como STSJ de Galicia de 28.11.03); en igual sentido, imponían los artículos 39.1 y siguientes del RGU esa obligación a los titulares del derecho a edificar (como recuerda la STSJ de Galicia de 03.02.00), ya que el fundamento último de tales cuotas se encuentra en la obtención de los recursos necesarios para generar suelo urbanizable, y de ahí que la STS de 27.01.12 declare que la cuota o canon de urbanización sea un ingreso de derecho público, en concreto una prestación patrimonial no tributaria, de exigencia coactiva, que se traduce en un mecanismo de reparto proporcional de los costes y gastos de urbanización (íntegros y complementarios)

Regap



NOTAS

por la implantación de las obras de urbanización y las infraestructuras necesarias para la total urbanización de los solares.

Ya en lo que aquí interesa, el artículo 132.2 de la LOUPMRG incluye en tales cuotas como gastos, al menos, los siguientes: el de las obras de infraestructuras, servicios y otros de interés para el polígono; las obras de urbanización de las instalaciones e infraestructuras consideradas sistemas generales incluidos en los sectores o polígono, y en las condiciones que señale el planeamiento; algunas indemnizaciones; el coste de los planes de ordenación detallada y de los proyectos de urbanización, así como los gastos originados por la compensación y reparcelación; los procedentes de la canalización e instalación de las redes de telecomunicaciones; así como los de control de calidad de la urbanización y otros asumidos en el proyecto de equidistribución.

La aplicación de ese precepto al caso hace que no se tenga en cuenta la norma supletoria, que es el artículo 59 del RGU, que enumera otros gastos similares, tales como las obras de viabilidad; las de saneamiento, que comprenden colectores generales y parciales, acometidas, sumideros y atarjeas para aguas pluviales y estaciones depuradoras en la proporción que afecte a la unidad de actuación o polígono; el suministro de agua, que incluye las obras de captación necesarias, la distribución de agua potable a los domicilios, el riego y los hidratantes contra incendios; el suministro de energía eléctrica, incluida su conducción y distribución, así como el alumbrado público y la jardinería y arbolado en los parques, jardines y vías públicas. Sobre tal precepto y su contenido, declara la jurisprudencia que se deben incluir en las cuotas de urbanización todos los gastos que, por su destino y detalle, beneficien al sector; así, los de asesoría jurídica que no tienen por qué soportar las arcas municipales (STS de 23.02.98), o los financieros y de levantamiento topográfico, siempre que unos y otros se hayan justificado en cuanto a tal destino, detalle y beneficio al sector.

Por el contrario, no se pueden incluir los de implantación de redes y sistemas generales que benefician a todo el municipio (SsTS de 15.01.04, 05.03.07 y 22.11.07) y en igual sentido se expresa la STSJ de Galicia de 14.06.07 al declarar que, cuando en razón a la tipología de suelo, se les impone en ocasiones a los propietarios el deber de ceder suelo para ejecutar los sistemas generales, viales y zona verde, a lo que añade que, al ser los sistemas generales bienes de uso público sin aprovechamiento lucrativo, se entiende una carga para toda la comunidad, pero no para el polígono o sector correspondiente, a lo que añade la sentencia de esa misma sala de 18.11.09 que la ejecución de los sistemas generales ha de ser sufragada por toda la comunidad, sin perjuicio de que los cedentes obtengan “aprovechamiento en los polígonos incluidos o adscritos”, en tanto que los gastos de urbanización tienen que ser asumidos por los afectados, en proporción a sus aprovechamientos respectivos.

Por tanto no cabe llegar a otra conclusión a la que llega la sentencia de instancia en cuanto a que los gastos que se deben repercutir en la cuota de urbanización –ya sea provisional o definitiva– son los que se correspondan con las obras de infraestructura de interés para el polígono– entre las que también se comprenden las de los sistemas generales incluidos en tal polígono –en las condiciones que señale el planeamiento–, así como el coste de los planes de ordenación detallada y de los proyectos de urbanización, los originados por la compensación y reparcelación y los que se hubieran asumido en el proyecto de equidistribución.

En este sentido, compartimos plenamente la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia en relación con la no inclusión de los honorarios correspondientes por la redacción de los proyectos de enlace de la N-550 con el ámbito industrial SUNP-37.3 por su inviabilidad.

Del mismo modo, quedarían excluidos, tal y como recoge la resolución judicial recurrida, los relativos al proyecto del colector exterior de saneamiento y el de expropiación para su ejecución, así como los de gestión y obras relativos a este con las expropiaciones procedentes, así como los honorarios para el estudio del camino histórico ajeno al SUNP 37.3».

9.4 Compatibilidade coa Directiva de servizos do Decreto 211/2012 regulador do procedemento para a obtención da autorización comercial autonómica

O **TS** rexeita na súa sentenza do **30 de outubro de 2015** (RC 3870/2013) o recurso interposto pola Asociación Estatal de Grandes Empresas de Distribución contra o Decreto 211/2012, do 25 de outubro, da Xunta de Galicia, polo que se regula o procedemento para a obtención da autorización comercial autonómica. Tras analizar polo miúdo os preceptos concretos impugnados, acada a seguinte conclusión:

«(...) A juicio de la Sala, aparecen suficientemente acreditados y justificados, como exige la jurisprudencia constitucional de la que resulta que la Directiva de Servicios establece como regla general la libertad de acceso a las actividades de servicio, pudiendo solo excepcionalmente someter dicho acceso a ciertos requisitos siempre que lo hiciese necesario una razón imperiosa de interés general y no fuese discriminatorio ni desproporcionado; pone especial hincapié en exigir a las autoridades que imponen un régimen de autorización que aporten razones que justifiquen que los requisitos impuestos resultan proporcionados a los objetivos perseguidos (SSTC de 21 de noviembre de 2013 y de 1 de marzo de 2012). En definitiva, como se ha ido recogiendo al hilo del examen de los distintos requisitos, se ajusta a los criterios ya consolidados que resultan de la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea respecto a los tres conocidos criterios: 1) adecuación, 2) necesidad, 3) proporcionalidad. Las medidas aprobadas y examinadas son adecuadas, necesarias y proporcionadas para alcanzar el fin perseguido, por lo que no se alcanza a apreciar la vulneración alegada de los artículos 9 y 10 de la Directiva de Servicios (Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, que dedica su artículo 9 a los “Regímenes de autorización” y el artículo 10 a las “Condiciones para la concesión de la autorización”), ni del artículo 49 –antiguo artículo 43 del TCE– del TFUE (sobre “Derecho de Establecimiento”), medidas razonadas y proporcionadas que no perturban la libertad de establecimiento. Y no se aprecia la necesidad de plantear la cuestión prejudicial pretendida por la recurrente, como ya lo rechazó la sentencia recurrida».

regap



NOTAS