

Xurisprudencia contencioso-administrativa

Jurisprudencia contencioso-administrativa

Contentious-administrative jurisprudence



FRANCISCO DE COMINGES CÁCERES

Magistrado (Galicia, España)
fcominges@poderjudicial.es

Regap



NOTAS

Sumario: 1 Administración local. 1.1 Decreto 99/2012, de 16 de marzo, sobre servicios sociales comunitarios y su financiación. 1.2 Derecho de los concejales a obtener copia de expedientes administrativos. Principios de buena fe y racionalidad. Inadmisión de peticiones genéricas o abusivas. 1.3 Carácter restringido y excepcional de la “comisión de servicios” para proveer los puestos de trabajo de la Administración local. 1.4 Régimen de incompatibilidades de los funcionarios de la Administración local. 1.5 Entidad local menor. Carece de competencia para suprimir puesto de trabajo reservado a habilitado nacional. 1.6 Impugnación por un concejal del acuerdo de adjudicación del contrato de servicio de ayuda en el hogar. Cómputo del plazo para recurrir. Órgano competente para adjudicar el contrato. 2 Educación y universidades. 2.1 Determinación del periodo de vigencia de los libros de texto y demás materiales curriculares. 2.2 Plan de financiación del sistema universitario de Galicia. 2.3 Valoración de tramos de investigación (sexenios). 2.4 Puntuación de tesis doctoral con “sobresaliente *cum laude*”. Requiere votación unánime y secreta en día diferente al de la defensa de la tesis. 3 Expropiación forzosa. 3.1 Expropiación por tasación conjunta. Las discrepancias sobre valoraciones deben plantearse siempre ante el jurado de expropiación con carácter previo a la vía jurisdiccional contencioso-administrativa. 4 Medio ambiente y urbanismo. 4.1 Plan general de ordenación municipal. Nulidad por falta de justificación jurídica de suficiencia de recursos hídricos para el incremento de población. 4.2 Aprobación definitiva del plan general de ordenación municipal condicionada a determinadas rectificaciones que corregirá directamente el ayuntamiento sin nuevo acuerdo aprobatorio de la Xunta de Galicia. 4.3 Plan especial de protección y reforma interior. Protección integral de un edificio con obligación de conservar el cine de la planta baja. Derecho indemnizatorio de los propietarios. 4.4 Impugnación de plan general por una asociación. Límites a la acción pública urbanística. Necesaria correspondencia de los fines estatutarios de la asociación con sus argumentos impugnatorios. 4.5 Infracciones en zona de servidumbre de protección de costas. Plazo máximo de 15 años desde la fecha de terminación de la obra ilegal para poder incoar el expediente de demolición. 4.6 Plan especial y plan de usos del puerto. Omisión de evaluación ambiental estratégica. No se subsana con la posterior evaluación de impacto ambiental de las obras previstas en el plan. 5 Personal. 5.1 Oposiciones al cuerpo superior de la Administración de la Xunta de Galicia (A1). Obligación del tribunal calificador de motivar pormenorizadamente su puntuación en caso de ser cuestionada.

5.2 Restricciones a la provisión de puestos por el sistema de “libre designación”. Las direcciones de las áreas de gestión clínica del SERGAS deben proveerse por concurso. 6 Pesca y mar. 6.1 Convocatoria y bases para el otorgamiento de ayudas a la paralización definitiva de los buques pesqueros. 6.2 Sanción a organización de productores de mejillón de Galicia por vulneración de las reglas de libre competencia. 6.3 Estudio Estratégico Ambiental del litoral español para la instalación de parques eólicos marinos. Competencias de la Administración del Estado sobre aguas interiores del litoral gallego. 7 Responsabilidad patrimonial. 7.1 Por pérdida de aprovechamiento urbanístico del propietario de un solar como consecuencia del hallazgo de restos arqueológicos. 7.2 Por accidentes de circulación originados en la irrupción de animales salvajes en las carreteras. 7.3 Responsabilidad patrimonial del legislador. Desistimiento de la Xunta de Galicia en procedimientos de autorización de parques eólicos. 8 Tributos. 8.1 Tasa municipal por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local de las instalaciones de transporte de energía eléctrica, gas, agua e hidrocarburos. 8.2 Validez de las notificaciones electrónicas. 8.3 Imputación temporal de la renta procedente de la expropiación forzosa tramitada por el procedimiento de urgencia.

1 Administración local

1.1 Decreto 99/2012, de 16 de marzo, sobre servicios sociales comunitarios y su financiación

La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (TS) de 22 de diciembre de 2016 (ponente: Teso Gamella, casación 629/2015) desestimó en fase casacional el recurso interpuesto por la Deputación Provincial de Lugo contra el Decreto 99/2012, de 16 de marzo, del Consello de Goberno de la Xunta de Galicia, sobre servicios sociales comunitarios y su financiación, con las siguientes consideraciones:

«(...) se denuncia en un apartado la lesión de los artículos 9, 53 y 137 de la CE, 25, 36, 55 y 56 de la Ley de bases de régimen, y la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, y en otro apartado alega la vulneración del artículo 105 de la CE.

La vulneración de la expresada Ley 27/2013, que es el principal soporte argumental del motivo, no puede ser acogida. De un lado, porque no puede imputarse al Decreto autonómico n. 99/2012 impugnado en la instancia la lesión de una ley futura, que no estaba en vigor al tiempo de dictarse la norma reglamentaria autonómica impugnada en la instancia. Mal puede vulnerar la norma reglamentaria una norma legal futura que, por su propia naturaleza, resulta incierta su vigencia y su contenido. Y, de otro, porque en casación no puede alegarse la lesión de la totalidad de una ley. (...).

Respecto de las demás infracciones constitucionales y legales de la Ley de bases de régimen local, el alegato de casación más parece una legítima queja sobre las competencias de las diputaciones provinciales al proporcionar asistencia económica técnica y jurídica a los ayuntamientos o agrupaciones de ayuntamientos de menos de 20.000 habitantes, en la implantación y gestión de los servicios sociales comunitarios municipales, y otras del artículo 31 del decreto impugnado en el recurso contencioso administrativo, que un alegato sobre las infracciones normativas precisas e identificadas, sobre las que construir una causa de nulidad.

(...) Tampoco procedía el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad, pues, insistimos, la citada Ley 27/2013 no resultaba de aplicación al caso, no podía constituir su ratio decidendi y por tanto la validez del decreto impugnado en la instancia no dependía de la constitucionalidad de dicha norma legal. No está de más recordar al respecto que la cuestión

de inconstitucionalidad debe plantearse, ex artículo 163 de la CE, cuando la sala albergue dudas de la constitucionalidad de una norma con rango de ley “aplicable al caso”, y “de cuya validez dependa el fallo”, que, como hemos señalado, no es el caso, al tratarse de una norma legal posterior a la norma reglamentaria impugnada en la instancia.

SÉPTIMO.- Por lo demás, el derecho de audiencia que se invoca al socaire de la lesión del artículo 105 de la CE tampoco puede ser estimado, pues dicha lesión se funda en la aplicación de una norma legal autonómica, como es la Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de Administración general y sector público de Galicia, y sabido es que el recurso de casación únicamente puede fundarse, ex artículo 86.4 de la LJA, sobre la vulneración de normas estatales y de derecho comunitario europeo. Pero es más, la cita de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, al aludir genéricamente al artículo 24, no resulta relevante, pues dicha norma no regula el procedimiento seguido para la elaboración del Decreto gallego 99/2012, ni contiene alusión alguna a las diputaciones, y, en fin, tampoco se razona sobre su aplicación concreta al caso».

1.2 Derecho de los concejales a obtener copia de expedientes administrativos. Principios de buena fe y racionalidad. Inadmisión de peticiones genéricas o abusivas

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (TSJG), en su Sentencia de 20 de abril de 2017 (ponente: Méndez Barrera, Rec. 4080/2017), revocó la de instancia apelada y desestimó la exigencia de un concejal a su corporación municipal de obtención de copia íntegra de un número considerable de expedientes, al entenderla abusiva y desproporcionada. Incidió el TSJG en que:

«(...) el criterio de que el derecho a la información que tiene un concejal se satisface poniendo a su disposición, para que pueda examinarlos, los documentos que interese, pero no se extiende a la entrega de copias de esos documentos fuera de los casos en que así lo establece el ROF, es el que expresan las sentencias del Tribunal Supremo que se citan en el recurso de apelación, y otras posteriores, como las de 16 de marzo de 2001 y 1 de agosto y 11 de octubre de 2002. Su doctrina no está contradicha por lo declarado en las de 29 de marzo de 2006 y 28 de enero de 2008. Esta última se refiere a que se está ante la petición de copias relativas a un asunto a tratar en los órganos colegiados del ayuntamiento, como son los de presupuestos, por lo que no resuelve un caso análogo al presente. La de 29 de marzo de 2006 no abandona la doctrina anterior, sino que realiza matizaciones. En su cuarto fundamento de derecho dice: “Abundando algo más en esa jurisprudencia cuya síntesis se ha realizado, y en un afán de clarificar y delimitar al máximo el criterio en que se sustenta, son convenientes estas puntualizaciones que siguen: a) El núcleo básico del derecho fundamental de participación política inherente al cargo de concejal se satisface con el derecho a la información y no comprende un derecho a obtener copias de la documentación existente en la corporación local. b) Ese derecho a obtener copias deriva de la normativa de régimen local antes mencionada y no es incondicionado, pero su indebida denegación, cuando es procedente, sí incide en el derecho fundamental de participación política (porque pese a que se trata de un derecho no derivado de la Constitución, sino de la normativa infraconstitucional, lo cierto es que se reconoce como instrumento para ejercer el cargo de concejal). c) Las condiciones para reclamar ese derecho de obtención de copia son diferentes según el

Regap



NOTAS

título normativo que sea invocado: cuando se ejercite al amparo de los apartados a) y b) del artículo 15 del ROFRJ/CL, habrá de precisarse el asunto en relación con el cual se piden las copias; y cuando lo sea según el apartado c) de ese mismo precepto reglamentario, deberá cumplirse con la exigencia de individualización documental que establecen los apartados 7 y 8 del artículo 37 de la Ley 30/1992. d) Cumpliéndose con esas condiciones, no podrá exigirse al interesado que justifique adicionalmente la utilidad o conveniencia de las copias solicitadas para el desempeño de la función de control político que corresponde al cargo de concejal. e) Recae sobre el ayuntamiento destinatario de la solicitud de copia la carga de justificar y motivar su denegación. También conviene añadir que el excesivo volumen de la documentación cuya copia sea solicitada y la perturbación que su expedición o entrega pueda causar en el funcionamiento de la corporación local, en razón de los medios de que esta disponga, será un factor de legítima ponderación en la resolución que haya de dictarse. Pues no puede olvidarse que asegurar la normalidad de aquel funcionamiento es un imperativo del principio de eficacia que para la actuación de la Administración pública proclama el artículo 103 CE”.

En el caso que se examina no se dan las circunstancias a las que se refieren los apartados a) y b) del artículo 15 del ROF. Por lo tanto, y de acuerdo con lo declarado por la sentencia parcialmente transcrita, el solicitante debería cumplir con la exigencia de individualización documental establecida en los apartados 7 y 8 del artículo 37 de la Ley 30/1992. Consta en los autos que el día 14 de septiembre de 2016 se pusieron a disposición del actor en las dependencias municipales los documentos de los que había solicitado copia, que examinó desde las 9.15 hasta las 12.40 horas, e insistió en su petición de que le entregase copia de todos ellos, a lo que le contestó el secretario-interventor que no estaba autorizado para hacer esa entrega. Ante tales hechos, hay que concluir que el derecho fundamental del actor fue satisfecho, si bien con posterioridad al inicio del procedimiento especial y a la presentación de la demanda, pues una vez examinados los documentos puestos a su disposición no resulta justificado que se siga interesando la entrega de copia de todos ellos y no de unos concretos, por lo que no resulta procedente una condena como la que contiene la sentencia de primera instancia, que por ello debe ser revocada».

1.3 Carácter restringido y excepcional de la “comisión de servicios” para proveer los puestos de trabajo de la Administración local

En su interesante Sentencia de 20 de junio de 2017 (ponente: Seoane Pesqueira, Rec. 32/2017), el TSJG realiza un exhaustivo análisis de la figura de la “comisión de servicios” habitualmente utilizada por las administraciones locales para proveer puestos de trabajo con carácter provisional, mediante nombramiento directo y discrecional. La sentencia confirma la anulación de la provisión por comisión de servicios de ocho puestos del Concello de Ourense, con las siguientes consideraciones:

«(...) el presupuesto de hecho habilitante para acudir a esta forma de provisión es la existencia de una situación de necesidad, que la norma califica como urgente e inaplazable, la cual permite excepcionar la forma normal de provisión de puestos de trabajo reservados a funcionarios, que es el concurso de méritos (...). La comisión de servicios es una herramienta en manos de la Administración para atender necesidades inaplazables (sentencia de esta sala y sección de 16 de diciembre de 2015, recurso 445/2014), por lo que se robustece la carga

de la Administración para detallar las razones por las que se opta por tal provisión. Y es que la regla general es la de la inclusión del puesto ocupado temporalmente en comisión de servicios en la convocatoria inmediatamente siguiente (...), porque es una situación excepcional y, como tal, de consideración restrictiva, porque la eficacia impone que los puestos de trabajo, por estabilidad, eficiencia y seguridad jurídica, han de ser servidos por funcionarios con destino definitivo y no temporal (...). No estamos ante una facultad discrecional de la Administración local... sino ante un concepto jurídico indeterminado, en el que existe una única solución posible (...). La necesidad urgente e inaplazable de cubrir una plaza mediante una comisión de servicios no se acredita con la mera afirmación de la Administración de que existe tal necesidad y de que esta es urgente e inaplazable (...). El examen del expediente revela que desde hace años los puestos de trabajo vacantes del concello son cubiertos mediante comisiones de servicios y adscripciones provisionales, apoyadas en razones de necesidad y urgencia, por cuya vía se huye de la regla general de la provisión definitiva mediante el sistema de concurso como procedimiento normal (...), con lo que ello conlleva de riesgo de arbitrariedad, además de vulneración de los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, que ha de regir en esta materia (...). En definitiva, en ninguno de los casos se razona el motivo por el que no se ha convocado el concurso (...). No está debidamente justificado, pues, el recurso a la cobertura provisional y urgente (...). Junto a todo lo anterior, resulta sintomático que en todos sus informes el interventor municipal haga constar que no se explica que no se hayan promovido los pertinentes concursos para cubrir de modo definitivo los puestos vacantes en la plantilla de personal del Concello de Ourense».

regap



NOTAS

1.4 Régimen de incompatibilidades de los funcionarios de la Administración local

En su Sentencia de 18 de mayo de 2017 (ponente: Seoane Pesqueira, Rec. 7/2017), el TSJG confirmó la nulidad de pleno derecho de la estimación presunta por silencio positivo de la petición de un funcionario municipal de compatibilizar su trabajo en el ayuntamiento con el libre ejercicio de la abogacía, con la siguiente argumentación:

«(...) La interpretación conjunta de los apartados 1 y 4 del artículo 16 de la Ley 53/1984, que defiende el apelante, choca abiertamente con la interpretación literal de tales preceptos, por mucho que trate de acudir a sus redacciones precedentes y al informe del comité de expertos constituida en su día, cuya propuesta finalmente no fue acogida. La redacción del artículo 16.1 de la Ley 53/1984, tras la modificación operada por el apartado 1 por la disposición final 3.2 de la Ley 7/2007, vigente cuando el actor dedujo su solicitud, decía: “No podrá autorizarse o reconocerse compatibilidad al personal funcionario, al personal eventual y al personal laboral cuando las retribuciones complementarias que tengan derecho a percibir del apartado b) del artículo 24 del presente estatuto incluyan el factor de incompatibilidad al retribuido por arancel y al personal directivo, incluido el sujeto a la relación laboral de carácter especial de alta dirección”. Por su parte, el artículo 16.4 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las administraciones públicas, en su redacción vigente antes y después de la Ley 7/2007, establece: “Asimismo, por excepción y sin perjuicio de las limitaciones establecidas en los artículos 1.3, 11, 12 y 13 de la presente ley, podrá reconocerse compatibilidad para el ejercicio de actividades privadas al personal que desempeñe puestos de trabajo que comporten la percepción de complementos específicos, o concepto equiparable, cuya cuantía no supere el 30 por 100 de su retribución

básica, excluidos los conceptos que tengan su origen en la antigüedad". Al margen de la intención de la comisión de expertos, lo cierto es que, después de la Ley 7/2007, se mantuvo la redacción del artículo 16.4, mientras que en el apartado 1 sólo se hizo alusión al factor de incompatibilidad respecto al personal funcionario, al personal eventual y al personal laboral retribuido por arancel y al personal directivo, incluido el sujeto a la relación laboral de carácter especial de alta dirección.

Para la compatibilidad del ejercicio de actividades privadas, el apartado 4 del artículo 16, introducido por la Ley 31/1991, atiende a la percepción de "complementos específicos", o concepto equiparable, sin hacer referencia en concreto a alguno de los factores que intervienen en la estructura de las retribuciones complementarias conforme al artículo 24 b) de la Ley 7/2007, a diferencia del apartado 1 del artículo 16, tras su modificación por la citada Ley 7/2007. Ahora, los apartados 1 y 4 del artículo 16 de la Ley 53/1984 tienen su propio ámbito de aplicación de cara a exigir la inclusión del factor de incompatibilidad dentro del complemento específico, de modo que para denegar la compatibilidad sólo se exige tal inclusión si se trata del personal funcionario, personal eventual y personal laboral retribuido por arancel, y el personal directivo, incluido el sujeto a la relación laboral de carácter especial de alta dirección. Para el resto de los empleados públicos, el reconocimiento de la compatibilidad con actividades privadas exige que el personal desempeñe puestos de trabajo que comporten la percepción de complementos específicos, o concepto equiparable, cuya cuantía no supere el 30 por 100 de su retribución básica, excluidos los conceptos que tengan su origen en la antigüedad, aunque no conste expresamente si dentro de aquellas retribuciones complementarias se halla el factor de incompatibilidad.

No cabe duda de que el recurrente no se encuentra en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 16 de la Ley 53/1984, ya que no es personal funcionario, personal eventual ni personal laboral retribuido por arancel, así como tampoco es personal directivo, ni está ligado por una relación laboral de carácter especial de alta dirección.

Por el contrario, entra de lleno en el ámbito de aplicación del apartado 4 de dicho artículo 16, pues se trata de personal que desempeña puesto de trabajo que comporta la percepción de complemento específico, o concepto equiparable, de modo que para otorgarle la compatibilidad es imprescindible que la cuantía de sus retribuciones complementarias no supere el 30 por 100 de su retribución básica, excluidos los conceptos que tengan su origen en la antigüedad.

(...) Abona la interpretación que se propugna el hecho de que la disposición adicional 8.ª del Decreto legislativo autonómico 1/2008, de 13 de abril, establece que:

"De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 31/1991, de 30 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 1992, se le podrá reconocer, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, compatibilidad para el ejercicio de actividades privadas al personal que desempeñe puestos de trabajo que comporten la percepción de complemento específico o concepto equiparable siempre que su cuantía no supere el 30% de su retribución básica, excluidos los conceptos que tengan su origen en la antigüedad. En el supuesto de que la cuantía de tal complemento supere el 30% referido, podrá concederse la compatibilidad siempre que la persona interesada renuncie a la percepción del complemento específico". En el mismo sentido, en el acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de diciembre de 2011 se aprobó el procedimiento para la reducción del complemento

específico de los funcionarios de la Administración General del Estado pertenecientes a los subgrupos C1, C2 y E, extendiendo a los funcionarios de los subgrupos A1 y A2 la disposición adicional 5.ª del Real decreto ley 20/2012.

En consecuencia, para obtener la compatibilidad con el ejercicio de una actividad privada, el funcionario debe solicitar la reducción del complemento específico al límite del 30% de las retribuciones básicas, excluida la antigüedad.

Y en la normativa gallega despeja ahora cualquier duda la disposición transitoria 8.ª de la Ley 2/2015, de 29 de abril, de empleo público de Galicia, que exige, como requisito imprescindible para obtener la compatibilidad con el ejercicio de actividades privadas, la renuncia al complemento específico, al establecer:

“1. En tanto no se introduzca el complemento retributivo de puesto de trabajo previsto por la presente ley, todas las referencias a este último se entenderán hechas al complemento específico existente a la entrada en vigor de la misma, destinado a retribuir las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo en atención a su especial dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad, peligrosidad o penosidad. En ningún caso podrá asignarse más de un complemento específico a cada puesto de trabajo. El personal interino nombrado para la ejecución de programas de carácter temporal o por exceso o acumulación de tareas percibirá el complemento específico correspondiente a un puesto de trabajo de nivel base del correspondiente subgrupo o grupo de clasificación profesional. 2. En tanto no se produzca la sustitución del complemento específico mencionado en el apartado anterior por el complemento de puesto de trabajo previsto por la presente ley, podrá reconocerse, conforme a lo dispuesto en la normativa sobre incompatibilidades que resulte de aplicación, compatibilidad para el ejercicio de actividades privadas al personal que desempeñe puestos de trabajo que comporten la percepción de complemento específico o concepto equiparable, siempre que su cuantía no supere el treinta por ciento de su retribución básica, excluidos los conceptos que tengan su origen en la antigüedad. En el supuesto de que la cuantía de tal complemento supere el treinta por ciento referido, podrá concederse la compatibilidad siempre y cuando la persona interesada renuncie a la percepción del complemento específico o concepto equivalente”.

El examen de la jurisprudencia del Tribunal Supremo es ilustrativo asimismo en el sentido de que en los casos ordinarios (los del apartado 4 del artículo 16 de la Ley 53/1984) no se atiende al factor de incompatibilidad, sino a la cuantía del complemento específico en su conjunto, de modo que para que pueda otorgarse la compatibilidad resulta imprescindible que aquella cuantía no supere el 30% de la retribución básica, excluido lo percibido en concepto de antigüedad. (...)

Desde el momento en que las retribuciones básicas anuales del recurrente ascienden a 9.884,84 euros, y el complemento específico anual a 12.031,74 euros, el 30% de dichas retribuciones básicas se concreta en 2.965,52 euros (folio 91 del expediente administrativo: informe de la interventora), de modo que, aunque no constan los conceptos que retribuye aquel complemento específico, se supera aquel 30% y, por ello, no puede prosperar la pretensión articulada por el apelante».

regap



NOTAS

1.5 Entidad local menor. Carece de competencia para suprimir puesto de trabajo reservado a habilitado nacional

La Sentencia del TSJG de 4 de mayo de 2017 (ponente: Rivera Frade, Rec. 10/2017) confirma la anulación de un acuerdo de la junta vecinal de la Entidad Local Menor de Bembrive que dispuso la supresión del puesto de secretario-interventor tras la jubilación de su anterior titular. La sentencia, tras analizar en detalle lo dispuesto en la normativa aplicable, alcanza la siguiente conclusión:

«(...) El contenido de la normativa expuesta en el anterior fundamento de derecho pone de manifiesto el protagonismo que se debe reconocer a las comunidades autónomas cuando se trata de regular el régimen jurídico de las entidades locales de ámbito inferior al municipio, y ese protagonismo se traduce en la competencia de la Administración autonómica para acordar la supresión de puestos de trabajo como el litigioso. No se trata de negar la potestad de autoorganización de estas administraciones públicas, pero sí de determinar su extensión, la cual no alcanza a la supresión de los puestos de trabajo reservados al personal funcionario con habilitación de carácter estatal. Si bien las entidades locales menores tienen competencia para aprobar la RPT (...), no la tienen en cambio para la supresión de puestos reservados al personal funcionario con habilitación de carácter estatal.

El artículo 6 del Decreto 49/2009, que cita la apelante en su recurso, limita la potestad de autoorganización cuando se trata del desempeño de funciones reservadas al personal funcionario con habilitación de carácter estatal, al establecer que el desempeño de estas funciones en una entidad de ámbito territorial inferior al municipio que goce de personalidad jurídica propia se efectuará en los términos que establezca el decreto de constitución de la misma aprobado por el Consello de la Xunta de Galicia y demás normativa en materia de régimen local aplicable .

Ninguna crítica merece la sentencia de instancia, pues aplica e interpreta correctamente la normativa de aplicación, que ampara las afirmaciones discutidas por la apelante, a saber, que las entidades locales menores ostentan una potestad de autoorganización limitada, y que la competencia respecto de la creación y supresión de puesto de secretario-interventor reside en la comunidad autónoma. Lo que el artículo 92 bis 4 de la LBRL establece (el Gobierno, mediante real decreto, regulará las especialidades de la creación, clasificación y supresión de puestos reservados a funcionarios de la Administración local con habilitación de carácter nacional, así como las que puedan corresponder a su régimen disciplinario y de situaciones administrativas) es la competencia del Gobierno estatal para regular las especialidades. Pero no excluye ni descarta que sean las comunidades autónomas las que tengan competencia para la supresión de estos puestos, cuando ya se la atribuía otra ley básica, la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto básico del empleado público, cuya disposición adicional segunda establecía en su apartado tercero que: “La creación, clasificación y supresión de puestos de trabajo reservados a funcionarios con habilitación de carácter estatal corresponde a cada comunidad autónoma, de acuerdo con los criterios básicos que se establezcan por ley”.

No puede aceptarse la tesis que defiende la apelante en su recurso cuando dice que la “supresión” que cita el apartado 6 del artículo 10 sólo puede entenderse como “supresión de la clasificación existente”, pues utilizando el mismo criterio hermenéutico “contexto en el que está inserto dicho apartado”, y acudiendo pues a las normas interpretativas del artículo 3 del

Código civil, podemos comprobar que el artículo 10 del Decreto 49/2009, que pertenece a la sección primera “Creación, supresión, clasificación y exención de puestos”, es el único que se refiere a todas estas modalidades, siendo el primer apartado el que sostiene que la creación conlleva la clasificación, con lo cual los conceptos “clasificación de puestos” y “supresión de puestos” no obedecen a ideas tan diferentes, como sostiene la apelante. Conforme al apartado primero del artículo 10 del Decreto 49/2009, los procedimientos de creación de puestos de trabajo reservados a funcionarios/as con habilitación de carácter estatal conllevan su clasificación, siendo el apartado sexto el que expresamente se refiere a la “supresión de puestos”, estableciendo que seguirá el procedimiento regulado en el citado artículo. Y es el apartado cuarto el que atribuye a la consellería competente en materia de régimen local la competencia para resolver la clasificación de estos puestos y, por tanto, su supresión».

1.6 Impugnación por un concejal del acuerdo de adjudicación del contrato de servicio de ayuda en el hogar. Cómputo del plazo para recurrir. Órgano competente para adjudicar el contrato

En la Sentencia del TSJG de 21 de septiembre de 2016 (ponente: Santiago Iglesias, Rec. 4049/2015), se clarifica en primer lugar el plazo del que dispone un concejal de la oposición para impugnar los acuerdos de la junta de gobierno local de un ayuntamiento de adjudicación de un contrato público. Concluye que dicho término se iniciará con la notificación formal del acuerdo al concejal recurrente, y no antes. Aclara también el criterio conforme al cual se debe calcular la cuantía del contrato a fin de determinar el órgano competente para la adjudicación, con exclusión del importe del precio correspondiente a la prórroga eventual de dicho contrato.

Regap



NOTAS

2 Educación y universidades

2.1 Determinación del periodo de vigencia de los libros de texto y demás materiales curriculares

La Sentencia del TS de 20 de abril de 2017 (secc. 4.ª, ponente: Excma. Sra. Picó Lorenzo, Rec. 1876/2015) confirmó la desestimación del recurso interpuesto por la Asociación Nacional de Editores de Libros y Material de Enseñanza contra la Orden de 29 de mayo de 2013 de la Consellería de Cultura, Educación y Ordenación Universitaria, que determinó el periodo de vigencia de los libros de texto y demás materiales curriculares (DOG 30/05/2013), con la siguiente motivación:

«(...) Para examinar el primer motivo, hemos de partir de que existe una notoria diferencia en lo que atañe a los libros de texto entre la derogada Ley orgánica de calidad de la educación, LOCE 10/2002, de 23 de diciembre, y la Ley posterior orgánica de educación, LOE, 2/2006, de 3 de mayo, modificada por la Ley orgánica para la mejora de la calidad educativa, 8/2013, de 9 de diciembre. Mientras la LOCE establecía con carácter general, apartado cuarto de la disposición adicional tercera, que los libros de texto no podrán ser sustituidos por otros durante un período mínimo de cuatro años, la LOE, disposición adicional cuarta, tanto en su redacción original como en la actualmente vigente, guarda silencio al respecto. Y de la disposición final quinta de la LOMCE se colige que la disposición adicional cuarta ostenta el

carácter de básico sin que hubiera entrado dicha norma en la regulación de la vigencia de los libros de texto. No hay duda, pues, de que, al no reputarlo básico el legislador estatal, puede regular tal aspecto la comunidad autónoma, como aquí hizo la Xunta de Galicia y pone de manifiesto que están realizando otras comunidades autónomas.

Por tal razón, el criterio interpretativo de la sala de instancia resulta ajustado a derecho. Al carecer la ley orgánica vigente en materia educativa de regulación expresa sobre la materia, no existe óbice alguno a la pervivencia del Decreto 89/1993, de 19 de abril, en que se ampara la orden impugnada.

Es certera la afirmación de la sala de instancia acerca de la subsistencia de las normas reglamentarias que no contradigan la nueva ley. Como bien dice la parte recurrida, una cosa es que en el actual marco educativo no exista autorización administrativa de los libros (contenido) y otra bien distinta que pueda fijarse una duración mínima de vigencia de los libros de texto en aras a permitir el uso por distintos miembros de la familia y transmitir al alumnado la cultura general del uso racional y sostenible de los recursos (preámbulo de la orden impugnada). Tal regulación no está vedada por la ley orgánica en materia educativa actualmente vigente, por lo que no se produce infracción alguna del principio de jerarquía normativa. (...).

Al considerar que no hay restricción de la competencia, no se hace precisa una regulación por norma legal, siendo suficiente el reglamento.

Y no resulta comparable en lo que atañe al plazo con el derogado artículo 21 de la Ley 7/2010 (compraventa de derechos exclusivos de las competiciones futbolísticas españolas regulares) por mor del RD Ley 5/2015, de 30 de abril, de medidas urgentes en relación con la comercialización de los derechos de explotación de contenidos audiovisuales de las competiciones de fútbol profesional».

2.2 Plan de financiación del sistema universitario de Galicia

La Sentencia del TSJG de 12 de abril de 2017 (ponente: Díaz Casales, Rec. 359/2014) estimó en parte el recurso interpuesto por la Universidad de A Coruña contra la desestimación presunta del requerimiento formulado a la Xunta de Galicia de cumplimiento del Plan de Financiación del Sistema Universitario de Galicia (2010-2015) con la transferencia a dicha universidad de determinada cantidad. La sentencia realiza un pormenorizado estudio del sistema de financiación de las universidades públicas gallegas, ahondando en el parámetro relativo a los "costes estructurales", con las siguientes consideraciones:

«(...) Las discrepancias fundamentales en la aplicación del plan se limitan a (...) determinar los posibles efectos amplificadores que en la aplicación de los nuevos criterios de reparto variable, que habrían de aplicarse progresivamente, tiene operar sobre los porcentajes ya aplicados los años anteriores que ya contemplaban un porcentaje en función de los mismos criterios variables. (...) Del contenido del acuerdo suscrito resulta que el criterio de reparto histórico se mantendría en el año 2011 y para los restantes se preveía una aplicación progresiva de nuevos criterios que, aprobados en la reunión de diciembre de 2011, habían de suponer un 5% adicional cada año hasta alcanzar el 20% en 2015, con arreglo a la siguiente tabla: (...). Una vez detectado que la Xunta de Galicia a la hora de determinar las cantidades que

correspondían a cada universidad aplicaba el mismo porcentaje que le había atribuido el año anterior (...), hemos de concluir que se excedieron los porcentajes a los que los mismos resultaban aplicables, con arreglo a la siguiente tabla elaborada por el perito y que optamos por copiar al ser una cuestión puramente contable: Histórico %Variable %Variable Real // 2012 95% 5% 5% // 2013 90% 10% 14,5% // 2014 85% 15% 27,33% // 2015 80% 20% 41,86%. De este modo quedó acreditado que se produjo un efecto de amplificación, como le llama el perito, a la aplicación de los criterios variables que exceden de lo previsto en el plan, por lo que este aspecto del recurso sí merece ser estimado. Pero además hay otro aspecto adicional de esta operativa seguida por la consellería que tampoco se le escapa al perito y que incide sobre esta cuestión, cual es que tanto el plan como la adenda al mismo con idéntica redacción ordenan deducir de la partida los gastos derivados de los sexenios y los complementos (...). Por lo que entiende que aquellas universidades que obtuvieran por este concepto mayor financiación también obtendrían una mayor participación en la financiación fija por este concepto, por lo que está claro que estas cantidades deben ser excluidas del criterio de reparto. Por lo que este aspecto del recurso sí ha de ser estimado al resultar acreditado que la actuación de la Administración contravino los términos del acuerdo de financiación. Pero esta estimación no puede comportar la estimación del recurso, cuando las cantidades solicitadas en la demanda vienen determinadas en función de un porcentaje fijo cuya determinación no compartimos y en todo caso exigen unos nuevos cálculos, mediante la detracción a la partida de la parte correspondiente al abono de sexenios y complementos, después de aplicar los porcentajes para determinar la cantidad de la misma que habría de repartirse con arreglo a los "criterios históricos" que habrán de determinarse en función de las variables utilizadas en 2011 y el 5%, 10%, 15% y 20% a distribuir en función de los criterios variables en los años 2012, 2013, 2014 y 2015 respectivamente, lo que sin duda debe dar lugar a la regularización de las cantidades percibidas por las 3 universidades gallegas».

regap



NOTAS

2.3 Valoración de tramos de investigación (sexenios)

El TSJG, en su Sentencia de 22 de diciembre de 2016 (ponente: Seoane Pesqueira, Rec. 67/2016) analizó el sistema de valoración de tramos de investigación (sexenios) de los profesores universitarios realizada por la Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora (CNEAI). Concluyó, en primer lugar, que:

«(...) no cabe acoger la petición principal contenida en el suplico de la demanda, en el que se interesa que los dos o uno de los tramos de investigación (sexenios) solicitados y sometidos a evaluación sean valorados y reconocidos positivamente, porque ello entrañaría revisar la calidad y aptitud de los trabajos o aportaciones del recurrente, y, por consiguiente, abrir la posibilidad de corregir o alterar la apreciación realizada por la Comisión Nacional Evaluadora en lo relativo a su estimación técnico-científica, extralimitando el control jurídico que a este tribunal corresponde. Si, con arreglo a dicha moderna jurisprudencia, el control de los órganos jurisdiccionales es de carácter jurídico respecto del acomodo de la actuación administrativa al ordenamiento jurídico, y no técnico científico, no es posible la sustitución de la valoración técnica verificada por el órgano administrativo. Además, tal reemplazo evaluativo no es fiscalización, sino que va más allá, incidiendo en la prohibición contenida en el artículo 71.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, en cuanto proscribía que los órganos jurisdiccionales determinen el contenido discrecional de los actos anulados».

En segundo lugar, que: «(...) En congruencia con tal exigencia de motivación, esta sala y sección ha incidido en la necesidad de que la Administración ofrezca la debida respuesta a los argumentos esgrimidos en el recurso de alzada interpuesto contra la decisión inicial de la CNEAI, adecuándose estos argumentos a los criterios específicos de la correspondiente resolución de la CNEAI, pues la propia jurisprudencia ha exigido esa respuesta explícita para cumplir adecuadamente el requisito de la motivación (artículo 54 de la Ley 30/1992), a fin de que quien postula el reconocimiento del sexenio pueda conocer las razones por las que se puntúan negativamente determinadas aportaciones, e incluso, habría que añadir ahora, es necesario justificar la puntuación respecto a las aportaciones valoradas positivamente, por la incidencia que puede tener en la media final, tal como ha razonado la STS de 3/7/2015. Es decir, el hecho de que sea bastante que el comité asesor correspondiente exprese su juicio técnico en términos numéricos de cero a diez, siendo preciso un mínimo de seis puntos para obtener una evaluación positiva, tal como impone el artículo 8.2 de la Orden de 2 de diciembre de 1994, no excusa de exponer los motivos por los que se otorga una determinada puntuación inferior a 6 puntos (o incluso superior) si se plantea un recurso de alzada frente al acuerdo inicial de la CNEAI, que se apoya en el informe del comité asesor, en cuyo recurso se esgriman argumentos concretos por los que una determinada aportación pudiera ser evaluada positivamente, sobre todo si esos argumentos están basados en los criterios específicos que se han hecho públicos a través de la resolución de la propia CNEAI. Entenderlo de otro modo sería tanto como reconocer una zona inmune de poder, y propiciar que la discrecionalidad, por muy técnica que sea, pueda incidir en la arbitrariedad derivada de la falta de explicación de lo realizado, lo cual se compadece mal con las exigencias de un Estado de derecho y con el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, proclamado en el artículo 9.3 de la Constitución. (...) Nada impide que aquellos criterios específicos sean interpretados por el comité asesor y por la CNEAI de una manera distinta de la expuesta por el actor en su solicitud, pero es preciso que se exteriorice ese diferente modo de entendimiento para que, a la vez que se aporta aquella contestación a los argumentos del recurrente, pueda llevarse a cabo la fiscalización judicial a que obliga el recurso contencioso-administrativo planteado».

Y, en tercer y último lugar, que: «Tal como se advierte en el preámbulo de dicha resolución de 26 de noviembre de 2014 de la CNEAI, en ella se recogen unos criterios que constituyen extremos reglados a los que cada comité asesor ha de acomodarse, de modo que si se detecta un apartamiento de esos parámetros la fundamentación no puede darse por válida».

2.4 Puntuación de tesis doctoral con “sobresaliente *cum laude*”. Requiere votación unánime y secreta en día diferente al de la defensa de la tesis

La Sentencia del TSJG de 22 de diciembre de 2016 (ponente: López González, Rec. 308/2016) confirmó en apelación la anulación de la puntuación de “sobresaliente” (sin laude) otorgada por la Universidad de A Coruña a una tesis doctoral, ordenando la retroacción de actuaciones, por no haberse producido la votación de la mención honorífica por los miembros del tribunal de manera secreta y en día distinto del de la defensa de la tesis. Incide así el TSJG en que:

«(...) El Real decreto 99/2011, de 28 de enero, por el que se regulan los estudios oficiales de doctorado, según la redacción introducida por el Real decreto 534/2013, de 12 de julio, establece en su artículo 14.7, en materia de defensa, evaluación y calificación de la tesis

doctoral, que “el tribunal emitirá un informe y la calificación global concedida a la tesis de acuerdo con la siguiente escala: No apto, aprobado, notable y sobresaliente. El tribunal podrá otorgar la mención de cum laude si la calificación global es de sobresaliente y se emite en tal sentido el voto secreto positivo por unanimidad. La universidad habilitará los mecanismos precisos para la materialización de la concesión final de dicha mención garantizando que el escrutinio de los votos para dicha concesión se realice en sesión diferente de la correspondiente a la de defensa de la tesis doctoral”. Tres son, por tanto, en este supuesto, las exigencias normativamente previstas: una, que el escrutinio se efectúe en sesión distinta de la que corresponde a la defensa de la tesis; otra, que el voto sea secreto como garantía de su anonimato y, por último, que ese voto secreto positivo se alcance por unanimidad. (...).

En el caso enjuiciado, es evidente que se incumplió la normativa antedicha. Sea por filtración indebida de uno o más miembros del tribunal, sea por otras causas, lo cierto es que se comunicó públicamente al demandante la concesión de la mención de cum laude con anterioridad a haberse efectuado el escrutinio de los votos emitidos para su otorgamiento. Tal circunstancia claramente implica una vulneración de las garantías y formalidades que deben regir el procedimiento calificador que nos ocupa y suscita dudas acerca de la pureza del proceso hasta el punto de invalidar la declaración de voluntad manifestada por el tribunal evaluador. No olvidemos que uno de sus integrantes expresó haber incurrido en equivocación al emitir su voto negativo cuando su voluntad era votar positivamente. Dicho aserto escasa credibilidad reviste para esta sala, toda vez que resulta difícil de creer que pueda tener lugar en la realidad semejante error de bulto, llevándonos a pensar, por el contrario, que la subsanación que dicho vocal pretendía respondía más a presiones o intereses ajenos a la excelencia que debe reunir el mundo docente universitario. Si sólo concurriera esta circunstancia, es obvio que la demanda en modo alguno podría prosperar. Pero lo que sucede en el presente caso es bien distinto; se han incumplido todas las formalidades garantistas que la norma prevé; no se realizó el escrutinio de los votos en sesión diferente a la de defensa de la tesis; se participó al doctorando la calificación de sobresaliente cum laude con anterioridad al referido escrutinio y concurren importantes dudas en orden al secreto en la emisión posterior de dichos votos que, escrutados, no alcanzaron la positiva unanimidad requerida».

Regap



NOTAS

3 Expropiación forzosa

3.1 Expropiación por tasación conjunta. Las discrepancias sobre valoraciones deben plantearse siempre ante el jurado de expropiación con carácter previo a la vía jurisdiccional contencioso-administrativa

La Sentencia del TSJG (Secc. 3.^a) de 22 de febrero de 2017 (ponente: Cibeira Yebra-Pimentel, Rec. 7025/2016) sintetiza los requisitos y la naturaleza del procedimiento expropiatorio por tasación conjunta. Insiste en que las discrepancias del expropiado sobre la valoración de los bienes deben encauzarse por la vía establecida para la remisión del expediente al jurado de expropiación. Si se aquieta en esa fase no puedo luego cuestionar las valoraciones al impugnar directamente la resolución de aprobación definitiva del proyecto ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Incide así el tribunal en que:

«no cabe la desviada alternativa de oponerse directamente a los criterios de valoración incorporados a la resolución aprobatoria del expediente, en cuanto que estos no pueden ser objeto de este recurso directo, sin pasar primero de manera necesaria por el filtro valorativo previo del jurado de expropiación para agotar la vía administrativa definitiva de la misma. (...) las valoraciones han de impugnarse exclusivamente mediante los pasos de procedimiento previstos por el artículo 143 de la LOUGA, que vincula a todas las partes interesadas y las obliga a oponerse al final en ese corto espacio de veinte días mediante el empleo de todos y cada uno de los argumentos en que fundamenten la petición de un justiprecio superior –incluidos los relativos a cualquier divergencia con los criterios valorativos expuestos en el documento inicial al que se refiere el artículo 143.1 ya dicho– so pena de presumirse legalmente y de manera irrevocable que aceptan la valoración que figura en el acto aprobatorio del expediente, en cuyo caso ya no es necesario el envío del expediente al jurado, al que sólo se llega en caso de desacuerdo con la valoración cuestionado el justiprecio y que el organismo adecuado para pronunciarse, con el conocimiento tan preciso y técnico de un organismo público tasador como él, decida sobre todas las cuestiones de la categoría del suelo, el valor de repercusión, la edificabilidad, etc., que fue a lo que debió acudir la actora después de haber mostrado su desacuerdo con el justiprecio que se le ofrecía».

4. Medio ambiente y urbanismo

4.1 Plan general de ordenación municipal. Nulidad por falta de justificación jurídica de suficiencia de recursos hídricos para el incremento de población

El TS, en sus sentencias de 17 de febrero de 2017, 12 de diciembre de 2016 y 15 de julio de 2015 (casación 1125/2016, 3137/2015 y 3492/2013), declaró la nulidad, respectivamente, de los planes generales de ordenación municipal de Verín, Monterrei y Rábade, porque durante su tramitación no se justificó, jurídicamente, la disponibilidad efectiva de recursos hídricos suficientes para atender a los incrementos de población e industrias proyectados en dichos planes. El alto tribunal consideró lo siguiente en la sentencia anulatoria del Plan General de Verín:

«(...) En el supuesto de autos, la sentencia hace referencia a un informe desfavorable de la Confederación Hidrográfica, de fecha 11 de marzo de 2011, pero, con posterioridad, la misma confederación, en fecha de 29 de septiembre de 2011, manifiesta que “no tiene inconveniente en la aprobación del presente instrumento de planeamiento en lo que respecta a la disponibilidad de recursos hídricos”, al que se añade otro posterior informe, de 11 de abril de 2012, en el que, tras hacer referencia al inicial de 11 de marzo de 2011, se señala que en el mismo se dio respuesta a las alegaciones presentadas “estimándose las mismas en lo relativo a la disponibilidad de recursos hídricos”, concluyendo que se informa favorablemente.

Pues bien, el recurso debe ser acogido por vulnerar la sentencia de instancia el citado artículo 25.4 del TRLA, en relación con el 15.3 del TRLS08, y la jurisprudencia de este Tribunal Supremo que lo ha interpretado (...).

El artículo 25.4 de la Ley de aguas establece que “el informe de la Confederación Hidrográfica se pronunciará expresamente sobre la existencia o inexistencia de recursos suficientes para satisfacer demandas”, lo cual plantea si sólo ha de estarse a la suficiencia de recursos

hídricos o, por el contrario, también se engloba en el concepto la disponibilidad sobre los mismos. La cuestión es de gran relevancia práctica, puesto que muchas de las controversias se presentan en momentos donde se están tramitando expedientes de concesión de aguas en ámbitos donde en principio hay recursos hídricos suficientes, pero de los que se carece del correspondiente título concesional. En una primera aproximación, la acotación temporal de los conceptos suficiencia y disponibilidad se refieren al momento de aprobación del acto o plan, de tal manera que tales conceptos no pueden ser integrados por recursos hídricos no existentes en dicho momento, aunque estén proyectados o previstos para un futuro más o menos próximo. En este punto, también es muy frecuente la alegación de actuaciones proyectadas para satisfacer necesidades hídricas en un futuro, mas tales actuaciones a futuro no integran el concepto de suficiencia al que se refiere el artículo 25,4 de la Ley de aguas, dado que este requisito ha de darse en el momento en que se aprueba el plan (...).

De lo anterior se infiere, con relación al supuesto de autos analizado, la ausencia de disponibilidad de agua por medio de las correspondientes concesiones, que, como bien se expresa en la sentencia impugnada, se encuentran en tramitación. Esto es, en el supuesto de autos fue emitido el preceptivo y vinculante informe por la Confederación Hidrográfica competente, pero de su contenido –en ello no acierta la sala de instancia– no se deduce la existencia y disponibilidad de recursos hídricos en la forma en la que la jurisprudencia los ha venido exigiendo de conformidad con la interpretación que se realiza del artículo 25.4 del TRLA. Es posible la existencia de agua para el municipio, e, incluso, su disponibilidad material, pero, desde la perspectiva urbanística que nos ocupa –y en un obligado marco de legalidad– no se ha acreditado, ni en el informe, ni con cualquier otro medio de prueba, la disponibilidad jurídica de la misma, ya que en el momento de la aprobación del planeamiento no existía plena suficiencia y disponibilidad de recursos hídricos para el abastecimiento de agua al municipio».

Regap



NOTAS

4.2 Aprobación definitiva del plan general de ordenación municipal condicionada a determinadas rectificaciones que corregirá directamente el ayuntamiento sin nuevo acuerdo aprobatorio de la Xunta de Galicia

El TSJG, en sus sentencias de 20 de abril de 2017 (ponente: Recio González, Rec. 4686/2013) y 28 de julio de 2016 (ponente: Arrojo Martínez, Rec. 4579/2013), analiza las respectivas resoluciones de la Xunta de Galicia de aprobación definitiva de los planes generales de A Estrada y A Coruña condicionada al cumplimiento *a posteriori* por dichos ayuntamientos de determinados requisitos sin necesidad de nueva aprobación por la Administración autonómica. Acepta tal posibilidad, con las siguientes consideraciones:

«(...) La interpretación conjunta de los apartados a) y b) del artículo 85.7 de la Ley 9/2002 –redacción introducida por la Ley 2/2010, de 25 de marzo– parece revelar el reconocimiento normativo de un cierto grado de condicionamiento en relación con la aprobación definitiva, si se tiene en cuenta que el último inciso de dicho apartado b) no tendría pleno sentido si se relaciona exclusivamente con el resto de tal apartado b) y no con el apartado a), en el que se contempla el otorgamiento de la aprobación definitiva. Ahora bien, aunque se considere que el artículo 85.7 de la Ley 9/2002 –redacción introducida por la Ley 2/2010, de 25 de marzo– no recoge expresamente la opción de la aprobación definitiva condicionada, cabe entender que la introducción en la impugnada Orden de 25 de febrero de 2013, de un

entendido condicionamiento, no determina inequívocamente la anulación de tal orden si se constata que la introducción de modificaciones contenidas en el apartado II de la propia orden supone en realidad la plasmación documental de lo ya decidido en la aprobación definitiva y no una indebida innovación municipal con rechazable preterición de la obligada intervención y decisión de la Administración autonómica. (...) Las comentadas correcciones o subsanaciones presentan debida correspondencia con el criterio plasmado en la orden de aprobación definitiva y en conexión con ello con la pertinente consideración de la respectiva normativa de aplicación, sin que por la parte actora haya sido desvirtuada tal correspondencia entre texto refundido y lo exigido en dicha orden, de lo que, por un lado, resulta que en realidad las determinaciones procedentes venían ya suficientemente perfiladas en la propia orden de aprobación y, por otro, que la no desvirtuada correspondencia excluye el temor de que se haya producido una indebida omisión en el ejercicio competencial normativamente atribuido a la Administración autonómica, de lo que, por tanto, deriva la inexistencia de base para la estimación del presente recurso contencioso-administrativo, conclusiones las mencionadas que también se alcanzan en cuanto a los demás extremos incluidos en el apartado II de la orden, no objeto de especial o singularizada mención en la demanda, y respecto de los cuales tampoco se desvirtúa su debida correspondencia con el criterio de la orden recurrida».

4.3 Plan especial de protección y reforma interior. Protección integral de un edificio con obligación de conservar el cine de la planta baja. Derecho indemnizatorio de los propietarios

La Sentencia del TSJG de 16 de febrero de 2017 (ponente: Recio González, Rec. 4081/2015) estimó en parte el recurso interpuesto contra la catalogación de un edificio en el Cantón Grande de A Coruña con nivel de protección II (singular valor arquitectónico integral) establecida en la revisión del Plan Especial de Protección y Reforma Interior de la Ciudad Vieja y Pescadería de A Coruña aprobado en enero de 2015, con obligación de conservación del cine preexistente en la planta baja y prohibición de edificación bajo rasante. El tribunal confirmó la validez de la protección del edificio, al considerar que:

«(...) lo que se pretende es evitar la desaparición de este elemento en atención a su interés arquitectónico, histórico y antropológico, que en relación con el Cine Avenida se traduce en que los valores espaciales y funcionales del volumen posterior y con frente a la rúa da Estrela exigen una serie de medidas correctoras y protectoras, y se parte de la viabilidad de los usos o incluso la adaptación a otros nuevos, y de permitir su conservación y evitar su desaparición. Además, la valoración procede de su singularidad porque prácticamente todos los salones de cine han desaparecido de la ciudad, por lo que su conservación es más excepcional. Se entiende además que es un elemento esencial para la comprensión del valor del edificio, aunque carezca de elementos ornamentales de interés, y por ello se entendió que las condiciones de protección en la ficha del texto finalmente remitido no garantizaban las medidas necesarias para la conservación de los valores culturales. Es un cine con elementos singulares, el edificio más antiguo de la manzana, responde a una de las últimas obras de un autor reconocido, contiene los elementos reconocibles de su momento histórico y presenta una tipología excepcional, prácticamente única en Galicia, en que se fusionan el uso residencial y el de sala de cine, de forma que la singularidad deriva de que es poco común, es un cine de los primeros de su período, uno de los pocos que queda, y que representa una tipología poco repe-

tida. Estas razones arquitectónicas, históricas y etnológicas, tal y como aclara el autor del informe –subdirector general de Patrimonio Cultural–, son valores a que se refiere la Ley de patrimonio cultural de Galicia y, más allá de los artísticos, son valores espaciales funcionales y tipológicos que le dan singularidad».

Pero, por otra parte, les reconoció a los propietarios el derecho a percibir una indemnización por la restricción singular de aprovechamiento urbanístico que conlleva la protección del edificio:

«(...) Con respecto a la pretensión subsidiaria de la demanda, sobre las limitaciones singulares impuestas y su compensación; el Real decreto legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de suelo (vigente hasta el 31 de octubre de 2015), dispone en su artículo 35, al regular los supuestos indemnizatorios, que “dan lugar en todo caso a derecho de indemnización las lesiones en los bienes y derechos que resulten de los siguientes supuestos: b) Las vinculaciones y limitaciones singulares que excedan de los deberes legalmente establecidos respecto de construcciones y edificaciones, o lleven consigo una restricción de la edificabilidad o el uso que no sea susceptible de distribución equitativa”.

Justifica su petición la parte demandante en el hecho de ser el único edificio en las áreas urbanas renovadas con nivel de protección integral sin que se le permitan las plantas bajo rasante, de forma que es el único edificio imposibilitado de realizar obras de rehabilitación, reestructuración y ampliación, ni sótanos, por lo que se le restringe el aprovechamiento urbanístico sin prever una compensación.

(...) en el nivel de protección II, el PEPRI, para áreas urbanas renovadas, no prevé el uso bajo rasante, y la indemnización que solicita la parte demandante es por no poder construir sótanos, y ello ha de considerarse como una restricción del aprovechamiento urbanístico que las determinaciones del PEPRI suponen para el edificio de Cantón Grande, 7, con respecto al resto de los edificios de la zona de áreas urbanas renovadas, que ha de ser indemnizado conforme a las bases que se exponen en el suplico de la demanda:

1.ª Se delimitarán y cuantificarán en detalle las superficies construibles y sus posibles usos en función de las obras que resulten permitidas según el nivel de protección integral y según el nivel de protección estructural, especificándose la diferencia de superficies.

2.ª El importe indemnizatorio de las restricciones de aprovechamiento se calculará aplicando valores de mercado a la superficie construible que no puede llevarse a cabo debido a la protección integral, a cuyo resultado se añadirá el valor de la repercusión que sobre el valor de la que efectivamente pueda materializarse suponga la privación de lo que sería factible en caso de que la protección fuese estructural, especialmente la repercusión por la privación de garaje aparcamiento en la propia finca, así como por la configuración del local del antiguo cine. Y procede la condena solidaria a la Xunta de Galicia y al Ayuntamiento de A Coruña a indemnizar a la demandante en la cantidad que se determine en ejecución de sentencia».

Regap



NOTAS

4.4 Impugnación de plan general por una asociación. Límites a la acción pública urbanística. Necesaria correspondencia de los fines estatutarios de la asociación con sus argumentos impugnatorios

La Sentencia de 2 de marzo de 2017 del TSJG (ponente: Arrojo Martínez, Rec. 4263/2012) desestimó varios de los argumentos impugnatorios principales del recurso interpuesto por una asociación cultural contra la resolución de mayo de 2011 de aprobación definitiva del Plan General de Ordenación Municipal de Lugo, por falta de legitimación activa *ad causam*, toda vez que:

«(...) Desde la perspectiva de la legitimación que procede reconocer a la parte actora, es preciso significar que esta se trata de una asociación denominada "Asociación cultural na defensa do parque Rosalía de Castro e o seu entorno" y en cuyos estatutos se establecen como fines de la misma los siguientes: "a.- Defender o Parque Rosalía de Castro e o seu entorno das agresións urbanísticas e de todo tipo. b.- Defensa da panorámica que dende o parque se divisa. c.- Defensa do entorno paisaxístico. d.- Defensa dos acuíferos das Costas do Parque, etc. e.- Defensa da posible existencia de restos arqueolóxicos". Sin mayor dilación, cabe apuntar que resultan excluidas del ámbito de legitimación de la parte actora las pretensiones aparentemente dirigidas a la defensa de intereses particulares de terceros que sólo a estos últimos corresponde hacer valer, como ocurre con las impugnaciones referidas a la Ronda das Fontiñas y al polígono de actuación 1.3, distrito 1, Avda. da Coruña, en las que la parte actora interesa lo que considera como mejora de clasificación del suelo en beneficio de los respectivos particulares, solicitud inadmisibile al ser formulada por quien no está legitimado. Por otro lado, la legitimación de la parte actora incluye obviamente los aspectos que atañen a su objetivo y finalidad plasmados en sus estatutos, y, por lo tanto, las cuestiones que afectan a su correspondiente ámbito de interés conforme a tales estatutos, abarcando también la impugnación global del PXOM por motivos competenciales o procedimentales que pudieran determinar una anulación total del PXOM, ya que a través de esta última obtendría la recurrente el resultado pretendido de anulación de las previsiones del PXOM que atañen a los específicos intereses de aquella, pero lo que ya no es reconocible es la legitimación de la parte actora para la impugnación de aspectos concretos del PXOM que no afectan a tales específicos intereses, siendo el objetivo y la finalidad establecidos en los estatutos los que determinan el sentido y el significado de la existencia de la asociación, no siendo aceptable que mediante la simple referencia al término "principales" se mantenga una indefinición en un aspecto esencial en la constitución de una asociación, como es el relativo a los fines que precisamente justifican su existencia, de manera que no cabe entender incluido en el ámbito de la legitimación de la específica asociación recurrente el planteamiento de cuestiones relativas a determinados ámbitos físicos del término municipal de Lugo respecto de los que no se acredita su vinculación con los singularizados fines de la asociación recogidos en el artículo 5º.1 de sus estatutos, por lo que no puede entrarse en el examen de fondo de los extremos concretos planteados por la demandante en cuanto a terrenos excluidos del PERI VI Ronda del Carmen, al Seminario UA CS-3 y a fincas en la zona de San Lázaro. También es rechazable la legitimación de la actora para una pretendida impugnación global del PXOM por motivos sustantivos que incidan en ámbitos concretos o aspectos respecto de los cuales no se indica su conexión con los referidos fines de la asociación demandante ni la afectación que para dichos fines pudiera derivarse de tales aspectos sustantivos. Ahora bien, entendiéndose que la actora está legitimada en cuanto a diversos aspectos concretos planteados y delimitada

así tal legitimación en relación con el examen de cuestiones sustantivas invocadas, es de apuntar lo que a continuación se desarrolla en los siguientes fundamentos de derecho (...).

4.5 Infracciones en zona de servidumbre de protección de costas.

Plazo máximo de 15 años desde la fecha de terminación de la obra ilegal para poder incoar el expediente de demolición

El TSJG (S.^a de lo Cont.-Ad., Secc. 2.^a), en su Sentencia de 1 de diciembre de 2016 (Rec. 4458/2016, ponente: Ilmo. Sr. Méndez Barrera, pendiente de casación ante el Tribunal Supremo, Rec. 953/2017), desestimó el recurso interpuesto contra la orden de demolición de una edificación residencial construida tiempo atrás en zona de servidumbre de protección de costas en el término municipal de Boiro. Interpreta lo dispuesto en la Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas, sobre el plazo de caducidad de la potestad administrativa para ordenar la demolición de las obras ilegales en dicha zona de servidumbre tras la reforma operada por la Ley 2/2013, de 29 de mayo, con la siguiente conclusión:

«(...) la Ley 2/2013 también modificó el artículo 95 de la Ley de costas y estableció un plazo de 15 años para la prescripción de la obligación, impuesta en resolución administrativa, de restituir y reponer las cosas a su estado anterior e indemnizar los daños irreparables y perjuicios causados, y sería ilógico que pese a existir una resolución se produjese la prescripción y no se produjese, en cambio, en el caso de no existir procedimiento administrativo. (...) Equiparar prescripción de la infracción y prescripción de la obligación de reposición de la legalidad tropezaría con el obstáculo de la diferencia de plazos de prescripción según la gravedad de la infracción, diferencia que es irrelevante para la reposición de la legalidad; y además los plazos para ejercitar la facultad de reposición de la legalidad suelen ser más amplios, al no ser una actuación sancionadora, que los establecidos para la facultad de sancionar, y así lo muestran otras normativas en materia de protección del dominio público, como la Ley de aguas. Y la modificación simultánea por la Ley 2/2013 de los artículos 92 y 95 de la Ley de costas en lo que se refiere a la reposición de la legalidad pone de manifiesto el propósito del legislador de establecer para el ejercicio de esa facultad por la Administración un plazo de prescripción de 15 años, no transcurrido en el presente caso».

4.6 Plan especial y plan de usos del puerto. Omisión de evaluación ambiental estratégica. No se subsana con la posterior evaluación de impacto ambiental de las obras previstas en el plan

El TS, en su Sentencia de 18 de octubre de 2016 (ponente: Espín Templado, casación 227/2014) confirmó la de la Audiencia Nacional (S.^a de lo Cont.-Ad.) anulatoria de la Orden FOM/1597/2010, de 4 de junio, aprobatoria de una modificación del Plan de utilización de los espacios portuarios del puerto de Marín y ría de Pontevedra para legalizar la ampliación sustancial de dicho puerto realizada mediante rellenos sobre el mar, al haberse omitido la preceptiva evaluación ambiental estratégica. Incide el tribunal en lo siguiente:

«(...) la sentencia recurrida, tras un examen del procedimiento seguido para determinar si la modificación del plan de usos de espacios portuarios tenía efectos significativos sobre el medio ambiente, considera que no se cumplió la tramitación estipulada en el citado artículo

Regap



NOTAS

17 de la Ley 9/2006. Pero además, y sobre todo, examina directamente el contenido de la modificación del plan objeto de la litis y, con criterio que esta sala de casación comparte, llega a la conclusión de que la modificación efectivamente tiene tales efectos significativos sobre el medio ambiente (fundamento de derecho octavo). Por lo demás, dicha conclusión ya había sido declarada por esta sala en la citada Sentencia de 30 de octubre de 2009 (RC 3371/2005), en la que, como se ha indicado ya, tras casar la sentencia de instancia, se anuló el Plan especial del puerto de Marín por amparar –más allá de su propio alcance legal– algunas actuaciones contempladas en el plan de utilización de espacios aquí controvertido –en especial la construcción de un muelle con relleno de zona marina– sin evaluación de impacto ambiental. De todo lo anterior se deriva la desestimación del primer motivo, puesto que constatamos que, tal como afirma la sala de instancia, resultaba necesario someter la modificación del plan de usos de los espacios portuarios a evaluación ambiental, lo que no se hizo tras una deficiente tramitación del procedimiento de decisión. (...).

En el segundo motivo el abogado del Estado sostiene que todas las actuaciones recogidas o examinadas en el plan objeto de este procedimiento han sido objeto de evaluación ambiental, por lo que la falta de evaluación del plan resultaría irrelevante. Dicha tesis resulta inaceptable, pues supondría admitir la no preceptividad de la obligación de evaluación ambiental de planes y programas, en realidad de la Ley 9/2006. Como es evidente, la obligación de someter a evaluación ambiental tales planes y programas tiene precisamente el objetivo de hacer una previsión ambiental sistemática a más largo plazo, evitando el riesgo de que una evaluación específica de actuaciones concretas en un determinado ámbito territorial no permita ver el efecto acumulativo de las mismas y su incidencia ambiental conjunta. La evaluación ambiental de planes y programas, contemplada en diversos instrumentos internacionales mencionados en la exposición de motivos de la Ley 9/2006, y la Directiva 2001/42/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, justifican la aprobación de la citada Ley 9/2006 (trasposición de la citada directiva), cuya eficacia quedaría invalidada en gran medida si se admitiese que la falta de realización de una evaluación legalmente preceptiva de un plan o programa quedase subsanada por la evaluación posterior de las concretas actuaciones contempladas en dicho plan o programa. En conclusión y como es evidente, la evaluación ambiental posterior de las actuaciones contempladas en la modificación del plan de usos de espacios portuarios no afecta a que la aprobación del mismo incumpliendo las previsiones legales resulte contraria a derecho, con las consecuencias y efectos que procedan en derecho en cada supuesto».

5 Personal

5.1 Oposiciones al cuerpo superior de la Administración de la Xunta de Galicia (A1). Obligación del tribunal calificador de motivar pormenorizadamente su puntuación en caso de ser cuestionada

El TSJG, en su Sentencia de 26 de septiembre de 2016 (ponente: Chaves García, Rec. 656/2011), supervisó y anuló en parte el proceso selectivo para ingreso en el cuerpo superior de la Administración de la Xunta de Galicia, subgrupo A1, turno libre, convocado por Orden

de 18 de julio de 2008. Incidió en la obligación del tribunal calificador de motivar detalladamente sus puntuaciones si uno de los candidatos presentados las cuestiona. Y concluyó que:

«(...) A) Las bases de la convocatoria vinculan a los tribunales calificadores, según notoria jurisprudencia y en armonía con el artículo 36 del entonces vigente Decreto legislativo 1/2008, de 13 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de la función pública de Galicia (...), así como del artículo 33, en cuanto dispone que las bases de las pruebas selectivas vinculan al órgano convocante y al tribunal.

B) El tribunal calificador está legalmente llamado desde su imparcialidad y especialización a valorar la segunda prueba, en su doble dimensión teórica y práctica, pero esta potestad está sujeta a una carga o condición inexcusable: la motivación de las calificaciones otorgadas. Y, si bien es lícita su publicación o mención en formato numérico, en caso de mediar reclamación de los aspirantes, el derecho de estos a una respuesta motivada se reactiva e intensifica y desplaza al tribunal calificador la doble carga: la de exponer las fuentes o criterios de la calificación que ha sido objeto de reclamación y la de vincularlos con explicaciones al ejercicio del reclamante para explicar el criterio de puntuación asignado.

C) De ahí que, si la demanda pone en cuestión que la fijación del número de aprobados en cifra idéntica al de plazas se ha debido a una maniobra intencional, correspondía al tribunal calificador ir más allá del simple, vacío y ciego dígito de puntuación y ofrecer el acta detallada en cuanto a los criterios seguidos para que el corte de aprobados coincidiese con el de plazas convocadas. Y, en su defecto, dar respuesta explícita, razonable y razonada a la reclamación de la aspirante.

D) El resultado es sangrante. Tenemos, de un lado, una reclamante que se esfuerza en demostrar con alegatos y omisiones clamorosas del expediente una especie de conjura del tribunal calificador con burla de las bases de la convocatoria para desplazar al segundo ejercicio la funcionalidad selectiva, real y decisiva, mediante el cómodo artificio de declarar tantos aprobados en el último ejercicio como plazas convocadas. Y, de otro lado, una Administración que no ha acreditado en el expediente administrativo ni con informe complementario o prueba adicional alguna las razones para que fuesen quince los aprobados del segundo ejercicio en cifra coincidente con los convocados.

En esas condiciones, la sospecha vertida por la demandante se eleva en esta sede procesal a convicción probada, por el principio de facilidad probatoria en manos de la Administración y por el patente panorama indiciario de maquinación evidenciado por la demandante. De ahí que el tribunal calificador, bien por inercia, economía procedimental, ignorancia o error, optó por declarar tantos aprobados en el segundo ejercicio como plazas convocadas, y con ello hurtó tanto la posibilidad de los restantes aspirantes de aprobar el segundo ejercicio como su consiguiente derecho a que los finalmente aprobados resultasen de la valoración conjunta de ambas pruebas.

Además, se fijó un límite de aprobados que no estaba permitido, pues como ha afirmado la jurisprudencia si nada prevén las bases de la convocatoria no cabe que la comisión o tribunal fije números máximos de aprobados en cada ejercicio ni mucho menos de distribuir números máximos de aspirantes en función de cada uno de los tramos de notas establecidos por la guía a seguir (STS de 12 de diciembre de 2013, Rec. 6827/2010). O, más preciso y ajustado al caso que nos ocupa, tampoco es posible que, si el último ejercicio práctico de la oposición lo

regap



NOTAS

aprueban más aspirantes que plazas, el tribunal calificador atribuya mayor puntuación a éste, o carácter eliminatorio, si las bases no le atribuyeron valoración preferente: “Ello sentado, si tal posibilidad surge de modo inmediato de las bases, y si los dos ejercicios deben contar para superar el procedimiento selectivo, la única solución deducible de la aplicación de los principios de igualdad (artículo 23.2 CE) y mérito y capacidad (artículo 103.3 CE) debe ser la de sumar las puntuaciones de los dos ejercicios, con arreglo a las cuales se impone la íntegra estimación de la pretensión del recurrente”. (STS de 20 de noviembre de 2014, Rec. 50/2012).

(...) El segundo motivo impugnatorio consiste en la vulneración de los criterios de calificación de la convocatoria, pues a la vista de los ejercicios (prueba teórica y práctica) se deduce que el tribunal calificador se remite lacónicamente a la convocatoria y al temario, que los exámenes aparecen sin corregir, y tampoco constan soluciones homogéneas y objetivas, pues los criterios genéricos preestablecidos no fueron aplicados, como tampoco las puntuaciones de cada vocal, y además existían criterios genéricos susceptibles de aplicación arbitraria (lo que impide conocer el modo de aplicación de 3 de los 20 puntos posibles).

Nuevamente nos encontramos con que la valoración asignada a la segunda prueba es fruto más del voluntarismo que de la razón científica, pues el acta de lo actuado se limita a la atribución de la puntuación numérica; además el tribunal calificador predetermina unos criterios generales (fijados el 25/11/2010) pero no los vincula con las calificaciones ni los explicita en relación con cada ejercicio (el de la demandante y los traídos de forma comparada); además, el hecho determinante de la ausencia de prueba de marca, indicación o explicación en los ejercicios valorados resulta elocuente indicio de que no fueron objeto de detenida valoración. En suma, nuevamente no existe explicación por el tribunal calificador de la valoración otorgada al segundo ejercicio. O sea, escenario similar al apreciado por el Supremo: “esa ausencia de motivación concurre en el actual caso, porque las actuaciones demuestran que las calificaciones del aquí polémico tercer ejercicio se emitieron sin explicar todo lo siguiente: (I) los criterios cualitativos que fueron establecidos o seguidos para valorar el acierto o desacierto de lo expuesto en tal ejercicio por el aquí recurrente; (II) la manera de cuantificar los niveles de acierto o desacierto; y (III) por qué el ejercicio del recurrente merecía el concreto nivel que exteriorizó la concreta puntuación aplicada”. (STS de 12 de marzo de 2014, Rec. 23/2013).

Es más, tampoco recibió respuesta cabal la reclamación de la demandante en vía administrativa, lo que trae serias consecuencias procesales: “es doctrina reiterada de esta sala que exige la motivación de las calificaciones, especialmente si, como ocurre en el presente caso, el recurrente ya puso de manifiesto la falta de motivación durante la tramitación del expediente administrativo, al impugnar la calificación provisional, lo que exigía del tribunal no sólo una mera declaración de la insuficiencia de interés científico, sino la motivación detallada y concreta de las circunstancias que lo llevaron a dicha conclusión. Su falta hace que deba estimarse que al no justificarse ni motivarse el alejamiento o contradicción con lo resuelto por la misma Administración en el proceso selectivo anterior, ha de prevalecer la valoración otorgada en éste, con las consecuencias de anular y casar la sentencia recurrida y sustituirla por otra en el sentido postulado por la recurrente”. (STS de 29 de mayo de 2015, Rec. 643/2014). Por lo expuesto, hemos de estimar este motivo impugnatorio, que conduce, como el anterior y bajo otra perspectiva impugnatoria, a declarar la invalidez de la resolución impugnada».

5.2 Restricciones a la provisión de puestos por el sistema de “libre designación”. Las direcciones de las áreas de gestión clínica del SERGAS deben proveerse por concurso

La Sentencia del TS de 22 de diciembre de 2016 (ponente: Picó Lorenzo, casación 1107/2015) confirmó la anulación del artículo 10 del Decreto 36/2014, de 20 de marzo, por el que se regulan las áreas de gestión clínica del Servicio Gallego de Salud, en cuanto establece la libre designación como forma de provisión de la dirección de dichas áreas. Incide el alto tribunal en que:

«(...) la jurisprudencia de esta sala considera que es preciso justificar expresamente los motivos por los que se opta por el sistema excepcional de libre designación frente al ordinario del concurso. En efecto, considera que no se ha acreditado la exigencia de esa especial responsabilidad, más allá de las funciones directivas que le atribuye la normativa reglamentaria, que justifiquen acudir al nombramiento excepcional de la libre designación, y esta valoración de la prueba, lejos de ser arbitraria e ilógica, único supuesto en que según la jurisprudencia permitiría su revisión en sede de casación, aparece como razonable y compatible con los principios de mérito y capacidad que, salvo las excepciones legalmente previstas, rigen también en la provisión de destinos entre quienes tienen capacidad acreditada para cubrir los correspondientes puestos, sin que el hecho de buscar una complicidad en las líneas rectoras de la Administración correspondiente sea motivo suficiente, pues el principio de jerarquía es suficiente garantía de tal correspondencia (...). Se insiste en que el sistema de libre designación se ha de utilizar, a título de excepción, en aquellos supuestos en que se justifique debidamente en consideración de la naturaleza de los puestos de trabajo de cuya provisión trate su necesidad».

Regap



NOTAS

6 Pesca y mar

6.1 Convocatoria y bases para el otorgamiento de ayudas a la paralización definitiva de los buques pesqueros

El TS, en su Sentencia de 23 de mayo de 2017 (Secc. 3.ª, ponente: Excmo. Sr. Arozamena Laso, casación 3424/2014), confirmó la desestimación del recurso interpuesto por la Administración general del Estado contra la Orden de 30 de junio de 2010, de la Consellería del Mar de la Xunta de Galicia, por la que se establecieron las bases reguladoras para la concesión, en régimen de concurrencia competitiva, de las ayudas a la paralización definitiva de los buques pesqueros, cofinanciadas con el Fondo Europeo de Pesca, y se convocaron para el ejercicio 2010, con el siguiente razonamiento:

«(...) En síntesis, considera [el abogado del Estado] que la orden recurrida incide en la transmisibilidad, restringiéndola, de los derechos pesqueros. La sentencia basa su fallo en el transcrito fundamento de derecho quinto, sorteando la restricción a la transmisibilidad de los derechos de pesca, porque la restricción se asume con carácter voluntario, y no es por consiguiente obligatoria. Sin embargo, a juicio de la Abogacía del Estado, la sentencia se equivoca, pues no es un problema el que sea o no obligatoria la restricción a la transmisión

de los derechos de pesca, ya que lo que se discute es la falta de competencia de la Junta para inmiscuirse en asuntos que son propios de la competencia estatal.

Pues bien, en lo que respecta a la invasión de las competencias del Estado, debemos tener en cuenta que, en primer lugar, es la Comunidad Autónoma de Galicia la que concede las ayudas, ostentando por ello la capacidad de establecer las condiciones que considere oportunas para su percepción. La actividad subvencional tiene en el presente caso una clara vocación de fomento de condiciones beneficiosas para el interés general de la Comunidad, por lo que nada obsta a que establezca unos requisitos tendentes a alcanzar dicho interés. De otro lado, la petición de las ayudas, así como el cumplimiento de los requisitos para el acceso a las mismas, ostenta un carácter puramente voluntario, y tanto es así que la misma orden impugnada prevé la falta de cumplimiento por el interesado, que únicamente determinará la devolución de las ayudas. Asimismo, la petición de las ayudas no implica que, en el supuesto de transmisión de los derechos de pesca, el propietario del buque no deba cumplir los preceptos indicados, es decir, no se inaplican los preceptos cuya infracción se denuncia. El interesado ostenta plena libertad para transmitir sus derechos, y es claro que, en caso de que lo haga, habrá de someterse a la regulación sectorial.

En definitiva, como dijimos en la sentencia citada de 29 de octubre de 2015, la orden no impide a la Administración del Estado el ejercicio de sus competencias, cuyo ejercicio no puede privar a la Administración vasca –aquí gallega– del ejercicio de la suya, y se cita la Sentencia del Tribunal Constitucional 13/1992, de 6 de febrero, según la cual “todo margen para desarrollar en el sector subvencionado una política propia, orientada a la satisfacción de sus intereses peculiares, dentro de la orientación de programación y coordinación que el Estado disponga para el sector”, luego la obligación específica controvertida se enmarca dentro de este margen, y no compromete ni menoscaba la competencia exclusiva del Estado en materia de pesca marítima; la finalidad de estimular a los armadores de buques desguazados para que mantengan sus posibilidades de pesca en el puerto base enlaza con la competencia que se ejerce en la orden que se impugna, e, insistimos, no compromete el ejercicio de tal competencia exclusiva del Estado. Con la previsión impugnada, la Administración gallega “quiere que la paralización definitiva de buques no suponga la pérdida de actividad pesquera en los puertos de esa Comunidad, luego será a los armadores a los que afecta y constriñe esa obligación específica que se impugna, pues condiciona las ayudas y limita la transmisión de sus posibilidades de pesca como objeto de negocio”, como se apunta en aquella sentencia respecto a la orden del País Vasco».

6.2 Sanción a organización de productores de mejillón de Galicia por vulneración de las reglas de libre competencia

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (Secc. 5.ª), en su Sentencia de 26 de junio de 2017 (ponente: Riego Valledor), confirmó la sanción de casi un millón de euros impuesta por la Comisión Nacional de la Competencia a la Organización de Productores de Mejillón de Galicia por haber fijado las condiciones comerciales y el reparto del mercado para la venta del mejillón gallego, junto con otras 14 asociaciones, federaciones, cooperativas, agrupaciones y sociedades de productores de mejillón. El alto tribunal rechaza los argumentos de la recurrente sobre vulneración de los principios de culpabilidad y confianza

legítima, así como prescripción de la infracción y caducidad del expediente. Respecto de la normativa que rige la libre competencia, afirma lo siguiente:

«(...) El tercer motivo del recurso de casación alega que la sentencia impugnada ha infringido los artículos 5 y 15 del Reglamento 104/2000, en relación con el Reglamento 2318/2009, porque Pladimega se constituyó oficialmente en octubre de 2008 como una organización de productores, al igual que la entidad recurrente, y supone una infracción de los citados reglamentos considerar que la existencia de Pladimega haya supuesto una práctica restrictiva de la competencia, ya que una organización de productores que defienda la adecuación de la oferta a la demanda, en calidad y cantidad, y que además mejore la renta de los productores mediante la estabilización de los precios del mercado es el objetivo legalmente amparado de su constitución, debiendo examinarse las conductas enjuiciadas a la luz de la normativa aplicable a este tipo de organizaciones, habiendo incurrido la sentencia impugnada en un claro error, al aplicar indebidamente a la organización recurrente el artículo 14 del Reglamento 104/2000, cuando dicho precepto es aplicable a las organizaciones interprofesionales.

El motivo debe desestimarse, pues se basa en la consideración de que las conductas restrictivas que se han declarado probadas tienen amparo en el Reglamento 104/2009 del Consejo, de 17 de diciembre de 1999, por el que se establece la organización común de mercados en el sector de los productos de la pesca y de la acuicultura, lo que no podemos compartir.

Sin perjuicio de que los fines previstos en los Estatutos de la Plataforma para la Distribución del Mejillón de Galicia (Pladimega) fueran los de defender la adecuación de la oferta a la demanda, en cantidad y calidad, y la mejoría de la renta de los productores mediante la estabilización de los precios del mercado, otra cosa son las conductas enjuiciadas en este proceso, que se alejaron notablemente de los fines estatutarios, pues, como ha declarado la resolución sancionadora y ha sido recogido en la sentencia impugnada con la condición de hechos probados, en el seno de Pladimega las principales organizaciones y asociaciones de productores de mejillón, que aglutinaban en torno al 80% de las bateas gallegas, fijaron precios de venta y acordaron el reparto de la producción, con intercambio de información detallada acerca de su producción y medidas de presión, como paralizaciones de suministro de mejillón a la industria, sin que la recurrente haya justificado la necesidad de dichas conductas para alcanzar los objetivos que autoriza el Reglamento 104/2009.

Debe señalarse al respecto que el Reglamento 104/2000 no declara al sector de los productos de la pesca y la acuicultura al margen o exento de la aplicación de las reglas sobre competencia de los artículos 101 y 102 del TFUE, y en este sentido el considerando 6 del reglamento indica que la aplicación de las normas comunes de comercialización que se prevén en el reglamento “debería tener por efecto eliminar del mercado los productos de calidad insuficiente y facilitar las relaciones comerciales basadas en una competencia leal”.

La sentencia impugnada efectúa una cita del artículo 14 del reglamento, en relación no únicamente con las organizaciones de productores, como alega la parte recurrente, sino de manera más general con “las organizaciones de este sector”, que deben entenderse en el sentido mencionado de que no pueden considerarse ajenas dichas organizaciones a las normas sobre competencia de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

regap



NOTAS

Así resulta con claridad del Reglamento (UE) 1379/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2013, por el que se establece la organización común de mercados en el sector de los productos de la pesca y de la acuicultura, que derogó de forma expresa el Reglamento (CE) 104/2000, que en su considerando 24 recuerda que los acuerdos, decisiones y prácticas en la producción o comercialización de los productos de la pesca y la acuicultura están sujetos a las normas sobre competencia del artículo 101 del TFUE, en la medida en que su aplicación no impida el funcionamiento de la organización común de mercados ni comprometa el logro de los objetivos establecidos en el artículo 39 del Consejo, y en su capítulo V establece normas sobre competencia, que tienen como punto común en el artículo 40 la aplicación de las normas sobre competencia de los artículos 101 y 102 del TFUE a la producción y comercialización de los productos de la pesca y la acuicultura, con las excepciones que se establecen en el artículo 41, aplicables a las organizaciones de productores, que son similares a las definidas en el artículo 14 del Reglamento (CE) 14/2000, que exigen que se trate de acuerdos necesarios para alcanzar los objetivos establecidos en el artículo 39 del TFUE, no impliquen la obligación de cobrar precios idénticos, no entrañen una compartimentación de mercados, no excluyan la competencia y no eliminen la competencia respecto de una parte sustancial de los productos en cuestión, habiendo señalado la sentencia impugnada que la actividad desarrollada por la recurrente consistió precisamente en algunas de estas actividades prohibidas por el artículo 101, que, como hemos indicado, no pueden considerarse exceptuadas ni por el Reglamento (CE) 104/2000 del Consejo, ni por el Reglamento (UE) 1379/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo».

6.3 Estudio estratégico ambiental del litoral español para la instalación de parques eólicos marinos. Competencias de la Administración del Estado sobre aguas interiores del litoral gallego

El TS, en su Sentencia de 26 de julio de 2016 (ponente: Fernández Valverde, casación 1623/2015), revocó la de instancia y desestimó el recurso interpuesto por la Xunta de Galicia contra la Resolución conjunta de la Secretaría General de Energía y de la Secretaría General del Mar, de 16 de abril de 2009, por la que se aprobó el estudio estratégico ambiental del litoral español para la instalación de parques eólicos marinos (BOE 08/05/2009). La sentencia recurrida había estimado en parte el recurso, anulando el estudio estratégico "exclusivamente en todo lo especificado en el mismo que concierna, aun con carácter orientativo, a las aguas interiores del litoral gallego". Sin embargo, el Tribunal Supremo concluyó que no invadía las competencias exclusivas de la Comunidad Autónoma de Galicia, con las siguientes consideraciones:

«(...) la Xunta de Galicia desde una perspectiva competencial impugnó el Real decreto 1028/2007 a través del Conflicto Positivo de Competencias 9061/2007, que fue desestimado por la STC 3/2014, de 16 de enero, siguiendo la doctrina ya establecida en la anterior STC 8/2003, de 17 de enero, y las que le siguen (SSTC 87/2013, de 11 de abril, y 99/2013, de 23 de abril).

(...) Debemos analizar a continuación el estrictamente territorial anunciado, en cuanto lo aceptado por la sentencia de instancia es la ausencia de competencias del Estado en el ámbito de las aguas interiores de Galicia. Ello nos obliga a perfilar los dos conceptos en cuestión: el mar territorial y las aguas interiores. El artículo 132.2 de la Constitución (CE) dispone que

“son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental”. Esto es, en el precepto constitucional no se mencionan las aguas interiores. En primer lugar, en el artículo 3 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas (LC) –en el que se han introducido algunas modificaciones por la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas (LPLMLC), que no afectan al caso–, de conformidad con el precepto constitucional de precedente cita, se consideran “bienes de dominio público marítimo-terrestre estatal” a (1) la ribera del mar y de las rías (que incluyen (a) la zona marítimo-terrestre y (b) las playas), (2) “el mar territorial y las aguas interiores con su lecho y subsuelo, definidos y regulados por su legislación específica”, así como (3) “los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental, definidos y regulados por su legislación específica”. Esto es, es en el precepto legal en el que se contiene la referencia expresa a las aguas interiores. Desde la perspectiva, pues, de la normativa constitucional y legal en vigor –y dejando al margen ahora la normativa internacional, a la que luego haremos referencia–, hemos de comenzar analizando el citado artículo 3.º LC teniendo en cuenta que el legislador ordinario ha procedido, con evidente detalle, a perfilar y concretar los dos primeros bienes de dominio público que se mencionan en el precepto constitucional del que trae causa (132.2 CE), esto es, “la zona marítimo-terrestre, (y) las playas”. Así, la vigente LC define (1) en su apartado 1.a) la “zona marítimo-terrestre”, y en (2) su apartado 1.b) “las playas o zonas de depósito de materiales sueltos”, debiendo añadir nosotros que el conjunto de ambas (esto es, la zona marítimo-terrestre y la playa) constituyen la denominada “ribera del mar” (artículo 3.1 LC). No merece la pena la reproducción de tales conceptos –zona marítimo-terrestre y playa– por ser suficientemente conocidos, estar perfectamente delimitados en la vigente LC y no ser dichos espacios discutidos en el presente litigio. Sin embargo, por otra parte, el legislador, y a diferencia de lo anterior, en los apartados 2 y 3 del mismo artículo, no define a los otros dos integrantes del dominio público marítimo-terrestre; así (3), en el apartado 2 del citado artículo 3.º LC, y en relación con el “mar territorial (...) con su lecho y subsuelo” (tercero de los bienes de dominio público marítimo-terrestre), se remite, para su definición y regulación, a “su legislación específica”. Y algo similar lleva a cabo el mismo precepto (4), en su apartado 3, en relación con “los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental”.

En consecuencia, desde una perspectiva sistemática del precepto, hemos de señalar que tanto el constituyente (132.2 CE) como el legislador (3 LC) se han querido referir, en todo momento, a cuatro bienes de dominio público marítimo-terrestre: La (1) zona marítimo-terrestre, la (2) playa, el (3) mar territorial y los (4) recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental, procediendo a definir los dos primeros bienes de dominio público en la misma LC (por cuanto se trata de conceptos que se incluyen en el ámbito sectorial objeto de la misma ley), y remitiéndose a su legislación específica para definir los dos últimos, ya que los conceptos de mar territorial y de recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental son conceptos que exceden del propio ámbito de la legislación estatal sobre costas.

Por otra parte, igualmente nos interesa destacar que el legislador ordinario ha situado, como integrantes del dominio público marítimo-terrestre, junto al “mar territorial”, y, pese a su ausencia en el precepto constitucional, “las aguas interiores”, remitiéndose –al igual que para el “mar territorial”– a su “legislación específica” para su definición y regulación.

Regap



NOTAS

En consecuencia, no contamos en la vigente LC con una definición del “mar territorial” ni de “aguas interiores”, ni con un concepto de recursos naturales, ni, en fin, con los conceptos de zona económica y la plataforma continental, donde, en principio, y en el ámbito del medio marino, los recursos naturales se encontrarían».

7 Responsabilidad patrimonial

7.1 Por pérdida de aprovechamiento urbanístico del propietario de un solar como consecuencia del hallazgo de restos arqueológicos

En la STS de 28 de octubre de 2016 (ponente: Huerta Garicano, casación 2592/2015), se condenó a la Xunta de Galicia a abonar una indemnización al propietario de un solar por los perjuicios padecidos como consecuencia del descubrimiento de restos arqueológicos en su solar tras el otorgamiento de la licencia de edificación, perjuicios entre los que se incluye la pérdida de aprovechamiento urbanístico, gastos de proyectos, promoción inmobiliaria, etc. Considera el tribunal en esta sentencia que:

«(...) el contenido del derecho de propiedad, como derecho de configuración legal (delimitado, ex artículo 33 CE, por su “función social”), viene determinado por la ley. Tratándose, como aquí acaece, de la propiedad del suelo, y, en concreto, del derecho a edificar, este se materializa con la licencia urbanística, patrimonializándose en ese momento, con las consecuencias indemnizatorias que ello comporta. Antes del otorgamiento de licencia existe una mera expectativa, un simple derecho a solicitarla, pero cualquier cambio normativo o de otra naturaleza que impida su otorgamiento, y, por consiguiente, la materialización del aprovechamiento que hasta ese momento pueda ostentar el suelo, no da derecho a ningún tipo de indemnización. La licencia, sin embargo, incorpora al patrimonio de su titular el derecho a edificarlo en los términos en ella autorizados, dentro del plazo de caducidad con el que, en su caso, se otorga.

En este caso, la recurrente tenía las pertinentes licencias cuando se descubrieron los primeros vestigios arqueológicos con ocasión del movimiento de tierras en el solar contiguo, también de su propiedad; por ello la imposibilidad de ejecutar los proyectos, sin otra solución alternativa (...), comporta la privación de un derecho (el derecho a edificar los dos edificios autorizados por las licencias) que, aunque esté amparada en las normas de protección del patrimonio en beneficio del interés general, la ablación de ese derecho –precisamente porque redundaría en beneficio de la colectividad– no puede ser soportado exclusivamente por su titular, constituyendo una lesión antijurídica y, como tal, indemnizable porque el propietario del suelo no tiene el deber jurídico de soportar el daño que a él en concreto le produce esa protección en interés y beneficio de la colectividad. En este sentido nos hemos pronunciado; a título de ejemplo cabe recordar, además de las sentencias citadas como soporte de este recurso de casación, la Sentencia de 15 de diciembre de 2010 (casación 1336/09).

(...) Hay un dato esencial a tomar en consideración para la determinación de las indemnizaciones, y es que en ningún momento se iniciaron las obras de construcción y el reembolso de los gastos del proyecto de excavación que fue requerida para determinar la posible existencia de restos arqueológicos han sido objeto de otra reclamación. La recurrente reclama, en primer término, el valor del suelo tasado con arreglo al artículo 24 del TRLS 2008, por

el método residual estático, con los parámetros urbanísticos aplicados a los proyectos para los que se otorgaron las licencias y que, precisamente, como consecuencia de la necesidad de mantener in situ los hallazgos arqueológicos, impuesta por la resolución de 27 de junio de 2010, no sólo no pueden ejecutarse, sino que, según los informes técnicos de parte –no contradichos de contrario–, hace inviable cualquier otra alternativa de similares características. Pretensión que, desde luego, ha de rechazarse de plano, pues cuando se impuso tal limitación no se había efectuado ninguna edificación, sin que, por tanto, tuviera consolidado derecho alguno a lo “virtualmente” edificado, único supuesto en el que cabría una indemnización en tal sentido. Además, el hecho de que no puedan construirse los edificios proyectados u otros similares no quiere decir que el solar carezca de todo tipo de aprovechamiento urbanístico, manteniéndose la propiedad del suelo.

La indemnización sólo puede compensar la pérdida de aprovechamiento que se ha producido como consecuencia de la obligación de mantener in situ los hallazgos arqueológicos, circunstancia esencial que no consta y que ha de quedar deferida al trámite de ejecución de sentencia para que un arquitecto designado judicialmente proceda a su determinación, adoptándose una fórmula similar a la empleada en la precitada sentencia de 15 de diciembre de 2010 donde el montante del daño indemnizable –privación del aprovechamiento urbanístico patrimonializado– será el que resulte de restar al precio de adquisición de ambos solares el valor que dicho suelo hubiera tenido en el momento de la adquisición de contar con las limitaciones impuestas por la resolución de 28 de junio de 2010, cantidad que habrá de incrementarse con el interés legal desde la fecha en que se presentó la reclamación de responsabilidad patrimonial. La segunda partida indemnizatoria que se postula viene referida al lucro cesante o beneficio previsto con la promoción y que cifra en 360.007 € para el solar denominado “FARO II” y de 935.382,37 € para el “FARO III”. Lo que pretende que se indemnice es una mera expectativa, un “sueño de ganancia” respecto de unos proyectos urbanísticos que no llegaron a iniciarse, algo que, desde luego, no puede acogerse. Cuestión distinta es el reembolso de los gastos de los dos proyectos, de las licencias y de publicidad de las promociones –sin que, al no haberse iniciado ningún tipo de obras, conste otro tipo de gastos en ese sentido–, únicos que, al devenir inútiles ante la imposibilidad de ejecutar los proyectos como consecuencia de la obligación de mantener in situ los hallazgos, son indemnizables y cuyo importe deberá ser determinado en el trámite de ejecución de sentencia conforme a lo que, en este sentido, haya quedado documentado en autos».

regap



NOTAS

7.2 Por accidentes de circulación originados en la irrupción de animales salvajes en las carreteras

En el año 2016 se produjeron 3.500 accidentes en las carreteras gallegas por colisiones de vehículos con jabalíes. El TSJG, en su interesante Sentencia de 18 de noviembre de 2015 (ponente: Cibeira Yebra-Pimentel, Rec. 7833/2011) estableció los parámetros básicos para determinar si estos siniestros generan o no responsabilidad patrimonial en la Administración titular de la carretera, en los siguientes términos:

«(...) Como consecuencia do réxime legal e xurisprudencial aplicable, podemos distinguir tres situacións diferenciadas, sobre as que se proxectará a necesidade de proba das partes. Son as seguintes:

Naqueles casos en que non existe TECOR, couto de caza, reserva natural ou algunha figura de relevancia cinexética semellante, non se dan os presupostos habilitantes da esixencia de responsabilidade patrimonial, ao non estar comprendido dentro do deber xeral de dilixencia da Administración pública en garantía do aseguramento do correcto funcionamento do servizo a colocación de sinais de perigo, pois ningunha norma habilita especificamente o deber de advertencia, tal como se desprende a sensu contrario do RD 13/1992 e da Orde de 28/12/1999.

Naqueles casos en que exista durante o tramo en que acaeceu o sinistro algunha figura de protección ou promoción cinexética que sexa atravesada pola estrada, o deber de dilixencia na conservación e mantemento da vía en condicións de asegurar un bo funcionamento do servizo comprende legalmente o de sinalizar a presenza de animais soltos, como prevén o RD 13/1992, a Orde do 28/12/1999 e a STSXG 1309/2010, sen que tal deber acade o da sinalización inmediata do lugar do sinistro, senón a advertencia nalgún punto previo da entrada en zona de perigo.

Finalmente, cando o lugar en que acaeceu o sinistro forma parte dunha paraxe de protección ou promoción cinexética e, dentro desta área, o tramo do accidente é lugar de paso frecuente de animais, o deber da Administración debe extremarse ata o punto de que o seu deber de sinalización comprende as inmediacións do paso concreto de animais (STSXG n. 837/2011). Enténdese que un paso é frecuente cando tal circunstancia se acredita mediante calquera medio de proba válido en dereito e, en todo caso –tendo en conta a finalidade da norma de protección–, cando nas inmediacións do lugar do sinistro se produciu máis dun accidente nos últimos seis anos, abstraendo os criterios xurisprudenciais expostos. Por outra parte, o concepto de inmediacións do lugar do sinistro non pode restrinxirse ao concreto punto quilométrico contado por quilómetro e hectómetro, pois a zona de paso de animais tampouco se atopa delimitada con tal exactitude, agás que se demostre o contrario, entendendo a devandita xurisprudencia que de ningún modo unha sinalización cursada a 3.750 m é axeitada para advertir do perigo do punto de paso frecuente. Por esta razón, o concepto de inmediacións ao lugar de paso debe ser obxecto de interpretación restritiva, sen que caiba entender comprendida a sinalización xenérica ao inicio de vía, senón necesariamente inferior a 3,7 kms ao lugar de reiteración de sinistros ou paso de animais.

Partindo das anteriores consecuencias, que funcionan como premisas xurídicas da aplicación da norma, corresponde ás partes a proba dos distintos elementos fácticos necesarios para despreñar o efecto xurídico pretendido en cadansúa posición procesual, conforme as regras do artigo 217 LAC. (...)

O problema xurídico de autos é determinar se a Administración obrou axeitadamente despregando unha actividade suficiente que rompa o nexo de causalidade entre o dano causado á parte demandante e o funcionamento normal ou anormal do servizo público, mediante un mantemento axeitado da vía ou se, pola contra, esta ausencia puido colocar o recorrente na situación de sufrir o accidente.

En este caso, resulta probado que, cuando a las 0.50 horas del día 17 de mayo de 2008, la actora D.ª conducía el vehículo de su padre –también actor–, (...), circulando por la Autovía AG,54 en sentido ascendente y en dirección a Cabreirós, término municipal de As Pontes, y al llegar al punto kilométrico 32,100 un jabalí irrumpió en la calzada procedente del lado derecho y chocó contra el mencionado vehículo, a consecuencia de lo cual este último

tuvo daños calificados como siniestro total, y la conductora sufrió lesiones cuyo alcance se determinará más adelante cuando se proceda a la cuantificación de los daños y perjuicios indemnizables. Los espacios contiguos a la autovía formaban parte del TECOR Societario de Medio Eume y, a pesar de ello, en ningún espacio de la autovía, ni próximo ni lejano al lugar del accidente, existía señalización alguna que avise del peligro de animales sueltos.

Tal situación, por lo ya explicado en los fundamentos anteriores, es perfectamente subsumible en aquellos supuestos de responsabilidad patrimonial del titular de la vía pública por no haber observado los estándares exigibles de seguridad en cuanto a la señalización y aviso del correspondiente peligro para los usuarios de la vía en su paso por esa zona, en la medida en que se trataba de un tramo en el que existía una figura de protección cinegética, con el riesgo genérico que ello conlleva, necesitada de ser objeto de advertencia, ya que el deber de diligencia en su conservación y mantenimiento para la prevención de un buen servicio comprendía legalmente el de señalar la presencia de posibles animales sueltos, no especialmente en la zona inmediata al lugar del siniestro, sino, por lo menos, en algún punto anterior a la zona de peligro, lo que no se había observado en este supuesto por parte de los responsables de la titularidad de la autovía. Eso justifica que se genere la correspondiente responsabilidad indemnizatoria, a título de responsabilidad patrimonial, por parte del organismo autónomo demandado, a quién, por tanto, procede declarar que asuma el pago de los daños y perjuicios causados en la medida y en los términos que pasan a exponerse».

regap



NOTAS

7.3 Responsabilidad patrimonial del legislador. Desistimiento de la Xunta de Galicia en procedimientos de autorización de parques eólicos

En la STSJG de 21 de marzo de 2017 (Sec. 1.ª, ponente: Seoane Pesqueira, Rec. 321/2015), se condenó a la Xunta de Galicia al pago a la demandante de una indemnización de 840.000 euros (muy inferior a los 15,5 millones de euros reclamados) por los perjuicios derivados de la resolución de la Consellería de Industria de 30 de diciembre de 2009 que, al amparo de la Ley 8/2009, de 22 de diciembre, reguladora del aprovechamiento eólico en Galicia, dispuso la finalización, por desistimiento, de los procedimientos de autorización de instalación de parques eólicos tramitados al amparo de una Orden de 6 de marzo de 2008 y del Decreto autonómico 242/2007, de 13 de diciembre, regulador del aprovechamiento de la energía eólica. Justificó el Tribunal su condena en estos argumentos:

«(...) Del tenor del artículo 139.3 de la Ley 30/1992 y de los argumentos anteriormente expuestos se desprende que, cuando se trata de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, como ahora sucede, no está prevista la reparación integral, sino que la indemnización será en los términos que especifiquen los actos legislativos, de modo que sólo son indemnizables los conceptos que se contienen en el apartado 4 de la disposición transitoria 1.ª de la Ley 8/2009, sin que pueda hablarse de que la actora tiene un derecho adquirido a desarrollar los proyectos en las zonas proyectadas, ni tampoco de que ese derecho estuviese dentro de su esfera patrimonial, tal como exige la jurisprudencia. Al tratar de la impugnación contra la resolución de desistimiento de 30/12/2009 ya había tenido ocasión el Tribunal Supremo, en sentencia de 30 de marzo de 2016 (RC 4059/2013), de descartar que se pudiera hablar de un derecho adquirido una vez que una empresa hubiera sido preseleccionada en la primera fase (...). En base a la anterior argumentación ha de quedar excluida la reclamación de 10.842.256,71 euros en concepto de pérdida patrimonial sufrida, pues: 1.º

dicha cifra no es debida a aquellos gastos imprescindibles para la instrumentación de la solicitud, y 2.º no se puede hablar de que, por el hecho de haber sido preseleccionada en la primera fase, la actora haya adquirido derecho alguno, que era la base en que se fundamentaba la pretensión de indemnización de aquel concepto de pérdida patrimonial. Tampoco pueden ser incluidos en dicho concepto de gastos imprescindibles en la instrumentación de la solicitud los 173.030,38 euros por el coste financiero de los avales. Dichos avales fueron otorgados el 31 de marzo de 2009, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 59 bis del Real decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica, para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de Ventauria en el procedimiento de acceso y conexión a la red de transporte de cada uno de los cuatro PEs. (...) Dado el cambio de modelo eólico y que en los artículos 40 y siguientes de la Ley 8/2009 se regula todo lo relativo a la constitución de las fianzas que habian de presentarse para el nuevo procedimiento a convocar, que no se conecta con el anterior que se tuvo por desistido, en ningún caso tenía justificación el mantenimiento de los avales constituidos por razón del procedimiento anterior, por lo que la actora debió solicitar su cancelación, de modo que, aparte de la deficiente justificación de los costes financieros y comisiones de dichos avales, estos gastos no han de ser incluidos entre los que considera indemnizables el apartado 4 de la disposición transitoria 1.ª de la Ley 8/2009. (...) En consecuencia, por este concepto ha de abonarse la suma de 48.060 euros, que en aquel informe se considera adecuado. Además, han de ser incluidos como indemnizables los gastos de la primera fase, es decir, los 178.016 euros, imprescindibles para instrumentar la solicitud de admisión a trámite de los anteproyectos, de acuerdo con el artículo 9 del Decreto 242/2007 (...). La controversia principal se ha centrado en los gastos de la segunda fase, en cuyo concepto se reclaman 4.214.700 euros, por los derivados de la preparación de la documentación necesaria para la presentación de las autorizaciones administrativas de los cuatro PEs. Para la gestión integral de la tramitación de los cuatro PEs con una potencia total de 160,2 megavatios, con fecha 11 de febrero de 2009 Ventauria y Eolicia firmaron un contrato de prestación de servicios (...). Como documento n. 5 de los aportados a la demanda se acompaña factura de 13 de octubre de 2009, emitida por Eolicia, por importe de 4.214.700, sin IVA, en los que se exponen los trabajos necesarios para la presentación de la solicitud de autorización administrativa de PEs. En este punto conviene significar que Ventauria y Eolicia son empresas vinculadas, (...) Ventauria fue constituida por Eolicia en 2005 (el capital social fue desembolsado íntegramente por Eolicia, único socio fundador), tienen el mismo domicilio social y comparten cargos directivos (...). Es cierto que la recurrente no oculta el dato de esa vinculación entre ambas entidades, pero el mismo permite poner en cuestión la suma que, en concepto de gastos de la fase segunda, tratan de reclamarse como indemnización por responsabilidad patrimonial derivada del artículo 139.3 de la Ley 30/1992 (hoy, artículo 32.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público). En efecto, una cosa es el contrato de prestación de servicios celebrado entre Ventauria y Eolicia, y otra diferente los gastos debidamente justificados que hayan resultado imprescindibles en la instrumentación de la solicitud, que son los que pueden ser objeto de indemnización, en base al apartado 4 de la disposición transitoria 1.ª de la Ley 8/2009, pues basta que aquellas entidades se hallen vinculadas para que sea conveniente extremar la rigurosidad en la exigencia de que los gastos justificados sean imprescindibles para aquella finalidad de instrumentar la solicitud (...) ha de acreditarse que dichos gastos se adecuan a los precios de mercado. Las dudas que genera el informe pericial de la actora, en lo relativo a la cuantifi-

cación de los trabajos de esta segunda fase, se incrementan si se tiene presente que el contrato de prestación de servicios no se acompaña de una factura o documento fehaciente que acredite que el pago se llegó a realizar a favor de Eolicia. (...) Por ello, en todo caso, para fijar la indemnización correspondiente a los gastos de esta segunda fase resulta indudable que ha de atenderse al valor normal de mercado, para fijar el cual es patente la discrepancia entre los peritos de ambas partes. Tras proceder a la lectura reposada de los informes de una y otra parte y escuchar con atención en el acto de la vista los dictámenes emitidos por uno y otro perito, la intensidad de sus argumentos y la crítica del informe del contrario, se aprecia mayor fuerza de convicción en el de la parte demandada, ya que don ----- se ha mostrado más firme en todo momento en la defensa de su tesis de que el contrato celebrado entre Ventauria y Eolicia es de una cuantía desproporcionadamente elevada, en función de la media de las ingenierías consultadas por el Inega, a lo que se une la poca experiencia de Eolicia en el sector eólico, siendo significativo que la acreditación de su capacidad técnica para acudir al proceso de selección de anteproyectos no lo hiciese Ventauria a través de Eolicia, sino de otras entidades; (...) Por consiguiente, según el informe pericial de la demandada, los costes de ingeniería de las fases primera y segunda, más adecuados al valor de mercado, se estiman en 204.952,02 euros para el PE San Sebastián, 202.997,16 euros para el PE Coto da Lebre, 201.047,71 para el PE Porteliña y 185.664,34 para el PE Outeiro, pero, dado que el grado de avance del expediente de Ventauria sería del 60 %, la valoración conjunta por los cuatro proyectos es de 476.797,04 euros. Sin embargo, esa aminoración por el grado de avance del expediente en un 60 % resulta improcedente, porque, tal como hizo constar el señor -----, perito que ha emitido el informe a instancia de la actora, el pago se refiere al cumplimiento de las solicitudes de autorización administrativa, lo cual está cumplido al 100 %, es decir, los trabajos necesarios para instrumentar la solicitud de las autorizaciones administrativas de los cuatro PEs se habían ejecutado en su totalidad. De ello se desprende que como gastos de la primera (es decir, incluidos los 178.016 euros ya anteriormente consignados) y segunda fase han de abonarse 794.661,23 euros, a los que han de añadirse los 48.060 euros por costes financieros y comisiones de los avales, lo que hace un total de 842.721,23 euros, que es la cantidad total que, en concepto de indemnización por responsabilidad patrimonial, ha de abonar la Administración demandada».

Regap



NOTAS

8 Tributos

8.1 Tasa municipal por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local de las instalaciones de transporte de energía eléctrica, gas, agua e hidrocarburos

En la Sentencia de 21 de diciembre de 2016 (ponente: Martínez de Velasco, casación 947/2016, contiene votos particulares), el TS confirmó la desestimación del recurso promovido por Red Eléctrica de España frente a la ordenanza fiscal del Concello de Arteixo reguladora de la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local de las instalaciones de transporte de energía eléctrica, gas, agua e hidrocarburos, con los siguientes fundamentos:

«(...) la cuota tributaria de la tasa está contenida en el anexo de tarifas correspondiente al estudio técnico-económico que forma parte de esta ordenanza en el que con la metodología

empleada ha obtenido y recogido la cuota tributaria en cada caso. El anexo, en el grupo I («Electricidad»), establece la tarifa (cuota tributaria) para catorce tipos de instalaciones, que cifra en el 5% del valor del aprovechamiento (base imponible). Ese valor de aprovechamiento está constituido, según se obtiene del anexo y del informe técnico-económico, por el producto de multiplicar el valor del inmueble (V), el coeficiente de relación con el mercado (RM) y la ocupación en metro cuadrado que corresponde a cada metro lineal (C). Por su parte, el valor del inmueble (V) es el resultado de sumar el valor catastral del suelo rústico con construcciones (A) y el valor de las instalaciones (B). De este modo, la fórmula que define el valor del aprovechamiento (base imponible) es la siguiente:

$$\text{Base imponible} = (A + B) \times RM \times C$$

(...) El artículo 24.1.a) TRLHL dispone que, con carácter general, el importe de las tasas previstas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local se fijará tomando como referencia el valor que tendría en el mercado la utilidad derivada de dicha utilización o aprovechamiento, si los bienes afectados no fuesen de dominio público. Y añade que, a tal fin, las ordenanzas fiscales podrán señalar en cada caso, atendiendo a la naturaleza específica de la utilización privativa o del aprovechamiento especial de que se trate, los criterios y parámetros que permitan definir el valor de mercado de la utilidad derivada. Por su parte, el artículo 25, como ya se ha indicado, precisa que tal valor se determinará a la vista de informes técnico-económicos, que se incorporarán al expediente que desemboca en la adopción del correspondiente acuerdo.

(...) la recurrente no achaca al informe técnico-económico ser impreciso o carecer de motivación. Tampoco atribuye a los criterios que discute la condición de arbitrarios o no objetivos, no transparentes o discriminatorios. Tan sólo los reputa inadecuados, puesto que, en su opinión, no responden a la voluntad del legislador de que el importe de la tasa sea equivalente al valor de mercado de la utilidad obtenida por el sujeto pasivo por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local, como si los bienes que lo integran no fueran extra commercium, y ello por atribuir a las instalaciones de transporte y distribución de electricidad la condición de construcciones.

Pues bien, ante tal planteamiento se han de sentar las siguientes conclusiones:

1) Al cuantificar la tasa no se trata de alcanzar el valor de mercado del suelo por el que discurren las instalaciones que determinan el aprovechamiento especial o el uso privativo del dominio público local, sino el de la utilidad que esos aprovechamientos o usos reportan. Por ello, son admisibles todos los métodos que, cualquiera que sea el camino seguido, desembocuen en un valor que represente la utilidad en el mercado obtenida por el sujeto pasivo. Al controlar esa elección, los tribunales de justicia no podemos sustituir la opción municipal por nuestro subjetivo criterio. Tan sólo nos compete comprobar que la elección conduce al resultado querido por la ley y lo hace aplicando, motivada y razonadamente, criterios objetivos, proporcionados y no discriminatorios, determinados con transparencia y publicidad.

2) Siendo así:

2.1) No cabe calificar de inadecuado acudir para determinar el precio que corresponde a esa utilidad al valor catastral del suelo, que tiene siempre como límite el del mercado [artículo 23.2 del texto refundido de la Ley del catastro inmobiliario, aprobado por Real decreto

legislativo 1/2004, de 5 de marzo (BOE de 8 de marzo) [«TRLCI» en adelante], valor catastral que en el caso de la ordenanza discutida es el rústico con construcciones [el valor catastral es la suma del valor del suelo más el de las construcciones (artículo 22 TRLCI)], por ser de esa naturaleza el suelo por el que discurren las instalaciones cuyo establecimiento es la causa del uso del dominio con exclusión de los demás que provoca la exacción de la tasa. Téngase en cuenta que, a efectos catastrales, se reputan construcciones las instalaciones industriales, considerándose, entre otras, los diques, tanques, cargaderos, etc. [artículo 7.4.b) TRLCI], lista abierta que permite calificar de tales a las líneas aéreas de alta tensión a que se refiere la ordenanza discutida en el anexo I.

2.2.) La toma en consideración de tales infraestructuras para calcular la base imponible de la tasa resulta adecuada a la finalidad perseguida por el legislador: si se trata de valorar la utilidad que proporciona al sujeto pasivo el uso privativo o el aprovechamiento especial del dominio público local por la instalación de los mencionados elementos relativos a la distribución de electricidad, parece de todo punto razonable tomarlas en consideración. Desde luego está fuera de lugar la pretensión de la recurrente de que se consideren exclusivamente valores o parámetros propios del suelo rústico o de su aprovechamiento agropecuario, obviando que el hecho imponible de la tasa viene determinado por el aprovechamiento por su parte del dominio público local para su actividad de transporte y distribución de energía eléctrica.

3) La aplicación del coeficiente RM previsto en la normativa catastral encuentra plena justificación en la medida en que se trata de cumplir el mandato legal de que el valor catastral no supere al de mercado. Como quiera que la base imponible se determina por el valor que tendría en el mercado la utilidad derivada del aprovechamiento especial o el uso privativo del dominio público local, parece de todo punto ajustada a las exigencias legales la aplicación de un coeficiente que tiene por designio evitar que el valor catastral de los bienes considerados supere al del mercado. No compartimos la perplejidad de la recurrente ante la eventualidad de que el valor de la utilidad pueda ser superior al catastral del suelo por el que discurren las líneas, porque, como ya hemos indicado, no se trata de gravar un suelo rústico de uso agropecuario, sino la utilidad que le reporta al sujeto pasivo la utilización privativa o el aprovechamiento especial del mismo, con exclusión de los demás, para una actividad netamente industrial consistente en transportar y distribuir energía eléctrica.

En un juicio estrictamente técnico, se podrá discutir si otros parámetros distintos de los elegidos hubieran sido más adecuados para determinar el valor de esa utilidad, pero en un juicio estrictamente jurídico, como el que nos incumbe, se debe concluir que el Ayuntamiento de Arteixo ha aplicado para determinar la base imponible y las tarifas de la tasa que regula la ordenanza impugnada unos parámetros objetivos, proporcionados y no discriminatorios que respetan las exigencias del artículo 24.1.a) TRLHL, ejerciendo así su potestad conforme a los criterios que dimanar de la jurisprudencia».

8.2 Validez de las notificaciones electrónicas

La Sentencia del TSJG (Secc. 4.ª) de 26 de octubre de 2016 (ponente: Gómez y Díaz-Castroverde, Rec. 15039/2016) resume la normativa y el último criterio jurisprudencial sobre los requisitos de validez de las notificaciones electrónicas de la Administración tributaria. Concluye desestimando el recurso interpuesto por una entidad mercantil a la que la Agencia

Regap



NOTAS

Tributaria le había inadmitido, por extemporáneo, un recurso de reposición presentado frente a una liquidación de IVA, con estas consideraciones:

«(...) acreditado que la demandante no solicitó la exclusión del sistema de notificación electrónica obligatoria, la cuestión queda reducida a la decisión sobre la imposibilidad material de recibir notificaciones a través del mismo. El artículo 28.3 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, dispone que "cuando, existiendo constancia de la puesta a disposición, transcurrieran diez días naturales sin que se acceda a su contenido, se entenderá que la notificación ha sido rechazada con los efectos previstos en el artículo 59.4 de la Ley 30/1992 de régimen jurídico y del procedimiento administrativo común y normas concordantes, salvo que de oficio o a instancia del destinatario se compruebe la imposibilidad técnica o material del acceso".

Entiende la demandante que tal es el caso que concurre, toda vez que el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Caldas de Reis, con fecha 13/2/14, dictó sentencia de desahucio del local de la empresa, lo que, al margen de tener que despedir a los empleados, motivó la imposibilidad de acceso a notificaciones electrónicas. Añadidamente a ello se cursaron bajas ante la AEAT con fecha 30/6/14 en retenciones de IRPF e impuesto sobre el valor añadido. A ello se suman los problemas de salud de su representante legal, dimanantes de atropello sufrido en el año 2012.

Aunque en otras ocasiones hemos examinado la cuestión de la imposibilidad material, bien por problemas personales, bien por defectuoso funcionamiento de los terminales que permiten acceso a la notificación, en el caso que ahora nos ocupa parece razonable efectuar tal examen desde la óptica en la baja en el impuesto sobre el valor añadido que se cursa con efectos de 30/6/14; cuatro meses después del desahucio del local de negocio, baja esta que pone de manifiesto el cese en la actividad y, aunque por supuesto no deja sin efecto las obligaciones fiscales no prescritas y sus obligaciones formales, permite reparar en que la notificación se ha depositado con posterioridad a dicha baja, concretamente el 5 de agosto, lo que, aparentemente, puede conducir a entender que la notificación se realiza por medio inadecuado. Sin embargo, es de insistir en lo antes expuesto en relación con lo dispuesto en el artículo 4.3 del Real decreto 1363/2010, de 29 de octubre, y necesidad de que la exclusión del sistema sea solicitada expresamente. Y, en tal cuestión, también parece razonable concluir que, si la empresa disponía de medios materiales y personales para cursar la baja de referencia, también disponía de ellos para solicitar dicha exclusión, y obtenerla de ser procedente, lo que conduce directamente a la desestimación del recurso en este particular.

Plantea la demanda dos cuestiones conectadas, cuales son la posibilidad de presentar documentación en sede de recurso y el principio de capacidad económica, aspectos que tampoco pueden conducir al éxito del recurso, pues una y otra precisarían de que pudieran analizarse justamente desde la óptica del recurso interpuesto, debiendo recordar que en el presente caso se declaró inadmisibile por extemporáneo y, en consecuencia, no ha lugar al examen de dichos motivos».

8.3 Imputación temporal de la renta procedente de la expropiación forzosa tramitada por el procedimiento de urgencia

El TS (Secc. 2.ª), en su Sentencia de 26 de mayo de 2017 (ponente: Martínez Micó, casación 1137/2016), concluyó que existen dos momentos temporales, diferentes y sucesivos, en los que deben imputarse las rentas derivadas de las expropiaciones forzosas urgentes, a efectos de determinación del *dies a quo* del plazo de prescripción de la deuda tributaria. Uno primero, en el momento de expedición del acta de ocupación de la finca expropiada, con el correspondiente abono del depósito previo. Y otro posterior, en el de fijación definitiva del justiprecio por el jurado de expropiación o por sentencia de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Regap



NOTAS